

CONSEIL D'ÉTAT

RAPPORT PUBLIC 1999

Jurisprudence et avis de 1998

L'intérêt général

En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© La Documentation française - Paris, 1999
ISBN 2.11.004226-5

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, vice-président du Conseil d'État.

† Dominique LE VERT, Jean MASSOT, Jean-François THÉRY, Michel ROUX,
Jean-Pierre LECLERC, Daniel LABETOULLE,
présidents de Section.

Jean-François THÉRY, *directeur de la publication.*

Martine DE BOISDEFFRE, *secrétaire général du Conseil d'État.*

Raphaël HADAS-LEBEL,
rapporteur général de la Section du rapport et des études.

Gilles BARDOU, *rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études*

Christine SOTO, *secrétaire de rédaction de la publication.*



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Dans la même collection

- Rapport public du Conseil d'État, 1993, Considérations générales : *Décentralisation et ordre juridique* (EDCE, n° 45), 1994.
- Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales : *Service public, services publics : déclin ou renouveau* (EDCE, n° 46), 1995.
- Rapport public du Conseil d'État, 1995, Considérations générales : *La transparence et le secret* (EDCE, n° 47), 1996.
- Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales : *Sur le principe d'égalité* (EDCE, n° 48), 1997.
- Rapport public du Conseil d'État, 1998, Considérations générales : *Sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49), 1998.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits :
Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 1997 (disponibles).
- Année 1998, Documents d'études 6.11, à paraître 1^{er} trimestre 1999.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{lle} éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Le Conseil d'État, par J. Massot et J. Marimbert, ND n° 4869, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Hors collection

- La justice administrative en pratique, n^{lle} édition, 1998.



Sommaire

Éditorial	7
<i>Renaud Denoix de Saint Marc</i>	
I. Rapport d'activité	17
Activité Juridictionnelle	17
<i>Section du contentieux</i>	19
<i>Commission spéciale de cassation des pensions</i>	59
<i>Bureau d'aide juridictionnelle</i>	61
Activité consultative	63
<i>Assemblée générale</i>	65
<i>Section de l'intérieur</i>	69
<i>Section des finances</i>	83
<i>Section des travaux publics</i>	103
<i>Section sociale</i>	117
<i>Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution</i>	135
Activité de la Section du rapport et des études	141
<i>Les études et leurs suites</i>	143
<i>Exécution des décisions de la juridiction administrative en 1998</i> ..	149
<i>L'action internationale du Conseil d'État</i>	161
<i>Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État</i> ..	167
<i>Bilan des formations 1998</i>	169
Situation des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	173
<i>La gestion de la juridiction administrative</i>	175
<i>La Mission permanente d'inspection des juridictions administratives</i>	185
Activité des juridictions spécialisées	189
<i>La Commission des recours des réfugiés</i>	191
<i>Autres juridictions administratives spécialisées</i>	199
Avis du Conseil d'État en 1998	203

II. Réflexions sur l'intérêt général

• Considérations générales du Conseil d'État sur l'intérêt général	239
Introduction.....	245
Première partie	
L'intérêt général, concept fondateur de la société et de l'État	247
Deuxième partie	
L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique	271
Troisième partie	
Mutations et renouveau de l'intérêt général	313
Conclusion.....	353
• Contributions sur l'intérêt général	359
L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre.....	361
<i>Didier Truchet</i>	
Intérêt général et Constitution.....	375
<i>Jean-Éric Schættl</i>	
La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.....	387
<i>Edmond Honorat</i>	
Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne.....	429
<i>Bernard Thiry</i>	
Libéralisation et respect de l'intérêt général.....	409
<i>Alexander Schaub</i>	
Intérêt général et intérêts particuliers.....	421
<i>Jean-Jacques Laffont</i>	
Le requérant et l'intérêt général.....	397
<i>Jean Barthélémy</i>	
Table des matières	443



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc,
vice-président du Conseil d'État

Le rapport public 1999 du Conseil d'État comporte deux parties bien distinctes. La première est relative au compte-rendu de son activité juridictionnelle et consultative au cours de l'année 1998. La seconde est une partie thématique consacrée cette année à l'intérêt général.

Créé par la Constitution du 22 Frimaire an VIII, le Conseil d'État aura deux cents ans le 15 décembre 1999. Le présent rapport ouvre donc la voie à la célébration, en fin d'année, de ce bicentenaire, et il a paru intéressant, à cette occasion, de s'interroger sur l'actualité de la notion d'intérêt général, principe fondateur de la société et de l'État républicain, sur lequel repose, directement ou indirectement, l'édifice du droit public.

L'activité juridictionnelle

Au cours de l'année 1998, les conditions de l'activité juridictionnelle du Conseil d'État ont continué de s'améliorer. Le maintien à un niveau élevé du nombre d'affaires réglées s'accompagne pourtant, en 1998, d'une reprise de l'augmentation du nombre des requêtes enregistrées. C'est une constatation préoccupante, mais qui ne devrait pas remettre en cause



l'objectif, retenu par la loi, de réduire à un an, dans les années qui viennent, la durée moyenne de jugement.

Devant les tribunaux administratifs, le nombre de recours contentieux enregistrés continue d'augmenter. L'espoir suscité par l'accalmie constatée en 1996 s'est évanoui. Tous les indicateurs généraux sont dans le sens d'une augmentation importante de l'activité juridictionnelle. Il faudra, en 1999 et dans les années suivantes, continuer à juger davantage d'affaires, alors même que le nombre d'affaires jugées a augmenté de 9,4 % en 1998, et de près de 60 % dans les huit dernières années (1991-1998).

L'année 1998 a été difficile pour les cours administratives d'appel. Déjà engorgées, elles ont enregistré en 1998, 14 330 affaires nouvelles contre 12 477 en 1997 (+14,85 %, à comparer avec l'augmentation de 2,5 % entre 1996 et 1997). Cette situation appelle des mesures de redressement énergiques. L'effort des cours elles-mêmes est remarquable, puisque le nombre d'affaires jugées en 1998 excède de 28,3 % celui de l'année précédente. Mais le nombre d'affaires en stock, malgré cet effort, a augmenté de 22,14 %. L'ouverture, cette année, de la Cour administrative d'appel de Douai apportera une amélioration sensible, mais ne suffira pas. Il y a nécessité absolue de poursuivre l'effort de recrutement de nouveaux magistrats.

Sur le fond des affaires jugées, on se reportera avec profit au compte-rendu d'activité de la Section du contentieux. Il faut pourtant souligner l'importance de certaines décisions qui ont marqué l'activité contentieuse de 1998. On se bornera à en signaler trois, qui ne sont pas celles qui ont donné lieu au plus grand nombre de commentaires, mais qui illustrent bien l'attention croissante portée par la jurisprudence à l'ouverture du droit français sur le droit européen et international.

À l'occasion de recours dirigés contre le décret du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État a été amené à interpréter les articles 3 et 60, d'une part, et l'article 55, d'autre part, de la Constitution. Aux termes des articles 3 et 60, « la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », et « le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de



référendum et en proclame les résultats ». Le décret attaqué ne pouvait-il être légalement pris qu'après consultation du Conseil constitutionnel ? Le Conseil d'État a jugé que seuls les référendums par lesquels le peuple français dans son ensemble exerce sa souveraineté (en matière législative, conformément à l'article 11 ou, en matière constitutionnelle, conformément à l'article 89) sont soumis au contrôle du Conseil constitutionnel. En ce qui concerne l'article 55, il était soutenu que la composition du corps électoral retenue pour cette consultation était contraire à certains engagements internationaux de la France. Cette composition découlant de l'article 76 de la Constitution, le Conseil d'État a réaffirmé que la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle. Le Conseil d'État a ainsi procédé directement à l'interprétation de la Constitution. Il n'est pas indifférent, par ailleurs, d'observer que cette décision d'Assemblée (30 octobre 1998, M. Sarran et autres) a été rendue deux mois après la publication du décret au Journal officiel, c'est-à-dire en temps utile pour que toute équivoque soit levée sur la régularité de la consultation.

Dans le domaine de l'insertion des règles de droit international en droit interne par application de l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État a également été amené à préciser que l'« autorité supérieure à celle des lois » reconnue aux « traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés » était subordonnée à la régularité de la ratification, et que désormais le juge administratif contrôlerait cette régularité au regard de l'article 53, qui prévoit que certains traités ou accords ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Le Conseil d'État marque ainsi sa volonté de faire respecter les prérogatives du Parlement en matière de droit international ; il reste ainsi dans la logique de la jurisprudence d'Assemblée (20 octobre 1989, Nicolo, p. 189) qui a conduit le Conseil d'État à accepter d'écarter une loi incompatible avec un traité, même si la loi lui est postérieure. (Ass. 18 décembre 1998, SCI du Parc d'activités de Blotzheim).

On notera encore que, pour rendre compatible l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme, en vertu duquel les servitudes en matière d'urbanisme n'ouvrent droit à aucune indemnité sauf



atteinte aux droits acquis ou modification de l'état antérieur des lieux déterminant un dommage matériel direct et certain, avec les stipulations de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en vertu desquelles un juste équilibre doit être assuré entre l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit de propriété, la Section du contentieux a jugé que l'article L. 160-5 ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire puisse prétendre à une indemnité, s'il supporte une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. (Section, 3 juillet 1998, Bitouzet).

L'activité consultative

L'activité consultative du Conseil d'État a connu, en 1998, un rythme comparable à celui de l'année précédente. L'Assemblée générale s'est consacrée, en particulier, à l'examen de projets de loi importants, tels que, par exemple, quatre projets de loi constitutionnelle concernant respectivement le Conseil supérieur de la magistrature, l'égalité entre les femmes et les hommes, la ratification du Traité d'Amsterdam et la Nouvelle-Calédonie. D'autres projets ont soulevé d'importantes questions, traitées ci-après dans le rapport d'activité des sections administratives.

D'une manière générale, on peut observer quelques évolutions préoccupantes sur lesquelles il incombe au vice-président du Conseil d'État d'attirer l'attention.

En premier lieu, l'administration paraît prendre de plus en plus de libertés avec le respect de la délimitation de domaine de la loi et du règlement, telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution. Les projets de loi soumis au Conseil d'État comportent, tantôt de nombreuses dispositions de nature réglementaire, tantôt des délégations législatives au règlement insuffisamment encadrées ou précisées. De même, sont souvent méconnus les textes relatifs à la déconcentration et au partage des compétences entre l'État et les territoires d'Outre-mer. Le Conseil d'État est souvent amené à constater l'omission de consultations obligatoires. Ces problèmes de compétence et de procédure l'amènent à écarter certains textes ou à les modifier assez profondément.



En deuxième lieu, malgré les mentions renouvelées chaque année au présent rapport public, malgré de nombreuses notes de rejet, certains projets continuent de comporter des dispositions dépourvues de portée normative.

En troisième lieu, Le Conseil d'État, comme les années précédentes, a été amené à refuser des projets de validation législative non justifiés par un intérêt général suffisant.

Dans les cas où le gouvernement s'abstient de suivre sur ces points l'avis du Conseil d'État, il s'expose à des risques juridiques, soit devant le Conseil constitutionnel, soit au contentieux.

Enfin, et ceci est nouveau, le Gouvernement saisit le Conseil d'État, souvent en urgence, de projets de loi qui, ensuite, ne sont pas déposés devant le Parlement ou ne sont déposés que très tardivement et ne viennent jamais en discussion.

De même, des projets de décret ne sont publiés au Journal officiel qu'après un délai qui peut excéder six mois à compter de leur examen par le Conseil d'État.

Le cas le plus préoccupant est celui de la codification. La Commission supérieure de codification et le Conseil d'État accomplissent un travail considérable pour parvenir, comme l'objectif leur en a été fixé, à rassembler l'essentiel du droit applicable en une soixantaine de codes. Plusieurs sont achevés. Il ne leur manque que d'acquiescer au Parlement valeur législative. Mais faute pour le Parlement d'approuver ces projets de codes, tout le travail de codification est aujourd'hui paralysé.

Il est dommage que ces dysfonctionnements de l'administration viennent rendre plus difficile une activité consultative par ailleurs très riche, dans laquelle le gouvernement fait volontiers appel à l'expertise du Conseil d'État. En 1998, la Section du rapport et des études a mené à bien une étude, demandée par le Premier ministre, sur « Internet et les réseaux numériques », avec le concours de près de 200 spécialistes de l'administration, de l'Université, des associations et des entreprises concernées. Unique en son genre par la multiplicité des questions abordées, cette étude a déjà été largement utilisée par l'administration, notamment pour les négociations internationales en cours. Le Premier ministre a d'ailleurs demandé de continuer à bénéficier du concours des rapporteurs de l'étude pour assurer la mise en œuvre des propositions contenues dans cette étude.



Réflexions sur l'Intérêt général

L'intérêt général, depuis plus de deux cents ans, est au cœur de la pensée politique et juridique française. Il est considéré comme la fin ultime de l'action publique. Il est au cœur de la construction du droit public par le Conseil d'État. C'est pourquoi, en cette année du bicentenaire de l'institution, il nous a paru tout naturel d'y consacrer nos réflexions.

Cette notion, aujourd'hui, est-elle en crise, comme certains le soutiennent parfois ?

Il est vrai qu'il existe deux conceptions, l'une utilitariste, l'autre volontariste, de l'intérêt général, liées à deux visions de la démocratie ; l'une, qui privilégie la liberté de l'individu et voit l'intérêt général comme le résultat d'un consensus entre les intérêts particuliers ; l'autre, plus proche de la tradition républicaine française, selon laquelle l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers, ce qui confère à la loi, expression de la volonté générale, compétence pour définir les fins qui s'imposent à l'ensemble des citoyens.

C'est cette seconde conception qui est, pour l'essentiel, en question. La contestation d'un intérêt général, indépendant et supérieur aux intérêts particuliers, participe de la contestation de l'État. Réfléchir sur l'intérêt général, c'est donc inévitablement réfléchir sur l'État et sur ses rapports avec la société.

Serait-ce que nos contemporains aient perdu le sens de l'intérêt général, les contraintes d'une économie de concurrence ayant fini par leur faire perdre de vue l'importance des valeurs communes ? À moins que la contestation ne porte sur les méthodes traditionnelles de définition de l'intérêt général, c'est-à-dire la démocratie de représentation.

Pour éclairer ce débat, le rapport ne se borne pas à analyser le rôle central joué par la notion d'intérêt général dans la législation et la jurisprudence. Il comporte aussi une réflexion sur l'origine de la notion, sur les conceptions contrastées auxquelles elle a donné lieu, sur les mutations qui affectent aujourd'hui la façon dont sont à la fois définies et mises en œuvre les fins d'intérêt général. Il fait appel à l'histoire des idées pour en éclairer les données. Des contributions ont en outre été demandées à des universitaires, économistes, juristes ou philosophes, à des hauts fonctionnaires français ou étrangers,



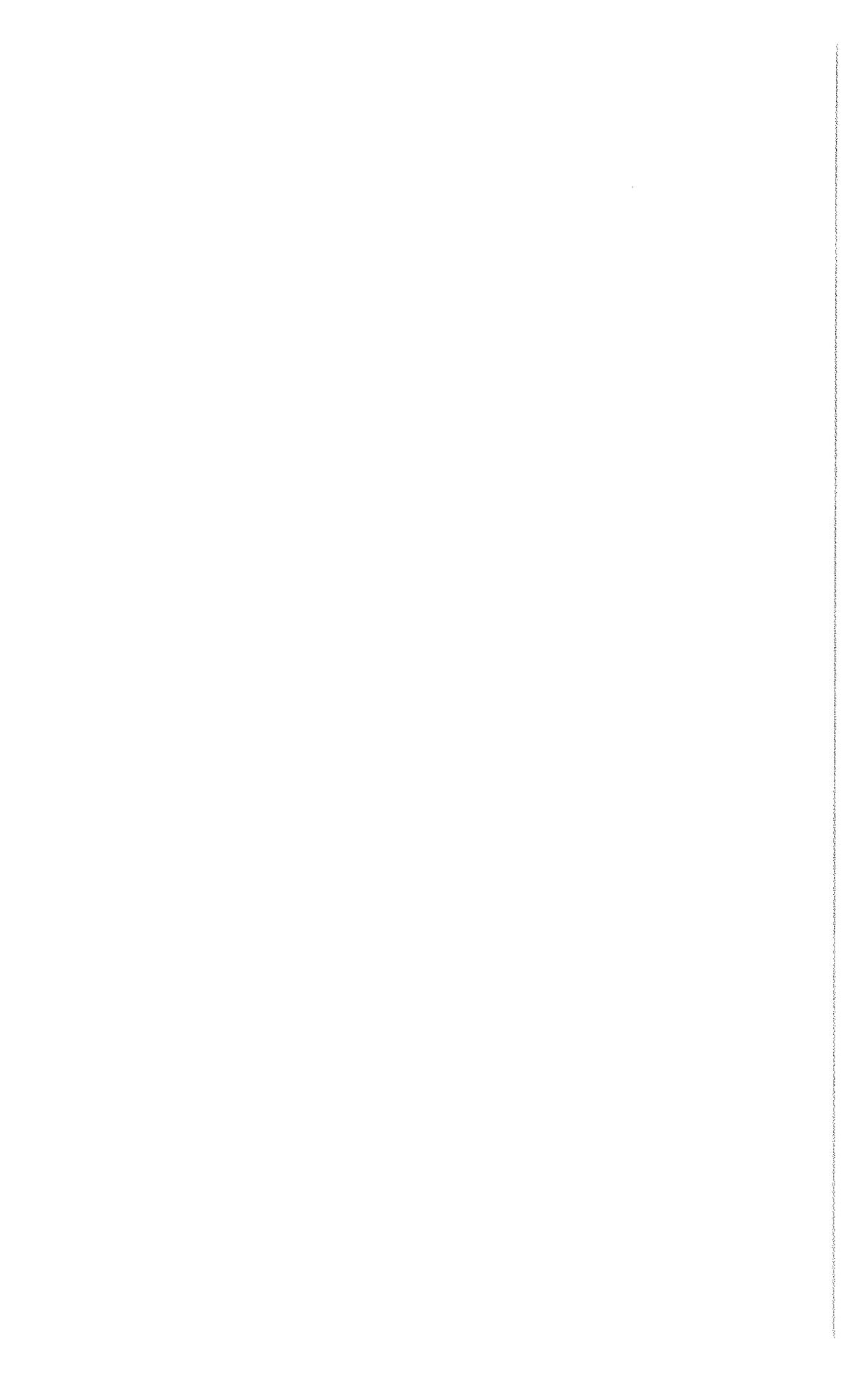
qui enrichissent la discussion par l'apport de leurs analyses et de leurs expériences. Puisse cette réflexion en commun sur l'intérêt général contribuer à renouveler l'approche d'une valeur qui conserve toute son actualité. Au moment où il célèbre son bicentenaire, le Conseil d'État, fidèle à sa mission de conseil et de juge, entend ainsi aborder avec des idées neuves le nouveau millénaire.



Considérations générales

L'intérêt général





Sommaire

Introduction	245
Première partie	
L'intérêt général, concept fondateur de la société et de l'État	247
Genèse et définition de l'intérêt général	247
<i>Du bien commun à l'intérêt général</i>	249
<i>L'approche utilitariste :</i> <i>l'intérêt général comme somme des intérêts particuliers</i>	253
<i>L'approche volontariste :</i> <i>l'intérêt général, comme dépassement des intérêts particuliers</i>	257
L'intérêt général, l'État et le droit	261
<i>Deux conceptions des missions de l'État</i>	262
<i>Une conciliation imparfaite entre ces conceptions</i>	263
Deuxième partie	
L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique	271
L'intérêt général, justification primordiale du droit public	272
<i>L'intérêt général, fondement des grandes constructions jurispruden- tielles du droit public</i>	272
<i>L'intérêt général, fondement de constructions législatives spécifiques</i>	282
L'intérêt général, norme de référence pour l'action administrative	288
<i>L'intérêt général, finalité supérieure confrontée aux droits et libertés</i>	290
<i>Le rôle du juge : concilier intérêt général et intérêts particuliers</i> ..	305
Troisième partie	
Mutations et renouveau de l'intérêt général	313
<i>L'intérêt général, une notion en crise ?</i>	313
Les mutations dans les modes de formulation de l'intérêt général	316
<i>Une contestation des organes traditionnels et l'apparition de nouveaux acteurs</i>	316
<i>Une mutation des procédures de formulation de l'intérêt général</i> ..	321
Les mutations dans les modes d'exercice de l'intérêt général : vers une meilleure conciliation entre service public et marché ..	333
<i>Une évolution des modes de gestion accélérée par le droit communautaire</i>	333
<i>Vers une meilleure conciliation entre règles du marché et impératifs d'intérêt général</i>	338
<i>Le domaine étendu du droit de la concurrence</i>	339
Conclusion	353



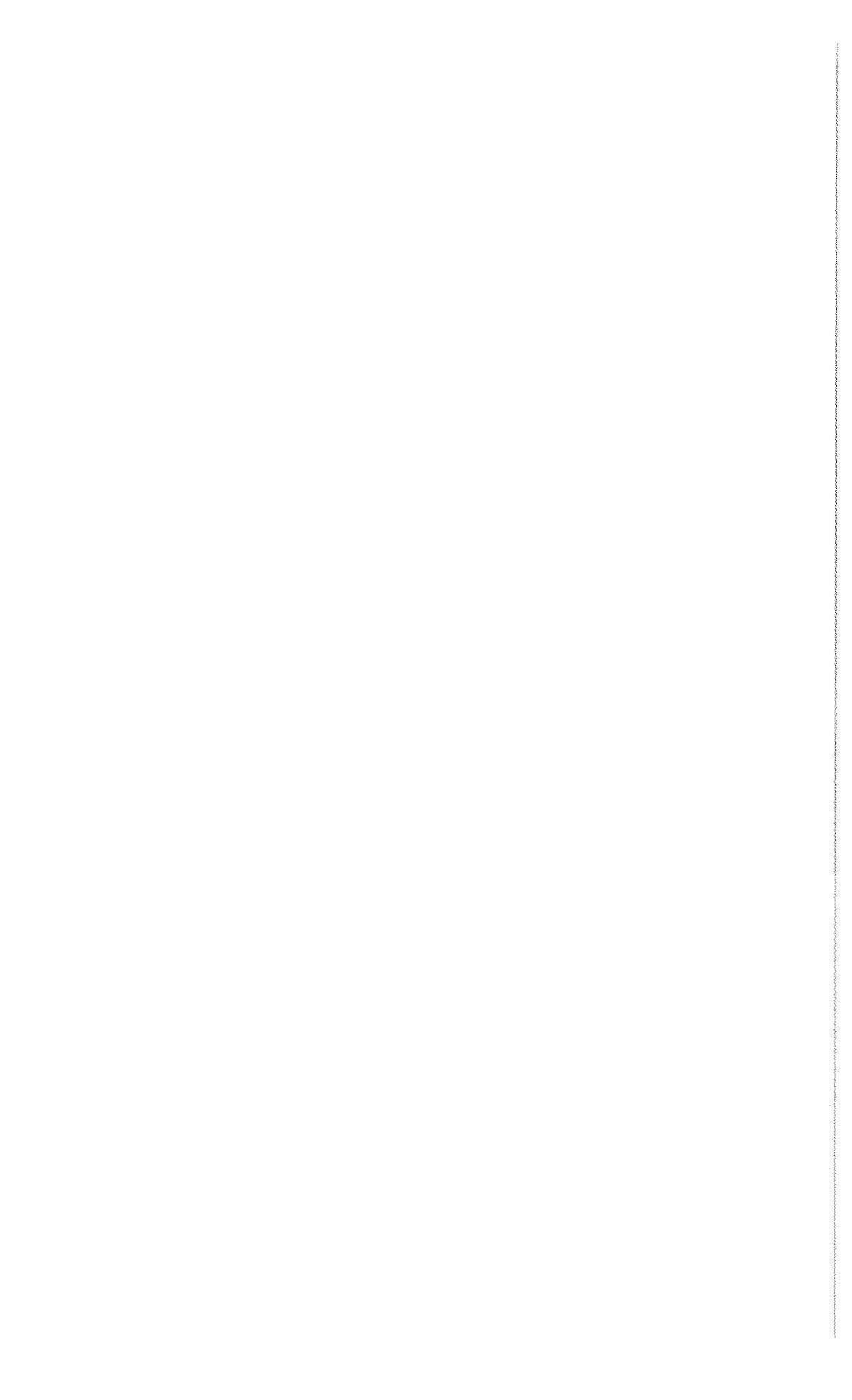
Les réflexions du Conseil d'État sur l'intérêt général ont été rédigées par Raphaël Hadas-Lebel, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Gilles Bardou, rapporteur général-adjoint, Olivier Courson, maître des requêtes, Frédéric Mion, Édouard Philippe, Christine Le Bihan-Graf, auditeurs et Agathe Van Lang, professeur d'université.



*« La loi est l'expression de la volonté générale.
Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement,
ou par leur représentants, à sa formation.
Elle doit être la même pour tous,
soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse [...] »*

Extrait de l'article 6 de la Déclaration
des droits de l'homme et du citoyen
du 26 août 1789





Introduction

L'intérêt général est regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité.

Pourtant, ce n'est qu'au XVIII^e siècle que l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui constituait jusque-là la fin ultime de la vie sociale. Depuis lors, deux conceptions de l'intérêt général s'affrontent. L'une, d'inspiration utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme arithmétique des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques. Cette approche, non seulement laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État. L'autre conception, d'essence volontariste, ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques, incapable à ses yeux de fonder durablement une société. L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers.

Nul doute que la tradition française, telle qu'elle s'exprime dans la législation et la jurisprudence, a clairement pris le parti de promouvoir un intérêt général qui aille au-delà d'un simple arbitrage entre intérêts particuliers. Elle s'inscrit, sans conteste, dans la filiation volontariste de l'intérêt général. Aux côtés du législateur qui a la charge de sa définition, le juge administratif a été dès lors amené à jouer un rôle central de garant de l'intérêt général et à accompagner les évolutions d'une notion dont le contenu est éminemment mouvant.

L'idée d'intérêt général fait pourtant l'objet de vives contestations, au point qu'on a pu même parler d'une crise de cette notion. La critique marxiste avait déjà fait valoir que l'intérêt général n'était en réalité que l'intérêt des classes sociales qui avaient conquis le pouvoir au sein de l'État. La pensée libérale contemporaine n'est pas moins sévère à l'égard d'une représentation de l'intérêt général entendu comme l'intérêt de la société, distinct de celui des intérêts de ses membres. Elle souligne les risques politiques que fait courir un tel projet à la société civile et aux libertés individuelles. Ces critiques ne pouvaient manquer d'entraîner un recul de la croyance dans l'intérêt général, à un moment où précisément les progrès de la démocratie s'accompagnent d'une valorisation des comportements individualistes, qui induisent un repli des individus sur leurs intérêts propres. Le phénomène s'est trouvé aggravé par la mise en cause de la légitimité de l'État, ainsi



que de sa capacité à faire prévaloir un véritable intérêt général. Tandis que la croyance en l'intérêt général se trouve ainsi ébranlée, de profondes mutations affectent tant les modes de formulation de l'intérêt général que les méthodes qui concourent à sa mise en œuvre.

Ce concept est-il pour autant devenu caduc ? Ne pourrait-on pas percevoir, dans les évolutions en cours, accélérées par les effets de la construction européenne, l'esquisse d'une conciliation entre service public et marché et, au-delà, entre les deux approches traditionnelles de l'intérêt général ?

Pour mieux mesurer la portée de ces évolutions, il faut surmonter une première difficulté qui tient à la complexité de la notion d'intérêt général. Souvent invoquée, elle est rarement définie et cette imprécision qui l'entoure semble indissociable de sa nature même. Il n'en est pas moins nécessaire, dans un premier temps, d'étudier l'origine de ce concept, d'en présenter les approches contrastées et d'analyser comment elles retentissent sur les diverses conceptions de l'État et du droit (I).

Cette analyse conduit à mettre en évidence le rôle fondateur de la notion d'intérêt général, qui apparaît au cœur des grandes constructions du droit public français. La deuxième partie du rapport se propose ainsi d'étudier le rôle de l'intérêt général dans notre système juridique, à la fois comme source des grandes notions fondamentales du droit public et comme finalité supérieure de l'activité de l'État. Eu égard à la place prise par la jurisprudence dans la définition de ce droit, un accent particulier est mis sur le rôle du juge administratif, dans son effort persévérant pour assurer la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers (II).

La dernière partie du rapport est consacrée à une analyse des évolutions récentes de la notion d'intérêt général. Celles-ci conduisent notamment à un questionnement sur le rôle de l'État, en tant qu'instance chargée de sélectionner les fins retenues comme étant d'intérêt général. De nombreux changements peuvent ainsi être observés dans les procédures contribuant à la formulation et à la mise en œuvre de l'intérêt général. Faut-il y voir le symptôme de la crise qui ébranle cette idée ou le signe d'une capacité de l'État à renouveler une valeur qui fonde la légitimité de son action ? Même si ces changements, notamment ceux qui résultent du poids croissant du droit communautaire, semblent heurter de front la conception française de l'intérêt général, d'intéressantes convergences peuvent être constatées, entre l'approche par le marché et l'approche par l'intérêt général. L'intérêt général retrouverait ainsi, en dépit – ou à cause – de cette crise, une nouvelle légitimité en tant que finalité irremplaçable pour assurer, dans un univers incertain, la pérennité du lien social (III).



Première partie

L'intérêt général, concept fondateur de la société et de l'État

Il est important, en préface à une réflexion sur l'intérêt général, de bien éclairer la diversité du vocabulaire qui entoure cette notion. La profusion des termes favorise la confusion des idées. Elle rend surtout plus difficiles des définitions stabilisées car la proximité des dénominations multiplie les occasions de substitutions. Ainsi, rien ne distingue, dans l'emploi courant, le bien commun et l'intérêt général, tandis que l'intérêt commun et l'intérêt de tous (ou encore l'intérêt collectif) sont souvent employés au sens de l'intérêt général ou de l'utilité publique. Il convient d'abord de distinguer ce qui est communément confondu, le bien commun et l'intérêt général. Le bien commun est une notion centrale de la philosophie ancienne, plus morale que juridique. L'intérêt général est une notion plus récente, inséparable de la constitution de l'État moderne.

C'est seulement au début du XVII^e siècle que l'idée d'intérêt fait son apparition dans l'histoire de la pensée politique européenne. Alors que, jusque-là, c'était le bien commun qui était regardé comme la valeur suprême, l'opinion selon laquelle l'intérêt gouverne le monde et constitue le seul mobile des actions humaines s'impose progressivement¹. L'intérêt s'annonce comme le ressort du comportement de l'homme moderne, non que celui-ci soit essentiellement égoïste et uniquement soucieux de son bien-être matériel, mais parce que rien ne peut se faire dans la société si les individus n'y reconnaissent pas leur propre avantage. Le citoyen ne saurait accomplir son devoir, ni contribuer au bien public, sans y trouver une satisfaction personnelle.

Genèse et définition de l'intérêt général

Dans l'usage qui s'en généralise, le terme d'intérêt ne se réduit pas à son acception économique, mais désigne l'ensemble des aspirations humaines. Il implique, contrairement à la passion, un élément de calcul et de réflexion

1 - A. Hirschman, *Les passions et les intérêts*, 1977. Ce thème se développe dans le contexte d'une philosophie politique soucieuse d'opposer aux passions déréglées des gouvernants le langage de l'intérêt, dont l'efficacité est supérieure à celui de la raison. Voir, pour une analyse de cette question, *Les notions philosophiques*, sous la dir. de A. Jacob, PUF, p. 1355 et s.



sur les moyens à mobiliser. Le problème central de la pensée politique moderne devient alors de savoir comment des individus, que leurs intérêts divisent, peuvent consentir à s'associer². Si la tâche essentielle de la législation est de promouvoir l'intérêt public, la politique n'est finalement que l'art de gouverner les individus par leurs intérêts. La fonction dévolue à l'État est de réaliser l'harmonie entre des intérêts fondamentalement antagonistes.

Ce pari n'est pas impossible car l'homme intéressé est plus raisonnable et plus aisément prévisible, donc plus facilement gouvernable, que l'homme guidé par ses passions. L'intérêt personnel et l'intérêt commun peuvent alors coïncider. Parce que l'homme est un être vivant, tendant naturellement à sa conservation, il cherche avant tout à satisfaire ses besoins et son intérêt propre. Parce qu'il est aussi un être rationnel, et donc capable de calculer les avantages de la paix civile et de découvrir les moyens de les obtenir, il peut préférer l'intérêt commun à la satisfaction de son intérêt personnel et consentir à se soumettre à une contrainte légale, dont le respect collectif est garanti par un pouvoir légitime³.

La logique de l'intérêt paraît donc offrir des solutions radicalement nouvelles au problème politique. Cette logique conduit d'abord à rompre avec la notion de bien commun, jusque-là prédominante et dont les connotations morales et religieuses interdisaient, en réalité, au pouvoir politique de s'affranchir de l'autorité spirituelle de l'Église. L'émergence progressive de la notion d'intérêt général, au cours du XVIII^e siècle, permet la constitution d'une science politique et juridique, qui abandonne les exhortations moralistes au profit d'un réalisme sans illusion, mais aussi sans pessimisme. Rien ne sert d'exiger des hommes qu'ils soient vertueux et désintéressés. Il faut les prendre tels qu'ils sont et leur montrer que l'obéissance aux lois est conforme à leur recherche de l'utilité et la justice compatible avec leurs intérêts. La désuétude de la notion de bien commun est précipitée par le déclin de l'organisation politique et institutionnelle dont elle était la clef de voûte : la monarchie de droit divin. Avec cet événement historique majeur qu'est la révolution française, et l'émergence simultanée de l'idée de peuple, la morale s'efface devant le droit, conçu comme l'instrument par excellence de l'ingéniosité humaine, qui s'attache à résoudre le problème posé par l'antagonisme des intérêts.

Toutefois, la doctrine de l'intérêt donnera naissance à deux conceptions divergentes de l'intérêt général qui vont marquer la pensée politique et juridique pour les siècles à venir et dont les prolongements et les contradictions se font sentir jusqu'à nous. Dans sa version utilitariste et libérale, la notion d'intérêt général permet de penser l'organisation de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique, sans qu'il soit besoin de

2 - De ce point de vue, l'influence de Machiavel et notamment de son ouvrage *Le Prince* (1513) a été décisive.

3 - L'intérêt permet de mettre fin à la guerre de chacun contre tous. Si l'homme est un loup pour l'homme, il est aussi un Dieu pour l'homme, car les hommes ne peuvent attendre leur salut que d'eux-mêmes. C'est en trouvant une forme d'association qui garantisse la paix civile qu'ils seront utiles les uns aux autres. Cette thèse trouve son développement chez Hobbes, (*Léviathan* 1651), mais aussi chez Spinoza, (*Traité politique*, 1675-1677).



faire intervenir un pouvoir politique régulateur des relations entre les individus. Dans sa version volontariste et rousseauiste, l'intérêt général ne saurait être obtenu, ni les liens sociaux subsister, sans que l'intérêt personnel ne s'efface devant la loi, expression de la volonté générale, et sans que l'État ne régule la société civile pour garantir la réalisation des fins sur lesquelles cette volonté s'est prononcée.

Dans la première approche, l'intérêt général résulte de la conjonction des intérêts particuliers dont il n'est que la somme algébrique. Dans la seconde, l'intérêt général ne saurait subsister sans que les individus n'acceptent, par un contrat social, de faire abstraction de leurs intérêts particuliers.

Du bien commun à l'intérêt général

Le bien commun

Bien commun et intérêt général sont parfois confondus et employés comme des synonymes. Cependant, la notion de bien commun, qui est au cœur de la pensée politique jusqu'à la fin du XVI^e siècle, relève d'une catégorie morale davantage que juridique⁴. Elle traduit la conviction que les valeurs existent en soi, transcendantes et incontestables, et qu'elles sont accessibles à l'homme pour peu qu'il fasse usage de sa raison.

Les Grecs pensaient déjà la vie humaine en termes de biens et de fins hiérarchisés. Le bien est ce que tout homme désire, c'est-à-dire la fin vers laquelle il tend. On ne peut donc vouloir son mal, même si l'on ne sait pas toujours exactement en quoi consiste le véritable bien. Le mal ne procède aucunement de la recherche perverse de ce qui nous est nuisible. Il est ignorance de notre bien propre, qui consiste à vivre, non pas dans la crainte et le conflit, mais en harmonie avec les autres hommes. À cet égard, la pensée grecque est plus politique que morale. La vertu ne consiste qu'à perfectionner son humanité et à réaliser sa nature, en vivant en bonne amitié avec les autres.

Ainsi, l'individu n'est jamais considéré en tant que tel mais toujours comme membre d'une communauté : famille, corporation, cité. L'idée selon laquelle les hommes poursuivent des fins n'implique pas que ces fins, même particulières, soient purement individuelles. L'homme, selon Aristote, est essentiellement un « *animal politique* ». Les fins qu'il poursuit en tant qu'individu ne sont pas radicalement distinctes de celles qu'il vise en tant que citoyen. Surtout, l'homme n'est pas déchiré entre la poursuite de fins temporelles et spirituelles, ni détourné de la recherche des biens de ce monde par la quête d'un bien divin, extérieur à la vie de la cité.

Le Christianisme a bouleversé cet ordonnancement car le chrétien est avant tout une personne, préoccupée par la recherche d'une fin extérieure au monde : celle de son salut. Le bien est ainsi supérieur à l'utilité, car l'intérêt est considéré comme essentiellement subjectif et matériel tandis que le bien

4- Cette séparation demeure certes artificielle. L'influence aristotélicienne allait ainsi permettre à Cicéron d'unifier le droit romain en gardant à l'esprit que si les règles de droit doivent par-dessus tout promouvoir le bien de la société, elles doivent également être utiles et opportunes.



est objectif et spirituel. C'est une valeur qui dirige l'homme vers un but qui le dépasse et qui ne vaut que dans la mesure où elle permet de concilier les intérêts matériels et spirituels de la personne humaine. Le bien commun est donc indissociablement une règle morale, un impératif religieux et un principe politique.

C'est pourquoi Saint Thomas d'Aquin définit la loi comme l'adhésion rationnelle au bien commun. La loi commande obéissance parce qu'elle est conforme aux principes de la justice et du bien : elle tire donc sa force de son contenu. La légitimité du pouvoir, en retour, ne repose pas sur son origine mais sur l'objet recherché⁵. Le bien commun devient le critère de l'obligation légale, la loi ne s'imposant à tous que dans la mesure où elle vise le bien et le juste.

La société est, en effet, le résultat de la solidarité entre ses membres. L'individu, qui par nature recherche son bien propre, ne peut donc l'atteindre que dans et par la société. Le bien commun est le bien de l'ensemble des individus pris en groupe, et donc la condition des biens particuliers. Ainsi, il existe une complémentarité parfaite entre la volonté collective et les volontés particulières, puisque le même but, la recherche du bien, est assigné aux individus et au corps politique incarné par le souverain.

Dans cette perspective, le bien commun est le point de convergence de tous les biens particuliers, même s'il demeure supérieur à eux. Il légitime, en outre, l'action des gouvernants et fonde, par là même, le devoir d'obéissance des gouvernés. L'autorité des gouvernants vient de ce qu'ils sont chargés de promouvoir le bien commun. La référence au principe transcendant de la justice garantit le caractère non arbitraire du pouvoir. Un roi infidèle à son devoir perd donc son droit à être obéi. Ce n'est pas faire preuve de rébellion que de le déposer car il est lui-même un rebelle que la nation est autorisée à renverser.⁶

La notion de bien commun, selon la doctrine thomiste, n'a donc pas vraiment de contenu dogmatique défini. Elle désigne le bien-vivre, à la fois matériel et spirituel de la communauté, c'est-à-dire l'épanouissement de la nature humaine, le développement harmonieux des facultés de l'homme et l'exercice de la vertu en tant qu'il permet le règne de la justice. Elle se voit surtout conférer la fonction d'assurer une identité de but entre la politique, la morale et le droit. Elle n'est pas vidée de son sens moral et religieux. Certes, les pouvoirs spirituel et temporel demeurent séparés, chacun étant légitimé par son objet propre. Le pouvoir temporel n'est juste que s'il poursuit le bien commun, tandis que l'Église a pour fonction d'assurer le salut éternel du chrétien, même s'il lui revient de vérifier que les gouvernants poursuivent effectivement le bien. Toutefois, cette séparation des ordres apparaît comme un idéal difficilement réalisable. Le service du Prince et celui de Dieu peuvent entrer en contradiction, les devoirs du chrétien ne coïncidant pas nécessairement avec ceux du sujet politique. Les nécessités

5 - François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

6 - La volonté du Prince doit rester soumise au Bien. Quand le prince n'écoute plus la voix de la raison et pervertit ainsi sa volonté, il devient un tyran qu'on a le droit et le devoir de tuer. Cette thèse apparaît dès le XII^e siècle, chez Jean de Salisbury par exemple.



de l'ordre politique impliquent parfois un renoncement aux valeurs spirituelles au nom d'impératifs temporels. La notion de bien commun ne suffit donc pas à apaiser les conflits nés de cette double appartenance, pas plus qu'elle ne permet de concilier les exigences des États naissants et celles de l'Église universelle.

L'autonomie du pouvoir politique ne peut que se sentir menacée par la concurrence avec un autre pouvoir, sous la surveillance duquel il est maintenu et qui s'autorise de Dieu. La monarchie de droit divin constitue, en ce sens, une tentative pour conférer au monarque la légitimité, qui lui manquait, en s'appropriant le pouvoir spirituel qui lui était refusé. Si le prince tient son pouvoir de Dieu, il connaît nécessairement le bien commun et sa volonté ne peut qu'être en accord avec ce bien. La mission du monarque est donc doublement légitimée par son origine divine comme par son but.

À l'apogée de la monarchie absolue, le pouvoir politique se fonde donc à la fois sur le droit divin et sur la raison. La volonté arbitraire du Prince ne suffit pas à fonder son autorité, sauf si elle s'identifie totalement au bien public, ce qu'elle fait par une référence de plus en plus fréquente à la raison d'État⁷. Cette référence permet au Prince, en cas de nécessité impérieuse, de s'écarter des lois pourvu que ce soit au nom d'un impératif de justice ou de survie du corps politique. Le pouvoir absolu est donc légitime parce qu'il n'est pas totalement arbitraire, mais poursuit des finalités que l'intérêt de l'État et des peuples commande.

Selon les théoriciens de la monarchie de droit divin, le roi est investi par Dieu de cet intérêt. Sa raison éclaire sa conduite et son caprice s'efface devant cet impératif politique qu'est le salut de l'État. La raison d'État n'autorise pas le Prince à devenir tyrannique, en abusant de son pouvoir à des fins personnelles. Elle permet de prendre acte des limites de la loi en affirmant que la défense de l'intérêt général est un cas de nécessité qui justifie la suspension des règles de droit ordinaires. C'est donc par référence à une loi supérieure à la loi écrite que l'action du Prince est alors légitimée.

L'apparition de la notion d'intérêt général dans la pensée politique ne traduit pas une simple laïcisation de la notion de bien commun, mais bien une conception radicalement nouvelle du pouvoir⁸. L'intérêt général est l'œuvre d'une raison qui ne se contente plus de poursuivre des fins déjà inscrites dans une nature créée par Dieu, mais d'une raison qui les crée elle-même. L'alibi de la raison d'État ne réussira donc pas à consolider l'autorité du monarque, dont elle masque trop souvent le pouvoir absolu et arbitraire, face à l'exigence démocratique inédite d'un intérêt qui soit désormais l'expression de la volonté générale.

7 - La formule royale « *ce que nous croyons être du bien et de l'avantage de notre État* » n'est pas une pure clause de style. Louis XIV, Édît de Marly, juillet 1714.

8 - Sur ce sujet controversé, J. Chevallier, « *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général* », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978 ; « *La société moderne n'a fait que laïciser cette croyance religieuse, en la déplaçant de Dieu à l'État* ».



L'avènement de la démocratie

La représentation d'un monde régi par des valeurs supérieures à celles de l'utilité tend à s'effacer avec l'ère des Lumières et la révolution française. L'avènement de la démocratie s'accompagne d'une dissolution de tous les repères de la certitude et affaiblit la croyance en des principes immuables⁹. Avec le renversement de la monarchie, s'affirme la conviction que le pouvoir et les valeurs morales ne sont pas fondés sur des principes extérieurs à la société. L'évidence d'un bien commun, qui oriente les actions humaines, paraît reléguée au rang de vestige d'un autre âge.

La loi n'a donc plus ce caractère sacré que lui offrait la croyance en une origine divine du pouvoir. Elle devient une simple convention passée entre les hommes, à l'issue d'un débat politique. La loi ne tire plus sa force de son contenu, c'est-à-dire de sa conformité à la justice et au bien, mais de sa méthode d'institution et de la procédure de son élaboration. Elle est l'expression de la volonté générale¹⁰. Ce sacre de la volonté générale traduit un transfert de souveraineté¹¹. Le peuple et la nation s'approprient désormais les attributs du pouvoir royal¹².

La loi ne procède donc plus d'une volonté particulière, comme l'était celle du monarque. La nation est devenue le sujet de la souveraineté précisément parce qu'elle est une réalité sociale, une et indivisible, irréductible à ses composantes particulières. Elle se présente comme une totalité abstraite, inappropriable par quelque groupe singulier que ce soit. C'est précisément par sa référence à la généralité que la volonté générale va constituer la modalité par excellence de la légitimation politique. Elle renvoie à une politique qui n'est plus fondée ni sur la tradition, ni sur l'arbitraire d'une volonté individuelle.

L'exercice collectif du pouvoir tend toutefois à faire de celui-ci un lieu vide. Si le pouvoir appartient à tous, il n'appartient à personne. Il devient difficile alors, faute d'un individu dont la fonction est de l'incarner, de localiser le lieu d'exercice du pouvoir. La décapitation du roi est un geste dont la portée symbolique et les implications juridiques et politiques sont majeures. L'État, comme réalité abstraite, se substitue à cette réalité concrète qu'était le corps du roi.

La démocratie impose désormais une explication réaliste et rationnelle du pouvoir, affranchie de toute référence métaphysique¹³. L'origine du pouvoir et des valeurs est immanente à la société. Cependant, si ces valeurs sont

9 - C. Lefort, *L'invention démocratique*.

10 - Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen*, Gallimard 1992, note que « la loi n'est donc plus référée à aucun ordre extérieur, ni à aucune règle morale ou sociale préexistante ; elle devient purement positive et participe d'un mouvement d'auto-institution de la société ».

11 - Les analyses d'E. Kantorowicz ont montré comment l'État moderne était en germe dans la distinction classique entre les deux corps du roi : le corps naturel, anéanti par la mort, et le corps mystique, qui survit à la personne du Prince. Les formules consacrées (*le roi est mort, vive le roi !*) rendent déjà compte de la persévérance de l'État dans son être abstrait, bien que l'être concret qui l'incarne ait disparu. L'État moderne est né de cette transmutation du corps naturel en corps politique. Cf. *Les deux corps du roi*, Gallimard.

12 - Le peuple selon Rousseau, la nation selon Sieyès.

13 - M. P. Deswarte, « Intérêt général, Bien commun », *Revue de droit public*, 1988, p. 1289.



immanentes, elles sont relatives et contestables. Puisque la loi n'est qu'une convention, elle est discutable. Si l'État a le monopole de la violence légitime et s'affirme comme l'unique source du droit à la contrainte, cette contrainte ne peut dès lors s'exercer que si elle est acceptée par les citoyens, c'est-à-dire s'ils en reconnaissent la légitimité. La référence à l'intérêt général permet, à cet égard, de renouveler en permanence la confiance dans le bien-fondé de l'autorité de l'État.

La théorie de l'intérêt général consolide la différence entre le droit et la force. La fonction de cette notion est d'asseoir la légitimité de la puissance publique. Alors qu'on se soumet à une contrainte, faute de pouvoir s'y soustraire, on obéit librement à la loi dès lors qu'elle est l'expression de la volonté générale. La condition de l'obéissance politique repose sur la certitude que l'action publique poursuit un intérêt général, parce que déterminé comme tel par la volonté générale. Les autorités n'ayant plus une légitimité de fait, elles doivent la prouver et justifier leur action en se référant à l'intérêt général. La poursuite de l'intérêt général devient la seule fin qui puisse emporter l'adhésion de tous et, par là même, fonder le pouvoir de l'État, qui trouve dans cette référence sa justification. Les gouvernés n'acceptent d'obéir que parce que l'intérêt de tous l'exige.

La question en suspens demeure de savoir si un tel intérêt commun peut se déduire simplement de la recherche par chacun de son intérêt personnel ou s'il ne faut pas, afin de s'assurer que l'intérêt public ne se confond avec aucun intérêt privé, placer celui-ci en contradiction avec tous ceux-là et évaluer l'intérêt général à la capacité de résistance qu'il oppose aux intérêts des seuls particuliers.

L'approche utilitariste : l'intérêt général comme somme des intérêts particuliers

Dans la perspective utilitariste, l'intérêt commun se définit comme la somme algébrique des intérêts individuels, c'est-à-dire comme le plus grand bonheur du plus grand nombre d'individus. Cette approche de l'intérêt général fait prévaloir la solution économique du problème de l'intérêt sur la solution politique. C'est dans la sphère économique, en effet, que peuvent s'accorder intérêt privé et intérêt public. Le marché, et non le contrat social, se révèle comme le véritable régulateur des relations sociales ¹⁴.

L'intérêt public : résultante de l'harmonisation spontanée des intérêts économiques ?

L'approche utilitariste peut se résumer à l'idée que l'intérêt public n'est jamais mieux servi que lorsqu'on laisse, en réalité, les individus libres de travailler à satisfaire leurs intérêts égoïstes. Par ce libre jeu des intérêts privés se réalise spontanément l'intérêt public.

14 - P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique*, Seuil, 1979.



Cette hypothèse, développée par Adam Smith, suppose de réduire l'intérêt à l'avantage économique. Dans la division sociale du travail, chacun mobilise ses efforts pour chercher, en fonction du capital dont il dispose, l'emploi le plus avantageux. Ce faisant, l'individu n'a en vue que son propre bénéfice, et non celui de la société. Cependant, les efforts fournis pour son avantage personnel le conduisent nécessairement à préférer, pour son capital, le genre d'emploi qui se trouve être le plus avantageux à la société.

Si le moteur de l'action humaine est le désir d'améliorer son sort en augmentant sa fortune¹⁵, l'intérêt général s'identifie logiquement à la prospérité économique. La recherche égoïste de l'enrichissement personnel contribue à l'enrichissement des nations et à l'augmentation du bonheur collectif, sans qu'aucun des individus bénéficiant de cette élévation générale du bien-être ne l'ait voulu. Les progrès de la division du travail et des échanges entraînent une augmentation de la productivité du travail, et, par conséquent, une accumulation de richesses qui s'identifie à l'intérêt général dès lors qu'elle profite à tous. L'homme le plus mal loti dans une société fondée sur le désir d'acquisition vit ainsi plus confortablement que le mieux loti dans une société où les capacités productives sont restées sans développement¹⁶.

L'harmonie naturelle des intérêts est l'effet mécanique de l'organisation économique. Les hommes sont naturellement dépendants les uns des autres en raison de la variété et de la complémentarité de leurs aptitudes qui les rendent chacun utiles à tous. De cette utilité collective, les individus ne sont pas conscients. C'est sans le savoir ni le vouloir que chacun est conduit à réaliser l'intérêt de la société alors que cette fin n'entraîne nullement dans ses intentions. Un but avantageux pour tous est atteint par une recherche intéressée de l'utilité personnelle. D'une manière providentielle, l'intérêt général se réalise, alors même qu'il n'était pas recherché par les individus et, en vérité, beaucoup plus sûrement que s'il l'avait été.

On sait que, pour Adam Smith, la société est réductible à ce mécanisme, *une main invisible*, par lequel les intérêts s'harmonisent. Les relations sociales se résument ainsi au jeu des intérêts et des besoins, et à leurs effets involontaires : « *ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme ; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage* ».

Le lien social s'identifie à l'échange économique, et l'administration des hommes à la gestion des choses, puisque le rôle résiduel de l'État est de

15 - A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776. « Une augmentation de fortune est le moyen par lequel la majeure partie se propose d'améliorer son sort ; c'est le moyen le plus commun et qui leur vient le premier à la pensée ».

16 - A. Smith s'inspire de B. Mandeville qui, dans sa *Fable des abeilles*, 1723, développait la thèse selon laquelle seuls les vices font le bien public. Une société dans laquelle les hommes seraient honnêtes et frugaux serait condamnée à l'indigence, alors que les intérêts égoïstes contribuent au bien public, c'est-à-dire à la richesse des nations. Toutefois, là où Mandeville voyait un paradoxe, Smith découvre le fondement rationnel des sociétés humaines. C'est ce qui permet à J. Locke d'affirmer que la situation de l'ouvrier agricole anglais est plus enviable que celle du roi indien d'Amérique.



faciliter le cours naturel des activités privées. Les institutions politiques ont pour seule fonction de veiller à la sécurité intérieure et extérieure, d'assurer la protection de l'agent économique et de ses libertés individuelles, de pourvoir à l'éducation des citoyens et à l'entretien des ouvrages publics. La société civile n'a pas besoin de l'intervention de l'État pour resserrer les liens sociaux puisque l'intérêt personnel suffit, l'ordre social n'étant qu'un moyen au service de fins particulières et les individus ne s'étant unis que pour assurer leur intérêt personnel.

De l'économique au politique

La théorie libérale tend à exclure tout volontarisme politique, en défendant l'idée d'une régulation spontanée à l'intérieur de la société civile. En ce sens, le libéralisme est essentiellement une doctrine politique critique, et non pas fondatrice¹⁷. L'appartenance de l'individu à la société se résume aux échanges économiques, c'est-à-dire privés, qu'il entretient avec les autres individus. Cette appartenance n'a pas, à proprement parler, de dimension politique, puisqu'il ne s'agit pas de construire un espace public où le citoyen, détourné de ses seuls intérêts économiques, participerait à la formulation d'un intérêt général propre à la cité. L'effort naturel de chacun pour améliorer sa condition est un principe si puissant que le bonheur collectif résultera de lui-même des progrès de la société civile, progrès que l'intervention de l'État ne pourrait qu'entraver¹⁸.

Il est certes possible d'interpréter la somme des intérêts particuliers comme le produit volontaire d'un calcul de la puissance publique qui viserait une satisfaction sociale globale, c'est-à-dire l'obtention d'un maximum de plaisir avec un minimum de peine¹⁹. L'utilitarisme politique, héritier du libéralisme, a ainsi tenté de procéder, au plan collectif, à des calculs d'intérêts qui sont habituellement effectués au seul plan individuel. De même qu'un individu peut renoncer à un plaisir présent ou accepter une certaine souffrance si elle est le prix d'un plus grand bonheur futur, de même, la société peut décider de maximiser le bonheur du plus grand nombre.

Si l'économie se définit, en effet, comme la connaissance des moyens propres à produire le maximum de richesses²⁰, la politique peut logiquement se concevoir comme le calcul visant à assurer le plus grand bonheur du plus

17 - P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Calmann-Lévy, 1987. Voir aussi Carl Schmitt, *La notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972 : « Il n'y a pas de politique libérale sui generis, il n'y a qu'une critique libérale de la politique ».

18 - Aux effets bénéfiques directs du désir de richesse des individus s'ajoutent des effets moraux indirects non moins importants. Ainsi, chez Montesquieu, comme chez Voltaire, l'harmonisation des intérêts dans la sphère économique est appréhendée par le biais de son impact politique. Le commerce produit la paix, concourt aux progrès de la civilisation et à l'adoucissement des mœurs qui se traduit par une organisation plus rationnelle des relations internationales. « L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes [...] et les unions sont fondées sur les besoins mutuels », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XX, 2.

19 - Ce calcul rationnel (un maximum d'effets obtenu avec un minimum de moyens) est parfaitement conforme à la logique utilitariste et à l'esprit du capitalisme. Les prolongements modernes de cette logique se rencontrent dans la théorie de la décision politique qui s'inspire de la théorie des jeux (dilemme du prisonnier par exemple).

20 - Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, ed. Harrison, Oxford, 1948.



grand nombre. La société étant une somme d'individus, l'utilité collective n'est que la somme des utilités particulières. La recherche d'une maximisation du bonheur mène ainsi la logique individualiste à son terme. Il ne s'agit nullement de construire un intérêt commun, mais de viser une utilité qui sera d'autant plus générale qu'elle donnera une somme plus grande d'utilités particulières.

Une telle conception du rôle de la politique se heurte toutefois à un double problème. Le premier est de savoir comment éviter que l'intérêt général ne soit que la conjugaison des intérêts individuels les plus puissants. La maximisation implique, en effet, qu'on ne peut faire que le bonheur de la majorité et non celui de tous. Le risque est donc que le bonheur des uns se fasse au détriment de celui des autres, que s'installe une forme de tyrannie de la majorité qui, dans un système représentatif, devient l'utilité particulière de la minorité gouvernante.

La justice étant identifiée à l'utilité et définie comme la plus grande somme de satisfactions pour l'ensemble des individus, on pourrait même en déduire qu'il est juste et rationnel de sacrifier l'utilité d'un groupe particulier au bonheur global de l'ensemble. Cette justification utilitariste revient à donner un fondement rationnel au sacrifice et rencontre le problème de l'inégalité des chances. La difficulté majeure de la théorie utilitariste vient de ce que l'harmonisation spontanée des intérêts économiques n'est vraie que pour l'état présent de la société, sans prise en compte des effets sociaux de l'enrichissement. L'optimum économique cesse, en réalité, d'être un optimum social, car les inégalités se cumulent à mesure que les générations se succèdent et que toute mobilité sociale disparaît ²¹.

Or la transmission des inégalités contredit bel et bien l'idéal libéral d'une société ouverte où chacun ne doit qu'à son effort personnel l'amélioration de sa situation. Le risque est alors celui d'une rupture du lien social, sauf à introduire une régulation extérieure par la justice sociale qui permette de rétablir l'égalité des chances. La nécessité de trouver une juste répartition des avantages, compatible avec l'efficacité économique, replace alors la question du rôle de l'État, en charge de la justice redistributive, au centre de la réflexion.

Le second problème est technique. Il tient aux difficultés mêmes d'un calcul global d'utilité. Définir l'intérêt général comme la somme des satisfactions particulières des divers individus supposerait une connaissance entière de ceux-ci et des nombreuses circonstances qui les déterminent à agir. Une information aussi parfaite est, en réalité, hors de portée du gouvernement.

21 - La réflexion libérale actuelle est une réflexion sur la justice qui tente de dépasser les contradictions de l'utilitarisme et de concilier les exigences de l'optimum économique avec celles, énoncées par Rousseau, d'une configuration sociale capable de promouvoir l'égalité. Le principe économique d'efficacité énoncé en 1906 par Pareto (« Une configuration est efficace s'il est impossible de la modifier de telle sorte que l'on puisse améliorer la condition de certaines personnes (une au moins) sans aggraver celle d'au moins une personne ») doit alors s'accompagner d'un principe d'équité qui vise, par la distribution d'avantages sociaux aux plus démunis, à recréer les conditions d'un juste enrichissement de chacun. Ce nouveau contractualisme a été fondé par John Rawls, *La théorie de la justice*, Oxford, 1972.



L'approche volontariste : l'intérêt général, comme dépassement des intérêts particuliers

La seconde version de la doctrine de l'intérêt promeut une conception de l'intérêt général qui ne soit pas la simple somme arithmétique des intérêts particuliers et ne se réduise pas à un simple calcul d'optimum économique. Si l'unité sociale reposait sur le seul intérêt personnel, elle ne saurait subsister. Une coalition d'intérêts différents ne constitue jamais qu'une forme d'association pouvant, à tout moment, être défaits par l'intérêt des particuliers²². Pour qu'une société existe, il faut que ses membres aient en vue un intérêt commun qui soit l'intérêt général et non leurs intérêts singuliers mis en commun.

L'antagonisme des intérêts compromet l'ordre social

Les révolutionnaires de 1789 ont vu, à juste titre, dans Jean-Jacques Rousseau celui dont la pensée politique a permis l'avènement de la notion d'intérêt général²³. Rousseau part du constat qu'il n'y a pas d'harmonie naturelle ou préétablie des intérêts. Croire que la raison nous porte miraculeusement à concourir au bien commun par la vue de notre propre intérêt est une illusion dont la pensée libérale, par excès d'optimisme, ne s'est pas débarrassée. Loin que l'intérêt particulier s'allie à l'intérêt général, ils s'excluent au contraire et le seul intérêt personnel n'aboutit qu'à relâcher les liens sociaux.

S'il peut arriver, de manière aléatoire, que l'intérêt particulier aille dans le même sens que l'intérêt général, ces deux sortes d'intérêt sont, par nature, contradictoires, comme le sont les intérêts particuliers entre eux. Les individus s'opposent d'autant plus que leurs intérêts se croisent. Leur interdépendance est une source constante de conflits et de rapports de forces. L'échange marchand sépare les hommes davantage qu'il ne les réunit. D'ailleurs, la nécessité d'un gouvernement ne se fait sentir que dans la mesure où la somme des intérêts particuliers l'emporte toujours sur l'intérêt commun. Chacun ne peut s'empêcher d'espérer pour lui-même un plus grand bien que celui qui résulte du bien de tous.

Ainsi, puisque les hommes ne sont pas naturellement portés à s'entendre, il faut construire de toutes pièces les conditions de leur union et inventer ainsi un ordre social nouveau. Le projet de Jean-Jacques Rousseau est, sans confondre le droit et la morale, de faire la preuve qu'il ne saurait y avoir de différence entre la justice et l'utilité. « *Je veux chercher si dans l'ordre civil il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être. Je tâcherai d'allier toujours dans cette recherche ce que le droit permet*

22 - H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*. Une communauté politique réclame davantage qu'une coalition d'intérêts particuliers. Une troupe de brigands unis par des intérêts particuliers communs (dévaliser la banque) n'est pas une communauté, mais une coalition qui se défait une fois son but atteint.

23 - Cette notion s'impose, en effet, à partir de 1750, grâce à l'influence du Contrat social. M. Clément, *Le sens de l'histoire*, Nouvelles éditions latines, 1958, p. 42, et G. Lebreton, *Revue de Droit Public*, 1986, n° 6, p. 1619.



avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées »²⁴. La notion d'intérêt général permet justement de réconcilier l'utilité et la justice. L'utilité n'est pas en soi un bien, mais il est possible de montrer aux hommes que l'édification d'un gouvernement juste est, en réalité, ce qui leur serait le plus utile.

La démonstration doit être faite que l'intérêt général n'est pas l'autre nom de la raison d'État²⁵. La séparation de la morale et du droit ne signifie pas que le droit autorise le sacrifice de la justice au nom de l'utilité, mais que l'individu ne saurait être assujéti à une règle dont il n'est pas lui-même la source et dont il n'a pas validé, dans le débat démocratique, la conformité à l'intérêt général. L'intérêt général est donc au cœur d'une représentation contractuelle de la société.

L'intérêt général, expression de la volonté générale

Il faut, en effet, postuler qu'on ne peut orienter les actions humaines qu'en fonction des intérêts qu'elles poursuivent. Il n'est pas question de bâtir des utopies, mais de prendre les hommes tels qu'ils sont et non tels qu'on voudrait qu'ils soient. C'est donc avec l'homme intéressé, dépourvu de toute vocation pour l'intérêt général, qu'il faut construire l'édifice social²⁶.

Pour unir les hommes, il faut transformer leurs volontés particulières en une volonté générale. L'instrument de cette union est un contrat social par lequel « chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ». Le principe d'un tel pacte est simple. Pour qu'il y ait une unité d'intérêt, il faut que le peuple et le souverain ne fassent plus qu'une seule et même personne. La loi n'est plus alors un commandement dicté par une autorité extérieure : celui qui se soumet à la loi en est désormais l'auteur. Le peuple souverain n'obéit donc qu'à lui-même et chacun se soumet à une loi qu'il a voulue en tant que citoyen.

La loi est désormais impersonnelle. Elle traduit le caractère général de la volonté, qui est une garantie d'équité : « La pire des lois vaut encore mieux que le meilleur maître ; car tout maître a des préférences, et la loi n'en a jamais »²⁷. Elle permet de fonder un pouvoir impartial, qui ne distingue pas entre les individus et les traite de manière équivalente. Surtout, les intérêts particuliers peuvent désormais se dépasser dans l'exercice de la souveraineté puisque ce qui généralise la volonté est l'intérêt commun qui les unit. La volonté est donc générale par son objet et par son sujet.

La volonté générale n'est pas, en effet, le simple vœu de la majorité. Elle n'est pas générale par la quantité des votants, car un groupe, si nombreux soit-il et fût-il majoritaire, n'exprime jamais qu'un intérêt particulier, et non l'intérêt commun qui doit unir les votants. L'adjonction des voix dans un

24 - Avant-propos du *Contrat social*.

25 - F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

26 - « Les politiques grecs, qui vivaient dans le gouvernement populaire, ne reconnaissaient d'autre force qui pût le soutenir que celle de la vertu. Ceux d'aujourd'hui ne nous parlent que de manufactures, de commerce, de finances, de richesses et de luxe même », Montesquieu, *op. cit.*, III, 3. Le bourgeois a donc remplacé partout le citoyen.

27 - Jean-Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*.



scrutin ne produit qu'une addition d'opinions individuelles et une conjonction provisoire d'intérêts singuliers. On ne saurait fonder la politique sur l'opinion des citoyens. Une décision majoritaire peut ne pas rendre compte de la volonté générale, car le peuple ne discerne pas toujours clairement où est son intérêt.

Pour que la volonté issue d'une délibération soit générale et réussisse à s'abstraire des intérêts particuliers, il faut donc demander aux citoyens, quand ils sont consultés sur un projet de loi, non pas s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à l'intérêt général. La légitimité de la volonté générale est d'être rationnelle. Loin d'être simplement une préférence collective, elle permet de dépasser les divisions internes et les particularismes. La délibération est ainsi un moyen pour chaque citoyen, membre du souverain, de vérifier l'existence de l'intérêt général et de découvrir qu'il est d'une toute autre nature que les intérêts particuliers.

La volonté générale n'est donc pas, non plus, la volonté de l'État conçu comme être moral extérieur aux individus. Elle est celle du peuple, tous les individus ayant été consultés et ayant délibéré sur des questions d'intérêt commun en faisant abstraction de leurs intérêts particuliers. La volonté générale n'exprime donc pas ce que chacun, pris séparément, désire, mais ce que le citoyen peut vouloir en se mettant à la place de tout autre. Pour reconnaître dans la volonté générale une forme d'unanimité et d'intégration des différences, il suffit d'abandonner le point de vue partiel de l'individu singulier pour adopter celui du droit ²⁸.

Ainsi, les intérêts particuliers ne s'additionnent pas pour former l'intérêt général, puisque le citoyen, membre du souverain, ne veut pas nécessairement ce qu'il pourrait vouloir comme individu privé. Il reconnaît dans la volonté générale, chaque fois qu'il pense et agit comme un sujet de droit, non pas l'expression de sa volonté particulière mais la traduction d'une volonté qui est celle de tout citoyen. Dans l'espace public de la cité, il comprend qu'il ne doit réclamer pour lui que ce qui vaut pour tous.

L'intérêt garanti par la loi est donc nécessairement général, car le peuple en corps veut le bien public qui est autre que la somme des biens particuliers. Le bien public n'est pas le bien de tous car il est inaliénable, de même que le peuple est indivisible. Les citoyens n'ont d'intérêt commun qu'autant qu'ils sont égaux en droit, ce qui ne signifie pas qu'ils doivent renoncer à leurs différences mais simplement qu'ils ne s'y réduisent pas. Il n'est donc pas possible de déduire la volonté générale des volontés particulières. En effet, la volonté de tous, obtenue par agrégation et homogénéisation des points de vue, se distingue de la volonté générale, obtenue par l'intégration des points de vue particuliers à celui, universel, du droit. ²⁹

28 - Jean-Jacques Rousseau, *Contrat social* : « il y a bien souvent de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale ». C'est, semble-t-il, en interprétant la volonté générale comme seul intérêt d'une majorité que L. Duguit en vient à dénoncer son caractère oppressif. Cf. *Traité de droit constitutionnel*, III, §90.

29 - La volonté générale implique donc l'égalité juridique des citoyens, non l'abolition des différences entre les individus. Voir le rapport 1996 du Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, p. 67 et s.



L'intérêt général repose sur la vertu du citoyen

Dès lors que la volonté générale dépasse la simple somme des volontés particulières, l'objet de la volonté générale ne peut lui-même qu'être général. Sa vocation est la législation qui édicte des normes impersonnelles et générales, non le gouvernement qui se borne à exécuter ces normes par la voie de décrets d'application. La volonté générale est une puissance d'institution et de légitimation des lois, tandis que l'exécutif assure le fonctionnement ordinaire de l'État et est en charge de la mise en œuvre des lois. S'il lui revient d'apprécier les situations et de résoudre les problèmes particuliers, il ne relève pas de sa compétence de faire les choix solennels et d'édicter les règles universelles et abstraites du droit.

C'est pourquoi la volonté générale ne peut être représentée. « *La puissance législative appartient au peuple et ne peut appartenir qu'à lui* », car des représentants pourraient toujours parler au nom de l'intérêt général pour défendre, en vérité, des intérêts particuliers. Il faut pourtant admettre que la volonté générale puisse être représentée dans la puissance exécutive. Cette représentation n'est pas non plus sans danger car le gouvernement peut non seulement vouloir le triomphe de ses intérêts propres, mais aussi chercher à s'autonomiser. Toutefois, les dépositaires de la puissance exécutive ne sont jamais que les officiers du peuple qui peut toujours les destituer quand il lui plaît.

Le problème central de la démocratie est que la volonté générale ne se déclare elle-même qu'idéalement dans la loi. À cet égard, la démocratie véritable apparaît davantage comme un projet que comme une réalité. Rousseau admet que si l'intérêt commun constitue la visée de l'activité politique, celle-ci suppose une véritable conversion des individus. Comme l'avait déjà souligné Montesquieu, la République, qui est moins un régime politique qu'un ensemble de valeurs permettant la prévalence de la chose publique sur les intérêts privés, repose sur la vertu du citoyen qui s'exprime dans la capacité à dépasser l'idiosyncrasie de ses intérêts. C'est pourquoi elle demeure un régime austère où il s'agit pour chacun de raisonner dans le silence de ses préoccupations personnelles, d'écouter sa volonté de citoyen en oubliant ses préférences d'individu. « *La vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible* »³⁰.

Si le Contrat social ne contient pas de programme politique, l'originalité de Rousseau est d'avoir compris que la modernité doit résoudre une contradiction qui n'est plus, comme c'était le cas pour les théoriciens du bien commun, entre le citoyen et le chrétien, mais entre le citoyen et l'homme social. L'absolutisme était impuissant à résoudre la première contradiction. Le libéralisme semble impuissant à résoudre la seconde. L'État moderne, héritier de cette double tradition, devra donc relever le défi de l'unité sociale, en faisant en sorte que les individus ne soient pas liés entre eux par une simple communauté d'intérêts privés, mais soient guidés par la recherche de l'intérêt général.

30 - Montesquieu, *De l'esprit des lois*, V, 2.



Dans le débat qui s'instaure ainsi entre conception utilitariste et conception volontariste de l'intérêt général, ce qui est en jeu c'est, au fond, la question de l'autonomie du politique. La définition de l'intérêt général comme intérêt de l'ensemble des agents économiques réduit la décision politique à des considérations d'efficacité portant sur l'utilisation des moyens. À l'inverse, la fonction dévolue au politique, telle qu'elle sera consacrée par la tradition démocratique française, est de définir des fins que le marché permet, parfois, d'atteindre *a posteriori*, mais qu'il revient au politique de définir *a priori*.

Ainsi conçu, l'intérêt général semble être une notion juridique et politique, bien davantage qu'économique. C'est de cette conviction que témoigne la seconde approche de l'intérêt général. Elle tend à montrer que seule l'autonomie du politique, dans le cadre d'une économie de marché dont l'efficacité n'est pas contestée, garantit la poursuite de l'intérêt général.

L'intérêt général, l'État et le droit

Les deux approches distinctes de l'intérêt général, l'une d'essence utilitariste, l'autre d'essence volontariste, ont un postulat commun : l'intérêt est le principal mobile des actions humaines et le moteur du progrès social³¹. Elles rencontrent la même limite qui est de soumettre la réalité à un idéal dont la réalisation est toujours repoussée : la réalisation providentielle de l'intérêt commun au travers des intérêts privés dans un cas, son atteinte par l'effacement volontaire des intérêts particuliers dans l'autre.

L'intérêt général est donc moins un fait qu'un idéal régulateur. Les théoriciens du libéralisme doivent admettre que sa réalisation n'est jamais spontanée. Les tenants de la doctrine volontariste ne sont pas assurés que l'intérêt général se distingue toujours bien des intérêts privés parce qu'il peut en devenir le simple masque³². La vitalité de la notion d'intérêt général vient néanmoins de ce qu'elle n'a pas de contenu préétabli. Il faut, à tout moment, préciser ses contours et faire valider, par des procédures démocratiques, les buts retenus comme étant d'intérêt général. Seuls ces buts peuvent justifier l'utilisation de moyens éventuellement dérogatoires au droit commun.

Toutefois, ces deux approches ne sont pas *a priori* compatibles parce qu'elles ne s'accordent pas sur la place qu'il convient de reconnaître à l'État, ni sur ce que doit être l'étendue et la nature de son intervention. La première traduit une méfiance de principe envers l'État, l'autre lui reconnaît à l'inverse la fonction éminente de définir l'intérêt général et de le mettre en œuvre. Ce débat n'est pas clos.

31 - Pierre Rosanvallon utilise une terminologie voisine en distinguant deux approches de l'intérêt général : une conception pragmatique, incarnée par les pays anglo-saxons, et une conception rationaliste, illustrée par la France.

32 - C'est ce dont rend compte une abondante littérature qui, depuis les philosophies du soupçon, dénonce dans l'intérêt général une simple idéologie.



Deux conceptions des missions de l'État

Le courant libéral :

la mission de l'État est de protéger la liberté des individus

L'approche libérale confère à l'État le rôle d'offrir un cadre légal aux libertés pour garantir leur exercice. La loi est une contrainte qui n'a pas à transformer les individus mais à garantir leur coexistence pacifique. La logique de l'intérêt, sur le plan politique, est celle d'une dette de protection contractée par l'État qui doit veiller à garantir la sécurité juridique nécessaire au marché économique et financier. L'action de l'État est recentrée sur la mise en place des conditions de la confiance économique aussi bien que sociale. Sa crédibilité auprès des agents économiques est le prix de l'efficacité de son action.

À cet égard, la distinction entre la société civile et l'État est au fondement de la doctrine libérale. La société civile prime sur l'État et la protection des agents économiques suffit à garantir la pérennité de l'association politique. L'État protecteur ne veut pas administrer le marché mais en corriger les conséquences négatives. Il ne s'agit pas de contrarier le conflit des intérêts particuliers, mais de déduire du libre jeu des égoïsmes des conséquences socialement vertueuses, en favorisant la coïncidence du profit personnel et de l'intérêt commun. Cette théorie libérale de l'État fait prévaloir la liberté sur l'égalité et déduit la liberté politique de la liberté économique³³. Elle n'implique pas, dans son principe, l'égalisation des conditions, mais justifie certaines inégalités au nom de la liberté³⁴.

Ce sont les droits inaliénables de l'individu qui légitiment, selon cette théorie, la souveraineté de l'État. Celui-ci n'est que le représentant de tous et son pouvoir est limité à la protection des libertés individuelles. La séparation des pouvoirs au sein de l'État limite l'accroissement de sa puissance, tandis que le conflit même des intérêts privés aboutit à l'intérêt général par un système de contrepoids et de contre-pouvoirs. Puisque les intérêts sont particuliers, il faut en déduire qu'ils se contrarient et se modèrent mutuellement, et que le résultat, par élimination des extrêmes, est conforme à l'intérêt majoritaire, identifié à l'intérêt de tous. L'intérêt général n'est pas élevé à la hauteur d'un principe et l'influence des groupes de pression sur les décisions politiques est considérée comme normale³⁵.

Le courant volontariste :

l'État doit garantir la souveraineté de la volonté collective

La doctrine républicaine, héritière du courant volontariste, retient que la souveraineté est établie sur un contrat. Le droit transforme l'homme qui, comme citoyen, doit substituer à la recherche de son intérêt le souci de l'intérêt commun. L'intérêt général est l'œuvre du législateur et son contenu

33 - La mondialisation de l'économie est ainsi comprise comme le vecteur d'une égalisation des conditions au plan mondial et comme l'instrument d'une universalisation des principes démocratiques.

34 - Il y a ainsi de justes inégalités, nécessaires à l'amélioration du sort des plus défavorisés. John Rawls, *op. cit.*

35 - E.N. Suleiman, *Les hauts fonctionnaires et la politique*, Seuil, 1976.



est déterminé par la loi qui est l'essence de l'État et le ciment de la société. Il est, ensuite, mis en œuvre par la politique du gouvernement. Il justifie que soient accordés à l'administration des pouvoirs étendus et des moyens qui ne relèvent pas du droit privé.

La loi n'est pas simplement une contrainte. Les citoyens doivent reconnaître en elle l'expression de leur volonté collective. « La loi est l'expression de la volonté générale » affirme ainsi l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. La loi doit en retour garantir que les buts poursuivis seront collectifs. L'État a donc l'obligation de former des citoyens capables de se prononcer sur des intérêts qui ne sont pas uniquement leurs intérêts d'agents économiques. Le souci de l'intérêt général implique l'éducation du citoyen.

L'intérêt général ne se réduit pas, comme dans la vision libérale, à la protection des libertés. L'unité sociale ne peut venir, pour l'essentiel, que de l'État qui seul peut réduire les inégalités générées par la société civile. Son intervention est régulatrice de la sphère économique. Elle est surtout garante de la compatibilité entre les libertés individuelles et le respect de ces principes indispensables à la réalisation de l'intérêt général que sont, selon la devise républicaine, l'égalité et la fraternité.

Le modèle républicain entend, à cet égard, apporter une solution politique au problème de l'intérêt. La mise en œuvre de stratégies publiques spécifiques dépend de la capacité de l'État à définir des solutions d'intérêt général en raison de son indépendance par rapport à la société civile, ainsi que de l'autorité et des moyens juridiques dont il dispose pour faire prévaloir ces solutions sur les intérêts particuliers.

Une conciliation imparfaite entre ces conceptions

Un essai de conciliation : la démocratie libérale

Ces deux modèles théoriques peuvent se concilier dans la pratique et aucun régime institutionnel existant ne leur correspond fidèlement. La démocratie libérale est ainsi un système politique qui emprunte à chacune des deux approches. L'opposition initiale s'efface donc au profit d'une convergence partielle et d'un relatif accord tant sur les procédures de formulation de l'intérêt général que sur les missions dévolues à l'État.

Un consensus sur les procédures de formulation et d'élaboration de l'intérêt général a d'abord permis de tempérer des approches qui induisaient, *a priori*, des rapports très différents avec le pluralisme. Dans un cas, puisque l'intérêt général est le produit de la rencontre entre les intérêts particuliers, il faut essentiellement veiller à créer les conditions les plus adéquates de leur expression, à favoriser leur représentation, bref à promouvoir l'exercice des droits politiques. Dans l'autre, il s'agit d'avoir la connaissance la plus rationnelle possible de l'intérêt général, ce que ne garantit pas l'expression pluraliste des opinions.



Toutefois, une telle connaissance suppose de s'en remettre finalement à la délibération et de trouver les procédures les mieux à même d'aboutir au dépassement de la division des intérêts. Si la souveraineté du nombre n'est pas satisfaisante, si l'expression des courants d'opinions ne saurait conduire à la découverte du véritable intérêt général, la question récurrente reste de savoir comment concilier le nombre et la vérité³⁶. Puisque garantir le droit de suffrage ne suffit pas et que la démocratie directe est hors de portée, la forme du scrutin et celle des assemblées est donc fondamentale.

La question des procédures se retrouve donc au centre de la réflexion démocratique sur l'intérêt général et l'approche rationaliste se teinte de pragmatisme. Non seulement la puissance législative est inévitablement l'objet d'une représentation permanente, mais encore les normes qu'elle édicte ne prennent plus la forme de choix solennels. La loi s'est banalisée³⁷ et l'initiative législative n'est plus dans les mains des seuls représentants élus à l'Assemblée nationale. D'autre part, des éléments de conciliation avec la réalité sociale ont été trouvés. Les intérêts privés ont des modes de représentation légitime et les structures administratives ont appris à composer avec les intérêts sociaux.

Inversement, le modèle libéral qui promeut traditionnellement cette représentation a maintenu les garanties qui s'attachent à la préservation d'un intérêt public supérieur qui doit échapper à l'influence du compromis social³⁸. Il tempère par là sa tendance pragmatique en rappelant l'exigence de rationalité qui s'attache à la poursuite d'un intérêt non déductible de la seule confrontation des intérêts sociaux.

En ce qui concerne les missions de l'État, la montée en puissance de l'interventionnisme étatique, au début du XX^e siècle, aboutit à l'État Providence, qui peut s'interpréter comme une simple extension de l'État protecteur et correcteur des imperfections du marché³⁹. Il apparaît alors, en quelque sorte, comme la ruse de la raison libérale qui prend désormais en charge le bien-être de tous et la réduction des inégalités sociales. En atteste le mécanisme de l'assurance sociale, par lequel chacun pense à son intérêt

36 - Condorcet a tenté, le premier, de résoudre les difficultés soulevées par l'expression de la volonté générale. « *La vérité des décisions d'une assemblée dépend de la forme suivant laquelle elles sont rendues, autant, peut-être, que des lumières de ceux qui la composent* », 1788, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*. Ce formalisme veut réduire la tension entre libéralisme et démocratie. La maîtrise des procédures de vote doit garantir l'expression de l'intérêt général dans toute sa vérité. L'application du calcul des probabilités à la compréhension de ce problème permet d'élaborer une théorie du suffrage universel à partir d'une appréciation des risques liés à l'effet du nombre (impact sur la décision finale des passions, des intérêts, des impulsions).

37 - Faut-il rappeler également que sa généralité s'est estompée ? Les lois ont de plus en plus l'apparence de textes spéciaux, au contenu technique très prononcé, qui poussent très loin le souci du détail et dont l'application est étroitement limitée dans l'espace et dans le temps. La prétention à l'universalité de la norme en est contrariée. J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? », *Revue de droit public*, n° 3, 1998.

38 - Dans le modèle britannique, par exemple, la fonction de la royauté est d'assurer cette protection : le roi ne peut mal faire. La sacralisation des institutions du régime (la Reine, le Parlement) donne par ailleurs à celui-ci un socle suffisamment solide de consensus qui lui permet d'être d'autant plus ouvert au pluralisme qu'il n'est pas contesté sur le plan institutionnel. Il n'est pas certain que le modèle français ait bénéficié de ce large consensus.

39 - P. Rosanvallon, *La crise de l'État-Providence*, Seuil, 1981.

personnel et ne cherche que son bénéfice, mais dont il résulte un financement collectif des accidents individuels.

Progressivement, les modèles inspirés de la démarche libérale reconnaissent une place éminente à l'intervention de l'État en matière de régulation du marché, par l'intermédiaire du droit de la concurrence notamment, et sont confrontés, en raison des progrès inéluctables de la démocratie, à la question de l'égalisation des conditions ⁴⁰. Faute d'ajustement spontané des intérêts particuliers, l'intérêt général exige la médiation de l'État, seul capable de définir un projet collectif.

La fonction qui lui est dévolue dans les démocraties libérales est d'opérer une synthèse entre les intérêts sociaux en fixant des ordres de priorité ou en élaborant des compromis. La volonté générale est alors conçue comme le plus petit dénominateur commun entre tous les intérêts en présence. L'intérêt général résulte d'un arbitrage entre intérêts particuliers, guidé par le souci de parvenir à une conciliation ⁴¹. Instance d'arbitrage, davantage que d'intégration, l'État prend la forme d'un pouvoir centralisé qui permet de dépasser les égoïsmes catégoriels.

La structure politique et administrative de l'État lui confère bien cette capacité d'arbitrage. Les intérêts ont la possibilité de se faire entendre et représenter aux différents stades du processus de décision et leurs demandes ont des chances d'être prises en compte. L'État, disposant de l'administration comme d'un bras séculier, transforme leur rivalité en projet rationnel. Désormais guidée par le souci d'assurer un équilibre social entre des groupes aux prétentions contradictoires ⁴², l'administration tente, en effet, d'atténuer les conflits d'intérêts en cherchant des solutions négociées. La norme juridique répond alors pour l'essentiel à des besoins sociaux. Il revient ensuite à l'État d'opérer des choix après avoir amené les intérêts en présence à transiger.

Prééminence de la filiation volontariste dans la tradition politique française

Toutefois, si l'opposition tranchée entre les deux modèles s'est, en partie, estompée, les éléments de convergence demeurent limités. Dans la tradition politique française, l'intérêt général s'inscrit principalement dans la filiation volontariste et républicaine qui conçoit l'État unitaire comme son garant. Défini par le législateur, il inspire la politique du gouvernement et justifie

40 - Tocqueville fait de la passion de l'égalité le cœur de la vie démocratique, cf. *De la démocratie en Amérique*.

41 - Cette conception arbitrale ou transactionnelle de l'intérêt général s'inscrit dans une tradition libérale plus récente qui insiste sur la nécessité du dialogue entre les intérêts particuliers. B. Constant, en particulier, note que l'intérêt général est « la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers » et qui permet de les mettre réciproquement hors d'état de nuire à l'intérêt commun. Cf. *Principes de politique*, chap. 5. Il admet toutefois qu'une telle conception ne résout pas le problème central des temps modernes qui est celui d'une société uniformisée où les hommes ne songent qu'à leur bien-être matériel et se détournent de la chose politique.

42 - J. Chevalier, *L'intérêt général dans l'administration française*, Revue internationale des sciences administratives, vol. XLI, 1975. « Le rôle du système politico-administratif est de réduire les antagonismes en dégagant des solutions moyennes et en assurant une satisfaction équilibrée à tous les intérêts en présence » p. 327.



l'action de l'administration dont il permet le contrôle attentif par le juge administratif⁴³. L'existence même d'un juge administratif, distinct du juge de droit commun, qui est le juge judiciaire, atteste de la fonction spécifique de l'intérêt général qui ne saurait être réduite à un simple compromis social entre intérêts divergents.

L'existence d'un droit public et d'un État doté de son propre juge traduit, en effet, la conviction que l'intérêt général ne saurait être entièrement servi par le droit privé, même si des procédés de droit privé peuvent se révéler conformes à l'intérêt général. C'est au nom de ce seul intérêt que l'administration dispose de pouvoirs exorbitants, qui ont d'ailleurs pour contrepartie des servitudes publiques, et impose des contraintes aux administrés. Le rapport inégal qui s'instaure entre l'administration et les citoyens ne peut être justifié qu'à condition de protéger un intérêt public des revendications des particuliers. Même si la norme juridique satisfait des besoins sociaux et si l'administration peut se livrer à la concertation et à la négociation, l'intérêt général n'est jamais simplement l'addition d'une série d'intérêts particuliers. Il introduit un élément de rationalité qui suffit à en faire autre chose que la somme de ses composantes⁴⁴.

L'autonomie et la spécificité des décisions de l'État sont préservées par rapport aux intérêts privés qu'il prend en charge. L'intérêt général demeure le critère de son action, déterminant l'étendue de son pouvoir. L'administration ne peut vouloir légalement que les fins qui lui ont été assignées par le droit, c'est-à-dire des fins d'intérêt général. Cette limite est donc à la fois institutionnelle et juridique, en vertu de la séparation des pouvoirs qui soumet l'exécutif à l'autorité de la loi. Elle permet de s'assurer que le pouvoir agit dans le sens de l'intérêt collectif. La subordination de l'action publique à l'intérêt général est donc garantie, tant par l'origine démocratique du pouvoir et par le règne de la loi, que par le contrôle du juge.

Le système institutionnel établi par la Constitution de 1958, qui met en place une « République indivisible, laïque, démocratique et sociale », se situe dans la continuité de cette inspiration. La Constitution est la loi fondamentale que le peuple se donne à lui-même pour organiser le fonctionnement des mécanismes du pacte social. Ainsi que l'affirme l'article 3 de la Constitution, « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». En vertu de cette formule, qui tend à trancher le vieux débat entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, c'est bien le peuple qui dispose de la légitimité nécessaire pour déterminer l'intérêt général, soit par ses représentants – les membres du Parlement, mais aussi, à certains égards, le Président de la République élu au suffrage universel direct – soit directement par la voie du référendum.

La loi demeure ainsi l'instrument privilégié de ces choix. Il est vrai qu'aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴⁵. Il était important,

43 - R. Catherine et G. Thuillier, *Introduction à une philosophie de l'administration*, A. Colin, 1969, p. 15.

44 - M. Crozier, *La société bloquée*, 1970.

45 - Conseil constitutionnel, 85-197 DC, 23 août 1985, *Nouvelle Calédonie*.



en effet, que la loi, expression de la volonté majoritaire commune du législateur et du gouvernement, soit soumise au respect des droits et libertés garantis par la Constitution grâce, notamment, à l'extension du domaine d'intervention du Conseil constitutionnel. Cependant, le Conseil, juge d'attribution, ne dispose pas d'un « pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »⁴⁶. En outre, en cas de désaccord sur l'interprétation d'un principe constitutionnel, le titulaire du pouvoir constituant – en principe le peuple, dans le respect des procédures prévues par la Constitution – peut toujours trancher le débat par la voie d'une révision de la Constitution.

Quant au juge administratif, qui intervient *a posteriori*, il est amené à défendre une conception de l'intérêt général qui va au-delà de la synthèse des intérêts particuliers. Il lui revient ainsi de contrôler la conformité de l'action administrative à la finalité d'intérêt général invoquée puisque c'est elle qui justifie l'étendue des pouvoirs dévolus à l'administration. Il vérifie, réciproquement, que la protection des intérêts individuels ne se fait pas au détriment de l'intérêt général. Le juge est ainsi amené à préciser les contours de la notion d'intérêt général. S'il exerce, en effet, pour l'essentiel, un contrôle de légalité, il se reconnaît la possibilité d'apprécier le bien-fondé de l'action administrative. Il contribue donc à définir le contenu de l'intérêt général. Il s'agit alors pour lui, non de se substituer aux instances légitimement en charge de cette formulation, mais d'explicitier à partir des textes une conception qui demeurerait implicite. Cette explicitation permet de renforcer la cohérence de l'action de l'État, tout comme elle assure l'unité de la notion d'intérêt général en encadrant dans des limites étroites le processus auquel concourent d'autres acteurs.

Cette fonction est d'autant plus importante que la structure administrative de l'État est souvent cloisonnée et que les unités administratives tendent naturellement à défendre, mais aussi à étendre, leurs attributions⁴⁷. Il n'est donc pas exclu qu'elles cherchent à atteindre des objectifs directement en rapport avec le milieu social avec lequel elles sont en relation, ou à promouvoir une conception de l'intérêt général qui traduit, avant tout, leurs intérêts institutionnels. Le contenu des décisions pourrait s'en trouver affecté, soit qu'une unité administrative en vienne à poursuivre ses propres objectifs, soit qu'elle se livre à une lutte d'influence afin de faire valoir ses propres intérêts. Cette logique inhérente au fonctionnement de l'administration doit donc être contrariée. Elle ne saurait l'être par une simple logique d'arbitrage entre différents intérêts administratifs particuliers, sauf à accepter que des objectifs spécifiques à l'administration puissent modifier le contenu de l'intérêt général et infléchir le sens des décisions politiques. La cohérence de l'intervention publique et l'unité de l'intérêt général peuvent, dans ces conditions, être préservées dès lors que l'État met en œuvre des stratégies publiques qui ne sont ni la simple prise en charge d'intérêts privés, ni le résultat des seules négociations internes à l'administration.

46 - Conseil constitutionnel, 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*.

47 - J. Chevallier, *L'intérêt général dans l'administration française*, art. cit. p. 329.



Il est possible, au terme de cette analyse, de mieux apprécier ce qui fait la spécificité de l'idée d'intérêt général. Notion juridique et politique, elle est au cœur d'une théorie du politique qui n'entend pas exhorter les individus à devenir meilleurs mais cherche à déterminer les modalités institutionnelles qui puissent favoriser l'harmonie sociale, alors même qu'il n'est pas possible de compter sur la vertu des hommes. Il convient d'admettre, dans cette perspective, que la recherche de l'intérêt est au principe de l'organisation rationnelle de la société. Ce n'est ni de la morale ni de la religion qu'il faut attendre, à travers l'idée de bien commun, les principes efficaces du gouvernement des hommes. Le théologique et le politique sont désormais définitivement séparés.

Toutefois, cette séparation, qui coïncide avec la prise en compte de la rationalité de l'agent économique, donne naissance à une conception de l'intérêt général, qui, compris dans une double acception, fera naître bien des confusions. Conçu dans une perspective plus économique que politique, comme intérêt commun ou intérêt de tous, il est défini comme immanent à la société. Il n'est alors que l'ensemble ou la somme des intérêts particuliers, de tous les intérêts qui composent la collectivité.

À l'opposé, dans une perspective volontariste, la notion d'intérêt général ou d'utilité publique ⁴⁸ n'a de sens qu'à la seule condition de ne pas cantonner la vie sociale à la sphère économique. L'établissement d'institutions politiques suppose, en effet, l'émergence d'un organisme doté d'une vie propre et à ce titre chargé de promouvoir un intérêt spécifique : l'État. C'est à lui qu'il revient de défendre et de mettre en œuvre le projet collectif de la société. Sa mission est de promouvoir un intérêt public qui soit le dépassement des intérêts particuliers ; intérêts sur lesquels l'État tend à affirmer sa suprématie afin de garantir qu'aucun intérêt particulier, si puissant soit-il, ne puisse imposer ses objectifs au détriment de l'unité sociale et nuire à l'expression démocratique de la volonté générale.

Cependant, ainsi qu'on le verra plus loin, ⁴⁹ les critiques contemporaines adressées à la notion d'intérêt général, n'ont souvent vu dans ce dépassement des intérêts particuliers qu'un prétexte à l'émancipation de l'État et à l'accroissement de son pouvoir. L'intérêt général a été dénoncé comme un impératif, imposé du dehors, aux individus qui finissent par refuser d'y sacrifier leurs intérêts particuliers, soit qu'il se réduise au seul intérêt de l'État, c'est-à-dire à l'intérêt particulier des institutions en place et des hommes qui les dirigent, soit que cet intérêt ne serve finalement qu'à légitimer l'exercice d'une domination politique et devienne l'alibi d'un pouvoir autoritaire contestant l'autonomie des intérêts particuliers. L'intérêt de la nation, la raison d'État ou l'intérêt supérieur de l'État ont ainsi été utilisés comme autant d'expressions désignant l'intérêt général dans sa seule fonction idéologique. Le débat sur l'intérêt national tend cependant à prendre aujourd'hui une nouvelle dimension, au moment où s'expriment des

48 - C'est en ce sens que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : « les hommes naissent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

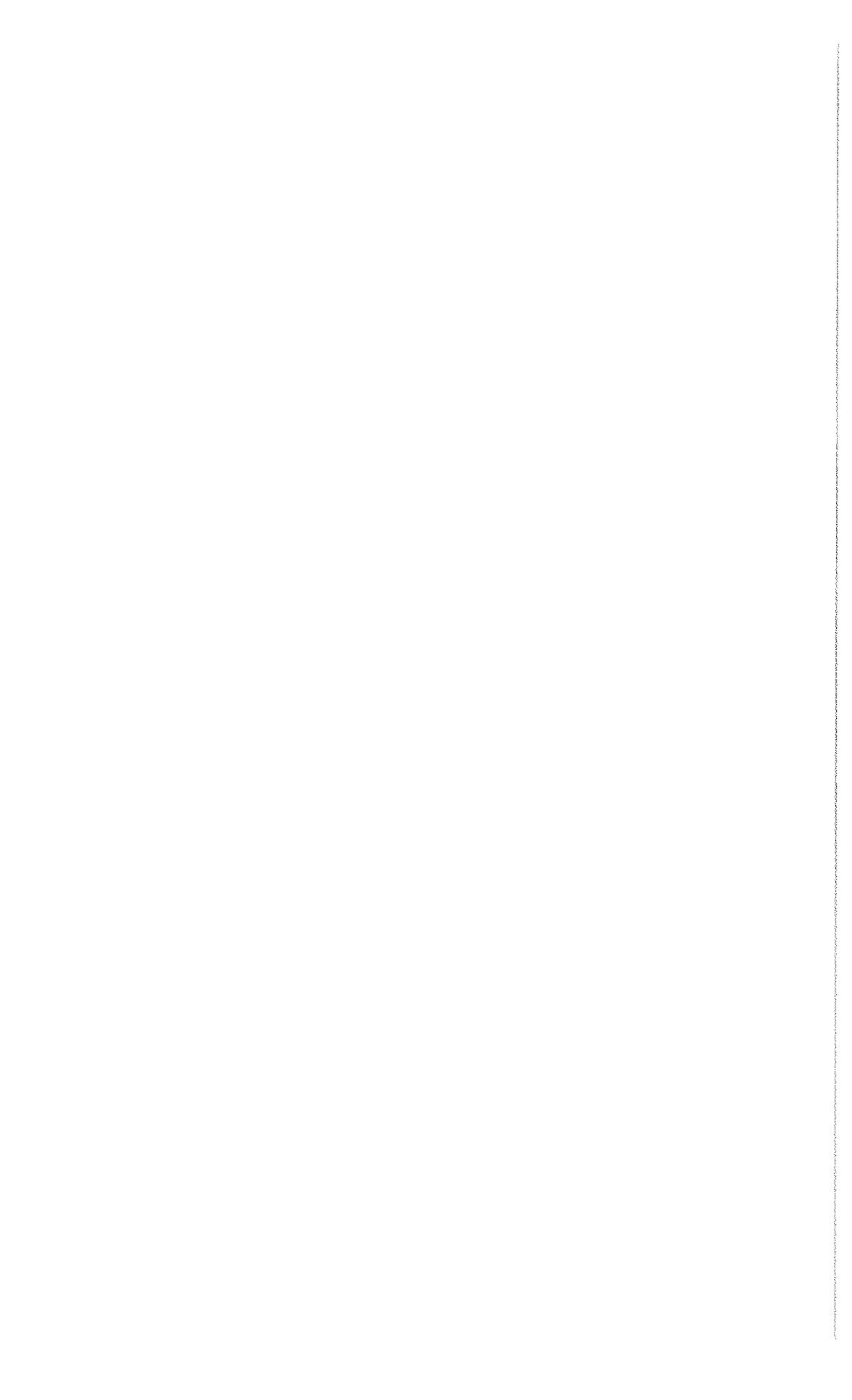
49 - Voir infra, 3^e partie.



interrogations sur le cadre géographique approprié – national, infra – ou supra-national – dans lequel doit être formulé et déterminé l'intérêt général.

C'est dans un tel contexte, marqué par les mutations dont l'État fait aujourd'hui l'objet, que le juge, aux côtés du législateur, est appelé à garantir la permanence de l'intérêt général. Par leur organisation, leurs méthodes de contrôle, leur jurisprudence qui se veut protectrice d'un intérêt général non réductible à un arbitrage entre des intérêts particuliers, les juges – ce qui est vrai pour le juge administratif l'est aussi dans une large mesure pour le juge constitutionnel et le juge judiciaire – s'inscrivent bien dans la tradition volontariste et républicaine de l'intérêt général, tout en accompagnant, comme ils en ont la vocation, les évolutions en cours.





Deuxième partie

L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique

L'intérêt général est au cœur du droit public, au même titre que l'autonomie des volontés est au fondement du droit privé. Cette évidence n'est que la conséquence logique de cette filiation volontariste qui fait de l'État le garant de l'intérêt général, défini par le législateur, et dont la mise en œuvre échoit à l'administration, sous l'autorité du gouvernement et sous le contrôle du juge.

Et pourtant, force est de constater que la notion d'intérêt général est apparue trop incertaine dans sa définition pour pouvoir servir de critère central de délimitation du droit administratif. Aux tenants de la thèse de la puissance publique et de l'école du service public, on ne saurait opposer une école de l'intérêt général. Les tentatives en ce sens ne sont d'ailleurs plus guère d'actualité⁵⁰. Toutefois, il est incontestable que l'intérêt général ne se réduit pas à une simple tentative de « justification idéologique » des politiques publiques, mais qu'il s'agit d'une véritable notion juridique, c'est-à-dire du point de rencontre entre une réalité sociale et un régime juridique.

En tant que justification primordiale de l'action publique, l'intérêt général se trouve ainsi à la source des grandes constructions jurisprudentielles et législatives du droit public. Cependant, eu égard à la place centrale qui est la sienne dans l'ensemble de la jurisprudence, cette notion apparaît aussi comme une norme de référence pour l'action administrative, justifiant, si nécessaire, certaines restrictions aux droits et aux libertés. Il revient au juge, et notamment au juge administratif, de fixer les limites à ces restrictions et d'assurer la difficile conciliation entre les intérêts regardés comme particuliers et l'intérêt général qui s'impose à eux.

50 - On connaît l'intéressante tentative de Marcel Waline pour désigner l'intérêt général comme fondement du droit public (voir notamment sa préface au *Répertoire de droit administratif*).



L'intérêt général, justification primordiale du droit public

L'intérêt général est l'unique justification de l'action publique. Seule, en effet, la poursuite d'un but d'intérêt général peut rendre acceptable le monopole étatique de la contrainte légitime. Il n'est, dès lors, pas étonnant que l'intérêt général imprègne l'ensemble de notre droit public, et se trouve non seulement à la base des grandes constructions jurisprudentielles du droit public, mais au fondement de nombreuses constructions législatives spécifiques, qui confirment l'attribution, au profit de l'administration, d'importantes prérogatives de puissance publique.

L'intérêt général, fondement des grandes constructions jurisprudentielles du droit public

On sait la part prise par le juge administratif à l'élaboration et à l'individualisation du droit public, dont il a contribué à définir les notions fondamentales. L'intérêt général irrigue largement ce droit prétorien, soit comme source directe, en contribuant à la définition de certaines notions, soit de façon plus diffuse, que l'on peut deviner derrière les différents régimes de droit public.

L'intérêt général au cœur des notions fondamentales du droit public

Ces notions-clés du droit public que sont le **service public**, le domaine public, l'ouvrage public et le travail public ont un point commun : elles ne peuvent être définies que par référence avec la notion première d'intérêt général et trouvent en elle leur raison d'être.⁵¹

C'est dans la notion de service public, qui a été regardée, à juste titre, comme le critère central de définition du droit public, que transparait en tout premier lieu la place primordiale dévolue à l'intérêt général. Le service public, dans son acception matérielle, qui est la plus couramment admise aujourd'hui, se définit, en effet, comme une activité d'intérêt général, soit directement prise en charge par une personne publique, soit exercée sous son contrôle étroit. La condition de la satisfaction d'un intérêt général est primordiale : sans mission d'intérêt général, pas de service public.

51 - La relation privilégiée entre intérêt général et service public existant en droit administratif français n'a pas véritablement d'équivalent dans les systèmes juridiques étrangers. Si les droits italien et espagnol, qui appartiennent à la famille romane, connaissent la notion de service public, ils n'en font ni un critère de distinction entre droit public et droit privé, ni un critère de la compétence du juge administratif. Ils conçoivent le service public, à l'instar du droit français, comme la tâche de l'État central et de ses entreprises. Le droit allemand ne comporte pas de terme précis désignant la notion de service public ; il distingue les activités non marchandes des activités marchandes de l'État. Les premières relèvent entièrement du droit administratif et correspondent à nos services publics administratifs : police, enseignement, armée, santé, etc. Les activités marchandes de l'État, des Länder et des communes sont très variées, et peuvent être confiées, selon les cas, à des entités privées ou publiques.



Le caractère éminemment évolutif de la notion de service public découle précisément de ce que la définition de l'intérêt général a elle-même considérablement évolué au fil du temps. C'est pour satisfaire les besoins élémentaires de la population, identifiés comme tels par les pouvoirs publics, que se sont développés les principaux services publics ; l'extension qu'ils ont connue est le reflet de ce qu'il est apparu nécessaire et légitime pour les pouvoirs publics de prendre en charge un nombre sans cesse croissant d'aspirations, au fil de ce qui apparaît bien comme un enrichissement progressif de la notion d'intérêt général.

L'apparition de nouveaux intérêts publics consacrés par le juge administratif a ainsi contribué à la multiplication des services publics appelés à répondre à toujours plus de besoins⁵² : ce fut le cas de l'idée de l'intérêt public social, qui s'attache à la protection ou à l'amélioration des conditions d'existence des individus⁵³, mais aussi de l'intérêt économique légitimant le contrôle des prix, le développement et l'orientation des exportations et importations, l'organisation d'une profession ou d'un marché, la restriction de la consommation de produits pétroliers. Conjuguant des préoccupations économiques, sociales, ou écologiques, l'intérêt public lié à l'aménagement des sols devait connaître un grand développement en matière de reboisement et de conservation des forêts, de protection des sites, ou dans l'activité des SAFER. Cet élargissement de la notion de service public, qui ne cesse d'entraîner des débats, témoigne d'une conception très extensive de l'intérêt général, que le Conseil d'État a consciemment choisi de faire sienne⁵⁴.

Tout intérêt n'est pas, pour autant, susceptible d'être rattaché à l'intérêt général. Si le Tribunal des conflits a retenu une conception extensive du service public, admettant même l'existence de services publics industriels et commerciaux⁵⁵, il a tracé la ligne de partage nécessaire entre les « services qui sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique », parce que leur finalité première et directe est l'intérêt général, et les activités qui, « au contraire, sont de nature privée »⁵⁶, compte tenu des objectifs qu'elles s'assignent. Cette distinction est d'ailleurs en parfaite cohérence avec la conception française de l'intérêt général, qui implique, en principe, l'exclusion des activités marchandes de la sphère des interventions étatiques soumises au droit public.

L'attitude du juge administratif vis-à-vis de ce qu'il est convenu d'appeler le « socialisme municipal » – c'est-à-dire la création, par les communes, de services publics, notamment industriels et commerciaux – est révélatrice de cette conception. Le Conseil d'État a ainsi soumis à deux conditions l'intervention publique dans la sphère économique : la carence de l'initiative

52 - Sur ce point D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977, p. 290 et s.

53 - Sont d'intérêt public l'organisation des loisirs, des spectacles, des sports, l'exploitation par une commune d'un théâtre ou d'un cinématographe, la protection des travailleurs dans leur activité professionnelle.

54 - CE 25 mars 1988, *Commune d'Hyères c/ Serres*, T. p. 668 (à propos d'un festival de la bande dessinée) ; CE, 2 juin 1995, *Ville de Nice* (à propos d'un festival de jazz qualifié de service public administratif).

55 - TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, p. 91.

56 - Conclusions Matter, S 1924, 3, p. 34.



privée et l'existence d'un besoin local, objectif, de la population entendue largement⁵⁷. Ces conditions sont évidemment tributaires des circonstances de temps et de lieu, et laissent donc au juge le soin d'identifier, concrètement, au cas par cas, ce qu'est l'intérêt public local. La jurisprudence révèle ainsi toute la relativité de la notion d'intérêt général, avéré en un point donné, absent au-delà. Elle illustre aussi la possibilité d'une segmentation géographique de l'intérêt général : la « généralité » en cause ne se réfère pas nécessairement à l'ensemble de la population, puisqu'il est admis que s'expriment, à côté de l'intérêt national, des besoins locaux, des intérêts publics régionaux ou municipaux.

Cette relation entre service public et intérêt général n'est d'ailleurs pas affirmée par le seul juge administratif. La jurisprudence judiciaire a, elle aussi, adopté une conception « matérielle » du service public, qui fait de la poursuite de l'intérêt général l'un des traits distinctifs du service public, usant couramment de l'expression « mission de service public »⁵⁸, évoquant également la « gestion d'un service public »⁵⁹ ou « l'activité d'intérêt général » que constitue un service public⁶⁰. Comme la jurisprudence administrative, elle a admis une diversification de fait des services publics, mais sans jamais perdre de vue la notion d'intérêt général.

Le juge judiciaire va même plus loin que le juge administratif, car là où ce dernier procède selon la méthode du « faisceau d'indices », la Cour de cassation se contente souvent de relever l'existence d'une mission d'intérêt général pour qualifier, *ipso facto*, une activité de service public. La notion d'intérêt général se trouve ainsi promue au rang de condition suffisante et unique, comme en atteste la rédaction même de certaines grandes décisions de la Cour de cassation : « l'activité d'intérêt général des maisons des jeunes et de la culture a le caractère de service public », « les associations communales de chasse agréées sont, par leur objet, chargées d'une mission de service public ». Dans cette optique, la mention de « l'objet » de l'activité désigne la mission d'intérêt général, dont la teneur est plus ou moins précise⁶¹. Le juge judiciaire témoigne, ce faisant, d'une propension à idéaliser l'intérêt général. Il a, par exemple, longtemps considéré l'intérêt financier, le profit, comme totalement étranger à l'intérêt général. Ainsi, l'exploitation des casinos s'est vu refuser le statut de concession de service public jusqu'à une date récente, alors que le Conseil d'État admet cette possibilité depuis 1966⁶², et reconnaît que l'intérêt financier de l'administration fait partie intégrante de l'intérêt général⁶³.

Relevons enfin que c'est au nom de l'intérêt général que le service public donne lieu à l'application de ces règles particulières qu'on appelle « lois de

57 - CE Sect. 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, p. 563.

58 - Cass. civ. 26 janvier 1982, *Bondiguel*, JCP 1983, II, 19942.

59 - Cass. soc. 5 juillet 1984, *CEA c/ M^{me} Doyen*, Dr. Soc. 1985, p. 49.

60 - Cass. civ. 19 avril 1977, *Assoc. MJC de Boulogne-Billancourt*, D 1979, J, 197.

61 - Cf. par exemple Cass. civ., 18 février 1986, *Ville de Biarritz*, Petites Affiches, 1986, n° 152, p. 24, note Moderne : identification en l'espèce de l'activité d'intérêt général de « relèvement, développement et essor touristique de la station ».

62 - Cass. civ., 18 février 1986, précité, et CE 25 mars 1966, *Ville de Royan et Société anonyme de Royan et sieur Couzinet*, p. 237.

63 - D. Truchet, *op. cit.* p. 296 et s.



Rolland ». Les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité du service public, qui forment l'armature du régime des services publics, n'existent qu'en raison de la nécessité pour l'État de satisfaire en tout temps, de façon égale et la plus adaptée possible, les besoins essentiels de la population. Ces principes n'ont pas d'équivalent en droit privé.

Si l'État a diversifié ses moyens d'action, il ne l'a fait que pour autant que les finalités d'intérêt général ne sont pas remises en cause et parce qu'il se doit de remplir des tâches d'intérêt collectif. La confrontation entre les lois du marché et les nécessités de l'intérêt général a ainsi donné naissance aux services publics qui constituent, par excellence, une mission d'intérêt général⁶⁴. Certes, le service public n'est plus aujourd'hui le critère indiscutable du droit administratif puisqu'il utilise de plus en plus largement des procédés de droit privé⁶⁵. Toutefois, les autres critères concurrents qui pourraient être proposés comme fondement du droit public ne peuvent faire l'économie d'une référence à l'intérêt général qui fonde bel et bien la spécificité du droit public.

Tout comme la notion de service public, celle de **domaine public** est substantiellement marquée par la référence à l'intérêt général. La définition du domaine public, qui avait donné lieu à une abondante jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, doit beaucoup aux propositions de la Commission de réforme du Code civil : sur cette base, la Cour de cassation, puis le Conseil d'État, ont déterminé les principaux critères de la domanialité publique, en affirmant notamment « qu'appartiennent seuls au domaine public les biens qui font l'objet soit d'une affectation actuelle à l'usage public, soit d'un aménagement pour l'exploitation d'un service public »⁶⁶. Ainsi, en matière de domanialité publique, l'intérêt général est bien le critère fondamental, qu'il s'exprime indirectement par le biais de l'affectation à un service public, ou directement par l'usage du public, cette seconde hypothèse renvoyant à une conception de l'intérêt général immédiate, presque tangible. Si l'affectation à l'intérêt général se trouve ainsi au cœur de la définition du domaine public, elle justifie aussi l'application d'un régime exorbitant du droit commun aux dépendances domaniales, caractérisé par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. La Cour de cassation a du reste proclamé à deux reprises, en la matière, la supériorité de « l'intérêt général, qui l'a toujours emporté sur l'intérêt privé »⁶⁷.

Le caractère évolutif de la notion d'intérêt général transparaît en matière de droit du domaine public comme dans le domaine du service public ; il a été la cause d'une transformation progressive des règles de gestion du domaine public. Le déplacement d'une conception du domaine public centrée autour des pouvoirs de police, vers une approche gestionnaire, patrimoniale, intégrant le souci de rentabilité, est devenu perceptible dès le début des années trente : « Le domaine public n'est plus seulement un objet de la

64 - E. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguît*, 1972.

65 - J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *Revue de droit public*, 1953.

66 - Cass. Civ. 7 novembre 1950, *Administration des chemins de fer algériens*, S 1952, I, 173 ; CE Ass. 22 avril 1960, *Berthier*, p. 264.

67 - Cf. pour une vue d'ensemble de la question, A. Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996, p. 237 et s.



police administrative, c'est l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général, et c'est un bien dont l'administration doit assurer, dans l'intérêt collectif, la meilleure exploitation »⁶⁸. En cette matière, l'objectif de rentabilité s'est donc trouvé intégré explicitement aux finalités d'intérêt général.

Dans le prolongement de celle de domaine public, la notion d'**ouvrage public**, fait elle aussi largement appel à l'intérêt général. Le statut d'ouvrage public est en effet conféré à un bien immobilier – par nature ou par destination – « appartenant à une personne publique et affecté, soit à l'usage du public, soit à un service public ou du moins [...] à un but d'utilité générale »⁶⁹.

La référence à l'intérêt général fonde un régime juridique très protecteur de ce bien immobilier. Consacré par la jurisprudence dès 1853⁷⁰, le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, selon lequel « l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas », assure en effet la pérennité des immeubles irrégulièrement édifiés, au nom de l'intérêt général qu'ils sont censés servir. Cette règle est une illustration particulièrement éloquente des privilèges exorbitants que se voit reconnaître la puissance publique⁷¹ du simple fait qu'elle est présumée agir dans le sens de l'intérêt général. Les victimes de dommages causés par le fait d'un ouvrage illégal n'obtiendront donc sa démolition ni du juge administratif, ni du juge judiciaire, dont les compétences habituelles en matière de voie de fait et d'emprise immobilière irrégulière sont tenues en échec par la qualité d'ouvrage public.

Ce principe, stigmatisé par le professeur Chapus comme « la capitulation du droit devant le fait accompli », a subi récemment quelques atteintes qui annoncent peut-être un infléchissement durable de la jurisprudence. Le Conseil d'État a admis, dans l'arrêt *Époux Denard et Martin*, que des requérants exercent un recours pour excès de pouvoir contre le refus du maire de supprimer un ouvrage public⁷². Et, depuis l'affaire *Baudron de Mony*, l'intangibilité n'entraîne plus un transfert forcé de propriété assimilable à une expropriation indirecte⁷³. Au yeux du juge, l'intérêt général ne saurait donc constituer un alibi commode pour faire prévaloir des considérations d'opportunité et d'économie. En tout état de cause, il ne saurait légitimer « l'illégalité faite ouvrage ».

La notion d'intérêt général s'est, enfin, rarement trouvée absente des définitions successives auxquelles a donné lieu la notion de **travaux publics**. La reconnaissance de l'existence d'un travail public a longtemps été subordonnée à la réunion de trois exigences : l'existence de travaux immobiliers, accomplis « pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale », selon la définition classique issue de l'arrêt

68 - Conclusions Chenot sur CE Sect. 5 mars 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale*, p. 129.

69 - Conclusions Braibant, sous CE Sect., 13 juillet 1965, *Arbez-Gindre*, p. 442. D. 1966. 88.

70 - CE 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, S 1854, II, 213.

71 - Le juge judiciaire est compétent pour réprimer les infractions aux règles d'urbanisme et à la législation du permis de construire, et ordonner le cas échéant la démolition des constructions illégalement réalisées par des personnes privées (article L 480-5 du Code de l'urbanisme).

72 - CE Sect., 19 avril 1991, *Époux Denard et Martin*, p. 148.

73 - C. Cass, Ass. plén., 6 janvier 1994, Cons. *Baudron de Mony c/ EDF*, AJDA 1994, 339.



*Commune de Monségur*⁷⁴. Depuis l'arrêt *Effmieff*⁷⁵, sont aussi regardés comme travaux publics des travaux exécutés par une personne publique ou sous sa direction, dans le cadre d'une mission de service public. L'objectif poursuivi dans la première hypothèse – l'utilité générale – ne se confond pas avec le but de service public, qui est plus étroitement circonscrit. L'alternative ouverte par la jurisprudence *Effmieff* permet d'inclure dans la catégorie des travaux publics des travaux exécutés pour le compte de propriétaires privés⁷⁶, puisque, dès lors que l'activité en vue de laquelle les travaux sont réalisés est un service public, il y a nécessairement présomption d'intérêt général. On rencontre ici l'un des cas où intérêt privé et intérêt général, loin de se contredire, peuvent se rejoindre. Ajoutons que la qualification de travaux publics entraîne la compétence du juge administratif en matière de contentieux des contrats d'exécution de ces travaux et des dommages qu'ils peuvent causer, aux termes de la loi du 28 pluviôse an VIII. La notion d'intérêt général, par le simple fait qu'elle est au cœur de la définition des travaux publics, irrigue donc, directement ou indirectement, un domaine juridique particulièrement étendu.

Les notions centrales du droit public ne se comprennent donc pas sans référence à l'intérêt général et évoluent à mesure que le contenu s'attachant à cette notion se transforme. Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer, en s'engageant sur les traces de Marcel Waline, que la notion d'intérêt général est l'épine dorsale du droit public, dont elle justifie les spécificités.

L'intérêt général, fondement de la spécificité du régime de droit public

Même lorsqu'elle ne s'exprime pas directement, la notion d'intérêt général se dessine comme en filigrane, au cœur des théories fondatrices du régime spécifique du droit public, à commencer par celle des actes administratifs unilatéraux et celle de la responsabilité publique.

L'acte unilatéral, et plus précisément la décision exécutoire, a été désigné à juste titre comme « un symbole de l'action administrative »⁷⁷. Plus caractéristique encore que le privilège qui s'exprime dans les conditions de son édicton, serait « la charge d'intérêt général que contient l'acte unilatéral ». La décision administrative est la manifestation unilatérale d'une volonté qui impose des droits et obligations à ses destinataires sans leur consentement, ce qui apparaît comme la première des prérogatives de puissance publique. Cependant, l'acte unilatéral est implicitement imprégné de l'idéologie de l'intérêt général qui peut seule justifier et rendre tolérable les nombreux privilèges qui accompagnent cet acte : privilège du préalable, complété, dans certaines hypothèses – il est vrai restrictives – par la procédure d'exécution forcée, à quoi s'ajoutent les conséquences de l'autorité de chose décidée qui s'attache à la décision.

Toute prérogative reconnue au nom de l'intérêt général a, il est vrai, pour contrepartie des sujétions particulières. Ainsi, si l'administration peut

74 - CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, p. 573.

75 - TC 28 mars 1955, *Effmieff*, p. 617.

76 - CE 20 avril 1956, *Min. Agriculture c/ cons. Grimouard*, p. 168.

77 - J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D 1998, chr., p. 327.



modifier ou abroger à tout moment un règlement au nom du principe de mutabilité, – selon l'adage « nul n'a de droit acquis au maintien d'un règlement » – en retour, la jurisprudence a posé l'obligation d'adapter les règlements aux changements de circonstances de droit ou de fait, sous peine d'illégalité de l'acte⁷⁸. C'est l'ensemble du régime de l'acte unilatéral qui porte ainsi l'empreinte de l'intérêt général.

L'intérêt général, qui est le fondement des prérogatives de l'administration, et du privilège du préalable dont celle-ci bénéficie, justifie en particulier le principe de l'effet non suspensif des recours ainsi que la relative méfiance du législateur et du juge envers les procédures de sursis à exécution, qui risqueraient, si l'on n'y prenait garde, de paralyser inutilement l'action de l'administration.

La procédure du sursis à exécution et l'intérêt général ne sont pourtant pas antagonistes. Il est vrai que l'intérêt général permet parfois au juge de refuser le sursis à exécution d'une décision de l'administration, alors que les conditions légales exigées pour son obtention sont remplies⁷⁹. Toutefois, certains requérants, lorsqu'ils demandent le sursis à exécution d'une décision qu'ils estiment leur faire grief, invoquent, à l'appui de leur argumentation et de leur intérêt propre, un intérêt général qui va au-delà de la simple volonté de faire respecter la légalité à travers le recours pour excès de pouvoir, pouvant toucher des domaines tels que la protection de l'environnement, ou celle des consommateurs⁸⁰.

Surtout, le législateur a conçu certaines procédures d'octroi de sursis à exécution qui, loin de se poser comme des obstacles à la poursuite de l'intérêt général, sont censées trouver en lui leur fondement. Il s'agit en premier lieu des « sursis de droit » que le juge administratif est tenu d'accorder à la demande de personnes privées ou d'associations lorsqu'a été délivrée une autorisation de travaux ou d'aménagements qui, compte tenu de leur importance, aurait dû être précédée d'une étude d'impact et qui ne l'a pas été : c'est la procédure instituée par l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Une procédure comparable a été instituée par la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques pour les cas où une autorisation est délivrée pour la construction d'un ouvrage susceptible d'affecter l'environnement contre l'avis du commissaire-enquêteur. Le requérant n'a pas alors à prouver que l'exécution de la décision attaquée serait susceptible d'entraîner des conséquences difficilement réparables.

78 - CE Sect. du 10 janvier 1930, *Despujol*, p. 30 ; CE Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, p. 44.

79 - CE, Ass. 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre Dame*, p. 100.

80 - Voir sur l'ensemble de ces questions, J.-P. Markus, *Sursis à exécution et intérêt général*, AJDA, 1996, p. 251. G.-E. Lavau, « Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs », *Revue du droit public*, 1950, p. 788 et ss. Le débat est aujourd'hui un peu dépassé, la majorité des auteurs s'accordant à considérer que l'intérêt général n'est pas une troisième condition, de nature purement jurisprudentielle, à l'octroi du sursis ; la plupart estiment toutefois que la capacité du requérant à faire valoir que la décision dont il demande la suspension lèse un intérêt général ne peut manquer d'influencer positivement le juge, ce qui paraît tomber sous le sens, cette influence restant évidemment implicite : R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1995, n° 1172.



Enfin, le législateur a conféré au préfet et à d'autres personnes publiques des possibilités de demander le sursis à exécution de certaines décisions des collectivités territoriales : le préfet, ou l'autorité publique investie du pouvoir de saisir le juge d'une demande de sursis à exécution, ne peut à l'évidence poursuivre dans la procédure ainsi engagée un intérêt particulier ; il se fait en quelque sorte le « porte-voix » de l'intérêt général. Ces procédures ont été conçues comme la contrepartie de la décentralisation, le préfet étant chargé de faire valoir l'intérêt de la nation face aux collectivités territoriales. Il s'agit principalement de celle prévue aux articles 3 et 46 de la loi du 2 mars 1982, renforcée par la loi du 4 février 1995 en matière d'urbanisme, de marchés publics et de délégations de services publics ; la simple demande de sursis, dans ces domaines, valant suspension pendant un mois.

Dans ce contexte évolutif, le juge administratif a entrepris de repenser sa façon de traiter l'urgence et des propositions sont en cours d'élaboration qui devraient permettre une réforme du sursis à exécution ainsi que des diverses procédures de référé.

Ce qui est vrai pour les actes unilatéraux, l'est aussi, dans une certaine mesure, pour le régime des **contrats administratifs**, caractérisé lui aussi par les prérogatives que détient l'administration contractante. Il en résulte un rapport inégalitaire entre les parties au contrat, qui constitue une des spécificités du contrat administratif au regard du contrat de droit privé. C'est au nom de l'intérêt général que l'administration contractante dispose de certains moyens actions unilatéraux, dont le pouvoir de modifier le contrat et d'alourdir les charges supportées par son partenaire, y compris sur le plan financier ⁸¹, ou encore le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat dans l'intérêt du service.

Inscrite au fondement de la théorie de l'acte unilatéral et des contrats administratifs, l'empreinte de l'intérêt général est également primordiale dans le régime de la **responsabilité publique**, sans que les liens entre responsabilité et intérêt général soient dépourvus de toute ambivalence. Succédant à une longue période d'irresponsabilité de la puissance publique, la reconnaissance, à partir de l'arrêt *Blanco*, du principe de la responsabilité de l'État du fait des services publics a été regardée, à juste titre comme traduisant « une éthique, une conception de l'homme dans ses relations avec le pouvoir » ⁸². Toutefois, le souci de l'intérêt général a justifié dans un premier temps un régime spécifique de responsabilité, très protecteur des intérêts de l'administration. Puis s'est opérée, au fil du temps, une modification de l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, imposant une indemnisation toujours plus large des victimes, soit par un engagement plus facile de la responsabilité pour faute, soit par un développement de la responsabilité sans faute, notamment quand le préjudice est anormal et spécial. Le sentiment que tout dommage imputable à un

81 - CE 21 mars 1910, *Cie générale des Tramways*, p. 216 ; CE 2 février 1983, *union des transports urbains et régionaux*, p. 33.

82 - M. Deguergue, *Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique*, AJDA 1995, n° spécial, p. 211.



agissement, fautif ou non, d'une personne publique, peut donner lieu désormais à réparation, a conduit à parler de socialisation des risques⁸³.

Cette volonté d'améliorer le sort réservé aux victimes a présidé au déclin récent du régime de la faute lourde. Ce régime était justifié par la nécessité de limiter les possibilités de mise en jeu de la responsabilité de services dont les missions sont réputées difficiles (activités des services pénitentiaires, des services de secours et de lutte contre l'incendie, certaines activités des services fiscaux, hospitaliers ou de police), sans que, même dans ce cas, la prise en compte de l'intérêt des services concernés n'entraîne à leur profit une complète immunité qui confinerait à l'irresponsabilité. L'évolution jurisprudentielle récente montre, à cet égard, un renversement des priorités, au profit de la protection des victimes. Ainsi, la responsabilité des services hospitaliers du fait des actes médicaux peut-elle être admise pour faute simple⁸⁴ ; quant à celle des services fiscaux, elle fait l'objet d'un examen, au cas par cas, le régime de la faute simple pouvant être appliqué.⁸⁵

L'extension du principe de la responsabilité sans faute de l'administration est encore plus révélatrice de la place dévolue à l'intérêt général. Qu'elle soit fondée sur la notion de risque ou sur le principe d'égalité devant les charges publiques, « la théorie de la responsabilité sans faute repose sur l'idée qu'un particulier n'a pas à supporter seul le poids de l'intérêt général »⁸⁶. Aussi, le juge va-t-il accepter d'indemniser les dommages résultant d'activités administratives présentant un risque spécial, mais qui sont, par définition, menées au nom de l'intérêt général. C'est le cas de l'utilisation de matières dangereuses telles que les explosifs⁸⁷, ou de méthodes à risques, telles que les méthodes libérales de rééducation des délinquants⁸⁸, de traitement des malades mentaux⁸⁹ ou de réinsertion des détenus⁹⁰, de traitement médical et chirurgical⁹¹. Dans de tels cas, la responsabilité engagée se rattache tout particulièrement à l'idée de garantie ou d'assurance⁹². Cette évolution favorable aux victimes comporte nécessairement un coût supporté par la collectivité des contribuables. Elle a été encore confortée par la jurisprudence récente relative à l'indemnisation de

83 - Cette idée a été avancée très tôt par Duguít, dans son *Traité de droit constitutionnel*, 3^e ed. 1930, T. III, p. 469. « On ne peut édifier la responsabilité de l'État que sur l'idée d'une assurance sociale [...]. Cette conception se rattache elle-même à celle [...] de l'égalité de tous devant les charges publiques. L'activité de l'État s'exerce dans l'intérêt de la collectivité toute entière : les charges qu'il entraîne ne doivent pas peser plus lourdement sur les uns que sur les autres. Si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer, soit qu'il y ait une faute des agents publics, soit qu'il n'y en ait pas [...] Si l'État est responsable, c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout risque social ».

84 - CE Ass. 10 avril 1992, *Epx V*, p. 171, conclusions Legal.

85 - CE Sect., 27 juillet 1990, Bourgeois, p. 242 ; 29 novembre 1997, *Commune d'Arcueil*, AJDA 1998 p. 180 chr. T. X. Girardot et F. Raynaud.

86 - D. Truchet, op. cit. p. 301.

87 - CE 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, p. 329.

88 - CE Sect., 3 février 1956, Thouzellier, p. 49.

89 - CE 13 mai 1987, *Piollet*, p. 172.

90 - CE 2 décembre 1981, *Theys*, p. 456.

91 - CE Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, p. 127. Sur l'ensemble de ces questions, voir les réflexions sur le droit de la santé, in Conseil d'État, *Rapport 1998*.

92 - D. Loschak, *Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative*, in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, PUF 1993, p. 275.

l'aléa thérapeutique, qui, en l'absence de faute, sur la seule base du risque spécial, se dégage du schéma classique du droit de la responsabilité publique en reconnaissant pour la première fois à l'usager du service public, et non seulement au tiers, un droit à réparation.

La prégnance de la notion d'intérêt général apparaît avec plus d'évidence encore en matière de responsabilité du fait des lois, des règlements légaux, ainsi que des traités, qui est engagée en présence d'un préjudice anormal et spécial, révélant une rupture d'égalité devant les charges publiques. La charge indue, qui entraîne une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, est en effet réputée être imposée dans un but d'intérêt général. Le fait même que la loi est intervenue dans le sens de l'intérêt général implique, en principe, l'absence de toute indemnisation. Le juge oppose à la demande des administrés lésés le caractère « impérieux » ou « prééminent » de l'intérêt général visé par la législation ou la réglementation dommageable, pour dénier au préjudice allégué les caractères requis d'anormalité et de spécialité, ou interpréter la volonté du législateur comme excluant l'indemnisation⁹³. Ce n'est que dans les cas exceptionnels où le texte de la loi et ses travaux préparatoires ne permettent pas de penser que le législateur a entendu exclure toute indemnisation que la responsabilité de l'État du fait de la loi est reconnue. Il n'est donc pas surprenant que l'arrêt *La Fleurette* ait eu une modeste postérité⁹⁴. La jurisprudence est en revanche infiniment plus libérale dans le cas de décisions individuelles comportant une rupture d'égalité devant les charges publiques, et notamment dans le cas de refus de concours de la force publique⁹⁵, ou encore pour des situations comportant des dommages permanents de travaux publics.

Si l'évolution du droit de la responsabilité, appuyée sur le développement de l'assurance, se caractérise par la généralisation de l'indemnisation des victimes, quel que soit le fait générateur du dommage, il faut reconnaître que ce phénomène n'est pas propre au droit public. Entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire, les influences mutuelles ne sont pas absentes, encore que, pour des raisons évidentes, la notion de rupture d'égalité devant les charges publiques n'existe pas en droit civil. C'est dire que la prise en compte de l'intérêt général s'apparente souvent, en la matière, à une volonté du juge administratif de faire prévaloir des solutions équitables. Si elle tend souvent à justifier la reconnaissance de prérogatives spécifiques au profit de l'administration, elle peut aussi conduire le juge à reconnaître au citoyen des droits que la simple application du droit privé n'aurait pas permis de leur conférer.

93 - CE 14 décembre 1984, p. 423, à propos de la législation sur la protection de la nature ; CE 7 octobre 1987, *Min. de la culture c/ Cons. Genty*, p. 304, relatif à l'intérêt du patrimoine historique et culturel ; C.A. A Lyon, 10 octobre 1990, *Autard*, p. 469 : l'allègement des charges de gestion de la sécurité sociale est un but d'intérêt général.

94 - Il en est très largement de même pour la responsabilité du fait des règlements réguliers (CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, p. 113), et du fait des Traités (CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, p. 257).

95 - CE Sect. 31 mars 1995, *Lavaud*, p. 155. Sur la jurisprudence relative au refus de concours de la force publique voir infra p. 47.



L'intérêt général, fondement de constructions législatives spécifiques

Le droit administratif assure depuis longtemps la coexistence de solutions issues de la jurisprudence et de régimes spécifiques établis par le législateur. Selon la formule du Doyen Vedel, le droit prétorien demeure ici le droit commun, à côté d'un droit d'exception résultant des textes ⁹⁶. Pourtant, on assiste à une progression incontestable, dans le champ du droit public, de régimes législatifs et réglementaires qui font, eux aussi, une place non négligeable à l'idée d'intérêt général.

Présente, explicitement ou non, dans nombre de textes de droit public, la notion d'intérêt général – remplacée, le cas échéant, par des notions approchantes, comme celle d'utilité publique – tend à répondre à deux préoccupations du législateur : celle, classique, de légitimer l'action administrative et de lui fournir les moyens spécifiques de son intervention, et celle, apparemment plus novatrice, qui consiste à placer l'intérêt général au cœur d'une nouvelle démarche de l'administration.

L'intérêt général, fondement des moyens d'intervention de l'administration

L'intérêt général apparaît fréquemment dans les textes comme la condition de la légalité de l'intervention des pouvoirs publics. Cette condition, une fois satisfaite, entraîne des conséquences considérables, en fondant les principales prérogatives de puissance publique et en autorisant, par là même, des restrictions aux droits et libertés individuels.

L'intérêt général justifie l'existence de toute une série de moyens d'action de l'administration qui constituent la quintessence des prérogatives de puissance publique. Expropriation, réquisition, droit de préemption, création de servitudes, autant de moyens de l'intervention publique exorbitants de droit commun, dans la mesure où ils portent légalement atteinte au droit de propriété ou à d'autres libertés individuelles. Ces prérogatives ne trouvent leur justification que dans le mobile de l'intérêt général.

Ce mobile n'est souvent appréhendé qu'à travers des notions voisines de l'intérêt général, qui ne se confondent pas nécessairement toujours avec lui. En matière de dépossession de la propriété privée par une personne publique, l'exemple le plus ancien est sans doute celui de l'expropriation, à laquelle il ne peut être procédé qu'en vue d'un but d'**utilité publique**. La procédure actuelle, issue d'une loi de 1810, prévoit que l'expropriation doit être précédée d'une déclaration « d'utilité publique », intervenue à la suite d'une enquête ⁹⁷ au cours de laquelle est évalué l'intérêt pour la collectivité du projet d'expropriation. Après avoir exercé pendant longtemps un contrôle abstrait et donc indulgent de cette notion d'utilité publique, le juge administratif a développé un contrôle plus efficace fondé sur le bilan coûts-avantages, qui permet de sanctionner un projet présentant des incon-

96 - G. Vedel, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », EDCE, 1989.
97 - Art. L 11-1 du Code de l'expropriation.



vénients excessifs, et même dans certains cas d'arbitrer entre plusieurs intérêts publics ⁹⁸.

La notion d'utilité publique, condition de l'expropriation, a en réalité connu une extension si semblable à celle de l'intérêt général, que l'on est parfois tenté de les assimiler. Les projets les plus variés peuvent en effet ouvrir droit à l'expropriation, dès lors qu'ils visent à satisfaire des besoins, largement entendus, de la population. L'utilité publique recouvre ainsi des préoccupations économiques et sociales, mais aussi le souci de protection du patrimoine naturel et historique, et n'est plus par principe incompatible avec la satisfaction de l'intérêt privé, à condition toutefois, que l'opération en cause réponde à un objectif d'intérêt général ⁹⁹. Il faut toutefois préciser que l'utilité publique n'est reconnue que si l'intérêt de l'opération l'emporte sur les inconvénients qu'elle comporte ou sur les atteintes qu'elle porte aux intérêts privés.

La procédure d'expropriation a récemment été étendue aux biens exposés à un « risque prévisible de mouvement de terrain, d'avalanche ou de crues torrentielles » menaçant gravement des vies humaines, à condition que les moyens de protection des populations s'avèrent plus coûteux que les indemnités d'expropriation ¹⁰⁰. Dans cette optique, l'expropriation permet d'atteindre un objectif d'intérêt général, la prévention des risques naturels, à moindre frais, mais moyennant un coût, la privation de propriété, souvent perçue comme exorbitant par les intéressés.

C'est encore la loi qui a prévu, dans certains cas, la possibilité pour l'autorité publique de se prévaloir d'un autre des privilèges qui ne trouvent de justification que dans la présomption que l'administration agit nécessairement en vue de l'intérêt général : il s'agit de la réquisition, qui permet à l'administration de contraindre les particuliers à lui accorder leurs services, l'usage ou la propriété de leurs biens, moyennant des indemnités fixées le plus souvent par le juge judiciaire. Au-delà même de l'exemple ancien fourni par la loi du 3 juillet 1877 relative aux réquisitions militaires, la procédure de réquisition, compétence du préfet, peut également être utilisée pour procurer un logement aux personnes qui en sont dépourvues, soit du fait d'une crise aiguë du logement ¹⁰¹, soit en raison de la faiblesse de leurs ressources ¹⁰².

La loi est aussi à l'origine des servitudes, instituées dans un but d'utilité publique, telles que les servitudes d'urbanisme, assorties d'un principe général de non-indemnisation ¹⁰³. C'est le propriétaire, et lui seul, qui supporte alors le coût inhérent à la réglementation d'urbanisme. Or celle-ci peut, par le jeu du zonage, limiter considérablement la valeur de certains terrains, et générer d'importantes inégalités entre propriétaires. Cet état du droit se prévaut, pour perdurer, de l'intérêt général, entendu en l'espèce

98 - CE Ass. 20 octobre 1972, *Sté civ. Sainte-Marie-de-l'Assomption*, p. 657, conclusions Morisot.

99 - CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, p. 561.

100 - Art. 11 de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

101 - Art. L 641-1 du Code de l'habitation et du logement.

102 - Art. L 642-2 du Code de l'habitation et du logement, issu de la loi du 29 juillet 1998 relative à l'exclusion.

103 - Art. L 160-5 du Code de l'urbanisme.



comme l'aménagement harmonieux du territoire¹⁰⁴, et de la « fonction sociale » du droit de propriété. Toutefois, eu égard aux critiques suscitées par ses effets inéquitables¹⁰⁵, et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe a connu récemment une importante inflexion¹⁰⁶.

La loi a, enfin, institué un droit de préemption au profit de la collectivité publique, qui contraint le propriétaire à déclarer, sous peine de nullité de la vente, son intention d'aliéner le bien concerné. L'article L 210-1 du Code de l'urbanisme justifie la possibilité pour la collectivité publique de préempter le bien en cause par référence aux objectifs de l'aménagement, eux-mêmes limitativement énumérés à l'article L 300-1 du Code de l'urbanisme, exception faite de la sauvegarde ou de la mise en valeur des espaces naturels¹⁰⁷. La liste figurant à l'article L. 300-1 du Code précité traduit d'ailleurs une conception pour le moins extensive de l'intérêt général, qui englobe la politique locale de l'habitat, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, le développement des loisirs et du tourisme, la réalisation d'équipements collectifs, la lutte contre l'insalubrité, la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine bâti et non bâti, et aussi la constitution de réserves foncières pour mener à bien ces différentes actions. Le propriétaire dispose en principe de garanties – notamment le droit de rétrocession – renforcées par la loi du 18 juillet 1985, mais la préemption n'en constitue pas moins une limitation substantielle de son droit de propriété, ayant pour justification des finalités d'intérêt général.

La référence à la notion d'intérêt général a aussi permis d'introduire dans les documents d'urbanisme une forme de hiérarchisation des priorités, par le biais de la procédure dite des « projets d'intérêt général », créée par la loi du 7 janvier 1983, par laquelle le préfet peut demander la modification des documents d'urbanisme afin qu'ils permettent la réalisation de certains projets présentant un intérêt particulier pour la collectivité considérée, et qui constitue « l'indispensable contrepoids aux larges compétences transférées aux communes »¹⁰⁸ en matière d'urbanisme. L'article L. 121-13 du Code de l'urbanisme définit les conditions auxquelles doivent répondre les projets en cause pour constituer des projets d'intérêt général, donnant ainsi, à travers une énumération exhaustive dans laquelle figurent opérations d'aménagement et d'équipement, fonctionnement des services publics, accueil des populations défavorisées, protection du patrimoine naturel ou culturel, prévention des risques, mise en valeur des ressources naturelles et aménagement agricole ou rural, l'une des rares définitions matérielles de l'intérêt général dont le droit positif fournisse l'exemple. Le Conseil d'État a eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser les conditions d'application de cet

104 - C'est à une préoccupation du même ordre que répond l'autorisation administrative, instituée par l'article L 311-1 du Code forestier, préalable au défrichement des bois des particuliers.

105 - Notamment F. Sudre, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 1988, chr. p. 71 ; R. Hostiou, *La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, AJDA n° spécial 1993, p. 27.

106 - CE Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, cf infra p. 43.

107 - Il existe à cette fin un droit de préemption spécifique confié au département, au titre des espaces naturels sensibles (art. L 142-1 Code de l'urbanisme).

108 - J. Morand-Deville, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 2^e édition, p. 34.



article L. 121-13, dans le domaine notamment des grands équipements culturels ¹⁰⁹, des centres de loisirs ¹¹⁰, d'édifices culturels ¹¹¹ ou encore de prévention de risques industriels ou technologiques ¹¹².

Il apparaît clairement, de surcroît, à l'examen de la législation et de la réglementation qu'une finalité d'intérêt général peut être mise en avant pour justifier une atteinte à d'autres finalités d'intérêt général. Le législateur ou le détenteur du pouvoir réglementaire doit alors procéder à **un arbitrage entre diverses finalités d'intérêt général**. Ainsi, le décret du 13 septembre 1961 (art. 6) permettait à l'autorité administrative compétente de dispenser un constructeur du respect des règles d'urbanisme. Si l'administration pouvait légalement user de sa faculté de dérogation pour des motifs tirés de la législation d'urbanisme ¹¹³, d'autres motifs tels que la crise du logement ¹¹⁴, ou des « raisons d'art, de science et d'industrie » ¹¹⁵, furent admis à fonder des dispenses. On en vint même à considérer que des dérogations pouvaient être accordées pour des motifs qui n'étaient pas contraires à l'intérêt général, sans être eux-mêmes d'intérêt général. Le contrôle du bilan s'adapta tout naturellement à cette matière. Par un arrêt d'Assemblée du 18 juillet 1973, le Conseil d'État jugea que les dérogations ne peuvent être légalement prescrites que si les atteintes qu'elles portent à l'intérêt général, représenté par la règle d'urbanisme, ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que comporte la dérogation ¹¹⁶. L'interprétation compréhensive donnée par le juge administratif de la possibilité de déroger aux documents locaux d'urbanisme risquait de réduire à néant l'effort de planification urbaine. C'est pourquoi la loi du 31 décembre 1976 a interdit la pratique des dérogations, et lui a substitué une possibilité d'adaptations mineures au plan d'occupation des sols, dont les motifs sont limitativement énumérés par l'article L. 123-1 du Code de l'urbanisme.

La législation sur le domaine public offre un autre exemple d'arbitrage entre diverses finalités d'intérêt général. La loi du 5 janvier 1988 prévoit en effet qu'un « bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence » ¹¹⁷. La loi du 25 juillet 1994 a, de son côté, étendu à l'État et à ses

109 - CE Sect. 30 octobre 1992, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux contre Association de sauvegarde du site Alma-Champ de Mars*, p. 384, à propos du projet de centre de conférences internationales.

110 - CE 23 mars 1992, *Martin et autres et Fraboulet et autres*, p. 130, à propos du Parc Eurodisney.

111 - CE 25 septembre 1995, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble du 75-77, rue Dutot*, p. 352, par laquelle le Conseil d'État a statué sur la construction d'un édifice culturel projeté dans le cadre d'une opération de rénovation urbaine présente le caractère d'une installation d'intérêt général au sens de l'article L. 121-3 du Code de l'urbanisme.

112 - CE 3 février 1992, *Commune de Soulom*, p. 52, à propos de la création d'une zone d'isolement autour d'une usine chimique, qui s'est vu reconnaître la qualification de projet d'intérêt général.

113 - CE 10 janvier 1968, *Daudens*, p. 24.

114 - CE 13 juillet 1965, *Epx Jonniau*, T. p. 1086.

115 - CE 9 décembre 1970, *Martin*, p. 743.

116 - CE Ass. 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, p. 530.

117 - Art. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales.



établissements publics la possibilité d'accorder des dons réels sur leur domaine public, à la seule condition que l'activité concernée, même d'intérêt privé, soit compatible avec l'affectation de la dépendance occupée. Si l'implantation durable d'occupants privatifs, grâce au bail emphytéotique, permet de contourner la rigueur de l'occupation « précaire et révocable », elle peut parfois nuire fortement à la vocation première de ces biens domaniaux, qui est l'affectation à l'intérêt général.

L'intérêt général, expression d'une nouvelle démarche du législateur

Une tendance nouvelle s'exprime dans toute une série de textes intervenus récemment en matière de protection de l'environnement ou d'aménagement du territoire. Rejoignant des lois plus anciennes relatives à la protection du patrimoine historique ou naturel, ils marquent une volonté de donner à l'intérêt général un rôle renouvelé et d'inclure, ce faisant, des préoccupations d'un nouveau type dans le champ d'intervention étatique. S'inscrivant clairement dans la conception volontariste de l'intérêt général, la démarche présente du législateur ressemble fort à une tentative de réappropriation de la définition de l'intérêt général laquelle, selon la théorie rousseauiste, relève bien de sa compétence propre. En disant ce qui est d'intérêt général, le législateur se fait dépositaire de cet intérêt et revendique pour lui-même un renouveau de légitimité. Cette position inédite révèle que, face au malaise ressenti par le monde politique devant ce qu'il est convenu d'appeler la crise de la représentation,¹¹⁸ le législateur a recherché dans le recours à l'intérêt général un remède qui constitue un « retour aux sources » de la légitimité démocratique.

L'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement est inscrit pour la première fois à l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (art. L 200-1 du Code rural) : « La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent, et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ». La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement ajoute à cet article de nouvelles préoccupations : « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». La reconnaissance législative de cette fin d'intérêt général qu'est la préservation de l'environnement entraîne l'apparition de nouvelles valeurs telles que le droit des générations futures, le développement durable et le patrimoine commun. Ces notions suggèrent certains caractères « émergents » de l'intérêt général, identifiés par le législateur depuis 1976 :

118 - Cf. *infra*, 3^e partie.



- une conception patrimoniale de la protection de la nature ¹¹⁹, mais aussi de l'environnement culturel et de l'aménagement du territoire ¹²⁰. La notion récurrente de patrimoine évoque différentes idées étroitement liées, dont celle d'héritage, englobant ainsi un élément moral, le devoir de transmission contracté à l'égard des générations passées et futures, et celle d'un ensemble de biens à valoriser, dans une optique économique ;
- une nouvelle mise en perspective dans le temps : l'intérêt général n'est pas seulement celui qui est identifié à un moment donné, mais il se mesure désormais à l'aune des générations futures ¹²¹. Le principe de précaution acquiert dès lors une importance majeure ;
- un « effet de retour » de l'intérêt général, défini par le législateur, vers le citoyen : celui-ci, par le biais de la notion de patrimoine commun, se sent investi du devoir de veiller à la sauvegarde de son environnement.

De nombreux autres textes se situent dans cette ligne. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques avait-il reconnu l'intérêt public de la conservation de certains immeubles comme monuments historiques au titre de l'histoire ou de l'art. Puis l'article 4 de la loi du 2 mai 1930 a proclamé l'existence de monuments naturels et de sites dont la conservation présente un intérêt général pour des raisons artistiques, historiques, scientifiques, légendaires ou pittoresques. L'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture proclame d'intérêt public l'insertion des constructions dans le milieu environnant, et le respect des paysages naturels ou urbains. La préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général ¹²². La surveillance et la police de la chasse sont exercées par le gouvernement dans l'intérêt général ¹²³. La mise en valeur et la protection de la forêt française sont reconnues d'intérêt général ¹²⁴, tout comme la politique spécifique d'aménagement, de protection et de mise en valeur du littoral ¹²⁵. Depuis la loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. Quant à l'objectif de la loi sur l'air, qui est la mise en œuvre du « droit reconnu à chacun de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé », il implique une action d'intérêt général consistant « à prévenir, à surveiller, à réduire ou à supprimer les pollutions atmosphériques, à préserver la qualité de l'air et, à ces fins, à économiser et à utiliser rationnellement l'énergie » ¹²⁶. De même, la politique d'aménagement et de développement du

119 - À propos de l'eau (loi du janvier 1992), du patrimoine piscicole (loi du 2 juin 1984) du patrimoine biologique national (art. L 211-1 du Code rural), ou du « patrimoine naturel et culturel riche » susceptible d'être classé en parc naturel régional (décret du 25 avril 1988).

120 - Cf. la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980, article 2-VI (la politique d'aménagement rural et d'action régionale a pour objet « d'encourager la participation des agriculteurs à l'entretien du patrimoine, au maintien des équilibres naturels »), et la loi du 7 janvier 1983 (art. L 110 Code de l'urbanisme. : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences »).

121 - Cf. Gautier et J. Valluy, « Générations futures et intérêt général, éléments de réflexion à partir du débat sur le développement durable », *Politix*, septembre 1998.

122 - Art. 2 loi du 29 juin 1984, art. L 230-1 du Code rural.

123 - Art. L 220-1 du Code rural.

124 - Loi 4 décembre 1985, art. 1.

125 - Loi 3 janvier 1986, art. 1.

126 - Loi 30 décembre 1996, art. 1.



territoire, qui concourt à l'unité et à la solidarité nationales, constitue un objectif d'intérêt général ¹²⁷.

Il est significatif que la plupart de ces dispositions proclamant un intérêt général soient situées en tête de chaque loi : elles sont à ranger au nombre des déclarations générales, des pétitions de principe, dont la valeur normative est réduite – ce qui crée une confusion regrettable avec la véritable norme de droit –, mais dont la valeur symbolique est importante. Là où le législateur annonce d'emblée de généreuses intentions, force est de constater qu'on ne trouve par la suite que des procédés juridiques éprouvés, qui n'ont rien d'innovant. Les politiques d'intérêt général menées en matière d'environnement, de protection du patrimoine ou d'aménagement du territoire font largement appel à un arsenal désormais classique : l'institution de polices spéciales et le recours à la planification, notamment, permettent à l'autorité administrative d'imposer des servitudes et des restrictions au droit de propriété ou aux libertés individuelles. En somme, c'est la permanence de la puissance publique et de ses prérogatives qui se profile derrière ces politiques.

L'inclusion de plus en plus fréquente de références explicites à l'intérêt général dans le texte de la loi illustre sans doute une prise de conscience de la crise de légitimité qui atteint l'idée même d'intérêt général ainsi que les instances qui en ont la charge. Le législateur s'attache alors à promouvoir une définition plus démocratique de l'intérêt général, en associant davantage les administrés aux décisions qui les concernent. Cette évolution, qui n'est pas sans retentissement sur la nature même de l'intérêt général, est perceptible dans les dispositions instituant la concertation, le référendum communal ou le débat public. En ce sens, ces législations s'avèrent porteuses d'une double logique, celle de la permanence de la conception volontariste de l'intérêt général, et celle de sa mutation, qui permet une approche à la fois plus subjective et pluraliste.

L'intérêt général, norme de référence pour l'action administrative

La notion d'intérêt général n'est pas seulement à la source de ces grandes notions du droit public qui, en vue de la mettre en œuvre, confèrent à l'autorité publique des prérogatives exorbitantes du droit commun. La découverte, par le juge, d'une finalité d'intérêt général peut, aussi, justifier, sous certaines conditions, qu'il soit dérogé à certains des principes fondamentaux posés par les textes ou reconnus par les juridictions. Cette faculté ainsi offerte aux pouvoirs publics n'a d'ailleurs pas manqué de nourrir, notamment de la part des tenants d'une approche néo-libérale, de vives critiques sur les menaces que le concept d'intérêt général peut faire peser

127 - Loi 4 février 1995, art. 1.



sur les libertés individuelles. C'est précisément à la conciliation entre le respect des principes et la finalité d'intérêt général que doit procéder le juge.

Il convient, à ce stade, de souligner que si cette tâche incombe, pour l'essentiel, au juge administratif, un rôle important d'orientation revient au juge constitutionnel. La notion d'intérêt général a, en effet, reçu une consécration remarquable de la part du Conseil constitutionnel, ainsi que le rappelle une importante contribution annexée au présent rapport ¹²⁸.

Absentes des textes constitutionnels, les références à l'intérêt général sont pourtant fort abondantes dans la jurisprudence du juge constitutionnel : une soixantaine de décisions le mentionnent expressément, soit en tant que tel, soit en se référant à des notions voisines (intérêt de la République, intérêt national, intérêts nationaux, mais aussi « intérêt propre » de diverses collectivités territoriales). Dans son contrôle de l'intention du législateur, le juge constitutionnel se réfère, selon les cas, aux objectifs, fins, motifs, raisons d'intérêt général qui auraient inspiré le législateur.

Il ressort clairement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'intérêt général n'est pas considéré, en lui-même, comme un objectif à valeur constitutionnelle, à l'exception peut-être de la sauvegarde de l'ordre public (qualifiée de « fin d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle »), de la lutte contre la fraude fiscale, et de la continuité du service public (qui peut justifier les limites apportées au principe constitutionnel du droit de grève). Dans ces cas, le juge constitutionnel contrôle pleinement la façon dont le législateur concilie entre elles différentes exigences à valeur constitutionnelle.

Mais même si elles n'atteignent pas à la dignité constitutionnelle, les fins d'intérêt général sont parfois susceptibles de l'emporter sur certains principes de valeur constitutionnelle. C'est le cas, ainsi qu'on analysera plus en détail, ¹²⁹ pour les validations législatives qui, bien que portant atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et à l'autonomie de l'autorité judiciaire, peuvent se justifier à condition d'être inspirées par des raisons d'intérêt général ; encore faut-il que le but de l'intérêt général visé par la validation ne se trouve pas en opposition avec un autre principe de valeur constitutionnelle. C'est aussi le cas pour le droit de propriété (art. 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et la liberté d'entreprendre, qui peuvent faire l'objet de restrictions inspirées par des exigences d'intérêt général, ainsi que pour les limitations apportées à certains droits fondamentaux (liberté d'aller et venir, principe d'égalité) au nom de l'intérêt général. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel vérifie, le cas échéant en recherchant l'intention du législateur par l'examen des travaux préparatoires, l'existence d'un motif convaincant d'intérêt général.

Toutefois, l'intérêt général est une notion beaucoup trop imprécise – d'autant plus que, tout comme le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel se garde bien de la définir – pour que le juge constitutionnel prenne le risque de

128 - J.-E. Schettl, « L'intérêt général et la constitution », *infra*. Voir aussi M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 13, 1993.

129 - Cf. *infra*.



dériver, en y recourant, vers un véritable contrôle d'opportunité. C'est la raison pour laquelle, tout en étant abondamment utilisé par le juge constitutionnel, le critère de l'intérêt général n'apparaît que comme un instrument d'appréciation à caractère subsidiaire, dès lors qu'il ne trouve pas appui sur un fondement constitutionnel.

L'intérêt général, finalité supérieure confrontée aux droits et libertés

Il est constant que l'une des fonctions les plus importantes de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative est de limiter, au nom des finalités supérieures qu'elle représente, l'exercice de certains droits et libertés individuels, au nombre desquels il faut ranger notamment le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, ainsi que certains principes fondamentaux, tels celui d'égalité et celui de sécurité juridique. De la confrontation de ces principes avec la notion d'intérêt général ne naît pas une opposition stérile et statique, mais bien plutôt un ensemble de constructions juridiques fécondes qui sont à l'origine de branches entières du droit public.

Intérêt général et libertés : portée de la notion d'ordre public

La contradiction entre intérêt général et libertés publiques et individuelles paraît inscrite au cœur même de l'exercice de ces libertés. Est ici en cause la notion d'ordre public, qui est au centre de celle d'intérêt général, dont elle constitue une composante essentielle. Tout motif d'ordre public est réputé, pour le juge, servir l'intérêt général, et peut justifier que des restrictions soient imposées à l'exercice de certaines libertés, afin, il est vrai, d'en permettre un exercice ultérieur plus « complet », et sans entraves. La difficulté naît de ce que la notion d'ordre public, tout comme celle d'intérêt général, n'est pas parfaitement stabilisée dans son contenu, et que le juge administratif a pu paraître, au cours du siècle écoulé, en retenir une définition plus ou moins extensive.

Le souci de trouver un équilibre aussi satisfaisant que possible entre ordre public et exercice des libertés n'est d'ailleurs pas perceptible dans la seule jurisprudence administrative. Le Conseil constitutionnel a, ainsi, fait de l'ordre public un objectif à valeur constitutionnelle¹³⁰, au nom duquel le législateur peut être fondé à restreindre certaines libertés¹³¹. Le juge constitutionnel retient toutefois de l'ordre public une définition relativement étroite, qui limite cette notion à la sécurité publique et à la protection des personnes et des biens.

Pour faire prévaloir certaines préoccupations que le Conseil d'État rattache à l'ordre public, en matière esthétique, écologique, sociale ou économique, ou encore dans la détermination du champ des lois d'amnistie, ou celle des

130 - Conseil constitutionnel, décision n° 82 141 DC du 27 juillet 1982 (57^e considérant) p. 48.

131 - Sur la question de l'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, éd. STH, n° 80 à 82 et 130.



avantages à accorder à certaines associations culturelles, le Conseil constitutionnel se réfère lui expressément à l'intérêt général¹³².

Il est intéressant de noter que, sans mentionner explicitement la notion d'intérêt général, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui tient une place croissante dans le contrôle de conventionnalité des actes de droit interne, comporte des dispositions qui tout en affirmant le principe de nombreux droits et libertés (droit au respect de la vie privée et familiale, droit à la liberté de pensée, de conscience ou de religion, droit à la liberté d'expression, droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association) admettent que des limitations y soient apportées par la loi : ainsi, dans le cas du droit au respect de la vie privée, l'ingérence de l'autorité publique est admise « pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » (art. 8 de la Convention). Cette énumération ne renvoie-t-elle pas, au fond, à ce qu'il est convenu de qualifier de fins d'intérêt général ?

Quant à la notion d'ordre public, elle est au centre de toute la jurisprudence du Conseil d'État en matière de pouvoir de police : la légalité des mesures de police est en effet subordonnée à l'existence d'un motif d'ordre public, qui est seul de nature à les justifier en droit. La question du contenu matériel à donner à cette notion est celle sur laquelle achoppe sans cesse la jurisprudence, dans le silence du législateur.

Examiner le contenu de la notion d'ordre public, c'est certes relever que le droit positif a fixé les principales composantes de l'ordre public et souligner tout d'abord la permanence des trois éléments constitutifs de la notion posés par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (ex-article L. 131-2 du Code des communes), hérité de la loi sur les pouvoirs des communes du 5 avril 1884. Cet article, aux termes duquel « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques », n'a pratiquement pas connu de modification depuis un siècle, si ce n'est pour conférer au maire des pouvoirs accrus en matière de protection de l'environnement.

Ce qui a changé, en revanche, est, à l'évidence, l'interprétation donnée par le juge de ces dispositions. Si le Doyen Hauriou pouvait affirmer, au début du siècle, que « l'ordre public, au sens de la police, est l'ordre matériel et extérieur » – ce qui supposait en particulier que l'immoralité ne pouvait être objet de mesures de police tant qu'elle n'entraînait pas de désordres extérieurs, et que l'autorité de police n'avait pas vocation à intervenir dans les relations inter personnelles, troubles de voisinage mis à part – l'évolution des mœurs et celle des attentes des citoyens ont conduit à une irréversible péremption de cette conception très restrictive. La trilogie traditionnelle, mise à l'honneur par le professeur Chapus, n'a donc pas disparu ; mais le

132 -C. Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de droit public*, 1995, p. 693 et ss.



contenu de la notion d'ordre public a eu irrésistiblement tendance à s'étoffer, la jurisprudence évoluant en quelque sorte avec son temps.

Cette évolution s'est opérée pour partie dans le cadre de la « trilogie » de l'article L. 131-2 du Code des communes, sous l'influence de l'évolution des techniques¹³³, de la recherche du « mieux-être »¹³⁴ ou de ce que l'on pourrait désigner sous le terme générique, mais juridiquement bien peu précis, d'« évolution des sensibilités », qui ont pu justifier qu'au nom de principes moraux, voire de considérations économiques, fût graduellement admis le souci de protéger les individus contre eux-mêmes¹³⁵.

Cette même volonté de protéger les individus contre les traitements qu'ils s'imposent à eux-mêmes et les risques auxquels ils s'exposent a d'ailleurs, plus récemment, entraîné une évolution plus fondamentale de la notion d'ordre public, qui dépasse cette fois le simple cadre de la trilogie de l'article L. 131-2 du Code des communes. À l'occasion de l'affaire dite « du lancer de nain », le nain lui-même étant consentant, bien des commentateurs se sont ainsi demandés si le Conseil d'État ne venait pas d'ériger la moralité publique en nouvelle composante de l'ordre public et donc de l'intérêt général.

Cette évolution paraissait exclue par les textes. Elle ne semblait en tout cas possible ni au Doyen Hauriou, déjà cité, ni au commissaire du gouvernement Mayras, qui, dans ses conclusions contraires sur l'affaire de Section, *Société les « Films Lutétia »*, de 1959¹³⁶, estimait : « Il nous paraît impossible d'admettre que la seule atteinte à la moralité publique, c'est-à-dire le trouble dans les consciences, soit, en elle-même, un motif justifiant l'interdiction de la représentation d'un film, s'il n'est pas établi que des désordres matériels risqueraient d'en résulter ». Pourtant, certaines considérations relevant de la moralité ne sont pas absentes de la jurisprudence tant dans le cadre de polices spéciales, que dans celui de la police administrative générale.

133 - Pour ne prendre qu'un exemple, le développement de l'automobile a conduit à encadrer son usage afin d'assurer une circulation optimale sur les voies publiques ; il en a découlé l'institution de couloirs spéciaux pour certains types de véhicules (loi du 18 juin 1966), ou l'institution de stationnements payants destinés à accélérer la rotation des véhicules (CE, 26 février 1969, *Chabrot et Syndicat national des automobilistes*, p. 120).

134 - C'est sous cette influence qu'a été notamment pris en compte très graduellement le souci de préserver l'environnement. La prévention des « pollutions de toute nature » et la lutte contre elles font désormais partie des pouvoirs de police du maire (6° de l'article L. 131-2, introduit par la loi du 7 janvier 1983) ; la « pollution sonore » a également été prise en compte dans ce sens (« bruits de voisinage » au 2° du même article, modifié par la loi du 28 novembre 1990).

135 - Figure ainsi au nombre des mesures de police désormais admises en ce domaine l'obligation du port de la ceinture de sécurité, reconnue tant par le juge pénal (Cass crim, 20 mars 1980), au motif qu'il contribue à diminuer les charges financières liées aux accidents de la route, que par le juge administratif (CE, 4 juin 1975, *Bouvet de La Maisonneuve et Millet* p. 330). Ces décisions traduisent bien, néanmoins, la volonté de défendre la sécurité publique, puisque le refus du port de la ceinture de sécurité est aussi constitutif d'un risque pour autrui.

136 - CE Sect. 18 décembre 1959, *Société les Films Lutétia et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, p. 693.



Deux jurisprudences fondamentales ont marqué cette extension du pouvoir de police¹³⁷. Il s'agit, en premier lieu, de la jurisprudence relative aux interdictions municipales de films, qui a admis qu'alors même qu'un film avait obtenu du ministre chargé du cinéma un visa d'exploitation, les maires, responsables du maintien de l'ordre dans leurs communes, pouvaient en interdire la projection¹³⁸. Au moins cette jurisprudence s'appuyait-elle, pour justifier une atteinte à la liberté d'expression ou de diffusion, sur des circonstances locales de nature à troubler l'ordre public, la sécurité et la tranquillité publiques, le juge administratif évitant ainsi le reproche de s'ériger en « juge moral »¹³⁹. Surtout, en se fondant sur le respect de la dignité de la personne humaine, le Conseil d'État a jugé que « l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine »¹⁴⁰, ainsi érigée en composante de la notion d'ordre public, et interdire des spectacles dits « de lancer de nain » que des sociétés privées envisageaient d'organiser dans des discothèques des communes concernées.

Ces décisions ont alimenté certaines inquiétudes dans une partie de la doctrine, à la fois du fait des incertitudes sur leur portée¹⁴¹ et de l'imprécision de la notion de dignité de la personne humaine, susceptible d'interprétations très divergentes¹⁴². Le caractère novateur de cette jurisprudence et le souci du juge administratif de défendre une conception élargie des droits de la personne sont indéniables. Certains commentateurs¹⁴³ ont toutefois souligné que les décisions relatives aux « lancer de nain » ne constituaient pas une rupture brutale avec les conceptions traditionnelles du Conseil d'État en matière de pouvoir de police et devaient être « entendues de façon restrictive », c'est-à-dire comme ne reconnaissant pas aux maires un pouvoir général d'appréciation et d'intervention en matière de moralité publique. Il s'agit ici uniquement de la mise en cause de la dignité de la

137 - Evolution au demeurant esquissée dès le début du siècle avec, en 1909, une décision relative à la prohibition de la prostitution (CE 17 décembre 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vin et liquoristes de Paris*, p. 117, ou, en 1930, une décision relative à la tenue des baigneurs sur la plage - CE 30 mai 1930, *Beaugé*, p. 582).

138 - CE Sect. 18 décembre 1959, *Société les Films Lutétia*, déjà citée : « un maire [...] peut donc interdire sur le territoire (de sa commune) la représentation d'un film dont la diffusion est susceptible d'entraîner des troubles sérieux, ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et des circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ».

139 - Ainsi le ministre chargé de la culture et de la communication peut-il légalement fonder l'attribution d'un visa d'exploitation à un film sur la circonstance que l'œuvre ne porte pas une atteinte grave aux droits fondamentaux des personnes mises en cause par ce film, dans des conditions telles que l'ordre public en serait affecté. Seules des considérations tirées de l'intérêt général - et notamment de sa composante centrale en la matière, c'est-à-dire de l'ordre public - peuvent en principe justifier que la liberté d'expression puisse être limitée sur le fondement de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique. (CE 9 mai 1990, *de Bénouville*, p. 117).

140 - CE Ass. 27 octobre 1995, *Ville de Morsang-sur-Orge* p. 272 et CE Ass. même jour, *Ville d'Aix-en-Provence*, Req. n° 143578, avec les conclusions de Patrick Frydman.

141 - Voir par exemple G. Lebreton, *Le juge administratif face à l'ordre moral*, Mélanges en l'honneur du Professeur Peiser, PUG, 1995, p. 363.

142 - V. Saint-James, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Dalloz, 1997, p. 61.

143 - On pourra à cet égard se reporter à la chronique générale de jurisprudence administrative de J.-H. Stahl et D. Chauvaux à l'AJDA, 1995, p. 878.



personne humaine, à laquelle étaient portées des atteintes telles que des personnes affectées du même handicap que les nains volontaires pour les lancers auraient pu sentir leur propre dignité remise en cause. C'est ce qui a pu justifier que la notion de circonstances locales n'ait pu intervenir dans une telle espèce, puisqu'elle serait demeurée inopérante par essence, la dignité de la personne humaine ne pouvant s'apprécier différemment en divers points du territoire.

De telles affaires illustrent bien la difficulté à laquelle se trouve confronté le juge lorsque les situations sur lesquelles il est appelé à se prononcer ne font l'objet d'aucune disposition en droit positif. Ainsi que le relevait le commissaire du gouvernement dans les affaires considérées, la référence à la notion d'ordre public ne s'expliquait, en l'espèce, que par la « carence du droit existant ». Une interdiction générale aurait pu être prononcée par le Premier ministre, pour valoir sur l'ensemble du territoire ou une incrimination pénale nouvelle votée par le législateur. En l'absence de réglementation nationale applicable, le Conseil d'État a jugé légale, pour des considérations tirées de l'ordre public, c'est-à-dire de l'intérêt général, l'atteinte à la liberté individuelle résultant des interdictions prononcées par les maires des communes considérées, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs de police.

La définition que le juge est amené à donner de l'ordre public est, au fond, comme le contenu de la notion d'intérêt général, toujours contingente. Les hésitations de la jurisprudence en témoignent, comme celles qui ont porté sur le sens à accorder au « bon ordre » auquel renvoie l'article L. 131-2 du Code des communes. Doit-on par exemple considérer que l'esthétique figure au nombre des buts légaux que peut – et doit – poursuivre l'autorité investie du pouvoir de police administrative générale ? Le Conseil d'État a, dans un premier temps, admis la légalité d'une réglementation municipale des enseignes publicitaires dans « l'intérêt de l'esthétique »¹⁴⁴ ou une réglementation réservant tout affichage sur le territoire de la commune, « pour raisons esthétiques », au concessionnaire de l'affichage municipal¹⁴⁵. Dans un second temps, le Conseil d'État est revenu sur cette jurisprudence, en annulant par exemple une réglementation municipale portant sur les monuments funéraires¹⁴⁶.

On voit bien, dans ces cas, comme dans celui du respect de la dignité de la personne humaine, le risque d'une atteinte indue, au nom de considérations d'intérêt général, au principe de liberté du commerce et de l'industrie. On voit aussi les risques que ferait peser sur les libertés une extension indéfinie des pouvoirs de police du fait d'une extension excessive de la notion d'ordre public. Il s'agit, d'abord, d'un risque d'instabilité juridique, si le juge est amené à revenir sur une finalité d'intérêt général qui avait pu paraître admissible à un moment donné (comme l'esthétique). Il s'agit, en outre, d'un risque de conflit entre les réglementations, qui donnerait en dernière analyse une latitude de choix excessive à l'autorité investie du

144 - CE, Ass. 3 juin 1938, *Société des usines Renault et autres*, p. 531.

145 - CE 14 mars 1941, *Compagnie nouvelle des chalets de commodité*, p. 44.

146 - CE Sect. 18 février 1972, *Chambre syndicale des entreprises du bâtiment de la Haute-Garonne*, p. 153.



pouvoir de police : la réglementation « esthétique » en matière architecturale, qui se superpose aux dispositions du plan d'occupation des sols, en fournit un bon exemple. Il s'agit enfin, et surtout, d'un risque d'arbitraire, qui peut aller jusqu'à des mesures injustifiées et évidemment attentatoires aux libertés. De là, la nécessité pour le juge de faire de cette notion un usage modéré et circonspect ¹⁴⁷.

Intérêt général et droit de propriété

C'est en matière de droit de l'urbanisme que s'est concrétisée de la façon la plus éloquente la difficulté de concilier intérêt général et droit de propriété. Dans l'introduction d'un rapport qui a inspiré bien des réformes récentes, le droit de l'urbanisme était défini comme celui des « atteintes légales à la propriété foncière ». Et le rapport ajoutait que le droit de l'urbanisme « a pour objet la conciliation de l'intérêt général avec les intérêts particuliers des propriétaires du sol et des constructeurs » ¹⁴⁸. Il ne faut pas chercher ailleurs les causes de la nature si conflictuelle de ce droit et des innombrables « pathologies » dont il est affecté.

Ainsi qu'on l'a souligné plus haut ¹⁴⁹, le droit de l'urbanisme va jusqu'à exclure par principe l'indemnisation des servitudes d'urbanisme. Les atteintes que doit subir le droit de propriété pour satisfaire à des objectifs réputés d'intérêt général sont nombreuses. On n'évoquera ici que d'un mot les moyens divers, évoqués plus haut, de l'intervention publique (expropriation, réquisition, servitudes et préemption) qui sont autant de limitations apportées à ce droit.

Les objectifs d'urbanisme permettent de limiter le droit de propriété dans l'usage que le propriétaire peut faire de son bien foncier. L'élaboration des documents d'urbanisme, avec la détermination de zonages restrictifs et de réserves foncières, en constitue l'illustration la plus éclatante, désormais unanimement acceptée ¹⁵⁰. Le Conseil d'État veille toutefois à ce que la notion d'intérêt général ne serve pas de paravent à d'autres considérations, fussent-elles en rapport avec un coût financé par l'État. Ainsi, s'inspirant des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

147 - Signalons que le juge administratif n'est évidemment pas seul à faire de l'intérêt général l'un des critères de son contrôle. La notion d'intérêt général est présente également dans les décisions de l'autorité judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que le juge judiciaire se refuse à admettre la recevabilité d'une constitution de partie civile qui serait fondée sur un simple motif d'intérêt général invoqué par le demandeur : seul le ministère public est réputé pouvoir agir au nom de l'intérêt général, tel qu'il est défini par les lois pénales. Le juge civil fait lui aussi, en certains domaines, de l'intérêt général un élément d'appréciation : il en va par exemple ainsi en matière de protection de la vie privée, le juge protégeant différemment le droit à l'image selon que les atteintes qu'il a subies se rattachent ou non à un événement d'intérêt général. Une considération d'intérêt général telle que le droit du public à être informé peut donc prendre le pas sur la protection d'une liberté individuelle (voir C. Bigot, « Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information », *Droit Social*, 1998, chr. P. 235).

148 - *L'urbanisme : Pour un droit plus efficace*, rapport du groupe de travail animé par le président Daniel Labetoulle, « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1992.

149 - Cf. *supra* p. 35.

150 - Voir à cet égard les actes du colloque *Droit public et propriété immobilière*, AJDA 1992, pp. 387 et ss.



fondamentales, a-t-il jugé qu'alors même qu'il ne prévoit expressément que deux exceptions au principe qu'il édicte, l'article 160.5 du Code de l'urbanisme ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire, dont le bien est frappé d'une servitude, prétende à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte des circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ¹⁵¹.

C'est encore la volonté de faire prévaloir l'intérêt général qui transparait dans les nombreux régimes prévus par le Code de l'urbanisme en matière de droit de préemption au profit des collectivités publiques. En la matière, il est vrai, le juge se penche moins sur la réalité d'un objectif d'intérêt général pouvant justifier une préemption, puisque l'intérêt général est ici toujours largement entendu par référence aux objectifs d'aménagement foncier prévus par l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, que sur le degré de précision de la motivation de la décision de préemption ¹⁵². Et même en l'absence, dans le texte, de la mention explicite du but d'intérêt général poursuivi, le Conseil d'État estime que le droit de préemption reste soumis à cette condition ¹⁵³.

Intérêt général et liberté du commerce et de l'industrie

Droit de propriété et liberté d'entreprendre sont intimement liés. C'est au juge, et à lui seul, qu'il a appartenu, dans un premier temps, de concilier les nécessités liées à l'intérêt général et la liberté du commerce et de l'industrie. Il ne s'agit plus ici des limites à la liberté d'entreprendre qui peuvent résulter de l'exercice par l'administration de son pouvoir de police administrative générale, mais de celles qui naissent de la possibilité reconnue à la puissance publique d'intervenir dans des activités de nature industrielle ou commerciale lorsque les besoins sociaux ne paraissent pas être remplis – ou pouvoir l'être à brève échéance – par l'initiative privée et le simple jeu du marché. Née avec la crise des années 1930, la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, inaugurée par l'arrêt de principe *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, déjà évoquée ¹⁵⁴, a permis de concilier la création des services publics locaux avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie en retenant comme critère l'« intérêt public local ». Le degré d'exigence attaché à cette condition a, comme la conception de l'intérêt général, évolué au fil du temps et des circonstances économiques et historiques ; on peut considérer qu'elle se trouve remplie dès lors qu'est établie la carence de l'initiative privée, y compris dans des domaines qui ne correspondent pas aux nécessités immédiates et vitales des populations, tels que la culture et les spectacles.

Il est frappant de constater qu'en la matière, le juge a fait œuvre de pionnier, et que c'est dans un second temps seulement que le droit positif s'est attaché

151 - CE Sect., 3 juillet 1998 *Bitouzet*.

152 - Voir D. Labetoulle, *Remarques sur le droit de préemption*, Mélanges en l'honneur du Professeur Peiser, PUG, 1995.

153 - CE 1^{er} février 1993, *Époux Guillec*, avec les conclusions de Christian Vigouroux, JCP, 1993, 22088.

154 - CE 30 mai 1930 ; cf. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n° 48.



à codifier l'équilibre qu'était parvenu à instaurer la jurisprudence. Le juge peut donc, aujourd'hui, appliquer les dispositions de la loi du 7 janvier 1983 relative à la création des sociétés d'économie mixte locales, qui est subordonnée à la condition que ces sociétés exercent des « activités d'intérêt général ». Devant les inquiétudes d'une partie de la doctrine, qui trouvait trop générale la condition ainsi fixée par les textes¹⁵⁵, le juge s'est appliqué à préciser la portée des dispositions de la loi du 7 janvier 1983, en estimant par exemple que l'objectif de maintien de l'emploi ou de participation à la reconversion d'une zone économiquement sinistrée ne saurait à soi seul justifier la création d'une activité lucrative par une collectivité¹⁵⁶. Le juge administratif se prononce en particulier, dans cette matière, au vu de la nature de l'activité envisagée.

Notons enfin que l'apparition, dans notre droit positif, du « principe de précaution », introduit par la loi du 2 février 1995 – de même que les préoccupations de protection de l'environnement et de la santé des populations qui l'inspirent – est aussi de nature à entraîner, à brève échéance, de nouvelles restrictions à la liberté d'entreprendre, ainsi, d'ailleurs, qu'au droit de propriété. Au nom du principe de précaution, qui pourrait apparaître comme une facette nouvelle de la notion d'intérêt général, en tant qu'il implique un arbitrage entre les préoccupations d'aujourd'hui et le souci de l'intérêt des générations futures, l'administration pourrait être conduite, en cas d'incertitude sur les risques futurs qu'elle pourrait entraîner pour la santé publique, à refuser une autorisation là où seraient pourtant remplies toutes les conditions prévues par les textes¹⁵⁷. Le juge administratif, déjà conduit à prononcer le sursis à exécution d'une décision autorisant la mise sur le marché d'une variété de maïs génétiquement modifiée, au motif que le dossier initial ne comportait pas toutes les précisions possibles quant aux effets de ces nouvelles semences sur l'environnement et sur la santé¹⁵⁸, ou à juger légale la suspension de la commercialisation d'un produit dont l'innocuité pouvait, à l'époque, être considérée comme douteuse, va devoir progressivement préciser la portée juridique qu'il convient de reconnaître au principe de précaution, jusqu'ici sujette à hésitations¹⁵⁹ et non explicitement reconnue par la jurisprudence.

Intérêt général et principe d'égalité

Ainsi qu'a eu l'occasion de le souligner le rapport public du Conseil d'État pour l'année 1996, dans ses considérations générales sur le principe

155 - Voir par exemple J.-F. Bizet et C. Deves, note sous CE 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine, Préfet de la Moselle*, AJDA, 1995, p. 238.

156 - CE 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine*, précité : le Conseil d'État s'est refusé à reconnaître la qualité d'activité d'intérêt général à une entreprise d'horticulture, alors même que la création de cette entreprise devait participer à la reconversion du bassin sidérurgique lorrain.

157 - CE 21 avril 1997, *M^{me} Barbier*, à propos des produits à base de collagène. Voir aussi G.-J. Martin, *Précaution et évolution du droit*, recueil Dalloz-Sirey, 1995, p. 302.

158 - CE 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, à propos du principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du Code rural.

159 - Voir notamment le rapport public du Conseil d'État pour 1995, et les doutes qu'il exprime sur la portée juridique des dispositions de la loi du 2 février 1995 qui, dans la lignée des principes du développement durable posés par la conférence de Rio de Janeiro de 1992, affirment que la sauvegarde de l'environnement est un objectif d'intérêt général.



d'égalité ¹⁶⁰, il a été de longue date admis par la jurisprudence que l'intérêt général peut justifier que des règles différentes soient appliquées à des situations semblables. « Des considérations supérieures à l'égalité peuvent justifier que certaines personnes physiques ou morales soient favorisées par rapport à d'autres pourtant placées dans la même situation » ¹⁶¹.

Nulle justification de cette sorte n'est nécessaire pour traiter de façon différente des personnes physiques ou morales placées dans des situations elles-mêmes différentes. La prise en compte des différences de situations est aussi ancienne que l'affirmation du principe d'égalité, et résulte au fond très logiquement de ce principe lui-même, des différences de fait entraînant naturellement des différences de droit. Aussi le juge, lorsqu'il se trouve devant une dérogation au principe d'égalité, cherche-t-il d'abord si les situations traitées sont dissemblables. Ce n'est que lorsque la réponse à cette première question est négative que le juge recherche si un motif d'intérêt général a pu servir de justification à la différence de traitement sur laquelle il a à se prononcer, de sorte que certains auteurs soulignent le caractère subsidiaire de la référence à l'intérêt général ¹⁶². C'est particulièrement net dans les décisions du Conseil constitutionnel, qui, lorsqu'il a mis en évidence une différence objective de situations, prend soin de préciser qu'il n'y a pas lieu pour lui « de rechercher si l'intérêt général pouvait justifier une dérogation au principe d'égalité » ¹⁶³.

Les juges constitutionnel et administratif ont été amenés à valider dans une grande variété de domaines des atteintes au principe d'égalité justifiées par des considérations d'intérêt général. Il en va ainsi par exemple du soutien à une activité économique particulière ¹⁶⁴, de l'intérêt de la défense nationale ¹⁶⁵, de la lutte contre l'abstentionnisme lors des consultations électorales ¹⁶⁶, du soutien aux transports aériens intérieurs ¹⁶⁷, ou encore à l'établissement public chargé du transport ferroviaire des personnes et des marchandises, dans un contexte de concurrence accrue au niveau européen ¹⁶⁸.

C'est avec la possibilité de moduler la tarification de certains services publics administratifs que l'usage de la notion d'intérêt général s'est révélé le plus fructueux, en dépit même du caractère subsidiaire, déjà souligné, de

160 - *Études et documents*, n° 48, La Documentation française, 1997.

161 - *Ibid.*, p. 43.

162 - F. Melin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat en droit, université de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 1996.

163 - Voir par exemple Conseil constitutionnel décision n° 83-182 DC des 19-20 juillet 1983, *loi sur la démocratisation du secteur public*, p. 49.

164 - Voir par exemple, en matière de défense du bâtiment, Conseil constitutionnel décision n° 93-320 du 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*, p. 147.

165 - CE Ass. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, p. 344.

166 - Conseil constitutionnel décision n° 90-280 du 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils régionaux et des conseils généraux*, p. 84.

167 - CE 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 375.

168 - CE Assemblée générale, avis n° 353605 du 24 juin 1993, Rapport Public 1993, p. 338, aux termes duquel le Conseil d'État considère que l'objectif d'assurer une meilleure rentabilité de la SNCF, son équilibre financier et sa capacité à faire face à la concurrence des autres moyens de transport constituent des motifs d'intérêt général qui peuvent justifier une diversification de la politique tarifaire, sous certaines conditions.



ce critère d'intérêt général. D'abord cantonnées aux services publics obligatoires, les modulations tarifaires se sont progressivement élargies, notamment aux crèches, aux cantines scolaires et aux centres de loisirs volontairement créés par les communes. Elles se prolongent désormais, depuis la décision *Commune de Gennevilliers*¹⁶⁹, aux tarifs des écoles de musique. Dans ce dernier cas, le juge n'aurait sans doute pas admis des considérations d'intérêt général procédant d'un objectif de redistribution des revenus, « lequel ne serait pas en rapport avec l'objet du service des écoles de musique ». Selon les termes mêmes de la décision *Commune de Gennevilliers*, l'intérêt général qui peut être retenu en l'espèce est celui qui s'attache à ce que « le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières ». Plus que la solution elle-même, qui revient sur une décision déjà ancienne qui pouvait faire figure de « solution isolée »¹⁷⁰, c'est le motif d'intérêt général que le Conseil d'État a retenu pour autoriser une forme de discrimination qui mérite d'être relevé.

Le commissaire du gouvernement, s'adressant à la Section du contentieux, relevait ainsi que « la notion d'intérêt général est une notion d'une certaine plasticité, volontairement imprécise, qui permet au juge d'adapter les contours de sa jurisprudence aux aspirations et aux nécessités de son temps. À cet égard, vous n'ignorez pas les profondes fractures qui divisent aujourd'hui, plus qu'en 1985, la société française. Pour tenter de les réduire, de nombreuses collectivités publiques ont mis en œuvre des politiques d'envergure [...]. Votre propre rapport public pour 1996 a témoigné au plan juridique d'une réflexion renouvelée sur le principe d'égalité. Dans ce contexte, admettre qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir ou rétablir le lien social n'est pas déraisonnable ». N'y a-t-il pas ici une manière de réactualisation de la filiation volontariste de l'intérêt général ?

Certains commentateurs ont pu voir dans cette décision l'un des signes du passage de la notion traditionnelle d'égalité à celle, plus novatrice, d'égalité des chances, voire d'équité. Toutefois, sans méconnaître les évolutions dont cette jurisprudence est porteuse, on retiendra que l'application de la notion d'intérêt général par le juge administratif ne procède d'aucun automatisme. Selon les vœux, d'ailleurs, d'une partie de la doctrine¹⁷¹, cette reconnaissance d'un intérêt général de nature à permettre des discriminations positives est doublement encadrée : par la nature de l'intérêt général invoqué, qui ne doit pas être sans rapport avec la mesure en cause, et par l'étendue des modulations tarifaires autorisées, qui ne doit pas permettre de fixer les droits les plus élevés au dessus du coût marginal du service (puisque procéder différemment reviendrait à faire œuvre de redistribution).

Si les juges constitutionnel et administratif reconnaissent au législateur et à l'autorité administrative une large marge de manœuvre dans la détermination de l'intérêt général, ils se refusent donc à laisser libre court à l'arbitraire et au détournement de pouvoir. Ainsi, le juge constitutionnel vérifie-t-il que, lorsqu'il est dérogé au principe d'égalité pour un motif d'intérêt général,

169 - CE Sect. 29 décembre 1997, avec les conclusions de J.-H. Stahl à l'AJDA 1998, p. 539.

170 - CE Sect. 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, p. 119.

171 - Voir par exemple *M. Borgetto*, *Revue de droit public*, 1998, p. 901.



« la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁷². Il s'inspire, ce faisant, de la démarche du juge administratif, qui contrôle quant à lui avec rigueur que l'intérêt général invoqué pour tenir en échec le principe d'égalité est, comme il vient d'être rappelé, « en rapport avec l'objet de la réglementation en cause »¹⁷³. Le principe d'égalité demeure le fondement du service public, et quand des dérogations fondées sur l'intérêt général viennent en corriger la mise en œuvre, c'est au prix d'un raisonnement qui ne saurait connaître d'application automatique. L'intérêt général consiste alors à restaurer l'équité là où un traitement égal serait par nature inéquitable. Il est intéressant de noter qu'à la suite de la jurisprudence *Commune de Gennevilliers*, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a, dans son article 147, inclus une disposition reprenant les principes de cette jurisprudence aux termes de laquelle « les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre des personnes vivant au foyer [...]. Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous les usagers au service ».

Les situations dans lesquelles l'intérêt général, ainsi entendu, est appelé à prévaloir sur le principe d'égalité font l'objet d'un encadrement très strict par le juge. Comme le rappelle le président Odent dans son cours de contentieux administratif, le juge est appelé à « interpréter systématiquement de façon restrictive les dispositions qui dérogent ou qui paraissent déroger à des principes de notre droit ou à des règles générales antérieurement admises par la législation »¹⁷⁴, puisque le principe, dans un État de droit, est que ce que dit la loi est juste, les dérogations à la loi ne bénéficiant pas, elles, d'une telle présomption favorable.

Les règles fixées par la jurisprudence dans le domaine des dérogations sont donc très contraignantes. Elles excluent tout d'abord la faculté de déroger à la réglementation applicable lorsque le législateur ne l'a pas prévu, sauf nécessité absolue d'intérêt public. Lorsque le droit à dérogation a été prévu par le législateur, qui fixe les conditions sous lesquelles il peut être ouvert, le juge administratif applique strictement ces conditions qui se rapportent à l'intérêt public¹⁷⁵ et exerce son plein contrôle sur le respect de ces conditions par l'administration¹⁷⁶.

On notera aussi que dans l'exercice de ses fonctions consultatives, le Conseil d'État veille de façon très attentive à ce que les projets de loi qu'il examine comportent une justification très précise des raisons d'intérêt général motivant d'éventuelles ruptures d'égalité devant l'impôt ou les charges

172 - Conseil constitutionnel décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, p. 18 ou décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale de crédit agricole*, p. 18.

173 - CE 12 novembre 1958, *Syndicat de la raffinerie de soufre française* précitée p. 544 ; CE Sect. 12 mars 1965, *Club aérien les Gerfauts*, p. 169 ; CE 7 octobre 1988, *Fédération autonome des transports*, p. 333.

174 - R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1976, p. 453.

175 - CE 19 novembre 1971, *Dame Gros*, p. 695 ; CE 10 juin 1994, *Conseil régional des l'ordre des pharmaciens d'Ile de France*, p. 317.

176 - CE 29 avril 1983, *Association de défense des espaces ruraux et naturels de la commune de Régnv*, p. 169.



sociales : qu'il s'agisse de particularismes géographiques ou économiques¹⁷⁷, ou de l'existence d'un rapport étroit entre la mesure proposée et le but d'intérêt général poursuivi, ou encore de la réalité de l'effet incitatif escompté¹⁷⁸. Ont été ainsi admises des dispositions d'exonérations fiscales au bénéfice de PME qui s'installent dans des zones de redynamisation urbaine et dans les zones franches urbaines¹⁷⁹. Dans un domaine différent – celui de la représentation syndicale – le Conseil a accepté la présence d'un représentant d'une organisation syndicale représentative dans le seul ressort de la collectivité territoriale de Corse¹⁸⁰. Dans d'autres cas, toutefois, la justification a été regardée comme « non apportée en l'espèce »¹⁸¹.

Lorsque le législateur a prévu la possibilité de dérogations sans fixer de critère devant présider à leur octroi, le juge administratif vérifie que les dérogations accordées l'ont bien été en vue d'un intérêt général suffisant et qu'elles ne portent pas une atteinte excessive aux buts (relevant eux aussi par définition de l'intérêt général) en vue desquels la réglementation à laquelle il est dérogé a été édictée¹⁸² ; il exerce en la matière un contrôle vigilant de la qualification juridique des faits¹⁸³.

De façon générale, la jurisprudence du Conseil d'État, comme le fait d'ailleurs celle du Conseil constitutionnel à l'égard du législateur, tend à garantir à l'autorité administrative la possibilité de faire prévaloir l'intérêt général, y compris en interprétant de manière créative les prescriptions législatives ou réglementaires que l'administration est normalement tenue d'appliquer et en mettant quelque peu à mal une conception trop littérale du principe d'égalité. Toutefois, la référence – même élargie – à l'intérêt général donne lieu, de la part du juge, à des appréciations qui s'inscrivent dans des limites, somme toute, rigoureuses.

Intérêt général et sécurité juridique

Les incertitudes pesant sur les contours de la notion d'intérêt général sont indéniablement un facteur, dont il ne faut toutefois pas s'exagérer les conséquences, d'insécurité juridique. Plus la définition jurisprudentielle d'une notion est fluctuante, en effet, et moins les administrés sont en mesure de prévoir avec un réel degré de sûreté les droits ou les sujétions qu'ils en retirent. Les hésitations de la jurisprudence quant aux composantes matérielles de la notion d'ordre public nous en ont fourni l'exemple.

Mais les contradictions éventuelles entre les nécessités liées à l'intérêt général et la sécurité juridique ne se limitent pas à cela. L'intérêt général

177 -Assemblée générale (Section des finances) 7 novembre 1996, projet de la loi de finances rectificative pour 1996, s'agissant d'une exonération temporaire de l'IRPP.

178 -Assemblée générale (Section sociale) 18 janvier 1996, projet d'ordonnance relative aux mesures urgentes tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale.

179 -Assemblée générale (Section des finances) 9 mai 1996, projet de loi relatif à l'intégration urbaine ; Assemblée générale (Section des travaux publics) 9 et 10 mai 1996, projet de loi relatif à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville.

180 -Section sociale, projet de décret relatif à la composition de diverses instances consultatives.

181 -Assemblée générale (Section des finances) 27 mars 1997, projet de loi portant DDOEF.

182 -CE Ass. 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*, p. 530 ; CE Sect. 16 décembre 1994, *Polyclinique des Minguettes*, RDSS 1995, p. 288, avec les conclusions de C. Vigouroux.

183 -CE 26 mai 1976, *Association SOS Paris*, p. 280.



peut en effet s'opposer, dans certaines hypothèses, à l'exécution de la chose jugée, alors même que l'autorité s'attachant à la chose jugée constitue l'une des garanties fondamentales reconnues à tous les justiciables.

La jurisprudence a depuis longtemps admis que des considérations d'intérêt général puissent faire obstacle à l'**exécution de la chose jugée**. Par une jurisprudence constante, inaugurée par l'arrêt *Couitéas*¹⁸⁴, le Conseil d'État considère que si l'exécution d'une décision du juge judiciaire ou du juge administratif est susceptible de porter des troubles graves à l'ordre public, l'autorité chargée d'assurer l'exécution de cette décision juridictionnelle peut en différer ou en refuser l'exécution, c'est-à-dire, à titre principal, refuser au bénéficiaire de la décision le concours de la force publique. Le justiciable ainsi privé du bénéfice de la décision rendue à son endroit se voit ouvrir la voie d'une indemnisation en réparation du préjudice ainsi subi, le juge administratif manifestant en la matière une certaine largesse.

Les situations dans lesquelles la jurisprudence *Couitéas* a été le plus souvent appelée à trouver application sont les occupations sans titre de logements¹⁸⁵ ou les occupations d'usine par des grévistes¹⁸⁶. Dans ces deux types de cas, il s'agissait d'occupation de biens privés. Le juge administratif a, par la suite, étendu la solution inaugurée par *Couitéas* aux dommages causés à des particuliers par l'occupation sans titre du domaine public. Il s'agissait principalement de permettre l'indemnisation d'entreprises privées victimes des conséquences dommageables de certains conflits sociaux¹⁸⁷, tels ceux mettant, par exemple, en cause les transporteurs routiers et rendant difficile la circulation des personnes et des marchandises sur les réseaux routier et autoroutier du pays.

Aux yeux du juge administratif, précisons-le, le refus d'emploi de la force publique pour assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle ne peut être justifié par un intérêt général trop vaguement défini : l'autorité qui se dérobe à ses obligations doit pouvoir faire état de risques réels de troubles à l'ordre public. Encore s'agit-il de l'ordre public entendu dans un sens restrictif, c'est-à-dire, non comme l'ordre social en général mais comme « l'ordre de la rue »¹⁸⁸.

La validité de la jurisprudence *Couitéas* a fait l'objet de doutes depuis l'intervention de la décision¹⁸⁹ par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'exécution des décisions de justice faisait partie intégrante de l'effectivité desdites décisions, et constituait à ce titre une garantie essentielle pour les justiciables, protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas exclu que les pouvoirs publics puissent bénéficier d'un délai raisonnable pour s'acquitter de leurs obligations au regard des bénéficiaires des décisions de justice, mais

184 -CE 30 novembre 1923, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, n° 45.

185 -Par exemple CE Ass. 22 janvier 1943, *Braut*, p. 19.

186 -Par exemple CE Ass. 3 juin 1938, *Société « La cartonnerie et imprimerie Saint-Charles »*, Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, n° 60.

187 -CE Sect. 27 mai 1977, *Société anonyme Victor Delforge*, p. 253.

188 -CE 16 avril 1946, *Société anonyme des logements économiques*, p. 117.

189 -Décision *Hornsby contre Grèce*, 19 mars 1997.



ce faisant, elle s'est refusée, comme l'ont noté certains observateurs, à faire « bénéficier l'État d'aucune cause d'exonération de son obligation d'exécuter »¹⁹⁰. Il est vrai, comme le notent les mêmes auteurs, que « l'inexécution des décisions de justice est une anomalie et ne saurait rester sans sanction dans un État de droit ». La prise en compte de l'intérêt général peut néanmoins consister pour l'État, qui risque de provoquer des graves troubles de rue en s'acquittant de ses obligations à l'égard des justiciables, à préférer la sanction d'une indemnisation, si lourde fût-elle.

L'effectivité des décisions de justice est aussi mise à mal par la pratique des **validations législatives**¹⁹¹. Le juge constitutionnel soumet désormais ces lois à une condition d'intérêt général, en estimant que l'intervention du législateur, pour empêcher la prise d'effet d'une décision juridictionnelle, ne se justifie que si ce dernier est « seul à pouvoir régler comme il l'a fait » et « pour des raisons d'intérêt général » les situations nées de l'annulation d'un texte ou d'une décision par le juge de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'État, dans ses attributions consultatives, a fréquemment eu l'occasion de rappeler au gouvernement le caractère essentiel de cette condition d'intérêt général¹⁹².

À de nombreuses reprises, au cours des années récentes, il n'a pas été convaincu par l'intérêt général invoqué, ce qui l'a amené à écarter la validation de protocoles d'accords passés par un établissement public – en dépit de l'importance des sommes en jeu –, ou encore de concours de recrutement. Dans un même ordre d'idées, le Conseil d'État se montre très exigeant pour accepter, au nom de motifs d'intérêt général, le report d'élections locales¹⁹³, ou la prorogation du mandat des membres d'assemblée issus du suffrage universel¹⁹⁴.

Toutefois, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, par deux décisions récentes¹⁹⁵, a, elle aussi, précisé la nature et la portée du contrôle que peut effectuer le juge administratif de la compatibilité d'une loi de validation avec les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil estime que si l'article 6 n'a pas pour effet de s'opposer à ce que le législateur

190 - O. Dugrip et F. Sudre, *La semaine juridique*, 1997, n° 22949.

191 - Cf. L'étude du Président Massot sur les validations législatives au Répertoire Dalloz de contentieux administratif.

192 - Voir par exemple, pour un avis en ce sens, EDCE, n° 35, p. 146.

193 - Assemblée générale (Section de l'intérieur), 30 janvier 1997. Il s'agissait, en vue d'éviter les inconvénients résultant de la concomitance au mois de mars 1998 des élections législatives, des élections régionales et des élections en vue du renouvellement d'une moitié des conseillers généraux, de tenir à la même date, les élections législatives et les élections régionales en reportant à une date ultérieure les élections cantonales. Le Conseil d'État a estimé que la concomitance des élections comportait, outre de sérieuses difficultés d'organisation matérielle des scrutins, des risques de confusion dans l'esprit des électeurs et d'interférence entre les campagnes en vue d'un scrutin national d'une part, et d'élections locales d'autre part. La volonté d'éviter ces inconvénients a constitué, à ses yeux, le motif d'intérêt général qui justifiait le report de la date des élections locales, ou de l'une d'entre elles, envisagé par le Gouvernement.

194 - Assemblée générale (Section de l'intérieur), 14 décembre 1995, projet de loi organique portant statut de la Polynésie française.

195 - CE Ass. 5 décembre 1997, *Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie* (réponse à une demande d'avis) et, même jour, *M^{me} Lambert*.



puisse adopter des mesures rétroactives, c'est à la condition que ces mesures soient justifiées par des motifs d'intérêt général. Il en résulte logiquement que, dans les cas où l'intérêt invoqué par le législateur pour justifier la loi de validation qu'il a votée sera jugé insuffisant par le juge, ce dernier sera fondé à écarter la loi de validation, sur le fondement de la méconnaissance par elle des stipulations conventionnelles précitées, et à tirer toutes les conséquences de la décision que le législateur avait entendu priver d'effet. Cette position de principe est particulièrement importante, même si sa traduction contentieuse est encore peu abondante ¹⁹⁶.

Il reste que peu d'éléments permettent pour l'heure de déterminer le degré de sévérité avec lequel le juge constitutionnel apprécie la condition d'intérêt général qu'il a lui-même posée comme nécessaire pour les lois de validation. Son contrôle sur ce point a été jusqu'ici d'une intensité variable, et parfois même seulement implicite ¹⁹⁷. Il lui est arrivé de reconnaître comme légitimant l'intervention du législateur des motifs tirés de la nécessité d'éviter des contestations qui, s'il y avait été fait droit, auraient pu entraîner des conséquences financières préjudiciables à l'équilibre des régimes sociaux ¹⁹⁸ ou même des raisons tirées de la conjoncture économique ¹⁹⁹. La tendance du contrôle de constitutionnalité à l'heure actuelle semble, toutefois, être une plus grande sévérité à l'égard de la pratique des validations législatives, que le Conseil constitutionnel estime ne pouvoir être justifiées par le simple intérêt financier de l'État ²⁰⁰, qui, en l'espèce, était limité.

La pratique de la loi de validation traduit bien, néanmoins, une difficulté réelle et reste une exception dans un contexte général tendant à permettre une exécution plus complète et plus rapide des décisions de justice. Le Conseil d'État a, tout d'abord, pris le soin, par quelques décisions récentes, de clarifier et de simplifier les modalités d'exécution de ses propres décisions. La procédure de l'injonction, qu'a instituée la loi du 8 février 1995, permet, quant à elle, en principe, de préciser par avance les mesures à prendre pour assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle. Enfin, la mise en œuvre concrète des procédures d'aide à l'exécution et d'astreinte traduit l'exigence croissante des bénéficiaires des décisions de justice à pouvoir en obtenir l'exécution. Dans ce cadre, la loi de validation devrait présenter un caractère très exceptionnel, et n'intervenir que dans les cas bien spécifiques où la rétroactivité de l'exécution de la décision juridictionnelle pose à l'administration des difficultés quasi-insurmontables.

196 - CE 6 nov. 1998, *S. A des laiteries du Pont de Vauldre et office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, 3/5 sous-section réunies, n° 171499 et 171784 : par cette décision, le juge a écarté une loi de validation incompatible avec un règlement communautaire, sans rechercher si la validation est justifiée pour un motif d'intérêt général.

197 - B. Mathieu, « Les validations législatives devant le juge constitutionnel, bilan d'une jurisprudence », *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 780.

198 - Conseil constitutionnel, n° 93-332 DC du 13 janvier 1994, rec. 94, p. 21, loi relative à la santé publique et à la protection sociale.

199 - Conseil constitutionnel, n° 93-332 DC précitée.

200 - Conseil constitutionnel, n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, loi de finances pour 1996, p. 257, 35° considérant.



Sans doute la loi de validation n'est-elle d'ailleurs même pas, dans ce type de situation, la solution la plus satisfaisante au regard de l'intérêt général. Il a ainsi été proposé²⁰¹, de revenir sur le caractère automatique de la rétroactivité de l'annulation d'un acte réglementaire – sinon de toute décision administrative – en laissant au juge la possibilité, dès lors que l'annulation « peut entraîner des conséquences tellement catastrophiques » qu'une validation législative deviendrait indispensable, de décider lui-même de la portée temporelle de la décision juridictionnelle à intervenir. Le juge de l'excès de pouvoir aurait donc mission de décider si l'annulation qu'il s'apprête à prononcer doit ou non valoir pour le passé. La Cour de justice des communautés européennes procède déjà de la sorte, comme l'y autorise l'article 174 du traité de Rome, grâce auquel elle peut décider de limiter dans le temps les effets de ses décisions. Acclimater en France cette pratique communautaire pourrait mieux répondre aux exigences de l'intérêt général. Et, ainsi qu'on a pu le remarquer, « les effets de l'annulation contentieuse sans rétroactivité d'un acte réglementaire ne seraient pas différents de ceux de l'abrogation prévue par la jurisprudence *Alitalia* »²⁰². L'impératif d'intérêt général serait ainsi apprécié par le juge au moment même où il rendrait sa décision.

Le rôle du juge : concilier intérêt général et intérêts particuliers

La difficile mission du juge de l'intérêt général

La notion d'intérêt général, dans l'usage qui en est fait par la jurisprudence, est l'objet de bien des controverses dont la doctrine s'est largement fait l'écho. Le Doyen Vedel la qualifie tout bonnement d'« indéfinissable », quand d'autres auteurs n'hésitent pas à la désigner comme une pure construction idéologique²⁰³. Au sein même de la juridiction administrative, nombreux sont d'ailleurs ceux qui ont devancé les critiques de ce type. On pourra par exemple songer aux conclusions du commissaire du gouvernement Josse dans l'affaire *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* qui, soulignant le caractère relatif de la notion d'intérêt général, déclarait : « ce qui n'est pas jugé indispensable aujourd'hui pourra l'être demain »²⁰⁴.

D'aucuns s'émeuvent de ce que cette notion insaisissable fasse l'objet d'une utilisation constante par le juge, et singulièrement par le juge administratif, qui l'érige en critère important d'appréciation de la légalité des actes dont il a à connaître. C'est ce que fait apparaître la jurisprudence avec une absolue

201 -G. Braibant, *des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation*, AJDA, 1995, numéro spécial Le droit administratif, p. 25.

202 -D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges en l'honneur du président Braibant*, p. 401.

203 -Voir J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général* (vol. 1), CURAPP-PUF, 1978.

204 -CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, p. 583, et les conclusions de M. Josse, citées par G. Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, thèse pour le doctorat en droit de l'université Paris I, 1995, p. 77.



constance depuis la décision *Pagès* du 22 janvier 1901, dans laquelle le Conseil d'État affirme que « l'administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général »²⁰⁵, et à partir de laquelle le juge de l'excès de pouvoir va systématiquement vérifier que la puissance publique n'agit pas en vue de fins étrangères à l'intérêt général. La première tâche du juge est bien de vérifier l'existence de l'intérêt général invoqué à l'appui de la décision contrôlée. La tâche est loin d'être aisée.

Les **références à l'intérêt général** résultent le plus souvent des textes mêmes que le juge doit appliquer : ainsi qu'il a été souligné plus haut, cette référence est abondante dans les textes de notre droit positif, à commencer par ceux qui se situent au sommet de la hiérarchie des normes. En vertu des principes qui gouvernent le fonctionnement de nos institutions politiques, seul le législateur dispose de la légitimité nécessaire pour formuler les finalités d'intérêt général. L'administration n'est compétente que pour mettre en œuvre ces orientations. Dans les domaines où le droit positif lui-même affirme l'existence d'un objectif d'intérêt général, le juge se contente alors de juger de la légalité de l'action de l'administration au regard des objectifs d'intérêt général énoncés par les textes dont il fait application. Cependant, dans bon nombre d'hypothèses, dépourvu de tout autre moyen de contrôle, le juge se voit conduit à « susciter » lui-même un critère d'intérêt général, à tout le moins en explicitant ce qui est implicite. Selon la distinction proposée par le professeur Didier Truchet dans sa thèse de référence sur la question, l'intérêt général, s'il ne découle pas directement de la loi, se pose, pour le juge, soit en complément, soit en substitut de cette dernière²⁰⁶. Ce rôle de « pionnier » est d'autant moins illégitime que le droit positif vient souvent confirmer, par la suite, les avancées proposées par le juge.

Tout effort d'explicitation de ce critère d'intérêt général constamment utilisé par le juge administratif se heurte donc à une double difficulté : d'une part, la grande diversité des sources auxquelles le juge va puiser la référence à l'intérêt général, d'autre part, par voie de conséquence, la variabilité qui caractérise cette notion dans la jurisprudence administrative.

Variable, la notion d'intérêt général, telle qu'elle peut être approchée à travers la jurisprudence, ne se prête donc pas à de grandes constructions théoriques. Une analyse exhaustive du contenu assigné par le juge administratif à la notion d'intérêt général, dans les différents champs où il fait intervenir cette notion, serait impossible. On ne saurait, en effet, tirer une définition globale de l'intérêt général des explicitations jurisprudentielles auxquelles cette notion peut donner lieu : si la politique économique, celle de l'aménagement et de l'équilibre du territoire ou la sauvegarde de l'environnement répondent à des objectifs d'intérêt général, elles ne permettent pas pour autant de déterminer le contenu qu'il convient de rattacher à cette notion.

Les définitions particulières que donne le juge de l'intérêt général sont nécessairement contingentes, puisqu'il appartient au législateur et non au

205 -CE Sect. 22 janvier 1901, *Pagès*, p. 44.

206 -*Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977.



juge de déterminer l'intérêt général ²⁰⁷, et que le juge se contente seulement de vérifier que l'administration agit conformément aux buts généraux que lui assigne le droit positif. L'intérêt général, tel que le désigne le juge dans les décisions analysées ci-dessus, est donc toujours relatif aux finalités de l'action publique.

Ce souci des finalités peut déjà être perçu dans les avis rendus par les formations consultatives du Conseil d'État, en matière de déclarations d'utilité publique de grands projets d'infrastructure, de dispositions à caractère fiscal ou social, de textes comportant validation législative, ou encore de reconnaissance d'utilité publique des associations et fondations. L'examen des projets de décret portant reconnaissance d'utilité publique des associations et fondations a permis au Conseil d'État de préciser les contours évolutifs de cette notion. On peut considérer que dans cette matière, la notion d'utilité publique se définit comme la poursuite d'une œuvre d'intérêt général. Cette définition exclut naturellement la reconnaissance d'établissements dont l'objet enfreindrait l'ordre public ou comporterait un danger pour celui-ci. Plus largement, l'appréciation de l'utilité publique est évidemment fonction de l'évolution des mentalités et des demandes de la société. On ne sera donc pas surpris qu'elle ait connu, avec le temps, une évolution qui semble aller dans le sens de l'élargissement. La Section de l'intérieur a ainsi, en 1991, levé une des dernières restrictions en admettant, pour la première fois, que l'objet statutaire d'un établissement d'utilité publique puisse revêtir un caractère politique, autorisant ainsi la création en France, sur les modèles anglo-saxon et allemand, de fondations liées à des partis politiques. Aujourd'hui, la limite à la reconnaissance d'utilité publique tient essentiellement à ce qu'elle doit se distinguer des intérêts particuliers. L'intérêt poursuivi doit ainsi se détacher suffisamment d'un intérêt privé ou d'un intérêt public : dès lors, le caractère d'utilité publique a été refusé à une association qui, créée par des assureurs, se proposait de lutter contre la fraude à l'assurance. C'est la généralité de l'intérêt statutaire qui est au cœur du contrôle effectué par le Conseil.

La même préoccupation inspire, pour l'essentiel, la **démarche du juge administratif** dans le contrôle qu'il opère de la légalité des actes de l'administration. C'est ce que soulignait récemment le président Combarrous, qui se proposait de déterminer la place faite à l'équité dans la jurisprudence administrative : « Si l'on veut rechercher ce qu'il y a de plus fondamental dans la culture du juge administratif, c'est, autant et plus que vers un principe d'équité, vers la notion de bien commun ou d'intérêt général, comme fondement et comme limite des pouvoirs de la puissance publique, qu'il conviendrait de se tourner » ²⁰⁸.

207 - C'est d'ailleurs ce que le juge administratif lui-même a toujours eu soin de rappeler : la détermination de l'intérêt général est du ressort du politique. (CE Sect. 29 juin 1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre française*, p. 377). Le juge constitutionnel a adopté une position semblable en relevant notamment qu'il peut être dérogé au principe d'égalité « pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier » (Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, p. 61).

208 - M. Combarrous, « L'équité et le juge administratif », *Justices*, janvier-mars 1998.



Un recensement des références explicites à l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État ne rend d'ailleurs que très incomplètement compte de la place centrale qu'occupe cette notion dans le contrôle opéré par le juge administratif. Les termes mêmes d'« intérêt général » n'apparaissent, curieusement, que dans cent soixante décisions parmi toutes celles qu'a publiées le Conseil d'État au cours des quinze dernières années. Des pans entiers du contentieux administratif ne connaissent pas l'usage de ces termes, tel le contentieux des étrangers, celui de la fonction publique (sauf à assimiler l'intérêt général avec le simple intérêt du service) ou le contentieux fiscal, alors même que ces trois domaines relèvent des prérogatives fondamentales et incontestées de la puissance publique.

La référence à l'intérêt général, dans les décisions du Conseil d'État, est en réalité souvent implicite. Selon les cas, le juge administratif peut être amené à se prononcer sur la place à accorder à l'intérêt général (notamment son champ d'action et son degré de prééminence) face aux intérêts particuliers avec lesquels il entre en concurrence, ou encore sur la nature des limitations susceptibles d'être apportées, au nom de l'intérêt général, à certains droits ou libertés (avec, le cas échéant, les compensations à consentir en contrepartie de ces atteintes), ou même arbitrer d'éventuels conflits entre divers aspects de l'intérêt général pris en charge par les autorités publiques. Il n'est sans doute pas exagéré de dire qu'elle sous-tend, au fond, l'ensemble de la jurisprudence administrative.

L'intérêt général et l'étendue des pouvoirs de contrôle du juge

Si la notion d'intérêt général imprègne toute la trame de la jurisprudence du juge administratif, elle influe aussi sur les modalités et techniques de contrôle du juge. C'est sur elle notamment que le juge administratif a fondé l'étendue de son contrôle des motifs invoqués par l'administration à l'appui des décisions qu'elle est amenée à prendre.

La marge d'action dont dispose l'administration dépend beaucoup de l'interprétation qu'en donne le juge et des techniques de contrôle qu'il entend mettre en œuvre. À cet égard, on a avancé divers critères justificatifs – les conditions légales fixées par les textes, ou encore la technicité des matières en cause – pour justifier le choix que fait le juge entre le contrôle restreint et le contrôle normal de l'acte concerné. Aucun ne rend pleinement compte de l'approche du juge : c'est plutôt une certaine conception de l'intérêt général qui le conduit à effectuer selon le cas – et parfois successivement – un contrôle limité à l'exactitude matérielle des faits, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou un contrôle normal²⁰⁹. On a pu l'observer en matière disciplinaire, d'expulsion ou de police des étrangers.

209 - En droit allemand, la séparation de principe entre notions juridiques indéterminées, pleinement contrôlables par le juge, et le pouvoir discrétionnaire, contrôlable de façon limitée, a connu un assouplissement avec la reconnaissance d'une marge d'appréciation dans l'interprétation de certains motifs indéterminés inclus dans la qualification de fait d'une règle. C'est ainsi qu'une expression comme « l'intérêt de la circulation publique », qui relevait du pouvoir discrétionnaire, est devenue une notion juridique indéterminée, donc intégralement soumise au contrôle juridictionnel. La Cour administrative fédérale s'est donc donné les moyens, dans sa décision de principe *Office fédéral de contrôle des publications moralement dangereuses pour la jeunesse* (1981), d'étendre son contrôle sur l'appréciation discrétionnaire de l'administration.



Lorsqu'il décide de procéder à un contrôle normal, le juge administratif se met en quelque sorte au cœur de l'action administrative. Dire le droit, ce n'est pas seulement dire quelle est la norme applicable, c'est trancher entre des principes apparemment contradictoires ou essayer de les concilier.

Ainsi qu'il l'a déjà été noté, la notion d'intérêt général entretient des relations complexes avec celle d'utilité publique. D'un point de vue jurisprudentiel, l'intérêt général se constate alors que l'utilité publique s'apprécie. Cela a conduit le Conseil d'État à affiner sa conception de l'intérêt général, par un enrichissement progressif de la notion, jusqu'à l'introduction, par la décision de principe *Ville Nouvelle Est*, ainsi que le recommandait le président Braibant, commissaire du gouvernement dans cette affaire, de la théorie du bilan.

Cette théorie s'est en effet révélée, « une pierre angulaire de la théorie du contrôle du juge sur les actes administratifs »²¹⁰. Elle a permis de rompre avec une conception de plus en plus large de l'utilité publique, qui tendait à entériner toute opération présentant un lien, si ténu fût-il, avec l'intérêt général, et qui réduisait d'autant l'effectivité réelle du contrôle juridictionnel. Elle a consisté à « mettre en balance les inconvénients de l'opération avec ses avantages, son coût avec son rendement, sa désutilité avec son utilité ». Une telle démarche n'est certes pas étrangère à une forme de contrôle de l'opportunité. Elle permet toutefois d'éviter que l'intérêt général ne serve pour l'administration d'alibi à des choix discriminatoires, voire arbitraires²¹¹. De fait, elle aura joué un rôle préventif appréciable, contribuant à une véritable maïeutique administrative dans le domaine de l'appréciation de l'utilité publique.

Si l'on peut parler d'approfondissement de la notion d'intérêt général, c'est que la théorie du bilan a permis de prendre conscience de ce que l'intérêt général peut fréquemment être le produit de la confrontation de deux intérêts publics, voire davantage, le juge étant alors chargé de l'arbitrage entre ces intérêts contradictoires. Cet arbitrage n'est pas toujours aisé car ces divers intérêts publics, à caractère sectoriel ou géographique, ne coïncident pas entre eux et prétendent représenter, de façon légitime, l'intérêt général. De surcroît, limité initialement au contrôle des expropriations rendues nécessaires par la réalisation de grands travaux d'infrastructure, le contrôle de proportionnalité s'est étendu à toutes sortes de domaines où l'évolution du rôle de l'État présentait des caractéristiques semblables : contradiction entre divers intérêts publics, nécessité de veiller à ce qu'il n'y ait pas une rupture manifeste de l'égalité devant les sujétions et les charges liées aux projets

210 -N. Questiaux, « L'utilité publique des grands travaux d'infrastructure routière et ferroviaire », *Mélanges en l'honneur du Président Braibant*, p. 597.

211 -Sur le rapport entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité, voir Pierre Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, éd. LGDJ Montchrestien 1988 p. 269.



des pouvoirs publics²¹². La doctrine sollicite d'ailleurs elle-même un élargissement à des domaines supplémentaires de la théorie du bilan.

En définitive, il est clair que la notion d'intérêt général n'est pas assez rigoureusement définie pour pouvoir être utilisée comme le critère central de délimitation du droit administratif. De fait, l'intérêt général est par nature une notion imprécise, qui ne s'interprète que par rapport à des situations concrètes, et dont l'indétermination n'est que la contrepartie de la nécessaire plasticité²¹³. N'exagérons donc pas l'insécurité juridique que ferait peser sur le requérant le caractère contingent et fluctuant de la notion d'intérêt général, et n'ayons surtout pas la tentation de donner à toute force à l'intérêt général un contenu qui le figerait.

Tel qu'il est, l'intérêt général est un critère juridique suffisamment opératoire, sinon comme norme de contrôle, du moins comme principe d'interprétation qui permet au juge d'apprécier les décisions de l'administration au regard de ce que doit être leur finalité. L'intérêt général comporte en effet un double avantage pour le contrôle juridictionnel, d'une part en ce qu'il donne au juge la possibilité de juger l'action de l'administration selon un principe global et transversal, d'autre part en ce qu'il permet, par sa souplesse, de faire évoluer le droit, notamment en fonction des attentes de la société.

Il appartient au juge de rechercher l'équilibre optimal entre les avantages résultant pour la société de la prise en compte des finalités d'intérêt général et les atteintes portées, de ce fait, aux intérêts particuliers des citoyens. C'est ce que s'attache à faire le juge administratif, notamment à l'occasion du contrôle de la légalité des mesures de police, du contrôle de l'utilité publique en matière d'expropriation, de ses appréciations sur les atteintes apportées au principe d'égalité, ou encore, en faisant évoluer, de façon prudente et nuancée, le droit de la responsabilité. Il est vrai que le concept d'intérêt général tend à être entendu de façon de plus en plus large par le juge et à

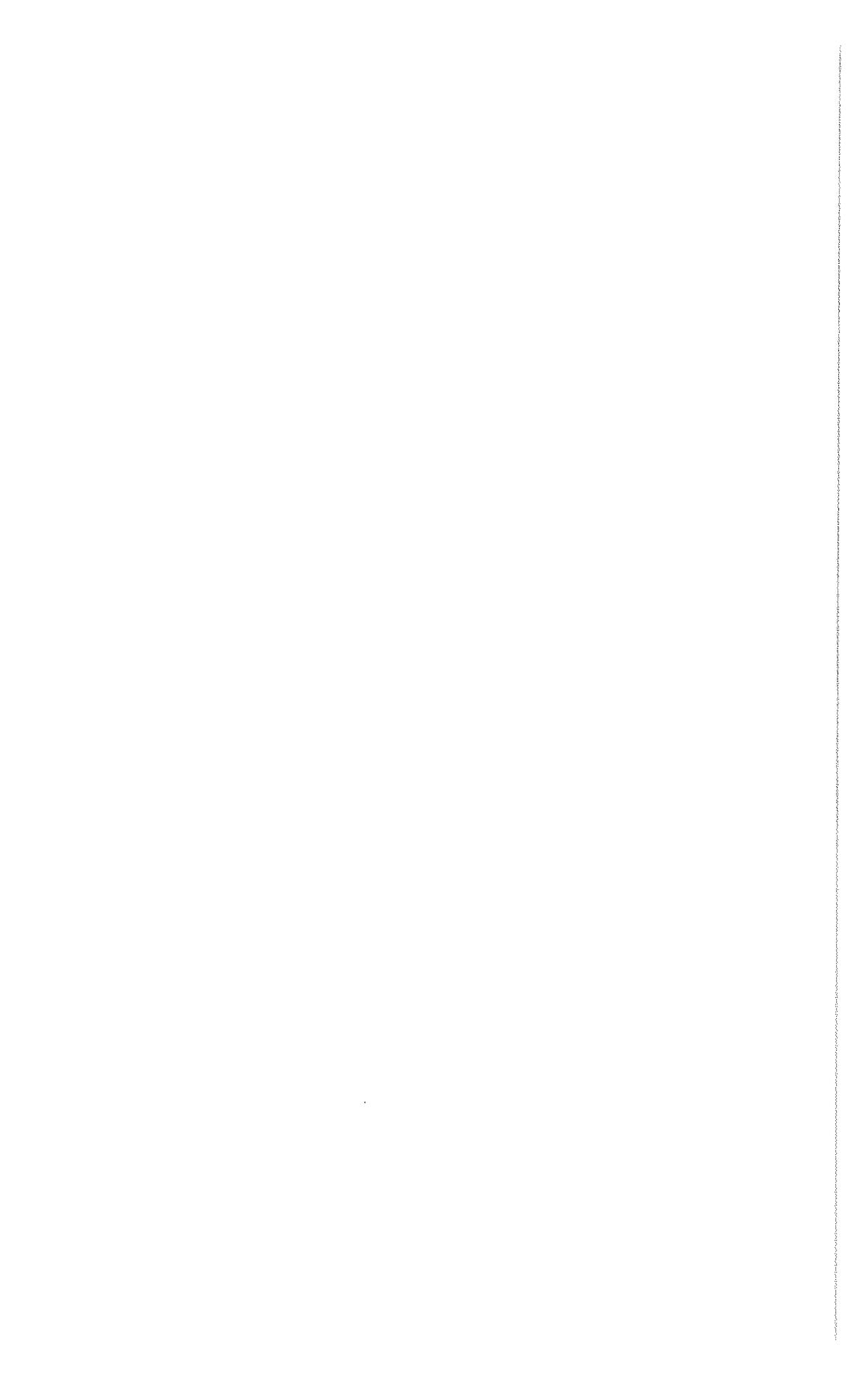
212 - Le principe de proportionnalité connaît sa forme la plus aboutie en droit allemand, en raison du souci constant du juge d'assurer une protection effective des libertés fondamentales. La Cour constitutionnelle fédérale définit ainsi la proportionnalité : « l'intervention doit être adéquate et nécessaire pour atteindre son but ; elle ne doit pas constituer une charge excessive pour l'intéressé et doit donc pouvoir être raisonnablement exigée de celui-ci ». La recherche de l'équilibre entre l'intérêt général poursuivi par l'administration et les droits et libertés des particuliers, qui caractérise le contrôle de proportionnalité, a été introduite, sous l'influence de la jurisprudence de la CJCE, dans les droits italien et anglais. Les notions de proportionnalité, d'adéquation, de mesure, d'équilibre, servent également de critères d'appréciation dans le contrôle de légalité des actes administratifs, à des degrés variés, dans divers droits européens. (Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, précité).

213 - On est parfois tenté de voir dans ce caractère ondoyant de l'intérêt général le paradigme d'un droit public en mutation, face aux difficultés rencontrées par l'État dans sa fonction de production de normes juridiques. La réponse à ce déclin du droit moderne, caractérisé par la prolifération des textes et le déficit de fiabilité qui en résulte, se trouverait, selon les théoriciens du droit « post-moderne » dans le développement d'un droit pragmatique et flexible, assorti de diverses procédures de concertation (voir sur ce point P. Maisani et F. Wiener, *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit*, *Droit et Société* 1994, p. 443 ; J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?*, *RDP* 1998 n° 3 p. 658). Faut-il aller jusqu'à considérer, comme le fait D. Truchet dans la contribution annexée au présent rapport, que « l'intérêt général est en phase avec un droit qui glisse souvent vers la norme « molle », subjective, finaliste ? ». En réalité, l'intérêt général a toujours été conçu par le juge comme une notion mouvante qui reflète l'évolution de la société et de ses finalités.



recouvrir des activités de plus en plus variées. Mais la définition de l'intérêt général ne relève pas, au premier chef, du juge, qui ne saurait donner à cette notion une extension qui lui ferait perdre beaucoup de cohérence. Éclairé par la volonté du législateur et par la référence aux principes constitutionnels, il a pour mission d'encadrer l'action de l'administration, en lui rappelant sa seule raison d'être, qui est de conformer ses décisions, des plus importantes aux plus anodines, aux finalités d'intérêt général.





Troisième partie

Mutations et renouveau de l'intérêt général

Constater l'effacement progressif de la croyance dans l'intérêt général ou stigmatiser le scepticisme croissant du citoyen moderne à l'égard d'une valeur ébranlée par les nombreuses critiques qui lui ont été adressées sont devenus des lieux communs. L'intérêt général relèverait encore du discours public, mais beaucoup moins des convictions, en raison d'une perte de confiance dans la capacité de l'État à faire prévaloir un tel intérêt.

L'intérêt général, une notion en crise ?

Il est vrai que la notion d'intérêt général a fait l'objet d'attaques sévères. Sa fonction de garant de l'unité sociale a souvent été réduite à un pur alibi politique destiné soit à masquer la réalité de la division de la société, soit à asseoir le pouvoir de l'État. Cette analyse soupçonneuse a conduit à une désacralisation de l'intérêt général, accusé de n'être qu'une forme modernisée de la raison d'État. Ces critiques ont provoqué sans nul doute un mouvement de recul des croyances en l'harmonie des intérêts et en la crédibilité de l'intervention publique.

La pensée néo-libérale contemporaine, dans sa version la plus radicale, a ainsi dénoncé la vanité et l'inconsistance d'une représentation de l'intérêt général, entendu comme intérêt de tous, en insistant sur les risques politiques encourus par la société civile. Celle-ci ne peut avoir d'intérêt propre, distinct de celui de ses membres, car elle n'est qu'un ordre spontané qui permet aux individus de parer à leurs besoins.

Dès que l'État prétend détenir le monopole de l'intérêt général et l'opposer aux intérêts particuliers, il menace en fait les libertés politiques²¹⁴. Puisqu'en effet l'intérêt commun n'est que la somme des intérêts particuliers, il ne peut y avoir d'intérêt de l'État en tant que tel. S'il y en a un, c'est nécessairement une dérive par rapport au cours normal du libéralisme : « déterminer un intérêt général spécifique, c'est exposer l'ordre social au totalitarisme »²¹⁵. Dès que l'intérêt devient général, c'est-à-dire abstrait, il

214 - Une telle critique était déjà, à certains égards, présente chez A. Smith. « *Les personnes dépositaires des grands intérêts de l'État peuvent s'imaginer quelquefois que ces grands intérêts exigent le sacrifice des droits d'un particulier* », cf. *Recherches...* L. V, Ch. 1, op. cit.

215 - Le tout social, c'est le totalitarisme. (Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. II, 1976).



risque de se retourner contre les intérêts particuliers. Sitôt que l'État outrepassa sa fonction de protection des libertés essentielles, il se livre à un contrôle social incompatible avec le respect de ces libertés.

Cette critique néo-libérale de la notion d'intérêt général n'est pas, paradoxalement, sans lien avec les critiques inspirées par le marxisme. Celui-ci identifie également intérêt général et intérêt de l'État, en voyant dans l'intérêt général simplement un intérêt particulier, détaché de celui de la société, et élevé au titre d'intérêt supérieur²¹⁶. L'illusion suprême est donc de croire que l'État, et la bureaucratie qui le sert, sont porteurs d'un intérêt véritablement général. La structure bureaucratique ne défend, en réalité, que son intérêt corporatif, qui est aussi l'intérêt des classes sociales qui se sont appropriées l'État. Le monopole de l'intérêt général transforme donc l'État en une simple corporation.

En conséquence, la véritable fonction de la notion d'intérêt général serait d'être un mythe, une croyance idéologique, qui permet à la société de se ressouder et de retrouver le principe de son unité, en masquant à ses membres le conflit d'intérêts qui les oppose. Puisque la société civile est le lieu de l'antagonisme des intérêts, l'illusion suprême consiste à croire que l'État libéral opère un dépassement de ce conflit alors même qu'il est le moyen d'asseoir la supériorité de certains intérêts économiques.

La représentation abstraite de l'intérêt commun permet de masquer les relations de pouvoir qu'entretiennent entre elles les classes sociales. L'intérêt général n'est donc que l'intérêt privé de la classe qui s'est appropriée privativement l'État. Il ne vise qu'à légitimer les intérêts particuliers de cette dernière, en les présentant sous la forme d'un intérêt transcendant, indépendant de tous les intérêts particuliers.

Ces deux remises en cause de l'intérêt général n'opèrent pas, toutefois, une critique radicale de la notion. Ce n'est pas tant l'idée d'intérêt général qui est critiquée que ses déviations possibles, auxquelles existent donc des remèdes politiques, qu'il s'agisse du dépassement de la division de la société en classes chez Marx, ou d'une protection accrue des libertés fondamentales et d'une limitation sévère des pouvoirs de l'État dans la théorie néo-libérale. Ces critiques ne sont pas radicales car elles procurent, en réalité, les instruments théoriques susceptibles de permettre un renouvellement de la doctrine de l'intérêt général.

Plus profonde est la critique de Tocqueville. L'idée force de son analyse est que la démocratie moderne est traversée par des contradictions internes auxquelles il n'y a pas de remède politique. La démocratie est menacée de l'intérieur, en raison des contradictions générées par ses principes fondateurs. Les progrès de la démocratie s'accompagnent, en effet, de ceux de l'individualisme qui induisent progressivement un repli de l'individu sur sa vie privée et une désaffection toujours plus profonde pour la vie publique

216 - C'est le cœur de la critique marxiste de la bureaucratie : « chaque intérêt commun fut immédiatement détaché de la société [...], transformé en objet de l'activité gouvernementale, depuis le pont, la maison d'école et la propriété communale du plus petit hameau jusqu'aux chemins de fer, aux biens nationaux et aux universités ». K. Marx, *Le dix-huit brumaire de Louis Napoléon Bonaparte* [1852], éd. sociales, p. 125.



et la défense des idéaux collectifs. L'individualisme démocratique relègue ainsi la passion du bien public au rang de vestige du passé.

Cette évolution paraît inévitable dans la mesure où la démocratie promeut l'égalisation des conditions et cultive ainsi davantage la passion de l'égalité que l'amour de la liberté. Les effets de cette passion ont été décrits en détail par Tocqueville dans son analyse de la démocratie américaine. La passion de l'égalité conduit à une forme de tyrannie de la majorité, puisque la vérité ne se mesure qu'au nombre de voix. Elle produit une société conformiste, où chacun est solitaire et où la foule anonyme interdit aux individus de se distinguer réellement et d'affirmer leur excellence. Elle conduit à l'amour de l'ordre, car les individus sont uniquement préoccupés de leur confort matériel et de leurs acquisitions. Toute manifestation de la liberté leur paraît susceptible de menacer leurs intérêts économiques et ils n'ont que dédain pour ce qui est désintéressé et non directement utile.

Surtout, la passion de l'égalité engendre une certaine indifférence à l'autre. Puisque les autres sont mes égaux, ils ne valent pas plus que moi et je n'ai à leur égard qu'un devoir de principe, un devoir très abstrait et formel. Il n'y a donc aucune raison que je sacrifie mes intérêts aux leurs et que je renonce à une partie de mon bien-être matériel au profit d'un objectif commun qui ne me serait pas directement utile ou avantageux. Puisque l'individu ne consent plus à sacrifier son intérêt particulier sur l'autel du bien public, on peut simplement tenter de le persuader que son intérêt bien entendu consiste à accorder une certaine attention au bien de l'État. « *Travaille, tu y gagneras ; ne vole pas, tu serais emprisonné* », telle est la morale utilitariste des temps modernes selon Tocqueville ²¹⁷.

À peu de chose près, ces divers thèmes, avec d'éventuelles variantes, se retrouvent de façon récurrente dans les critiques qui se sont multipliées, au cours de la période récente, à l'encontre de la notion même d'intérêt général ²¹⁸. Les uns voient une manière de supercherie, ou à tout le moins d'illusion, dans la volonté de définir un intérêt général prétendument neutre, propre à surmonter les conflits d'intérêts. L'intérêt général ne serait, en définitive qu'un compromis, toujours provisoire entre plusieurs intérêts ou encore la victoire, non moins provisoire, d'un intérêt sur les autres. D'autres contestent le principe même qu'un intérêt, fût-il général, puisse être regardé comme plus légitime que les autres intérêts. De plus en plus, l'intérêt général tout comme l'utilité économique et sociale tend à être réparti entre un grand nombre de détenteurs d'informations et d'acteurs. D'autres encore mettent l'accent sur les dérives des systèmes qui, au nom de l'intérêt général, portent atteinte à la liberté d'entreprendre et brident les forces créatrices de la concurrence. Enfin, plus profondément, certains tendent à relier la crise de l'intérêt général à la crise des valeurs qui affecte notre société. L'intérêt général était légitime tant qu'il était porteur, au moins de façon implicite, des valeurs communes de la société et de l'État. Ces valeurs étant aujourd'hui ébranlées, l'intérêt général se trouve dès lors atteint par la même crise de confiance.

217 - *Op. cit.*, Livre II, 2^e partie.

218 - Voir sur ce point Jean-Marie Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?* Dalloz 1998, chr. p. 327 et ss.



Pourtant, derrière la critique de la notion d'intérêt général, il y a souvent une contestation de ses modalités de formulation et de mise en œuvre. Ce qui est en cause, pour l'essentiel, c'est le rôle exclusif dévolu à l'État, qui disposerait seul de la légitimité nécessaire pour trancher les conflits entre les intérêts particuliers et faire prévaloir des choix qui ne se bornent pas à reproduire des rapports de forces entre intérêts privés. Pourquoi l'État aurait-il le monopole de l'intérêt général ? Le juge administratif n'a-t-il pas reconnu lui-même que des personnes privées peuvent, en gérant un service public, poursuivre une finalité d'intérêt général ?

Critiqué aussi bien en raison d'une légitimité insuffisante des organes chargés de définir l'intérêt général qu'en raison de son incapacité à remplir les missions d'intérêt général, l'État aura ainsi dû accepter l'émergence d'acteurs nouveaux dans la formulation de l'intérêt général et adapter son mode de fonctionnement aux nouvelles conditions dans lesquelles s'inscrit son action.

Cette double évolution pourra être regardée comme l'indice de la « crise » que traverserait aujourd'hui la notion d'intérêt général, mais peut-être faut-il déjà y voir le signe encourageant d'un renouveau de cette valeur fondatrice de l'action publique.

Les mutations dans les modes de formulation de l'intérêt général

Crise de l'État, crise de la représentation : c'est l'ensemble des procédures de formulation de l'intérêt général qui connaissent aujourd'hui une sévère contestation. De nouveaux acteurs apparaissent, tandis que des procédures inédites se développent, qui traduisent une mutation profonde des modes de détermination de l'intérêt général.

Une contestation des organes traditionnels et l'apparition de nouveaux acteurs

L'État en France est considéré comme le garant de l'intérêt général. Qu'il s'agisse là d'un choix politique conscient résultant d'une réflexion philosophique menée depuis le XVIII^e siècle ou d'un simple constat que l'histoire aurait transformé en évidence, il y a entre l'intérêt général et l'État une relation déterminante. C'est précisément l'intensité de cette relation qui est à l'origine des mutations profondes qui affectent aujourd'hui la notion d'intérêt général.

La crise de l'État, qui le fragilise, et la crise de la représentation, qui touche l'ensemble des institutions françaises, ne pouvaient manquer, en effet, d'emporter des conséquences importantes sur les modes traditionnels de formulation de l'intérêt général.



Crise de l'État et crise de l'intérêt général

L'idée d'une crise de l'État est devenue un thème récurrent du débat politique, qui porte moins sur la réalité de cette crise – de moins en moins contestée – que sur ses manifestations, ses causes et les moyens de la surmonter. Que l'État soit confronté aux difficultés liées à l'inadaptation de ses missions ou de son mode de fonctionnement face aux transformations du monde, quoi de moins surprenant ? Si l'on se réfère à l'étendue du champ couvert par la puissance publique en France, la véritable surprise viendrait de l'absence de contestation de l'État. Encore faut-il en mesurer pleinement la portée.

La crise de l'État, qui connaît aujourd'hui une intensité inédite, n'est pourtant pas un phénomène nouveau. Gardons à l'esprit la double permanence du discours sur la crise de l'État et du discours sur la modernisation de l'État. Tout au long du siècle, ce dialogue a accompagné chaque évolution majeure à laquelle la France était confrontée. Le développement de l'État-providence à partir de 1945 est un exemple éclairant de cette course à la modernisation conçue comme remède à la crise de l'État d'avant 1940. La crise de l'État est perçue comme reflétant la dilution de la notion d'intérêt général, à laquelle il convient de remédier par la modernisation de l'État. Le général de Gaulle qui assimile ici l'intérêt national à l'intérêt général peut ainsi déclarer : « Je vois en [l'État], non point, comme il l'était hier et comme les partis voudraient qu'il redevienne, une juxtaposition d'intérêts particuliers d'où ne peuvent sortir jamais que de faibles compromis, mais bien une institution de décision, d'action, d'ambition, n'exprimant et ne servant que l'intérêt national »²¹⁹. Les crises consécutives à l'instabilité de la IV^e République, la « seconde reconstruction administrative » de 1958, les conséquences du choc pétrolier de 1973, la crise de l'État-providence, les répercussions du processus de construction européenne ont, par la suite, offert un cadre nouveau à ce débat ancien, qui trouve à chaque étape une nouvelle actualité.

La crise de l'État n'est pas davantage un phénomène exclusivement français. Les institutions administratives et politiques des démocraties occidentales, confrontées aux mêmes transformations que la France, ont connu et connaissent des crises similaires. Les différences tiennent bien plus aux réponses apportées qu'à la réalité même de ces crises. Le choix du Royaume-Uni de transformer son système administratif en faisant une place plus large aux notions de client, de qualité, d'évaluation et en limitant plus strictement l'activité de la sphère publique grâce à d'importantes privatisations ne se comprend que comme une réponse difficile, parfois douloureuse, aux défis auxquels ce pays était confronté. Les réformes engagées n'ont d'ailleurs pas toutes abouti, certains problèmes demeurent, d'autres apparaissent : l'État a donc été et est encore en crise au Royaume-Uni. Ce qui est vrai outre-Manche, l'est tout autant, dans un contexte différent, outre-Rhin ou outre-Atlantique.

Si la crise de l'État comporte en France quelques traits spécifiques, ceux-ci résultent de la place particulière qu'occupe l'État dans la vie publique

219 - Charles de Gaulle, *Mémoires de Guerre*, tome III, Paris, Plon, 1959, p. 98-99.



française. Nation constituée autour d'un État, la France se distingue par la centralité du rôle conféré à l'État. Après 1945, l'État a assumé un rôle directeur dans l'économie : il a reconstruit, il a planifié, il a modernisé. Aujourd'hui encore, ainsi que le constate le rapport de 1993 du Commissariat général au plan, « la demande d'État ne cesse de croître »²²⁰, en dépit des contestations dont il est l'objet. Au moins autant que les difficultés que connaît la puissance publique pour répondre aux défis auxquels elle est confrontée, c'est cette exigence particulière à l'égard de l'État qui fonde la spécificité de sa crise en France.

L'incapacité croissante de l'État à accomplir les missions qui lui sont imparties est dénoncée. Gaspillage des deniers publics, développement de l'insécurité, engorgement des juridictions, échec de la lutte contre le chômage, autant d'échecs qui renforcent le sentiment que l'État n'est plus à même d'atteindre les objectifs qu'il s'assigne. À force de vouloir trop embrasser, il ne peut même plus remplir de façon satisfaisante celles des missions d'intérêt général qui relèvent de sa fonction régaliennne. Au-delà, c'est le bien-fondé même des missions de l'État qui est en cause. La crise de l'État se lit alors comme une crise plus structurelle, qui conduit à s'interroger sur la prétention de l'action publique à vouloir résoudre, au nom d'une conception trop extensive de l'intérêt général, des problèmes qui se posent en dehors du champ des compétences régaliennes de l'État. Ce qui est enfin critiqué, c'est l'incapacité de l'État à se réformer, à se dégager des pesanteurs internes qu'il a créées ou favorisées pour définir de nouveaux objectifs ou simplement pour atteindre ceux qu'il s'est fixés.

Entre une demande excessive à son égard et l'inefficacité, l'inadaptation et l'immobilisme qui lui sont reprochés, l'État est au centre d'un débat qui relève bien plus du malaise diffus que de la crise brutale²²¹ et touche, en définitive, à la remise en cause du rôle qui est le sien dans la formulation et la mise en œuvre de l'intérêt général.

La contestation des modes de fonctionnement de l'État devrait conduire celui-ci à concentrer ses moyens sur ses missions essentielles et notamment sur celles consistant à définir un intérêt général destiné à l'emporter sur les intérêts particuliers, qu'ils soient privés ou publics. Cette crise de l'État a eu souvent pour effet, en le fragilisant, de l'inciter à ménager ses partenaires et à arbitrer entre des intérêts plutôt que d'imposer, au risque de déplaire, celui de la collectivité. Ainsi s'est trouvée progressivement minée l'image d'un État à même de faire prévaloir l'intérêt général²²². Ce qui est en cause, c'est la légitimité même de l'État dans son rôle de garant de l'intérêt général. La crise de l'État renvoie alors à une crise de la représentation, plus profonde, et plus lourde d'implications pour la formulation de l'intérêt général.

220 - *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, Commissariat général au plan, 1993, p. 23.
221 - Voir par exemple Luc Rouban, « L'État en crise d'identité », *Revue administrative*, 1998, p. 262.

222 - Le faible nombre des déférés préfectoraux (moins de 1 % des actes déférés) est ainsi souvent mis sur le compte de l'insuffisance de moyens des bureaux chargés du contrôle de légalité dans les préfetures ou sur une certaine volonté des préfets à régler par la négociation d'éventuels conflits avec les collectivités territoriales.



Crise de la représentation et crise de l'intérêt général

Depuis que la philosophie des Lumières a marqué une rupture avec l'origine divine du pouvoir, il a été admis que la loi tire sa force, non de son contenu – une conformité au bien commun – mais de son mode d'élaboration, en tant qu'expression de la volonté générale. Dès lors que la légitimité de ce qui est défini comme étant l'intérêt général repose, pour l'essentiel sur la légitimité des organes en charge de sa définition, le système représentatif est apparu comme le moyen le plus apte à garantir cette légitimité, et parce que cette représentation est en crise, les organes traditionnellement chargés d'incarner l'intérêt général font aujourd'hui l'objet d'une contestation radicale.

Les discussions des pères fondateurs de la démocratie américaine ou des philosophes des Lumières²²³ révèlent la grande importance accordée au débat sur la représentation. Entre ceux qui, à l'instar de Rousseau, voient dans la représentation un remède imparfait à l'impossibilité d'une démocratie directe au quotidien, et ceux qui, à la suite de Sieyès, font de la représentation une condition première du bon fonctionnement de la démocratie, le clivage est profond et ancien. Les premiers veulent assurer une identité de vue absolue entre le peuple et ses représentants²²⁴, en suggérant des mécanismes juridiques, tels que la règle du mandat impératif ou le mode de scrutin proportionnel²²⁵, pour garantir l'identité recherchée. Les seconds, en revanche, considèrent que la délibération d'individus libres permet seule de dépasser les intérêts particuliers qui s'affrontent naturellement dans la société et, par conséquent, de déterminer l'intérêt général.²²⁶

Mais au-delà de la diversité des solutions proposées au problème de la représentation, la préoccupation commune à toute la pensée philosophique moderne est de déterminer un système politique garantissant la légitimité des organes en charge de la définition de l'intérêt général.

Cette légitimité procède toujours du débat, de la délibération des représentants de la nation et se trouve ainsi en rupture avec la légitimité imposée qui prévalait dans le système antérieur de monarchie absolue.

Ainsi, Sieyès peut-il écrire : « *Dans toutes les délibérations, il y a comme un problème à résoudre, qui est de savoir, dans un cas donné, ce que prescrit l'intérêt général. Quand la discussion commence, on ne peut point juger de la direction qu'elle prendra pour arriver sûrement à cette découverte. Sans doute l'intérêt général n'est rien, s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un ; il est celui des intérêts particuliers qui se trouve commun au plus grand nombre de votants. De là, la nécessité du concours des opinions* »²²⁷. Ce

223 -B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann Lévy, 1995.

224 -Voir, par exemple, John Adams, « *l'assemblée représentative doit être en miniature un portrait exact du peuple dans son ensemble* », in *Thoughts on Government* cité par Manin.

225 -C'est par exemple le cas de Kelsen.

226 -On retrouve parmi ceux-là Madison. « *Il peut fort bien se produire que la volonté publique formulée par les représentants du peuple s'accorde mieux avec le bien public que si elle était formulée par le peuple lui-même, rassemblé à cet effet* » in *The federalist*, cité par Manin p. 13, ce Burke dans son *Discours aux électeurs de Bristol*.

227 -In *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants pourront disposer en 1789*, cité par Manin, p. 240.



faisant, il met en lumière l'importance de la représentation, en tant que technique permettant de favoriser la découverte et la formulation de l'intérêt général, thème qui se retrouve de façon encore plus explicite dans les écrits de Madison ²²⁸.

Toutefois, pour remplir son office, la représentation doit être acceptée aussi bien dans son principe que dans ses modalités. La crise actuelle dont elle fait aujourd'hui l'objet entraîne, de façon quasi mécanique, des interrogations sur la notion d'intérêt général.

Le phénomène, en soi, n'est pas nouveau. La stigmatisation du décalage supposé entre un « pays réel » et un « pays légal » est un thème récurrent aux nombreuses critiques dirigées contre le formalisme de la représentation démocratique, qui ne permet pas d'assurer la prise en compte de tous les intérêts en présence dans une société.

Parmi les multiples symptômes qui révèlent aujourd'hui cette crise de la représentation, on ne mentionnera ici que l'effritement régulier de la participation électorale, les interrogations sur le mode de scrutin majoritaire que l'on souhaite compléter par l'introduction de mécanismes permettant une représentation proportionnelle d'une partie du corps électoral, le débat sur l'éventuelle institution de quotas devant assurer une plus grande égalité entre les sexes, la contestation des partis politiques traditionnels par les idéologies extrêmes, la dénonciation d'une sur-représentation des fonctionnaires, le débat sur le bicamérisme, la recherche de nouveaux modes de représentation politique des forces économiques et sociales. Autant de phénomènes qui traduisent l'insatisfaction chronique suscitée par le fonctionnement des institutions représentatives.

Ces critiques vont rarement jusqu'à une remise en cause du principe même de la représentation comme moyen le plus efficace pour garantir la légitimité de la formulation de l'intérêt général. Elles se limitent souvent à des demandes, souvent justifiées, tendant à un meilleur partage de l'information, à une communication plus directe et plus ouverte, à l'acceptation d'un débat intervenant en amont dans le processus de décision. Toutefois, la persistance de cette contestation, autant que l'écho croissant qu'elle suscite, ne manquent pas de miner la légitimité des institutions qui, parce qu'elles représentent la nation, ont la charge de définir l'intérêt général.

Il en résulte d'abord une remise en cause de la légitimité de la loi, perçue de moins en moins comme l'expression de la volonté générale par la nation assemblée, mais plutôt comme une norme ordinaire, qui vient s'ajouter à d'autres normes de valeur parfois supérieure, souvent modifiée au gré des alternances politiques, débattue et votée dans un hémicycle aux rangs clairessemés. Les inconvénients du « légicentrisme » absolu qui a longtemps prévalu en France ne doivent pas masquer les dangers, plus graves, du développement d'une certaine irrévérence face à la loi.

228 - « L'effet de la représentation est d'épurer et d'élargir l'esprit public en le faisant passer par l'intermédiaire d'un corps choisi de citoyens dont la sagesse est le mieux à même de discerner le véritable intérêt du pays et dont le patriotisme et l'amour de la justice seront les moins susceptibles de sacrifier cet intérêt à des considérations éphémères et partiales », Madison, *Federalist 10*, in *The Federalist Papers*, cité par Manin, p. 13.



Cette crise de la représentation s'exprime aussi par la multiplication de mécanismes qui tendent à compenser la perte de légitimité des organes en charge de la formulation de l'intérêt général. Le développement des procédures de consultation, la contractualisation croissante dans l'édition des normes, l'apparition d'organes d'un nouveau type, en charge de faire prévaloir l'intérêt général, sont autant de phénomènes qui, dans une certaine mesure, traduisent une volonté de pallier les insuffisances de légitimité ou d'efficacité des institutions représentatives. Reste à savoir si, résultant de cette crise, ces nouveaux mécanismes contribuent à l'aggraver ou représentent un début de solution.

Une mutation des procédures de formulation de l'intérêt général

Parmi les tendances les plus significatives, dans les procédures contribuant à la formulation de l'intérêt général, on retiendra ici le développement de la dimension territoriale de l'action administrative, le recours croissant au procédé contractuel, la recherche toujours accrue de participation et de consultation dans la prise de décision administrative et l'apparition d'organes de régulation d'un nouveau type.

Le renforcement de la dimension territoriale de l'action publique

En rupture très nette avec la tradition centraliste française, le développement de la dimension territoriale est probablement le phénomène dont les effets sur les modes de formulation de l'intérêt général ont été les plus profonds.

Tout en rapprochant la prise de décision administrative de l'échelon local ²²⁹, il se traduit par une multiplication des niveaux d'administration sur le territoire, contribuant à rendre encore plus complexe le cadre territorial de l'action publique. Déjà nombreuses, les collectivités territoriales ont multiplié les structures de coopération, notamment intercommunales. Parallèlement et afin de mieux prendre en compte la dimension locale de l'action publique, les collectivités publiques ont été amenées à multiplier et diversifier les découpages territoriaux. Ainsi, le développement des « pays », reconnus par la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, des bassins d'emploi et autres zones spécifiques (zones d'éducation prioritaire, zones naturelles d'intérêt écologique, faunistique et floristique ou zones franches, de redynamisation urbaine ou de revitalisation rurale...) vient ajouter aux complexités d'un dispositif où les ressorts administratifs et judiciaires, les circonscriptions électorales, les arrondissements se côtoient en s'ignorant souvent.

Il résulte de cette situation un émiettement croissant de l'administration du territoire, auquel s'ajoute un empilement des niveaux de décision. La particularité française, maintes fois mise en lumière, de l'éclatement des structures territoriales conduit mécaniquement à une réduction du champ de compétence géographique de chacune des structures. Abritant 36 763 communes, soit la moitié de l'ensemble des communes de l'Union euro-

229 - La loi du 6 février 1992 est présentée comme la loi relative à l'administration territoriale de la République.



péenne, 19 000 organismes de coopération intercommunale, 100 départements, 25 régions, 4 territoires d'Outre-Mer et 3 collectivités à statut particulier en sus de l'État, la France est un territoire administrativement morcelé²³⁰. Or, ces phénomènes d'émiettement ne sont pas sans risques pour la visibilité et la cohérence de l'action publique²³¹. Ils ne sont pas non plus sans conséquence sur les modalités de formulation de l'intérêt général.

La multiplication des acteurs, et notamment d'acteurs tirant leur légitimité d'une désignation par le suffrage universel, ainsi que le développement des transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales ne peuvent en effet manquer d'emporter des conséquences importantes sur les modalités d'exercice de l'action publique. Sans doute certaines compétences, « qui concernent la définition même de l'intérêt général et le contenu du service public »²³², ne peuvent-elles pas, par nature, être décentralisées. Quand bien même ces compétences ne seraient pas décentralisées, la simple participation d'acteurs locaux puissants et légitimes suffit à transformer radicalement le cadre traditionnel dans lequel était formulé l'intérêt général.

Une telle évolution soulève la question importante du cadre spatial dans lequel est défini l'intérêt général. Envisager la question de l'intérêt général d'un simple point de vue national est en effet paradoxalement réducteur. En pratique, la confrontation d'un intérêt local et d'un intérêt national rend souvent difficile la préservation de l'intérêt général. L'actualité est riche d'exemples révélant les divergences parfois fortes entre les collectivités territoriales et l'État sur l'intérêt général s'attachant à un projet particulier. La construction d'infrastructures nationales telles que les autoroutes ou les lignes de trains à grande vitesse, qui représentent une mise en valeur du territoire national, peut légitimement se heurter à l'opposition de collectivités territoriales pour lesquelles de tels projets se traduisent par d'importantes nuisances. Il existe ainsi dans un État plusieurs niveaux – local, départemental, régional, national – d'expression de l'intérêt général, dont aucun n'est illégitime, même s'il existe entre eux une certaine hiérarchisation. Cette opposition d'intérêts divergents n'est pas nouvelle, elle est même consubstantielle à la notion d'intérêt général, mais elle se pose dans des termes originaux dès lors que les structures qui portent des intérêts particuliers peuvent se prévaloir d'une légitimité issue du suffrage universel. De ce fait, l'État, de qui relève l'arbitrage entre ces divers intérêts publics, est conduit à prendre de plus en plus en considération les intérêts locaux dans l'élaboration de sa décision. Ce phénomène n'est pas, par nature, préjudiciable à une meilleure délibération sur l'intérêt général mais apporte à l'évidence un changement profond dans le mode traditionnel de formulation de l'intérêt général.

Particulièrement significatif, à cet égard, est le développement de la coopération internationale décentralisée, reconnue par l'article 131-1 de la

230 -Le morcellement administratif peut prendre la forme d'un morcellement juridique lorsque subsistent des régimes juridiques dérogatoires : l'Alsace-Moselle a conservé sa particularité juridique ; certaines régions insulaires tendent à l'acquiescer.

231 -Il n'est d'ailleurs pas inutile de constater que la réforme de la planification contenue dans la loi du 29 juillet 1982 était directement conçue comme le moyen d'assurer un contrepoids à la décentralisation et de donner plus de cohérence à l'action publique.

232 -Commissariat général au Plan, *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, 1993.



loi du 6 février 1992 : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans la limite de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France ». Même limitées dans leurs attributions par l'interdiction de conclure des conventions avec les États étrangers²³³ et par l'obligation de ne signer que des conventions conformes aux engagements internationaux souscrits par l'État, les collectivités territoriales se voient ainsi reconnaître des compétences dans un domaine traditionnellement réservé à l'État, celui de la définition de l'intérêt national, expression traditionnelle de l'intérêt général, même si ces deux notions ne se recouvrent pas entièrement. Cette situation expose l'État à voir remis en cause certains de ses choix inspirés par l'intérêt général. On notera toutefois que le développement des procédures communautaires, qui ne reconnaissent, en principe, que les États comme acteurs du droit et comme interlocuteurs privilégiés des institutions européennes, et notamment de la Commission, pourrait entraîner un mouvement inverse de recentralisation au profit de l'échelon étatique.

Le développement des procédures contractuelles

La contractualisation croissante de l'action publique constitue une autre des évolutions récentes les plus remarquables du fonctionnement de l'État. Il est certes possible de débattre à loisir sur la réalité de la nature contractuelle des instruments employés par l'État pour organiser ses relations avec d'autres personnes publiques ou privées. Ce phénomène suscite surtout des interrogations sur la signification qu'il revêt pour le fonctionnement de l'État lui-même. La contractualisation de l'action publique ne concerne pas seulement les relations entre l'État et les personnes privées, mais traduit une tendance croissante à l'utilisation de techniques contractuelles au sein même de la sphère publique.

Sous ces deux formes, la contractualisation de l'action publique désigne un ensemble de pratiques et d'instruments dont le point commun est la volonté d'assurer l'accord et l'engagement des parties sur les politiques et leur mise en œuvre. Il y a là tout un ensemble complexe qui regroupe notamment les contrats de plan entre État et Régions prévus par la loi du 29 juillet 1982, les « contrats de ville », les « contrats de décentralisation industrielle », les « conventions d'objectifs », les « contrats de service » qui côtoient des instruments plus classiques tels que les marchés publics ou les conventions de délégation de service public.

Le phénomène n'est certes ni nouveau, ni même récent. Hauriou pouvait ainsi constater, en 1899, la multiplication « *des accords conclus entre administrations pour assurer la marche des services publics* »²³⁴. L'usage

233 - Sur le respect en pratique très relatif de cette interdiction jusqu'à l'adoption de l'article 83 de la loi du 4 février 1995, voir Bernard Dolez, « le régime juridique de la coopération décentralisée après l'adoption de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire », RFDA, 1995, p. 936.

234 - Note sous CE, 20 janvier 1899, *Administration des pompes funèbres c/ Ville de Paris* ; cité par Hecquard-Théron, *la contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, AJDA 1993, p. 455.



courant du contrat comme instrument d'administration est la conséquence naturelle de la multiplication des personnes publiques résultant de la décentralisation et des processus multiples de « démembrement » de l'administration. Dès lors que plusieurs personnes publiques sont en relation, pourquoi ne chercheraient-elles pas l'accord de volontés plutôt que la mainmise de l'une sur l'autre, rendue parfois impossible par les dispositions constitutionnelles garantissant la libre administration des collectivités locales ou par les normes européennes interdisant l'intervention directe de l'État dans la gestion des entreprises publiques concurrentielles ?

La contractualisation de l'action administrative peut apparaître, à bien des égards, comme un moyen privilégié de modernisation de l'administration. Elle exige en effet de la part des personnes publiques concernées un effort de réflexion sur les objectifs de l'action envisagée, – et donc une vision prospective –, ainsi qu'un important effort d'organisation dans la mesure où le contrat est réputé engager la responsabilité de la personne signataire, même si cette responsabilité ne trouve pas toujours une traduction juridique lorsque l'engagement signé ne s'analyse pas comme un contrat. Elle apporte en outre une souplesse incontestable à l'action publique en privilégiant une logique de projet, conjuguant l'action de diverses personnes publiques ou privées, aux dépens d'une logique de structure centrée sur des règles juridiques contraignantes. La contractualisation est également perçue par certains comme le signe d'une évolution plus profonde de la société vers l'adoption des systèmes de Common Law qui se rattachent à la conception utilitariste de l'intérêt général et dans lesquels le contrat est la norme juridique de référence.

Moins autoritaire, plus concertée, l'action administrative contractuelle se veut ainsi plus légitime. Par principe, le contrat, accord de volontés, est l'expression d'un intérêt commun aux parties. Si comme le souligne justement la doctrine, le contrat peut apparaître comme le moyen de concilier des logiques concurrentes²³⁵, il n'est pas dans sa fonction naturelle de prendre en compte autre chose que le seul intérêt des parties. Mais il suffit que l'une des parties soit porteuse de l'intérêt général pour que celui-ci soit préservé. La procédure des contrats de plan État-Région, dans cette optique, offrirait un bon exemple d'une contractualisation indispensable à l'action administrative dès lors que des personnes publiques différentes sont dotées de compétences qui ne peuvent, pour s'exercer efficacement, qu'être mises en œuvre de façon coordonnée : il appartiendrait alors à l'État, garant de l'intérêt général, de veiller, lors de l'élaboration et de l'exécution du contrat, à la préservation de cet intérêt. Le régime juridique des contrats administratifs est par ailleurs largement protecteur des prérogatives de la personne publique contractante. Contrairement au droit civil, le droit administratif, parce qu'il est tenu de prendre en compte la nature particulière de la personne publique porteuse de l'intérêt général, autorise une inégalité dans la relation contractuelle qui doit justement permettre à la personne publique de faire prévaloir l'intérêt général. Ainsi, en recourant au procédé contractuel, l'État ne renonce pas foncièrement à sa mission de formulation et de mise en œuvre de l'intérêt général.

235 -Hécquard-Théron, *ibid.*, p. 461.



Les modalités de cette formulation et de cette mise en œuvre n'en sont pas moins profondément transformées. La simple circonstance que l'État soit tenu de négocier la mise en œuvre d'actions qu'il considère d'intérêt général implique qu'il se satisfasse, faute de pouvoir l'imposer, de solutions négociées dans lesquelles ce qui est conçu comme l'intérêt général ne trouve pas toujours son compte.

Il n'est d'ailleurs pas surprenant, dans cette perspective, que certaines matières aient été exclues par principe du champ des activités dans lesquelles l'administration peut recourir au procédé contractuel. Si cette exclusion porte sur des matières telles que la police administrative²³⁶ ou, en vertu de la loi, les conditions imposées aux établissements classés pour le traitement des pollutions²³⁷, c'est sans doute à cause de la nature très particulière de ces activités, qui exige que l'intérêt général soit absolument préservé. Cette exclusion, relativement limitée, souligne, en négatif, l'importance du domaine désormais ouvert au procédé contractuel.

Le développement de la contractualisation de l'action administrative peut susciter des interrogations particulières, lorsqu'il concerne des signataires relevant de la même personne publique. Il y a là une pratique qui semble vouloir s'inscrire de façon de plus en plus nette dans les textes réglementaires et législatifs²³⁸. L'utilité pratique de tels instruments n'est certes pas nulle : formalisant des engagements réciproques entre services, ils permettent une gestion administrative plus participative et, peut-être, plus responsabilisante ou motivante. Ils peuvent d'ailleurs apparaître plus comme des « subterfuges contractuels »²³⁹ que comme de véritables contrats, le non respect par l'une des parties au prétendu contrat ou un simple désaccord entre celles-ci, se réglerait par l'exercice de l'autorité hiérarchique ; une demande devant le juge du contrat serait, dans ce contexte, difficilement concevable.

Malgré cette évidente limite juridique, des « contrats » entre parties relevant d'une même personne publique sont désormais prévus par les textes. Le Code de la santé publique dispose ainsi, à son article L. 714-26-1 : « *Les établissements publics de santé peuvent mettre en place des procédures de contractualisation interne* ». Le même article prévoit la possibilité, pour les directeurs de tels établissements, de négocier par contrat des délégations de gestion avec les responsables des centres de responsabilité constitués au sein de l'établissement public. Cette procédure, qui résulte de l'ordonnance du 24 avril 1996, n'est pas isolée. Dans une circulaire du 3 juin 1998, le Premier ministre demande que les programmes pluriannuels de modernisation de l'administration donnent lieu à des contrats entre chaque ministère d'une part, et les ministères de la Fonction publique et du Budget d'autre part.

Le développement de cette contractualisation interne à la personne publique, qui vient perturber la rigueur des principes juridiques²⁴⁰, constitue en outre

236 - CE, *Ville de Castelnaudary*, 17 juin 1932.

237 - CE, *Association Les amis de la Terre*, 8 mars 1985.

238 - M^{me} Hecquard-Théron, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, AJDA 1993, p. 451.

239 - M^{me} Hecquard-Théron, *idem*.

240 - B. Stirn, « La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », AJDA 1998, p. 673.



une mutation importante, qui n'est pas sans portée quant aux modalités de formulation de l'intérêt général. Il est difficile, en effet, de soutenir que l'administration incarne l'intérêt général, lorsque son action résulte explicitement du produit d'un rapport de forces en son sein, entre services qui tendent à développer leurs propres intérêts, voire à se transformer en défenseurs des intérêts privés qu'ils côtoient ²⁴¹.

Ce mouvement de contractualisation ne saurait remettre en cause la place centrale qui revient à la décision unilatérale. Il n'en traduit pas moins le souci de l'État de relégitimer son action en favorisant, à côté de la formulation unilatérale de l'intérêt général par l'État, une démarche faite de négociation, mais aussi de concertation et de participation.

Le développement des structures de partenariat et des procédures consultatives

Le recours accru aux techniques contractuelles par l'administration n'est pas le seul moyen dont celle-ci dispose pour tenter de remédier aux effets destructeurs de la contestation de sa légitimité. D'autres mécanismes, tenant davantage de la consultation ou de la participation, sont également mis en œuvre, et contribuent sensiblement à modifier les modes traditionnels de définition de l'intérêt général.

Les structures de partenariat

La notion de partenariat, qui ne fait pas l'objet d'une véritable définition en droit interne, mais qui est utilisée par le droit communautaire ²⁴², désigne une grande diversité de modes de coopération entre acteurs des politiques publiques, avec des collectivités territoriales, des associations ou des entreprises.

En multipliant les procédures contractuelles pour déterminer et mettre en œuvre l'action publique, les personnes publiques, et éventuellement les personnes privées, sont naturellement portées vers des formes institutionnelles de coopération (structures de coopération intercommunale, sociétés d'économie mixte, groupements d'intérêt public...) qui illustrent la multiplication des acteurs et l'émiettement des compétences, et qui imposent, pour la conception, le financement et la réalisation de chaque projet, l'association d'un grand nombre d'acteurs. Il en résulte un nouveau facteur de transformation des modes de formulation de l'intérêt général. Il n'est pas anodin en effet de multiplier les structures dans lesquelles la décision est prise en fonction d'un équilibre de forces internes. Les divers acteurs peuvent facilement être tentés de ne prendre que les décisions qui présentent un intérêt pour l'ensemble des composantes de la structure et de ne pas retenir celles qui, lésant l'intérêt particulier d'une des parties, pourraient néanmoins être porteuses de l'intérêt général. La reconnaissance de mécanismes de partenariat entre l'État et les collectivités territoriales, les entreprises ou les associations a toutefois valeur de reconnaissance de la légitimité de ces acteurs dans la définition et la gestion des politiques publiques. L'idée

241 - Voir les thèses de l'école américaine du « public choice ».

242 - V. Hémerly, « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », RFDA 1998, p. 347.



d'intérêt général qui s'en dégage emprunte plus à la conciliation et au compromis qu'à l'arbitrage par l'État.

Les procédures consultatives

Sans être une tendance récente, la prise en compte de l'avis des personnes concernées avant l'adoption des décisions s'est largement développée ces dernières années. Deux instruments, le référendum local et la consultation des populations à l'occasion des grands projets d'aménagement, illustrent plus particulièrement ce phénomène.

L'institution, par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, d'un référendum local, a constitué une novation importante. Il est d'ailleurs à noter qu'avant l'entrée en vigueur de ces dispositions législatives, le Conseil d'État sanctionnait avec constance le recours à un procédé qui amenait les élus à renoncer illégalement à leur compétence en la transférant aux électeurs²⁴³. Depuis 1992, il est désormais permis aux électeurs d'une commune de se prononcer non seulement sur un projet de fusion de communes les concernant²⁴⁴ mais plus généralement sur toutes « les décisions que les autorités municipales sont appelées à prendre pour régler les affaires de la commune »²⁴⁵. La loi du 4 février 1995 va au-delà, en instituant un référendum d'initiative populaire : « un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales peuvent saisir le conseil municipal en vue de l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales »²⁴⁶. Il est vrai, ainsi que le rappelle le juge administratif à l'occasion de chacune de ces consultations²⁴⁷, que ces instruments sont conçus pour permettre la consultation et non la décision des électeurs²⁴⁸. Pourtant, le développement de ces consultations, encore limité²⁴⁹, peut facilement s'interpréter comme le moyen, pour des collectivités territoriales confrontées aux mêmes problèmes de légitimité que l'État, de remédier aux contestations dont elles sont l'objet, en associant plus largement les électeurs à la formulation de l'intérêt général. Ainsi, des mécanismes de démocratie participative viennent remédier aux faiblesses de la démocratie représentative²⁵⁰. Le risque de dérive plébiscitaire n'est pas absent de ces procédures : les premières utilisations de ces consultations ont été souvent marquées par une volonté répétée de certains élus locaux de s'appuyer sur la population pour contrecarrer les choix de l'État ou les décisions du juge administratif²⁵¹. Le contrôle de légalité exercé par le préfet prend alors tout son sens : il permet,

243 - Note sous CE 29 décembre 1995, *Géniteau*, J.-H. Stahl et D. Chauvaux, AJDA 1996, p. 111.

244 - Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971.

245 - Article L. 2142-1 et 2 du Code général des collectivités territoriales.

246 - Article 85 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 codifié à l'article L. 2142-3 du CGCT.

247 - H. Rihal, *Le référendum communal, bilan et perspectives*, RFDA 1996, p. 452.

248 - C. Chantepy, conclusions sur CE 29 décembre 1995, *Géniteau*, RFDA 1996, p. 471.

249 - Selon Marion Paoletti, environ 200 référendums locaux ont été organisés entre 1971 et 1996, ce qui reste très peu pour une période de 25 ans et un ensemble de 36000 communes. In *Le référendum local en France*, RFSP 1996, p. 883.

250 - Voir J. C. Froment, note sous CE, *Ville de Narbonne c/ M^{me} Arditi*, 7 octobre 1994, RFDA 1995 p. 1100 sur l'amorce d'un débat opposant la démocratie représentative et la démocratie participative.
251 - CE, 16 décembre 1994, *Commune d'Avrillé*, p. 558 ou CE, 29 décembre 1995, *Géniteau* précité.



si nécessaire, de faire prévaloir l'intérêt général sur ces expressions de l'intérêt local.

Presque contemporaine de l'instauration du référendum d'initiative populaire, la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a marqué une autre étape importante dans le développement de l'administration consultative. Les débats parlementaires ayant mené à l'adoption des dispositions du titre 1^{er} de la loi du 2 février 1995 ont permis de vérifier que le législateur, en renforçant les dispositions déjà existantes prévoyant la consultation de la population ²⁵², a été directement inspiré par la volonté de remédier au déficit démocratique et à la paralysie trop fréquente qui en résulte dans la mise en œuvre des projets d'aménagement ²⁵³.

La loi du 2 février 1995 est significative du développement de l'administration consultative en ce qu'elle institue une structure permanente entièrement consacrée à la consultation de la population sur des projets d'intérêt national. La Commission nationale du débat public a ainsi pour mission d'organiser le débat public pendant la phase d'élaboration des projets qui lui sont soumis. Sans être dotée d'un pouvoir de décision, elle dispose d'un fort pouvoir d'influence en raison notamment de sa composition et de la transmission au commissaire-enquêteur du rapport établi par le président sur chaque projet qui lui est soumis.

Le développement de tels mécanismes, parfois analysé comme constitutif d'une progression de la « démocratie semi-directe » ²⁵⁴, tranche avec les méthodes traditionnelles de formulation de l'intérêt général par les autorités de l'État. Même si les choix ultimes en matière de grands projets d'infrastructure (les plus directement concernés par cette procédure) demeurent du ressort de l'État, la formulation de l'intérêt général passe désormais par la nécessaire prise en compte d'intérêts particuliers, dont la loi reconnaît la légitimité. ²⁵⁵

La multiplication des organes de régulation

La multiplication des « autorités administratives indépendantes » et le rôle croissant qu'elles se sont vu attribuer dans les missions relevant de la régulation des activités économiques ou sociales constituent une des

252 -Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

253 -JO. Doc. Ass Nat. N° 1722, 23 novembre 1994.

254 -J. Morand-Deville, *Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique*, RFDA 1996, p. 218.

255 -Dans de nombreux droits étrangers, le développement des modes d'expression des citoyens se traduit notamment par la codification de la procédure administrative non contentieuse. Les lois existantes (Autriche 1925, Espagne 1958, États-Unis 1946, Pologne 1960, RFA 1976) s'efforcent généralement d'établir un équilibre entre les droits qu'il est nécessaire de garantir aux citoyens et la présentation de l'intérêt public. Nombreux sont les textes qui reconnaissent aux administrés de réelles possibilités d'intervention dans l'élaboration des décisions administratives (Droit de pétition, d'injonction). Aux États-Unis, la conception de l'intérêt général, entendu comme un compromis entre intérêts particuliers divergents de la société civile, trouve son expression dans la pratique du lobbying (public interest groups). L'expression de ces intérêts particuliers y est admise comme une contribution institutionnelle à l'exercice de la démocratie.



transformations les plus importantes qu'ait connue l'organisation de l'État²⁵⁶, seulement dépassée par les effets de la décentralisation et de l'intégration européenne, avec lesquels elle n'est d'ailleurs pas sans lien.

L'expression même d'autorité administrative indépendante, utilisée par le législateur pour la première fois dans la loi du 6 janvier 1978, créant une Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), n'est pas sans surprendre²⁵⁷. L'indépendance, dans la sphère de l'État, semble en effet réservée à l'autorité juridictionnelle et est en tout cas limitée, pour ce qui est de l'activité administrative, par les dispositions de l'article 20 de la Constitution, aux termes duquel « le gouvernement dispose de l'administration ». Le principe de l'unité d'une administration placée sous l'autorité d'un gouvernement responsable devant le parlement apparaît difficilement compatible avec l'existence d'autorités administratives échappant à la fois au principe hiérarchique et au contrôle de tutelle et formant autant de centres de décision, autonomes et irresponsables. Cette difficulté juridique n'a toutefois pas constitué un frein au développement de cette nouvelle catégorie d'institutions, qui ne se rattache ni à celle des établissements publics, ni à celle des juridictions²⁵⁸. Après la CNIL, un grand nombre d'autorités administratives indépendantes ont été créées²⁵⁹ et il a même semblé possible de rattacher à cet ensemble certaines institutions, comme la Commission des opérations de bourse (COB), que la loi n'avait pas qualifiées lors de leur création.

Leur indépendance résulte notamment du mode de désignation de leurs membres et des garanties qui leur sont conférées. Ces autorités exercent le plus souvent une mission de « régulation »²⁶⁰, au point qu'il a été proposé de rebaptiser ces institutions comme « autorités régulatrices indépendantes »²⁶¹, selon une terminologie d'importation américaine. Mais l'expression, qui ne conviendrait qu'à celles des autorités administratives dont l'activité correspond effectivement à une mission de régulation, exclurait les autorités dont la mission est liée plus spécifiquement à la défense des droits des administrés face à l'administration (Commission d'accès aux documents administratifs ou Médiateur de la République) et qui, n'intervenant pas dans la sphère marchande, ne sont pas directement régulatrices.

La notion de régulation n'est pas familière au droit français, même si la réalité qu'elle recouvre est connue et pratiquée²⁶². Elle apparaît comme l'activité « qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi »²⁶³ ; elle se place donc entre la définition des politiques, qui revient normalement aux élus ou aux

256 - Voir M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, 1991.

257 - Voir G. Braibant, « Droit d'accès et droit à l'information », publié in *Mélanges, R.E. Charlier*.

258 - DC, 23 janvier 1987, AJDA 1987, p. 347 ou CE, 29 mars 1982, CGT, AJDA, 1982, p. 541.

259 - La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Commission bancaire, le Conseil de la concurrence, parmi bien d'autres.

260 - J. Chevallier, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justice, Juin 1995, p. 83.

261 - L. Cohen-Tanugi, « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, 1989, p. 56.

262 - G. Timsit, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », RFDA, 1996, p. 375-394.

263 - F. Gazier et Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », EDCE, n° 35.



institutions directement contrôlées par les élus, et la gestion des services, qui ressort du domaine des administrations. À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 1989, qualifiant le Conseil supérieur de l'audiovisuel « d'instance de régulation », la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications a consacré cette notion, sans toutefois en apporter une définition plus précise, en confiant à une autorité de régulation des télécommunications le soin d'exercer, avec le ministre chargé des télécommunications, et au nom de l'État, « la fonction de régulation du secteur des télécommunications ». Le même type de fonction devrait être confié à la future commission de l'électricité dont la création est prévue dans le projet de loi, déposé devant le Parlement, relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

Le développement de la régulation interne à l'État par des autorités administratives indépendantes est au cœur des mutations dans les modalités de formulation de l'intérêt général.

Le phénomène peut être interprété comme le signe d'un désengagement de l'État qui, face aux critiques répétées contre son illégitimité à intervenir dans la sphère marchande, renoncerait à réglementer et s'effacerait au profit d'intervenants indépendants, dont l'expertise technique serait incontestée. L'attention portée, lors de la nomination des membres de ces autorités administratives, à la qualification professionnelle de chacun des candidats dans le secteur concerné, est révélatrice de cette priorité donnée à l'expertise, souvent conçue comme une garantie de la légitimité. La complexité juridique et technique des activités économiques concernées par la régulation spécialisée est d'ailleurs parfois présentée comme la principale justification de l'avènement de la régulation sur la scène administrative ²⁶⁴.

Mais on peut aussi voir dans le développement des instances de régulation le moyen discret par lequel l'État entend préserver son rôle dans des activités qui sont sur le point de lui échapper, notamment sous la pression des principes mis en avant par le droit communautaire qui interdisent la détention par les mêmes organes des pouvoirs de gestion et des compétences de régulation. Ainsi les pouvoirs d'investigation et de sanction dont disposent certaines de ces institutions permettent de mettre en évidence la fonction de contrôle qu'exercent, pour le compte de la puissance publique, les autorités administratives indépendantes. La composition de ces autorités, qui n'assure parfois qu'un équilibre imparfait entre fonctionnaires, certes indépendants mais nombreux, et membres de ce qu'il est convenu d'appeler la « société civile », conduit sans doute à une prise en compte discrète de l'intérêt de l'État. Il est significatif que dans les législations concernant les télécommunications ou l'énergie, le ministre ne soit pas entièrement absent du processus de régulation. Ainsi, le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoit la présence d'un commissaire du gouvernement auprès de la Commission de régulation de l'électricité et réserve au ministre, dans certaines circonstances, le droit de prononcer des sanctions.

264 - M. A Frison-Roche, « La prochaine régulation des services publics de réseaux », *Gazette du Palais*, 15 octobre 1996.



Signe de renoncement ou instrument discret de reconquête, le développement de la régulation par des autorités indépendantes n'en transforme pas moins les modes de formulation de l'intérêt général.

Sans doute, le cadre dans lequel s'exercent les activités de régulation échappe, en grande partie, à la compétence et au contrôle des autorités administratives indépendantes, puisque sa définition relève de la compétence du législateur. En outre, si les textes comme la jurisprudence leur reconnaissent des compétences d'ordre réglementaire dans la mise en œuvre de certaines dispositions législatives – c'est le cas pour la CNIL, la COB ou le CSA – le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'État, ne manquent jamais de rappeler que le Premier ministre conserve une compétence réglementaire générale qui l'emporte sur les compétences réglementaires éventuellement confiées aux autorités administratives indépendantes. Au demeurant, l'habilitation confiant aux autorités administratives indépendantes l'exercice du pouvoir réglementaire ne peut concerner que « des mesures limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu »²⁶⁵. Il apparaît ainsi que, dans l'exercice de leur mission de régulation, ces autorités, qui agissent au nom de l'État et ne sont pas dotées de la personnalité juridique, jouent un rôle plus déterminant dans la gestion concrète des activités dont elles ont la charge que dans la détermination des politiques, qui relève, comme il se doit, des autorités législatives et gouvernementales. De plus, la régulation à laquelle elles procèdent ne peut s'exercer que dans la limite du domaine qui leur est assigné, ce qui les empêche de prendre une vue globale des finalités d'intérêt général.

La régulation continue de s'effectuer dans le cadre de l'État, mais à travers l'association, dans le cadre défini par le législateur, d'organismes dont la composition et le mode de fonctionnement garantissent, aux yeux des opérateurs comme à ceux des usagers, une légitimité plus grande à l'action publique. Ainsi s'explique l'importance du rôle consultatif conféré à ces autorités, qui doivent être consultées avant l'adoption des normes qu'il leur reviendra de mettre en œuvre. Il en résulte une diversification des acteurs qui, au nom de l'État, mais en liaison étroite avec les représentants de la société civile, sont en charge de la formulation et de la mise en œuvre de l'intérêt général. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer l'élément de rupture qui affecte, de ce fait, la notion d'intérêt général, laquelle tend à apparaître comme le fait de compromis plus ou moins laborieusement dégagés entre des intérêts fragmentés.

Dans le rapport Internet et les réseaux numériques²⁶⁶ il est apparu que l'autorégulation – c'est-à-dire la responsabilisation des acteurs privés pour appliquer les principes de la loi dans des environnements nouveaux ou pour agir préventivement contre la commission d'infractions – était une réponse efficace dans la lutte contre les contenus illicites. En effet, dans le cas des réseaux ouverts, internationaux et décentralisés, elle apporte des solutions plus adaptées que la réglementation étatique classique. Si certains, et notamment les USA, voient dans ces techniques nouvelles le moyen unique

265 -DC n° 89-260 du 28 juillet 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

266 -(1998) Coll. « Études et Documents », La Documentation française.



et exclusif d'assurer la régulation des réseaux, il semble cependant que l'autorégulation trouve ses limites dans l'arbitrage entre intérêts privés divergents ou dans la défense d'intérêts généraux, missions qui ne peuvent être assurées que par l'État. L'autorégulation doit donc se combiner avec l'intervention étatique et c'est ce partage des fonctions d'encadrement qui est de nature à assurer une régulation efficace et légitime, aux plans national et international.

En définitive, aucune des évolutions constatées ne traduit un dessaisissement complet de l'État. Toutes s'analysent en revanche comme l'expression du souci des autorités de l'État de remédier aux effets déstabilisants de la crise que celui-ci traverse, à un moment où, de surcroît, il éprouve des difficultés croissantes à combiner les expressions parfois contradictoires d'un intérêt général aux multiples facettes²⁶⁷. De ce fait, une partie importante de la formulation de l'intérêt général échappe au couple que constituent, dans les procédures traditionnelles, l'exécutif et le législatif. C'est dans ce contexte que s'exprime le rôle grandissant du juge, et notamment du juge administratif, dans l'explicitation des fins d'intérêt général. À quoi s'ajoute le poids croissant de la réglementation communautaire, élaborée sans doute avec la participation des gouvernements des États membres, mais émanant d'institutions – Conseil, Commission et Parlement européen – qui ne font pas partie de l'ordre juridique national. La Cour de justice des communautés européennes n'a-t-elle pas affirmé l'existence d'un intérêt général de la Communauté, qui dépasse les intérêts divergents des États membres et dont la définition relève des institutions de la Communauté, notamment du Conseil²⁶⁸ ? Le phénomène tend désormais à s'accroître et ses effets se font désormais sentir à tous les stades de l'action administrative. Formulés différemment, l'intérêt général ne peut, non plus, être mis en œuvre de la même façon.

267 -Un exemple intéressant de cette approche vient d'être fourni par l'initiative récente du Premier ministre qui, par lettre en date du 17 novembre 1998, a demandé au Conseil d'État d'entreprendre une étude sur l'amélioration des modalités d'appréciation de l'utilité publique des grands aménagements et des grands équipements. Cette étude doit conduire à des propositions en matière de procédure de prise de décision, afin d'en garantir l'absolue transparence, d'assurer aux maîtres d'ouvrage qu'ils pourront s'engager sans incertitude dans la réalisation d'un projet après que la concertation menée aux diverses étapes et les expertises nécessaires aient permis aux pouvoirs publics de prendre leur décision en toute connaissance de cause. Le gouvernement souhaite que Conseil d'État lui propose un dispositif démocratique et simple qui puisse s'appliquer à tous les grands projets, et puisse être adapté aux décisions concernant les projets moins importants.

268 -Sur l'intérêt général à l'échelon communautaire, voir ci-après la contribution d'Edmond Honorat, La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes.



Les mutations dans les modes d'exercice de l'intérêt général : vers une meilleure conciliation entre service public et marché

Les activités d'intérêt général ont été traditionnellement érigées en services publics. Organisées sous les formes les plus variées, de la gestion en régie ou par un prestataire public jusqu'à la délégation à une entreprise privée, ces activités ont connu, tant dans leur contenu que dans leur mode de gestion, d'importantes évolutions accélérées sous l'influence du droit communautaire. Au terme d'un processus de rapprochement à partir de points de départ sensiblement opposés, on constate aujourd'hui une convergence entre les approches nationale et communautaire, conduisant à une meilleure conciliation entre principes du marché et objectifs d'intérêt général.

Une évolution des modes de gestion accélérée par le droit communautaire

Diversité des modes de gestion des activités d'intérêt général

Les activités d'intérêt général sont souvent organisées en France sous la forme de services publics. Dans ce cas, elles obéissent à des principes communs ; notamment les « lois du service public », ou lois de Rolland, dégagées par le Conseil d'État, et érigées depuis, pour la plupart, en principes de valeur constitutionnelle : continuité, égalité et mutabilité²⁶⁹. Dès lors qu'elle constitue un service public présentant un caractère d'intérêt général, une activité doit être assurée de manière continue, les usagers placés dans une situation identique doivent bénéficier d'un traitement identique, le service doit être adapté à l'évolution des besoins collectifs.

Un service d'intérêt général suppose une intervention, ou au moins un contrôle, des pouvoirs publics, garants du respect de ces principes et de la satisfaction de l'intérêt général. Pour reprendre l'analyse célèbre de Léon Duguit²⁷⁰, dès lors qu'une activité est indispensable à l'accomplissement de « l'interdépendance sociale », elle relève par nature du service public et suppose l'intervention de « la force gouvernante », garante de l'intérêt général. Dès l'origine, la doctrine française du service public accordait donc une place éminente à la finalité de l'intérêt général. Mais une grande diversité a été rapidement introduite dans les modalités d'exercice de l'intérêt général.

Les aspects dits organiques, c'est-à-dire les modes d'organisation des activités d'intérêt général, n'apparaissent pas pour la doctrine classique comme consubstantiels à la notion de service public. D'où la diversité croissante des modes d'organisation des services ayant pour objet la

269 - Sur ce point, voir notamment les considérations générales du rapport public du Conseil d'État de 1994 *Service public, services publics : déclin ou renouveau* et le rapport de la mission présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc, *Le service public*, remis au Premier ministre en 1996.

270 - L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1928, t. 2, p. 61.



satisfaction de l'intérêt général, alors que les grandes lois du service public demeuraient intangibles. Cette diversité concerne surtout la sphère marchande, les activités régaliennes demeurant de la compétence exclusive de l'État. Depuis l'arrêt du Tribunal des conflits *Sté commerciale de l'ouest africain, dit « Bac d'Eloka »*²⁷¹, il est clairement admis que les personnes publiques peuvent prendre en charge des activités industrielles et commerciales sous la forme de services publics industriels et commerciaux, soumis pour l'essentiel au droit privé et à la compétence du juge judiciaire.

Par une interprétation souple du principe de liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'État a aussi considéré que des collectivités territoriales pouvaient prendre en charge des activités d'intérêt général relevant de la sphère marchande, en cas de carence de l'initiative privée²⁷².

Ces initiatives ont été relayées par le législateur qui a consacré le rôle des personnes publiques et notamment des collectivités territoriales en matière économique. La nationalisation de grandes entreprises, notamment après 1945, devait considérablement amplifier les interventions de l'État dans la sphère marchande. Fruits de cette politique, les grands services publics en réseaux, organisés pour beaucoup sous la forme de monopoles d'État, sont surtout considérés comme le cœur du service public. En fait, ils demeurent surtout, dans leur organisation, par le statut avantageux prévu pour leurs salariés, et par leurs modes de financement, le résultat d'un compromis social historiquement daté²⁷³.

La loi du 7 juillet 1983 portant réforme de l'économie mixte locale a également stimulé l'essor des sociétés d'économie mixte locales, dont le champ d'intervention se définit exclusivement par la prise en charge d'une activité d'intérêt général. Le Conseil d'État a retenu une interprétation assez large de la notion d'intérêt général en la matière, mais la seule participation au développement économique local ne saurait justifier la création d'une société d'économie mixte locale si elle porte atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.²⁷⁴

L'implication croissante des personnes publiques dans la sphère marchande s'est accompagnée de la possibilité offerte à des personnes privées de prendre en charge des activités d'intérêt général. Il s'agit alors d'une gestion déléguée à des personnes privées, par opposition à la gestion directe ou en régie. Les collectivités publiques peuvent décider librement d'exploiter une activité d'intérêt général ou de la déléguer, sous réserve de certaines missions réservées par nature aux collectivités publiques. Ainsi, en matière de stationnement sur la voie publique, l'exploitation payante peut être déléguée au concessionnaire, mais non le pouvoir de police²⁷⁵. De même, l'exploitation d'un établissement pénitentiaire peut être déléguée à des personnes privées, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance (Loi n° 87-432 du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire).

271 - 22 janvier 1921, GAJA n° 40.

272 - 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, GAJA n° 48.

273 - Voir sur ce point le rapport de M. Denoix de Saint Marc précité.

274 - CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle c/ Commune d'Arneville*, T p. 814.

275 - CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, p. 176.



Les modes de prise en charge des activités d'intérêt général dans la sphère marchande apparaissent donc très diversifiés. On observe néanmoins une certaine convergence dans l'organisation des grands services publics en réseaux, et une accélération de la modernisation de ces services sous l'influence du droit communautaire.

L'influence du droit communautaire sur la régulation et l'organisation des activités d'intérêt général

L'impact du droit communautaire sur l'organisation des grands services publics en réseaux ne doit pas être surestimé. La remise en cause de certains modes d'organisation des services publics en réseaux résulte plus d'impératifs économiques et sociaux ou d'un souci de bonne gestion que de la « contrainte communautaire ». Le rapport précité de la mission présidée par M. Denoix de Saint Marc souligne ainsi que l'organisation monopolistique des grands services publics français en réseaux a répondu à des circonstances historiques particulières plus qu'à une quelconque fatalité juridique intangible ²⁷⁶.

Néanmoins, le droit communautaire, loin d'être neutre à cet égard, influence les modes de prise en charge de l'intérêt général. Les textes encadrent les interventions des États et des entreprises et la Commission européenne joue à cet égard un rôle croissant.

Le cadre juridique communautaire et l'implication croissante de la Commission

Sur le fondement de l'article 90 du traité de Rome, la Commission veille à ce que les modes d'organisation des activités d'intérêt général ne conduisent pas à une remise en cause des principes du marché commun ²⁷⁷. À ce titre,

276 -CE : « Des techniques de production concurrentes des anciennes sont apparues ; les services publics, dans une économie mondialisée, se sont mis à peser plus fort sur la compétitivité des économies nationales ; les consommateurs sont devenus de plus en plus sensibles à la qualité du service et désireux d'une prestation personnalisée. Tout cela conduit beaucoup de gouvernements à adopter une organisation plus concurrentielle et plus flexible et à réformer leurs réglementations. La France paraît ressentir plus vivement que d'autres pays les problèmes qu'éveille la transformation en cours des services publics en réseaux. Pourtant, elle est soumise aux changements survenus dans leur environnement de la même manière que les pays de développement comparable. Mais peut-être plus que d'autres, elle a le sentiment de subir ces changements ou, plus précisément, de les rencontrer indirectement au travers de la construction communautaire : l'Union européenne agit comme le révélateur de questions que la société française est pour une part réticente à affronter, et comme l'accélérateur du calendrier de changements qu'elle peut avoir le sentiment de n'avoir pas voulu » (rapport sur le *Service public*).

277 -L'article 90 détermine les conditions d'application au secteur public des règles de concurrence prévues aux articles 85 et 86. Il concerne le traitement des entreprises publiques par les États (al. 1^{er}) et les comportements des entreprises (al. 2). L'article 90 dispose en effet :

« 1 - Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux et exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire au présent Traité [...] ;

« 2 - Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de la concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté. [...] ».

« 3 - La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives et décisions appropriées aux États membres ».



sont sanctionnées les ententes (article 85 du Traité), les abus de position dominante (article 86 du Traité) et les concentrations abusives²⁷⁸. L'article 90 permet certes la constitution de monopoles publics, mais dans la mesure seulement où leur régime demeure compatible avec les exigences communautaires. Les services et monopoles publics n'échappent donc pas par principe au droit de la concurrence.

L'article 90-3 reconnaît à la Commission une mission de surveillance qui s'inscrit dans le cadre des pouvoirs généraux de surveillance que lui confère l'article 155 du Traité et qui lui permet le cas échéant, de mettre en œuvre la procédure d'infraction de l'article 169, instruite, dans ce cas, par la Direction générale de la concurrence (DG IV)²⁷⁹.

Outre la possibilité de sanctionner par des décisions individuelles les comportements anti-concurrentiels des États et/ou des entreprises, la Commission se voit reconnaître par cet article 90-3 un véritable pouvoir normatif autonome, distinct de celui du Conseil. Sur le fondement de cet article, la Commission est intervenue pour ouvrir certains secteurs à la concurrence, notamment celui des télécommunications, à la suite de plaintes individuelles émanant d'entreprises privées confrontées à l'impossibilité de pénétrer sur un marché prometteur, compte tenu des droits exclusifs conférés aux opérateurs publics « historiques »²⁸⁰.

La Cour de justice a confirmé cette compétence exclusive de la Commission, très contestée par plusieurs États membres²⁸¹. Elle a estimé que l'article 90 § 3 conférerait bien à la Commission « le pouvoir de préciser, de façon générale, par voie de directive, les obligations qui découlent de l'article 90 § 3 ».

Ainsi, sous l'influence des normes édictées par les institutions communautaires, les États membres tendent à perdre le monopole du droit de la détermination de l'intérêt général. Ils n'agissent plus aussi librement que par le passé. C'est le cas, tant pour la régulation que pour les modalités de prise en charge des activités d'intérêt général.

La dissociation des fonctions de régulation et des fonctions opérationnelles

Un risque d'abus de position dominante pourrait résulter du cumul entre une activité réglementaire ou de régulation et une activité d'exploitation dans le cadre de l'ouverture à la concurrence d'un secteur jusqu'alors réservé à une entreprise en situation de monopole. Le secteur des télécommunica-

278 - Règlement n° 4064 -89 du 21 décembre 1989.

279 - La Commission se montre particulièrement vigilante depuis l'instauration du marché unique. Elle est par exemple intervenue pour sanctionner : l'interdiction de coursiers privés figurant dans une loi néerlandaise (déc. du 20 décembre 1989), une disposition de la loi postale espagnole réservant certains services de courrier à la Poste (déc. du 1^{er} août 1990), l'interdiction de l'accès au port de Rodby (Danemark) à une compagnie privée de ferries (déc. du 21 décembre 1993).

280 - Plutôt que de multiplier les arbitrages individuels, la Commission a eu recours à l'article 90-3 dès 1988, pour ouvrir le secteur des télécommunications, en adoptant la directive n° 88/ 301 sur les terminaux, exigeant l'abolition de tous les droits exclusifs nationaux en matière de commercialisation de terminaux.

281 - Décision n° 202/88 du 19 mars 1991, *France c/ Commission*.



tions illustre les adaptations rendues nécessaires pour éviter un tel risque. La Cour de justice a estimé ²⁸² que « le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent que la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services concurrents dans le domaine des télécommunications ».

Cette exigence est appréciée avec rigueur : le partage des fonctions entre deux directions relevant du même département ministériel ne constitue pas une garantie suffisante ²⁸³ ; il en va de même pour l'expertise technique effectuée par un laboratoire d'essais contrôlé par l'opérateur public ²⁸⁴. En conséquence, la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 a dissocié les fonctions de réglementation, de régulation du secteur et d'exploitation, par la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante, l'autorité de régulation des télécommunications. Il en sera de même pour le secteur de l'électricité en application de la directive 96/92 du 19 décembre 1996.

L'impact du droit communautaire sur l'organisation des services

L'article 222 du Traité affiche une indifférence de principe au régime de propriété des services publics. En pratique, on constate que les principes du droit communautaire ont une réelle influence sur les modes d'organisation et de gestion de ces services.

Ainsi, de nouvelles exigences apparaissent, comme celle d'une plus grande transparence comptable, afin d'éviter les subventions croisées entre des activités sous régime de droits exclusifs et des activités concurrentielles. Il en résulte un principe de séparation comptable, notamment mis en œuvre en matière de chemins de fer, pour les activités postales, ainsi que pour le futur gestionnaire du réseau électrique. Dans certains cas, et notamment dans le cadre d'une diversification, la logique de transparence conduit même à une individualisation juridique de certaines activités. À cet effet, la SNCF a, par exemple, créé une filiale-téléphonie pour prendre en charge cette nouvelle activité menée dans le cadre d'une politique de diversification. Il en sera de même si EDF est appelé à diversifier ses activités dans le secteur des services.

Selon certains auteurs, l'organisation des grands services publics en réseaux devrait s'effectuer à terme sous la forme de sociétés commerciales ²⁸⁵. Aujourd'hui, il n'existe pas à cet égard d'impératif juridique. Mais, l'exigence d'autonomie à l'égard de la puissance publique exclut, semble-t-il, au moins la gestion en régie. Le secteur ferroviaire l'illustre bien.

282 - CJCE, 13 décembre 1991, *RTT*.

283 - CJCE, 27 octobre 1993, *Decoster*.

284 - CJCE, 9 novembre 1995, *Tranchant*.

285 - Pour le professeur Denys Simon : « si l'on peut estimer que le principe de neutralité de l'article 222 est formellement respecté [...], si la privatisation n'est pas exigée, la forme juridique de la société commerciale, fut-elle totalement ou partiellement à capitaux publics, est quant à elle obligatoire ». *Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires*, in *Service public et Communauté : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg, La Documentation française, 1998, p. 76.



L'article 5 § 1 de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 impose en effet aux États membres de prendre les mesures nécessaires « pour permettre aux entreprises ferroviaires d'ajuster au marché leurs activités et les gérer sous la responsabilité de leurs organes de direction », ce qui condamne à contrario une tutelle trop étroite de l'État. La gestion doit en outre répondre « aux principes qui s'appliquent aux sociétés commerciales ».

En pratique, sans que les évolutions en la matière soient nécessairement liées à un impératif communautaire²⁸⁶, on constate que l'État cesse progressivement de gérer des activités économiques en régie directe, pour les faire prendre en charge par des établissements publics (Météo France depuis 1993). Ces derniers font souvent place à des sociétés anonymes, dont le capital est parfois ouvert, comme cela a été le cas après la transformation de France Télécom en société anonyme par la loi du 26 juillet 1996. Ces sociétés dérogent néanmoins au droit commun, notamment pour ce qui touche au statut et aux modalités de participation de leurs salariés.

Les modes de financement des activités économiques d'intérêt général évoluent aussi, notamment par une tendance croissante à la « démonopolisation »²⁸⁷. La Cour de justice des communautés européennes admet certes, dans certains cas, une telle organisation, qui permet d'opérer des compensations entre secteurs rentables et non rentables, mais seulement si elles sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission d'intérêt général impartie à l'entreprise titulaire de droits exclusifs.

L'application du principe de proportionnalité dans les atteintes à la concurrence conduit toutefois à privilégier aujourd'hui d'autres formules, et notamment la mise en place de mécanismes de compensations externes : soit une compensation par les opérateurs privés accédant à un nouveau marché, pour les charges assumées par l'opérateur historique (redevances d'accès aux réseaux et participation à un fonds de service universel mis à la charge des nouveaux opérateurs de télécommunications), soit une compensation par l'État des obligations de service public qu'il impose à l'organisme en cause.

Au total, on assiste au déplacement de l'équilibre entre régimes de droit public assortis de droits exclusifs d'un côté et application du droit de la concurrence de l'autre, en vue de permettre une meilleure conciliation entre finalités spécifiques d'intérêt général et bénéfiques attendus du marché, notamment pour les consommateurs.

Vers une meilleure conciliation entre règles du marché et impératifs d'intérêt général

La mise en œuvre de l'intérêt général a longtemps justifié, tant dans la loi que la jurisprudence, des dérogations à l'application des règles du

286 - Ainsi, la SEITA, organisée à l'origine sous forme de régie directe, est transformée en EPIC dès 1959, en société d'économie mixte en 1980 et en société nationale en 1984.

287 - Voir, Gabriel Eckert *Les modes de financement du service public in Service public et Communauté : entre l'intérêt général et le marché*, précité.



marché. Droit communautaire et droit interne convergent toutefois aujourd'hui dans la recherche d'un meilleur équilibre entre droit de la concurrence et régimes dérogatoires.

La prise en compte des finalités de l'intérêt général par le droit communautaire

En vertu des principes du droit communautaire, seules les activités exercées hors de la sphère marchande échappent aux disciplines de la concurrence. Mais cette situation ne conduit pas pour autant à la remise en cause des finalités d'intérêt général.

Le domaine étendu du droit de la concurrence

La Cour de justice a donné de l'article 90 CEE une interprétation large, afin d'éviter de faire échapper certains pans des services publics à la contrainte communautaire. Selon la Cour, la notion d'autorité publique, visée par l'article 90-1 du Traité, concerne l'État, mais aussi « les autorités publiques au niveau régional, provincial ou communal »²⁸⁸. De même, la notion « d'entreprise » vise « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »²⁸⁹. À cet égard, la Cour de justice a adopté une définition de la notion d'entreprise publique qui n'a rien de comparable avec la conception organique qui prévaut en droit interne. En effet, l'entreprise publique peut exister sans personnalité juridique distincte de celle d'une collectivité publique, dès lors qu'il s'agit d'une activité économique²⁹⁰. C'est ainsi que la qualification d'entreprise publique a pu être retenue pour le service public des pompes funèbres²⁹¹ ou l'organisme fédéral allemand de placement des cadres²⁹².

Seules les fonctions d'autorité et certaines activités qui relèvent de la solidarité échappent au champ d'application du droit de la concurrence. Distinguant soigneusement les deux types d'activités, la Cour de justice relève à ce propos que « l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant une des activités économiques de caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché »²⁹³. Elle a ainsi précisé les conditions de cette exclusion dans l'important arrêt dit « Eurocontrol »²⁹⁴ estimant que l'organisation internationale Eurocontrol, investie de prérogatives régaliennes, notamment celle consistant à lever les redevances de contrôle de la navigation aérienne, doit être considérée comme une administration et non comme une entreprise dès lors qu'elle prend la forme d'un organisme public ne poursuivant pas de but lucratif.

288 - CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*.

289 - CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*.

290 - CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*.

291 - CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*.

292 - CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*.

293 - CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*.

294 - CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*.



Par ailleurs – mais, sur ce point, les frontières semblent moins clairement balisées – la Cour a récemment exclu du champ d'application de l'article 90²⁹⁵, certaines activités qui relèvent de la solidarité. Cette décision témoigne d'un infléchissement notable de la jurisprudence communautaire, mais les critères retenus semblent très restrictifs, puisque la Cour a relevé que les caisses d'assurance maladie et les organismes de sécurité sociale remplissent une « fonction de nature exclusivement sociale » : dès lors que l'affiliation à un organisme n'est pas obligatoire, la Cour entend en revanche soumettre ledit organisme au respect des dispositions de l'article 90²⁹⁶.

Ainsi, entrent dans le champ des activités économiques les organismes qui ne relèvent ni de la qualification de puissance publique ni de la solidarité strictement entendue²⁹⁷. Toutefois, le champ d'application très extensif du droit communautaire de la concurrence ne conduit pas à la remise en cause des finalités d'intérêt général, prises en compte de manière croissante par le droit communautaire.

Une prise en compte croissante des finalités d'intérêt général

En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, longtemps restrictive sur la notion d'activité d'intérêt général susceptible de justifier des dérogations au droit commun de la concurrence, a très sensiblement évolué ces dernières années.

La Cour procède à un contrôle sur l'attribution et l'exercice des droits exclusifs conférés aux monopoles publics sur le fondement d'une lecture combinée des articles 85, 86 et 90 CEE, afin de ne pas priver d'effet les dispositions relatives à la libre concurrence. Elle s'appuie également sur l'article 30 du Traité, qui prohibe les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, et sur l'article 59, qui prohibe les restrictions à la libre prestation de services. Les possibilités de dérogations à ces dispositifs ont été strictement encadrées par la CJCE²⁹⁸.

Toutefois, la jurisprudence de la CJCE, longtemps restrictive sur la notion d'activité d'intérêt général susceptible de justifier des dérogations au droit commun de la concurrence, s'est sensiblement assouplie depuis 1993.

Depuis l'arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, la Cour n'apprécie plus dans quelle mesure le service public enfreint le droit commun de la concurrence résultant

295 -CJCE, *Poucet et Pistre* du 7 février 1993.

296 -CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*.

297 -Cette approche n'est pas toujours jugée satisfaisante, dans la mesure notamment où les contours de ces notions semblent assez flous et pourraient conduire à une application trop extensive du droit de la concurrence. Ainsi, comme le relève le professeur Denys Simon : « Serait ainsi à considérer comme une activité économique, une activité susceptible d'être exercée par une personne privée ou se trouvant en situation de concurrence avec des activités analogues exercées par des opérateurs économiques privés. Ce critère qui a connu son heure de gloire dans le contentieux administratif français, n'est pas pour autant totalement satisfaisant, tant il est vrai qu'il pourrait conduire à considérer comme entreprises au sens du droit de la concurrence les hôpitaux ou les universités... ». « Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires », in *Service public et Communauté : entre l'intérêt général et la marché* précité.

298 -Il importe en premier lieu que soit apportée la preuve que l'entreprise est habilitée par la puissance publique (21 avril 1974, *BRT c/ Sabam*). L'entreprise doit avoir été expressément investie d'une telle mission par un acte de la puissance publique, unilatéral ou contractuel.



des art. 85, 86 du Traité, mais fait jouer l'article 90 de façon autonome. La Cour combine en effet les articles 90-1 et 90-2 pour faire échec au droit de la concurrence, « dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires de droits exclusifs ».

En l'espèce, la dérogation concernait le cas de la poste belge, dont la Cour a analysé la mission comme consistant « dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution de courrier au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle ». Désormais, s'agissant du régime des dérogations, il n'y a plus à prouver que la concurrence mettrait le service public dans l'impossibilité absolue de fonctionner. Il suffit que l'équilibre financier de l'entreprise soit menacé par l'application des règles de la concurrence. C'est ce qui conduit la Cour à admettre que des entreprises en charge du service universel opèrent une compensation entre secteurs rentables et non rentables, et que certains secteurs rentables ne soient pas ouverts à la concurrence.

L'affaire *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994, rendue en matière de fourniture d'électricité, a conduit la Cour à préciser sa nouvelle doctrine : « l'article 90-2 ne s'oppose pas au monopole d'importation d'électricité, dans la mesure où cette restriction à la concurrence est nécessaire pour permettre à cette entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général ». Les obligations de service d'intérêt général de l'entreprise concessionnaire chargée de la fourniture d'électricité sont ainsi définies : « assurer la fourniture ininterrompue, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées, à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que dans des conditions objectives applicables à tous les clients ». Pour apprécier si des dérogations à la concurrence sont nécessaires pour assurer cette mission d'intérêt général, il convient de tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, et notamment des coûts qu'elle doit supporter du fait du cadre réglementaire (normes d'environnement notamment) et de ses obligations spécifiques.

L'assouplissement de la position de la Cour a enfin été illustré plus récemment par quatre arrêts rendus le 23 octobre 1997²⁹⁹, sur la question de la licéité des droits exclusifs d'importation et d'exportation de l'électricité et du gaz au regard des règles communautaires relatives à la libre circulation des marchandises et à la concurrence³⁰⁰. La Commission reprochait notamment à la France de maintenir un monopole d'exportation et d'importation au profit d'EDF et de GDF. Elle estimait que cette situation constituait une entrave à la liberté des échanges au sein de la Communauté. La Cour a examiné la question au regard des dispositions de l'article 37 § 1 qui prévoit l'aménagement progressif des monopoles nationaux, de sorte que les

299 - *Commission c/ Pays-Bas* ; *Commission c/ Italie* ; *Commission c/ France* ; *Commission c/ Espagne*.

300 - Commentés par M^{me} Caroline London, « Le service public dans la tourmente », *Les Petites affiches*, 15 mai 1998, n° 58, et par Francis Hamon, note AJDA 1997, p. 991.



conditions de leur approvisionnement ne conduisent pas à une atteinte à la libre circulation des marchandises. La Cour a d'abord estimé que l'article 37 §1 avait été violé du fait de l'attribution de droits exclusifs d'importation privant les autres États membres de la possibilité d'offrir leurs produits aux consommateurs de leur choix. Mais elle a ensuite recherché si la mission d'intérêt général poursuivie par l'entreprise serait mise en péril par l'abandon des droits exclusifs, cas justifiant une dérogation au titre de l'article 90 § 2 du Traité. Dans la lignée des arrêts Corbeau et Commune d'Almelo, la Cour a estimé qu'il « suffit que l'application de ces règles fasse échec à l'accomplissement en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à cette entreprise. Il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée ».

Cette jurisprudence est intéressante à un double titre. D'une part, elle conduit la Cour à faire jouer la dérogation prévue à l'article 90 § 2 pour l'ensemble des règles du Traité, y compris l'article 37. D'autre part, la dérogation à la nécessité de renoncer aux droits exclusifs est possible dès lors que l'exploitation de l'entreprise risquerait de ne plus s'effectuer dans des « conditions économiquement acceptables » et serait par conséquent susceptible de perturber l'accomplissement des obligations de fourniture, de continuité d'approvisionnement et d'égalité de traitement entre les clients et les abonnés, qui sont autant d'objectifs d'intérêt général.

Il convient de signaler que, la Cour de justice a, par ailleurs, développé une construction jurisprudentielle importante autour de la notion d'intérêt général, dans le cadre de la liberté de circulation des services et des marchandises. Elle a ainsi jugé que « *la libre prestation de services, en tant que principe fondamental du Traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi. En particulier, lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs* »³⁰¹. Dès lors, pour que l'État membre d'accueil puisse exiger du prestataire de services le respect d'une mesure nationale restreignant l'exercice d'une activité en libre prestation de services, il faut que cette mesure restrictive poursuive un objectif d'intérêt général, soit non discriminatoire, objectivement nécessaire, et proportionnée à l'objectif poursuivi. Il faut également que cet objectif d'intérêt général ne soit pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est déjà soumis dans l'État membre où il est établi.

Ces critères sont cumulatifs. Quant aux domaines couverts par l'intérêt général, la Cour a, jusqu'à présent, reconnu par une jurisprudence abondante, qu'en l'absence d'harmonisation des législations, les domaines suivants pouvaient relever de l'intérêt général³⁰² : les règles professionnelles destinées à protéger le destinataire des services, la protection des travailleurs, y

301 - Arrêt du 25 juillet 1991, aff. C. 76-90 *Säga*, Rec. 1991 p. I-4221.

302 - À cette liste doivent, *a fortiori*, être ajoutées les dispositions de l'article 56, à savoir, l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique.



compris la protection sociale, la protection des consommateurs, le maintien de la bonne réputation du secteur financier national, la prévention de la fraude, l'ordre social, la protection de la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine historique et artistique national, la politique culturelle et la sauvegarde de la diversité culturelle dans le secteur audiovisuel, la cohérence fiscale, la sécurité routière et la protection des créanciers.

• De nombreux textes émanant des **diverses institutions communautaires** sont venus préciser par ailleurs la portée de la notion d'intérêt général.

Une communication de la Commission sur les services d'intérêt économique général en Europe du 11 septembre 1996³⁰³ témoigne d'une évolution de la doctrine de cette institution. La Commission se montre désormais plus soucieuse de ne pas porter atteinte aux finalités d'intérêt général poursuivies par les services publics. Elle invite en particulier à distinguer entre les « services d'intérêt général » qui peuvent donner lieu à des activités non marchandes, non soumises aux règles de la concurrence, et la catégorie plus restreinte des « services économiques d'intérêt général », soumises, en tant qu'activités « économiques », aux règles de la concurrence dans les conditions prévues à l'article 90 § 2. De son côté, le Parlement européen, par une résolution de décembre 1997, avait regardé les services d'intérêt économique général comme « un élément essentiel de la cohésion économique et sociale ».

Mais la discussion sur ce point est close depuis la conférence intergouvernementale à l'issue de laquelle, a été introduit par le Traité d'Amsterdam dans le Traité instituant la Communauté européenne, un article 16 ainsi rédigé : « *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87 (anciens articles 77, 90 et 92) et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ». Une autre déclaration incluse dans l'Acte final précise que « *les dispositions de l'article 16 relatives aux services publics sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ». Cette disposition s'inscrit enfin dans une philosophie d'ensemble de l'action communautaire, telle qu'elle est formulée à l'article 1 § 2 du Traité de l'Union européenne : « ... à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines. »

303 - Voir : José Luis Buendia Sierra *La communication de la commission sur les services d'intérêt économique général en Europe et la politique communautaire de la concurrence*, in *Service public et Communauté : entre l'intérêt général et le marché* précité. Voir aussi : Denys Simon et Fabien Lagondet : *La communication de la commission sur les services d'intérêt économique général en Europe : continuité ou rupture ?*, Europe, janvier 1997.



La portée pratique de ces articles demeure modeste, mais leur impact symbolique est fort : ils témoignent de la volonté de rétablir une parité entre service public et marché. Ils traduisent aussi, comme la déclaration de la Commission, le souci de garantir le respect des principes du service public : continuité, égalité, qualité. Les deux premiers principes sont directement inspirés par les lois de Rolland. Le dernier est proche du principe d'adaptation et il est au cœur d'un objectif partagé par les instances nationales et communautaires : la modernisation des administrations et des services publics.

Parallèlement, la politique de libéralisation, qui s'est développée – à des rythmes variés – selon les secteurs (télécommunications, poste, énergie, transports), a trouvé son expression dans de nombreux textes de droit dérivé qui, directement ou non, font référence aux impératifs d'intérêt général. Ainsi, s'agissant de future organisation de l'électricité, la directive 96/92 du 19 décembre 1996 dispose dans son article 3 § 2 que « les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement ». La directive précise, cependant, que « ces obligations doivent être clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables » et qu'elles doivent être communiquées à la Commission et aux États membres. La directive dispose enfin que pour réaliser des obligations de service public, « les États membres qui le souhaitent peuvent mettre en œuvre une planification à long terme ». Il est clair que la reconnaissance de ces principes, auxquels la France est de longue date attachée, a contribué au compromis qui a rendu possible l'adoption de la directive.

• C'est dans les textes de droit dérivé qu'a été aussi formulée la **notion de service universel**. Cette notion ne se confond ni avec celle de service public, ni avec celle de service d'intérêt économique général. Selon la définition de la Commission, il s'agit d'un service de base offert à tous les citoyens sur l'ensemble du territoire à des conditions de tarifs abordables et à un niveau de qualité standard. La logique du service de base est d'imposer une certaine harmonisation au sein de la Communauté, compatible avec les principes du marché, les États membres demeurant libres d'enrichir ce service de base, dans le respect des dispositions de l'article 90.³⁰⁴

Les critiques dirigées contre cette notion de service universel doivent être dès lors, nuancées. La Commission n'impose nullement aux États d'en rester au service de base : il serait d'ailleurs anormal qu'elle se substitue à eux pour définir les contours de l'ensemble des missions de service public. Cette tâche serait bien difficile à mener tant les conceptions nationales diffèrent sur ce

304 - Ainsi que le précise Denys Simon, article précité : « le service universel correspond au noyau dur incompressible du service public, destiné à satisfaire les besoins de tous les citoyens, quelle que soit leur situation géographique et leur condition sociale, tandis que le service d'intérêt économique général recouvre un volume plus large de prestations que les États membres peuvent juger indispensable de fournir aux usagers en fonction d'une vision plus extensive de l'intérêt général. Cette analyse à des conséquences sur le régime des activités : les restrictions de concurrence justifiées par l'accomplissement des obligations de service universel bénéficient d'une présomption de conformité avec les dispositions de l'article 90, tandis que les dérogations fondées sur le « deuxième cercle » ne seront admises que sous réserve de la démonstration de la proportionnalité des atteintes à la concurrence ».



point, tant sont évolutives et contingentes les missions de service public. Certaines prestations répondant à un besoin manifeste des citoyens, prises en charge dans le passé par l'État, sont désormais offertes par le marché ou ne répondent plus à la même exigence, compte tenu de l'évolution des technologies.

Quelles seraient en outre les conséquences d'une approche différente, consistant à définir non plus le service de base, mais l'ensemble des obligations de service public au niveau communautaire ? Ainsi que le souligne un responsable à la Direction générale de la concurrence³⁰⁵, souhaiter que la Commission s'oriente vers une approche plus ambitieuse des missions d'intérêt général au niveau communautaire, équivaudrait à « soustraire aux États membres une partie des compétences qu'ils ont en matière de service public pour les confier aux instances communautaires. Si tel est l'objectif, il est évident qu'un sérieux conflit autour du principe de subsidiarité deviendrait inévitable. Les États membres accepteraient-ils un tel transfert ? Seraient-ils prêts à accepter la mise en place de mécanismes de solidarité au-dessus des frontières nationales ? ».

Mieux vaut, dès lors, s'en tenir au principe de subsidiarité, dont la finalité est d'assurer au mieux l'intérêt général en faisant en sorte que la décision soit bien prise au niveau le plus approprié, et considérer que c'est à l'État qu'il revient de définir les besoins qu'il entend satisfaire pour une période donnée, au-delà des services de base, pour autant que les modalités d'accomplissement des missions de service public restent compatibles avec l'article 90 du Traité. Exiger de la Commission une définition exhaustive du contenu du service public, et non du seul service universel de base, conduirait à un transfert de compétence bien difficile à envisager aujourd'hui dans une matière marquée par de fortes disparités entre les États au sein de l'Union. Du fait des divergences d'approches entre États, il n'en résulterait d'ailleurs pas nécessairement un gain pour les citoyens des États qui accordent aux services publics une place importante.

Le droit communautaire fixe un cadre minimal, que chaque État peut enrichir en fonction de sa perception des attentes de la collectivité, du contexte économique, social, technologique. Le secteur des télécommunications offre un bon exemple de la conciliation entre les notions de service universel et de service public, et fait clairement apparaître que la première notion, loin de se substituer à la seconde, n'en forme qu'une composante. Ainsi, la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 distingue, en toute conformité avec le droit communautaire, trois composantes du service public : le service universel, les services obligatoires et les services d'intérêt général qui font chacun l'objet d'une définition.³⁰⁶

305 - José Luis Buendia Sierra, article précité.

306 - Le service universel (article L. 35-1 du Code des postes et télécommunications) concerne la fourniture à tous d'un service téléphonique à un prix abordable. À ce titre, la loi impose outre l'acheminement des communications téléphoniques, l'acheminement gratuit des appels d'urgence, la fourniture d'un service de renseignements et d'un annuaire, la desserte du territoire national en cabines téléphoniques installées sur le domaine public. Les services obligatoires (article L. 35-5 du Code des postes et télécommunications) doivent être assurés par l'entreprise en charge du service public dans le respect des grands principes du service public (continuité, égalité, adaptabilité) mais sans obligation de prix abordable (qui caractérise le service universel). On trouve dans cette catégorie des services plus spécifiques (RNIS, liaisons louées, services avancés de téléphonie vocale, télex, offre de liaisons louées).



Au total, on constate qu'à l'intérieur de l'Union européenne, les missions de service public demeurent définies par les États membres en fonction de considérations d'intérêt général, sous réserve, d'une part, que dans certains domaines soit au moins garanti un service universel de base (contrainte positive) et, d'autre part, que les dispositions de l'article 90 du Traité relatives à la concurrence ne soient pas méconnues (contrainte négative). Cette double contrainte traduit la recherche d'une conciliation entre les bienfaits attendus du respect du droit de la concurrence, qui assure en principe une meilleure satisfaction des besoins du consommateur, et certaines exceptions apportées à l'application de ce droit, au nom de la poursuite de missions d'intérêt général. Si la notion d'intérêt général, telle qu'elle résulte des textes communautaires, n'a pas la même portée que celle jusqu'alors admise en droit français, l'approche nationale et l'approche communautaire apparaissent en fait compatibles.

L'application aux services publics des règles de la concurrence par la jurisprudence du Conseil d'État

Parallèlement à la prise en compte des finalités d'intérêt général par le droit communautaire, les évolutions de la jurisprudence administrative française traduisent le souci de ne pas dispenser, par principe, l'accomplissement d'une mission de service public du respect du droit de la concurrence.

Droit interne et droit communautaire sont inspirés par des logiques distinctes³⁰⁷, mais les évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil d'État relatives à l'application du droit de la concurrence aux services publics tendent à lever certaines divergences d'interprétation.

Le Conseil d'État se montre certes depuis longtemps soucieux d'encadrer les dérogations aux règles du marché. Admettant que la poursuite de l'intérêt général justifie des dérogations aux règles du marché³⁰⁸, il a jugé que l'administration pouvait, au nom de l'intérêt général, porter atteinte à la libre concurrence entre des entreprises, lorsqu'elle estime qu'il est de l'intérêt de l'économie nationale de favoriser une entreprise³⁰⁹. De même,

307 - Ainsi, le rapport précité de M. Denoix de Saint Marc relève s'agissant de l'application du droit de la concurrence aux services publics : « Le droit communautaire et le droit français, en effet rencontrent les mêmes sortes de contradiction et recherchent les mêmes sortes d'arbitrage, mais au terme de cheminements dont les origines sont opposés. / En matière de services publics, le droit français part de la puissance publique, regardée comme garante des solidarités et des libertés fondamentales. C'est à elle de concilier les exigences du service public avec, par exemple, la liberté du commerce et de l'industrie. Ce faisant, elle est conduite à rechercher des accommodements et, en particulier, à limiter les prérogatives des monopoles. À l'inverse, le Traité de Rome part de la liberté de circulation des personnes, des biens et des services sur le marché intérieur de l'Europe, jugée favorable à la paix et à la prospérité. Pour le droit communautaire, la concurrence, sans être une fin, est un moyen essentiel au service de cet objectif de prospérité. La concurrence peut se heurter aux exigences de la solidarité, ce qui conduit, symétriquement à la situation précédente, à rechercher des accommodements. L'article 90 est un premier effort de conciliation. D'une certaine façon, le Traité de Maastricht en est l'étape suivante : il ajoute à l'édifice communautaire, qui reposait sur le seul pilier du marché, l'objectif de cohésion et les politiques sectorielles qui témoignent d'une meilleure prise en compte des solidarités ».

308 - Voir notamment l'ouvrage du professeur Hubert-Gérald Hubrecht, *Droit public économique*, p. 121.

309 - 21 juin 1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre français*, D. 1951, p. 661, note M. Waline, Sirey 1952 3.33 concl. Barbe.



il a admis une discrimination opérée par l'administration en faveur d'un industriel au détriment de son concurrent au motif que : « le concurrence de deux groupes français en face d'offres de pays tiers [...] était de nature à nuire aux intérêts français »³¹⁰. Toutefois le Conseil d'État à très tôt exigé de l'administration qu'elle fasse connaître les motifs de sa décision afin de lui permettre d'exercer son contrôle³¹¹. Le droit de la concurrence n'est-il pas, à certains égards, le fondement d'un pouvoir de police mis en œuvre par l'État sous le contrôle du juge ? Ce contrôle s'est renforcé à mesure que le droit de la concurrence devenait plus contraignant pour les pouvoirs publics.

Avant même l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, le juge administratif s'était montré soucieux de prévenir les atteintes au droit de la concurrence, sur le fondement de textes anciens. Il a fréquemment sanctionné les atteintes au principe de liberté du commerce et de l'industrie, issu de la loi des 2 et 17 mars 1791, dit décret d'Allarde qui dispose « *qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Comme l'affirmait déjà le commissaire du gouvernement Pichat³¹², l'institution d'un monopole de l'enlèvement des bêtes mortes au profit d'un concessionnaire serait contraire au principe de la liberté de l'industrie. Ce principe est toujours en vigueur et le pouvoir réglementaire ne saurait y déroger dès lors qu'il a valeur législative³¹³. Sur ce fondement, le Conseil d'État a encadré l'interventionnisme économique des collectivités publiques, afin de veiller à ne les autoriser qu'en cas de carence de l'initiative privée.

Il faut aussi rappeler, comme le souligne Bernard Stirn³¹⁴, qu'« avec les règles de passation des marchés publics, le droit de la concurrence imprègne de longue date le droit administratif. Après la première étape marquée par le décret du 18 novembre 1882, l'ensemble des marchés de l'État, des collectivités locales et des établissements publics administratifs s'est progressivement trouvé placé dans un cadre de concurrence, dont les règles sont aujourd'hui fixées par le Code des marchés publics. Si l'on écrivait l'histoire du droit de la concurrence, les premiers chapitres porteraient sur l'adjudication et l'appel d'offres ».

Le juge administratif veille aujourd'hui avec vigilance au respect du droit de la concurrence, tandis qu'une évolution législative élargit le domaine d'application de ce droit. L'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

310 -CE, 13 juillet 1963, *Sieur Aureille*, RDP 1964, p. 205.

311 -CE, 26 janvier 1968, *Sté Maison Génestal* p. 62, concl. Bertrand ; 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, RDP 1971, p. 987, concl. Gentot ; AJDA 1971 p. 150, chron. Labetoulle et Cabanes.

312 -CE, 4 mars 1910, *Affaire Théron* D. 1912, III, p. 57.

313 -CE, Sect. 28 oct. 1960, *Martial de Laboulaye*, p. 570 ; AJDA 1961, p. 20 concl. Heumann.

314 -*Droit public et droit de la concurrence*, Mélanges en l'honneur du professeur Claude Champaud.



dispose en effet que « les règles définies par la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques »³¹⁵. L'article 6 de la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux conventions de service public, a par la suite précisé que les règles de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'appliquaient aux conventions de délégation de service public.

Le juge administratif a tout d'abord été reconnu compétent pour faire application de cette ordonnance aux personnes publiques, quitte à en faire une interprétation spécifique, compte tenu de la nature des activités en cause et de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique³¹⁶. Ainsi, les actes administratifs qui conduisent à placer une entreprise dans une situation qui la met en infraction avec les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relèvent du contrôle du juge administratif. En revanche, si l'atteinte à la concurrence résulte du comportement d'un opérateur, fût-il public, cet agissement est soumis au contrôle du Conseil de la concurrence et relève alors de la compétence de la Cour d'appel de Paris.

Le juge administratif contrôle aussi le respect par les actes administratifs du droit européen de la concurrence³¹⁷. Ainsi, lorsque l'administration donne son agrément à un accord interprofessionnel, elle doit veiller à ne pas méconnaître la prohibition par l'article 85 du Traité de Rome des ententes anti-concurrentielles³¹⁸. Le Conseil d'État a admis que la loi elle-même pouvait être contestée au regard de l'article 86 du traité de Rome qui ne vise pourtant que le comportement des entreprises³¹⁹. Il a aussi considéré que les règles de l'ordonnance faisaient obstacle à ce que l'administration prenne une décision qui place une entreprise en situation d'abus automatique.

Le Conseil d'État est donc été amené, comme le juge communautaire, à apprécier dans quel mesure la prise en charge d'une activité d'intérêt général justifie des dérogations au droit de la concurrence. À ce jour, il n'a pas eu

315 - En pratique sont surtout en cause les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre qui prohibent « lorsqu'elles ont pour seul objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions » (article 7), ainsi que « l'exploitation abusive par une entreprise ou par un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci » (article 8).

316 - Tribunal des conflits, *Préfet de la région Ile de France, préfet de Paris c/ SAEDE*, RFDA 1989, p. 465, concl. Stirn.

317 - Il en va de même pour le juge judiciaire lorsqu'il s'intéresse aux comportements des opérateurs publics et non pas comme le juge administratif aux actes. Ainsi, France Télécom a été condamné, en application de l'article 86 du Traité, pour avoir refusé de communiquer à un éditeur privé les données relatives aux abonnés inscrits sur « liste orange », obtenues dans l'exercice de ses missions de gestion du service public des télécommunications. La Cour d'appel de Paris a jugé qu'« Une telle prérogative lui confère le monopole de l'édition des annuaires professionnels comprenant la liste des abonnés au service du téléphone en privant tout éditeur concurrent des informations relatives à ceux inscrits sur la « liste orange » (Cour d'appel de Paris, 7 février 1994, soc. Communication Média Services c/ France Télécom). L'arrêt a été confirmé par la Cour de Cassation (Com. 6 mai 1996, AJDA, déc. 1996, p. 1033), mais un arrêt ultérieur du Tribunal des conflits du 19 janvier 1998 réserve la possibilité de questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation du service postal.

318 - CE, 12 juin 1996, *Sté Christ et fils* p. 223.

319 - CE, Sect., 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres*.



à écarter le droit de la concurrence pour un motif d'intérêt général. Il a jugé que la légalité d'un contrat de concession pouvait être discutée devant le juge administratif au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ouvrant ainsi la voie au contrôle de cet équilibre³²⁰. Le juge national applique désormais sans réticence le droit de la concurrence aux activités d'intérêt général dans la sphère marchande et le tempère progressivement par la prise en compte des exigences du service public, alors même, comme le relevait le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur cet arrêt, que le droit interne ne comporte pas d'équivalent à l'article 90 du Traité de Rome³²¹. Ainsi, le juge ne se borne pas à faire application du droit communautaire en droit interne. Il pourrait aller jusqu'à créer un équivalent prétorien à l'article 90 pour rechercher le meilleur équilibre entre intérêt général et marché, lorsque le litige est soulevé sur le terrain de l'ordonnance de 1986.

Comme le soulignent les auteurs de la chronique précitée à l'AJDA : « L'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 amènera le Conseil d'État à réfléchir à nouveau aux relations complexes et parfois conflictuelles qui unissent le service public et la concurrence [...]. Si le service public doit être pris en compte pour l'application des règles de la concurrence, il serait toutefois erroné de considérer que la seule invocation du service public peut suffire à justifier une atteinte à la concurrence, à plus forte raison un monopole. Il est en effet très rare que le service public impose le monopole ».

Le juge administratif dispose enfin de moyens renforcés pour faire respecter les règles de mise en concurrence dans la passation des marchés. En effet, les articles L. 22 et L. 23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel introduisent, conformément aux prescriptions du droit communautaire, une possibilité de référé précontractuel, destiné à faire respecter un droit de la concurrence renforcé en matière de marchés publics. L'article L. 22 du même Code prévoit que le président du tribunal administratif ou son délégué « peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de marchés publics et des conventions de délégation de service public »³²². Le juge dispose alors de pouvoirs étendus : il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, annuler ces décisions, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État a ainsi retenu une conception extensive du champ d'application de l'article L. 22 du Code précité. Il a jugé que les règles de publicité préalable prévues par la directive n° 92/50 du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics

320 - CE, Sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, chr. T. X Giradot et F. Raynaud, AJDA, 20 décembre 1997, p. 945.

321 - Concl. J. H Stahl sur l'arrêt *Sté Million et Marais*.

322 - L'article contient des dispositions comparables pour les secteurs dits « exclus » en droit communautaire : l'eau, l'énergie, les transports, les télécommunications.



de service s'appliquaient à un contrat passé entre une communauté de communes et un syndicat mixte en vue de l'exploitation du réseau d'assainissement du premier par le second. Comme le soulignent certains commentateurs ³²³ : « Par cette décision, le Conseil d'État a solennellement rappelé aux collectivités territoriales en particulier et aux personnes publiques en général, les obligations de concurrence qui pèsent désormais sur elles, en vertu du droit communautaire, lorsqu'elles décident de contracter ». Le juge a sanctionné le non respect de l'obligation de mise en concurrence préalable, alors même qu'il s'agissait d'un contrat entre deux personnes publiques et que la directive qui l'impose n'avait pas encore été transposée en droit interne. Faisant application à l'espèce de la récente jurisprudence *Tête* ³²⁴, la Section du contentieux a considéré, sur le fondement d'une « exception d'inconventionnalité », que la liberté absolue des parties résultant de l'absence de règle de droit interne était incompatible, après la date de transposition fixée par la directive, avec les objectifs fixés par cette dernière.

Convergences pour un meilleur équilibre entre marché et intérêt général

On observe ainsi une convergence croissante de la démarche nationale et de la démarche communautaire, lesquelles privilégient désormais une approche fonctionnelle du régime juridique des activités d'intérêt général. Cette approche s'attache plus aux comportements ou aux actes qu'ils induisent qu'à la nature publique ou privée de l'opérateur, afin de parvenir au meilleur équilibre entre intérêt général et marché. Le droit communautaire tendant à mieux prendre en compte les finalités d'intérêt général dans l'application du droit de la concurrence, on peut désormais constater un souci partagé de préserver le cœur de la doctrine du service public, les lois de Rolland. Tant le juge national que le juge communautaire semblent en effet soucieux de préserver les principes de continuité, d'adaptation et d'égalité dans l'accès au service, dès lors que ce dernier répond à une nécessité d'intérêt général.

C'est moins la qualité de la personne publique concernée – logique organique – que la nature de l'activité d'intérêt général ou de service public qui est prise en considération. Le Conseil d'État fait désormais prévaloir cette approche fonctionnelle ³²⁵. S'ils sont envisagés sous cet angle, la notion française de service public et le concept communautaire de service d'intérêt économique général apparaissent, en définitive, assez proches.

Toutefois, cette extension du champ d'application du droit de la concurrence ne conduit pour autant pas à la remise en cause des objectifs d'intérêt

323 -F. Raynaud et P. Fombeur ; AJDA 20 juillet/ 20 août 1998 p. 553.

324 -Par cette décision d'Assemblée du 6 février 1998, le Conseil d'État a annulé l'ensemble de la procédure suivie pour la réalisation et l'exploitation du périphérique nord de Lyon en considérant que le contrat de concession en cause avait été passé sur le fondement de règles nationales – la liberté des parties les dispensant de règles de publicité préalables – incompatibles avec une directive du 18 juillet 1989 qui impose le respect de mesures de publicité préalables à la passation d'un contrat de travaux publics. En l'absence de texte conforme aux objectifs de la directive, le Conseil d'État, pour assurer la pleine effectivité du droit communautaire, a écarté les principes jurisprudentiels incompatibles avec la directive.

325 -Voir par exemple : CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organisme d'HLM*, p. 190.



général. La préservation de l'interdépendance ou de la cohésion sociale, objectif cher à Duguit, devient même légitime aux yeux des instances communautaires. Ainsi, outre les évolutions décrites du régime des services d'intérêt économique général, la Cour de justice des communautés européennes estime possible de déroger à l'interdiction des aides d'État, si une aide présente « un intérêt européen »³²⁶. Les aides générales, en principe contraires au droit de la concurrence, sont tolérées si elles contribuent à la réalisation d'objectifs communautaires qui ne seraient pas atteints par le seul jeu des lois du marché : c'est le cas des aides contribuant notamment à la cohésion économique et sociale.

Il est donc admis, tant par le juge national que par le juge communautaire, que le respect des principes régissant le marché intérieur ne constitue plus un objectif absolu. La Cour de justice a en effet progressivement introduit, à côté des dérogations expressees à la libre circulation prévues par le Traité, qui sont énoncées à l'article 36 pour les marchandises et à l'article 56 pour les services, des exceptions prétoriennes tirées « d'exigences impérieuses »³²⁷. Sous des formulations différentes (« motif d'intérêt général » ; « raisons impérieuses d'intérêt général ») cette jurisprudence a ensuite été étendue aux domaines de la libre prestation de service³²⁸ et de la liberté d'établissement³²⁹. Ainsi, la Cour de justice a progressivement considéré que des motifs d'intérêt général permettaient de déroger non seulement à l'application du droit de la concurrence, mais, au-delà, à toutes les libertés du Traité.

Un exemple récent de convergence des jurisprudences peut être relevé en matière de politique culturelle et linguistique. La Cour de justice accepte de déroger au régime des libertés de circulation et de libre prestation de service pour des motifs d'intérêt général tirés de la protection du patrimoine culturel. Cette jurisprudence est résumée par l'avocat général Van Gerven³³⁰ dans ses conclusions sur l'affaire *Fédicine* (1993) : « Il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'une réglementation qui s'inscrit dans la politique culturelle d'autorités nationales ou régionales peut, le cas échéant s'autoriser d'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par le droit communautaire et justifiant des restrictions déterminées à la circulation intracommunautaire des personnes des services ou des marchandises [...]. Cette raison impérieuse peut être décrite, de manière générale, comme la protection, le développement et la diffusion du patrimoine culturel propre d'un État membre dans un contexte pluraliste et en tant que composante d'un héritage culturel commun et dénommé « protection du patrimoine culturel ».

Le juge se livre donc à une sorte de bilan, de contrôle de proportionnalité, entre les atteintes aux lois du marché et la protection d'objectifs d'intérêt général qui y dérogent. Un récent arrêt du Conseil d'État³³¹ s'inscrit dans

326 - CJCE, 17 sept. 1980, *Philip Morris*.

327 - CJCE, 20 février 1978, *Cassis de Dijon*.

328 - CJCE, 25 juillet 1991, *Säger et Dennemeyer*.

329 - CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Krauss*.

330 - Cité par M^{me} Sylvie Hubac dans ses conclusions sous l'arrêt d'Assemblée du 8 avril 1998 *Serc Fun Radio*, à paraître au Lebon.

331 - CE, Ass., 8 avril 1998, *Serc Fun radio*.



une logique identique. Il juge que des quotas linguistiques à la radio ne portent pas une atteinte disproportionnée à la libre circulation des marchandises et des services. Il met ainsi en balance le respect des lois du marché intérieur et un objectif culturel d'intérêt général, pour conclure qu'une dérogation à la discipline du marché est justifiée dès lors qu'elle n'est pas motivée par des considérations économiques.

La Cour justice et le Conseil d'État s'accordent donc pour estimer d'une part, « que les intérêts de la collectivité devaient prévaloir sur les intérêts particuliers des opérateurs individuels »³³², d'autre part, qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'application du droit de la concurrence au seul motif que l'on se trouve en présence d'un opérateur public et, enfin, qu'il y a en revanche lieu d'y déroger si une finalité d'intérêt général – l'accomplissement d'une mission de service public ou de service d'intérêt économique général – est compromise.

C'est ainsi que progressivement, les principes du marché se combinent avec d'autres objectifs d'intérêt général, au nombre desquels figure sans ambiguïté la cohésion sociale et territoriale, pour créer les conditions d'un nouvel équilibre dans le fonctionnement des services publics.

332 - CJCE, 1^{er} octobre 1998, *Autotrasporti Librandi*.





Conclusion

1 – L'intérêt général se situe, depuis plus de deux cents ans, au cœur de la pensée politique et juridique française, en tant que finalité ultime de l'action publique. Cette notion est-elle toujours d'actualité ?

Nul doute que le débat entre les deux conceptions, l'une utilitariste, l'autre volontariste, de l'intérêt général, n'a guère perdu de son intensité. Il illustre, au fond, le clivage qui sépare deux visions de la démocratie : d'un côté, celle d'une démocratie de l'individu, qui tend à réduire l'espace public à la garantie de la coexistence entre les intérêts distincts, et parfois conflictuels, des diverses composantes de la société ; de l'autre, une conception plus proche de la tradition républicaine française, qui fait appel à la capacité des individus à transcender leurs appartenances et leurs intérêts pour exercer la suprême liberté de former ensemble une société politique.

Cette conception volontariste de la démocratie a profondément marqué l'ensemble de notre système juridique et institutionnel. En vertu des principes qu'elle a inspirés, il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'État, sous le contrôle du juge, édictent les normes réglementaires, prennent les décisions individuelles et gèrent les services publics. Cette vision de l'intérêt général est aujourd'hui en question.

2 – La conception volontariste de l'intérêt général est d'abord fragilisée par la contestation d'un État qui incarne cette valeur et a du mal à adapter tant ses missions que son mode de fonctionnement aux transformations de la société. L'idée d'un État conçu comme principe éminent, tout entier tendu vers l'unité de la volonté collective, garant de l'intérêt général face à la diversité des intérêts de la société civile, est en outre contrebattue par l'évolution générale des démocraties contemporaines, qui tend à promouvoir la diversité des identités et la pluralité des intérêts, aux dépens du primat des valeurs communes. Les ressorts de la politique moderne font plus de place aux intérêts de l'individu qu'à ceux de la société. Or, seule la référence à des buts d'intérêt général peut légitimer, aux yeux du citoyen, l'utilisation par l'appareil de l'État de moyens dérogatoires au droit commun, en vue précisément de faire prévaloir cet intérêt commun sur les intérêts particuliers. Pour toutes ces raisons, l'État ne réussit plus à susciter l'adhésion des citoyens. On lui dénie même le monopole de formulation du bien public.

Cet affaiblissement de la légitimité de l'État est particulièrement sensible dans la sphère de l'économie. De fait, c'est l'analyse économique qui a inspiré les conceptions qui voient dans l'utilité collective la somme des utilités particulières et dans l'intérêt général le produit de la rencontre entre



intérêts particuliers. Le libéralisme contemporain confère une nouvelle formulation à la vision utilitariste, développée au XVIII^e siècle, selon laquelle l'intérêt général peut trouver son compte dans la liberté qui est laissée à chacun de mobiliser ses initiatives et de donner libre cours à ses capacités créatrices. En conférant une place centrale à l'ouverture des marchés et au principe de libre concurrence, la construction européenne a fait sienne, pour l'essentiel, cette démarche libérale, selon laquelle le marché, loin d'être antagoniste de l'intérêt général, peut activement y contribuer, notamment en permettant d'obtenir le prix le plus compétitif pour une meilleure qualité de service. Le Traité de Rome impose, dès lors, l'application stricte des règles communautaires de concurrence à tous les acteurs économiques, y compris aux services d'intérêt général. Indépendamment même des exigences du droit communautaire, le droit français, éclairé par la jurisprudence administrative, avait déjà admis qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre l'accomplissement d'une mission de service public et le respect du droit de la concurrence : les dérogations éventuelles aux règles du marché sont désormais encadrées de façon restrictive. L'intérêt général s'est d'ailleurs toujours accommodé, dans le droit public français, de la grande diversité des procédures de l'action publique.

3 – Le paradigme français, qui fait une place centrale à un intérêt général allant au-delà de la somme des intérêts particuliers, est-il pour autant condamné ? L'expérience quotidienne montre que les intérêts particuliers sont le plus souvent conflictuels et que l'harmonie préétablie des intérêts ne relève que du vœu pieux. Les théoriciens de la pensée libérale ne considèrent d'ailleurs pas que le marché ait réponse à tout et constitue la seule voie vers l'intérêt général. Une coalition d'intérêts singuliers, qui privilégie le plus souvent les impératifs du court terme, ne permet pas, de façon spontanée, de dégager en même temps l'optimum économique et l'optimum social. S'il se limitait à la simple conjugaison des intérêts particuliers, l'intérêt général ne serait, le plus souvent, que l'expression des intérêts les plus puissants, le souci de la liberté l'emportant sur celui de l'égalité. Sous peine de déboucher sur une impasse, la démocratie de l'individu est ainsi conduite à redécouvrir la nécessité d'un intérêt général intégrant les intérêts particuliers. Ce processus implique une médiation de l'État, seul capable, non seulement de réaliser, lorsque c'est nécessaire, la synthèse entre les intérêts qui s'expriment au sein de la société civile, mais de contribuer à dépasser les égoïsmes catégoriels et à prendre en compte les intérêts des générations futures. Seul un intérêt général ainsi conçu est en effet susceptible d'apporter à la gestion de la chose publique la cohérence propre à maintenir, et si possible renforcer, le lien social.

Dès lors, s'il est vrai que le débat sur la nature et le contenu de l'intérêt général n'est pas près d'être clos, peut-être convient-il de tenter de sortir de l'affrontement ancien entre les philosophies qui valorisent la société civile et les droits individuels et celles qui confèrent un rôle central aux objectifs communs et à l'État qui les formule. Au demeurant, le débat semble s'orienter vers une discussion, désormais plus pragmatique, sur le périmètre des missions de l'État, sur les moyens de rendre son action plus efficace et plus légitime, et sur l'équilibre à rechercher entre l'efficacité du marché et les impératifs d'intérêt général. Cette démarche est particulièrement remar-



quable au niveau de l'Union européenne. Plutôt que d'opposer intérêt général et marché, libéralisation et service public, il s'agit de rechercher, dans un contexte de libre concurrence, la prise en compte d'objectifs d'intérêt général, expression des valeurs de solidarité, de cohésion sociale, d'équilibre régional ou de protection de l'environnement. On retrouverait ainsi, dans un contexte renouvelé, l'objectif d'interdépendance sociale dans lequel Duguit voyait la raison d'être du service public. L'équilibre entre marché et cohésion sociale ne sera pas toujours aisé à assurer : mais l'orientation, dans son principe, paraît désormais largement acceptée.

4 – La notion d'intérêt général n'en a pas moins besoin d'une reformulation, voire d'un rajeunissement : c'est à cette condition qu'elle pourra à la fois mieux s'adapter aux enjeux économiques et sociaux contemporains, mieux s'harmoniser avec les valeurs de la modernité et mieux répondre aux besoins nouveaux qui s'expriment.

Convient-il, pour ce faire, de redéfinir le contenu de la notion d'intérêt général ? Certains textes législatifs, de droit national ou de droit communautaire, comportent en effet, pour les domaines qu'ils traitent, d'utiles éléments de définition sur le contenu ou les finalités de l'intérêt général. Toutefois, la vitalité de cette notion vient précisément de ce que l'on ne peut pas lui conférer une définition rigide et préétablie. La plasticité est constitutive de l'idée d'intérêt général, qui peut ainsi évoluer en fonction des besoins sociaux à satisfaire et des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société. De nouvelles demandes s'expriment aujourd'hui, qui traduisent l'aspiration des citoyens à obtenir plus de sûreté personnelle, plus de sécurité face aux risques d'exclusion, plus d'égalité dans l'accès à l'éducation et à la culture, une meilleure protection des grands équilibres écologiques pour notre génération et les générations à venir. Ces besoins nouveaux doivent être pris en compte, même si, parallèlement, d'autres actions, notamment à l'intérieur de la sphère marchande, peuvent désormais cesser de relever des finalités d'intérêt général. La référence fréquente, dans les textes de droit national ou communautaire, à des objectifs tels que la régularité, la qualité ou le prix des services fournis, illustre le souci d'élargir et d'affiner le triptyque classique – égalité, continuité et adaptation – auquel se sont longtemps résumées les finalités de service public. Ainsi, la représentation de l'intérêt général ne cesse d'évoluer, constituant même un indicateur de l'état de la société. Le caractère évolutif du concept d'intérêt général n'empêche d'ailleurs pas la permanence de grands principes, qui, se rattachant aux principes généraux du droit ou regroupés dans des textes à valeur constitutionnelle, garantissent le respect des valeurs consensuelles inhérentes à la poursuite de l'intérêt général.

5 – Deux garde-fous paraissent toutefois s'imposer, qui concernent l'un – en amont – la formulation, l'autre – en aval – la mise en œuvre des finalités d'intérêt général.

En premier lieu, il convient que le choix des fins considérées comme étant d'intérêt général puisse, en permanence, faire l'objet d'une discussion. À tout moment, il doit être possible de préciser les contours de cette notion et de faire valider, par des procédures démocratiques, les fins retenues comme étant d'intérêt général, afin qu'elles relèvent effectivement de la



volonté générale et que l'État, qui a en charge la définition de l'intérêt général, soit lui-même au service de cet intérêt commun. Seul le législateur devrait avoir vocation pour édicter des normes impersonnelles et générales représentant cette volonté commune, le gouvernement se bornant à en assurer l'exécution, au quotidien, en fonction des situations particulières.

Pourtant, ce schéma, qui privilégie la décision unilatérale du législateur, mise en œuvre par l'administration, se trouve aujourd'hui contesté. Le poids croissant de la réglementation communautaire, édictée par des institutions dont la légitimité démocratique est imparfaite, relativise déjà considérablement la norme juridique nationale, alors que l'intérêt général peut désormais s'apprécier dans un espace qui ne se limite plus, comme par le passé, aux dimensions de la communauté nationale. Au-delà, nos sociétés sont devenues trop complexes et les contributions à leur fonctionnement trop fragmentées pour que la définition de normes communes puisse s'opérer selon des procédures aussi simples que par le passé. La conception de l'État ordonnant de l'extérieur la société civile laisse place à une représentation nouvelle d'un État qui arbitre entre les intérêts.

Il en résulte une multiplication de procédures diversifiées, relevant, selon le cas, de la décentralisation, de la consultation, de la contractualisation ou de la régulation par des autorités indépendantes. Toutes ces techniques ont en commun de rendre plus difficile la formulation d'un intérêt général intégrant et dépassant à la fois les intérêts particuliers. Or, il ne suffit pas d'élaborer des compromis ou de rechercher une conciliation entre divers intérêts privés ou publics pour dégager plus sûrement un intérêt général. L'intérêt général est, par nature, rarement consensuel et sa définition résulte d'inévitables confrontations d'intérêts entre lesquels il faut, en fin de compte, choisir si l'on veut empêcher le blocage de la décision publique.

Cependant, si la conception transactionnelle de l'intérêt général est un symptôme de la crise qui affecte aujourd'hui la notion d'intérêt général, le remplacement, chaque fois que possible, des procédures de contrainte par des procédures de conviction peut néanmoins constituer une voie de solution permettant à la décision publique de retrouver une nouvelle légitimité. Dès lors que l'arbitrage ultime revient à l'autorité démocratiquement investie de la compétence pour formuler l'intérêt général, la légitimité des choix retenus sera renforcée par une meilleure association des citoyens à l'élaboration et à la mise en œuvre des décisions qui les concernent.

La seconde garantie concerne le contrôle des modalités de mise en œuvre, par l'administration, des finalités d'intérêt général. C'est à ce stade que le rôle du juge se révèle décisif. Le respect des finalités d'intérêt général n'est pas toujours garanti par la qualité des procédures qui concourent à son élaboration ou à sa mise en œuvre. C'est au juge qu'il appartient de s'assurer que le pouvoir, à tous les niveaux, agit dans le sens de l'intérêt général. Ce rôle est d'autant plus irremplaçable que le cloisonnement de l'administration et les limites de sa modernisation ont mis au jour bien des difficultés à garantir la prévalence de l'intérêt général. Le fonctionnement de l'administration révèle trop souvent des rapports de forces entre intérêts administratifs ou catégoriels distincts. Dès lors, l'État peut être tenté de se réfugier dans une fonction d'arbitrage ou de simple recherche du plus petit dénominateur



commun entre les intérêts particuliers. Il revient précisément au juge de défendre une conception de l'intérêt général qui aille au-delà de la simple synthèse entre intérêts particuliers ou de l'arbitrage entre intérêts publics, géographiques ou sectoriels, qui, chacun, revendiquent leur légitimité. Il ne lui appartient certes pas de se substituer au législateur, qui dispose, seul, d'une légitimité suffisante pour formuler les principes de l'intérêt général. Mais, dès lors qu'il doit contrôler la conformité de l'action administrative aux fins d'intérêt général, il a le droit – et le devoir – de préciser le contenu et les limites de cette notion.

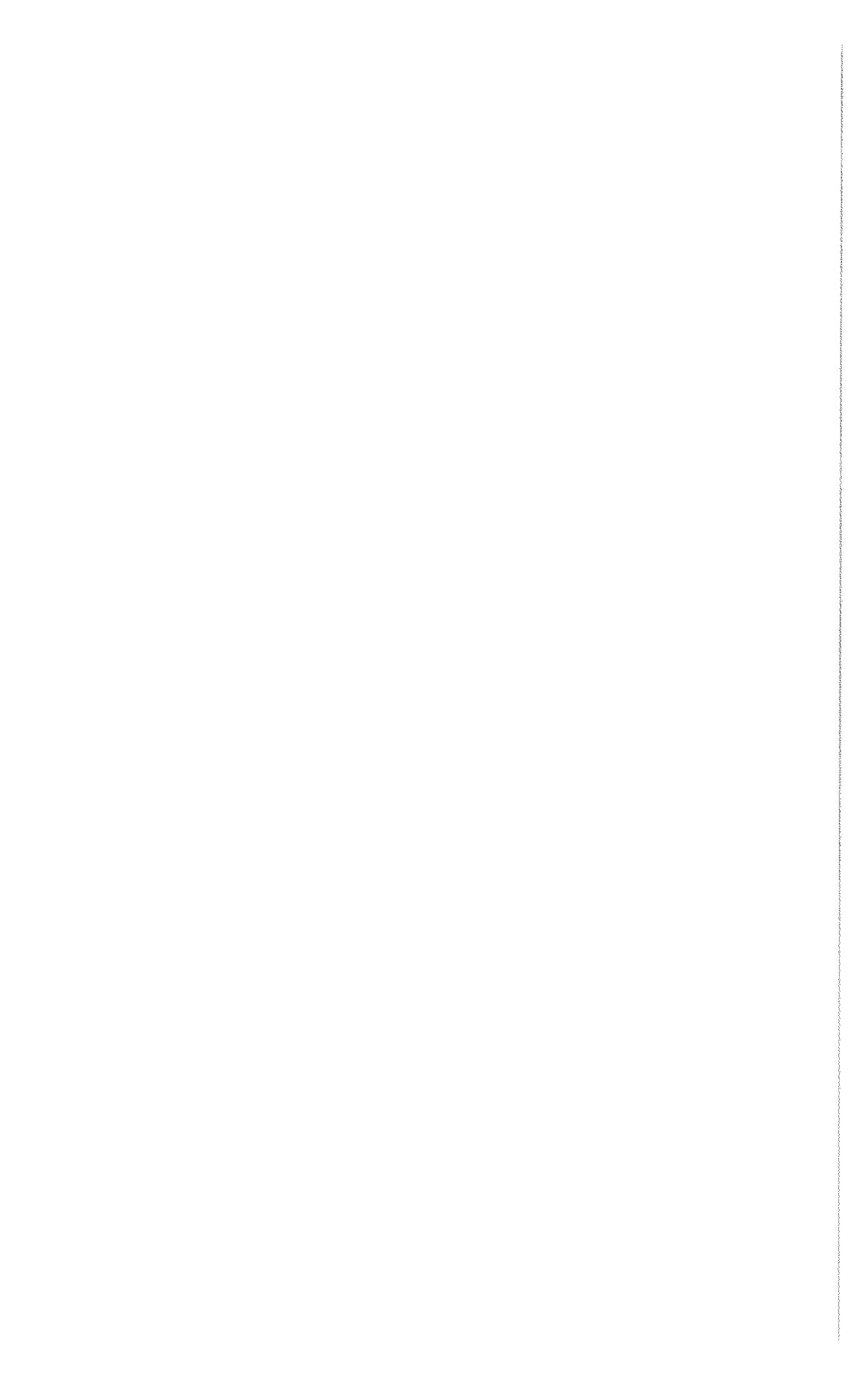
Nul doute que le contrôle juridictionnel s'est, à cet égard, perfectionné. Il est devenu plus complexe et plus subtil, ainsi qu'en témoigne l'accent mis, dans la jurisprudence, sur l'impératif de transparence ou sur la confrontation impartiale des intérêts dans le cadre de la technique du bilan. Il est aussi particulièrement attentif à garantir une conciliation rigoureuse entre les droits des individus et les exigences de l'intérêt général, afin que l'intérêt général ne puisse jamais apparaître comme un alibi à la raison d'État. Il lui appartient de prolonger cette démarche avec prudence – car il ne dispose pas de la même légitimité que le législateur – mais ténacité, explicitant, quand il le faut, ce qui est implicite dans les textes, et s'attachant, chaque fois que nécessaire, à accompagner les évolutions liées aux demandes de la société.

6 – Pourtant, le débat sur l'intérêt général n'est pas seulement l'affaire des pouvoirs publics. Il concerne, en réalité, chaque citoyen. La recherche de l'intérêt général implique, en effet, la capacité pour chacun de prendre de la distance avec ses propres intérêts. Or, préoccupés avant tout de leurs intérêts propres, les individus ont trop souvent bien du mal à reconnaître – et à accepter – les finalités communes que recouvre précisément le notion d'intérêt général. En ce sens, la crise de l'intérêt général n'est pas étrangère à la crise des valeurs communes d'une société dans laquelle beaucoup ont du mal à se retrouver.

Force est de constater qu'en valorisant des finalités qui privilégient surtout le particularisme des intérêts, la société ne facilite pas le développement d'un espace où l'universel puisse l'emporter sur le particulier. Or, la démocratie repose entièrement sur les individus eux-mêmes et sur leur capacité à assumer leurs charges de citoyens. Au refus des disciplines exigées par la recherche de l'intérêt général ou au désintérêt constaté pour le bien public, il n'existe pas de remède institutionnel. On ne réveille pas les énergies par voie législative. Ce n'est pas par la contrainte que des individus porteurs de droits – et attachés à leur sauvegarde – seront amenés à se comporter en citoyens et à faire preuve de cette vertu dans laquelle les philosophes du XVIII^e siècle ont vu le ressort de la République. C'est en tant qu'êtres autonomes et responsables qu'ils participeront à la définition et à la mise en œuvre des fins d'intérêt général.

À ce stade, le politique tend à rejoindre l'éthique. C'est sans doute dans une éthique de la responsabilité que pourront être recherchées les initiatives, notamment dans l'ordre de l'éducation, propres à encourager des citoyens libres à se réapproprier les valeurs de solidarité, ciment du bien vivre ensemble de la société. Ainsi conforté, l'intérêt général, idée neuve il y a deux cents ans, contestée aujourd'hui, pourra retrouver suffisamment de vigueur et de légitimité pour contribuer à éclairer les fins de la société dans le siècle à venir.





Rapport public

Contributions Sur l'intérêt général



L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre

Didier Truchet,
professeur à l'université Paris II

Que l'intérêt général, avec ses « gros sabots », soit encore admis au Palais Royal a de quoi surprendre.

Son caractère global, presque sommaire, tranche singulièrement avec la sophistication croissante de la jurisprudence administrative. N'en serait-il pas une trace préhistorique, qu'un droit moderne, complexe, subtil aurait logiquement dû effacer ? Peut-il résister au recul de la chose publique devant les dérégulations, libéralisations privatisations... de l'époque ? Or, pour autant que l'on puisse en juger¹, l'intérêt général est toujours fort présent dans les arrêts du Conseil d'État. Il a même colonisé les vocabulaires du législateur, du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne de justice, de la Cour européenne des droits de l'homme (au point que c'est parfois sous leur influence qu'il revient au Conseil d'État !).

Cela suggère au moins que l'on ne peut pas s'en débarrasser. Lorsque la doctrine se pose la question de sa disparition, c'est d'ailleurs pour répondre par la négative². Ne s'intéressant à lui que lorsqu'il paraît envahissant (dans les années soixante-dix³) ou menacé (aujourd'hui), elle ne lui ménage pourtant pas les critiques : indéfinissable, idéologique⁴ ou participant de

1 - « Compter » l'intérêt général est pratiquement impossible puisqu'il ne figure pas dans les « mots clefs » utilisés dans les tables des recueils. Pour n'être pas trop long, cet article privilégie systématiquement, dans ses références, la jurisprudence récente ; le même objectif fait que les décisions ne sont le plus souvent citées qu'une seule fois, là où elles paraissent particulièrement significatives, ce qui ne signifie pas qu'elles ne puissent pas illustrer d'autres points de l'analyse.

2 - J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D 1998, chron. p. 327

3 - V. notamment D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, dactyl., Bordeaux, 1975 ; D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977.

4 - M. Miaille, in F. Maspero, *L'État de droit*, PUG, 1978 p. 223



l'idéologie du droit administratif⁵, il serait antinomique avec la notion philosophique de bien commun⁶.

L'intérêt général n'a peut-être pas la vie facile, mais il a manifestement la peau dure.

À quoi doit-il sa longévité jurisprudentielle ? L'observateur extérieur au Conseil d'État ne peut que suggérer une réponse : l'intérêt général est doublement utile au juge pour remplir sa mission. D'une part, il lui offre un retour aux sources, une « ressource »⁷ à tous les sens du terme : en s'appuyant sur ce fondement traditionnel de l'action publique, le juge peut « reculer pour mieux sauter » ; car ce retour aux sources du droit administratif n'est pas un retour en arrière, mais, dans une période où l'on doute volontiers de l'État, un moyen commode de faire progresser et de légitimer le droit. D'autre part, il est un instrument d'équilibre. Pour équilibrer quoi ? Mais tout ! Les pouvoirs de l'administration, les subtilités parfois excessives des voies et moyens ordinaires du contrôle contentieux, les autres intérêts en présence.

L'intérêt général permettrait ainsi de remonter aux causes premières du droit administratif lorsque les causes secondes paraissent incertaines.

On peut alors résoudre un autre motif d'étonnement. Si toute l'action des pouvoirs publics a pour fin l'intérêt général (quelle autorité oserait proclamer le contraire ?), pourquoi n'apparaît-il que dans quelques arrêts seulement ? La réponse est évidente lorsque la loi pose elle-même une condition d'intérêt général, dont il revient au juge de vérifier la bonne application. Dans les autres cas, la réponse ne peut à nouveau qu'être suggérée prudemment et elle est derechef de type utilitaire ou, si l'on préfère, fonctionnel : le juge n'évoque pas l'intérêt général lorsque cela n'apporterait rien à sa décision ou à son argumentation ; il s'appuie en revanche sur lui lorsqu'il manque d'éléments juridiques pour rendre (et sans doute plus encore pour motiver) sa décision. L'intérêt général lui procure une ressource commode pour (re) trouver l'équilibre de ses pouvoirs d'appréciation et de ceux de l'administration.

Ces deux mots – retour aux sources et équilibre – me paraissent donc expliquer la présence de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État et, par là dans le droit administratif français (comme ils l'expliquent probablement aussi dans d'autres droits et dans d'autres jurisprudences, mais ce n'est pas mon propos).

Ils expliquent et orientent le triple rôle que le Conseil d'État fait jouer à l'intérêt général : norme de mesure, norme de contrôle, norme de raison. Triple rôle, dira-t-on, que jouent bien d'autres instruments de politique jurisprudentielle et qui n'aurait donc rien d'original. Sans doute. Mais aucun ne procure autant que lui au juge cette liberté de retour aux sources et d'équilibre.

5 - J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, (vol. 1), CURAPP – PUF, 1978, p. 11 et *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général* (vol. 2), CURAPP – PUF, 1979 p. 3 ; J. Caillousse, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, thèse dactyl. Rennes, 1979.

6 - M.-P. Deswartes, *Intérêt général, Bien commun*, RDP ; 1988 p. 1289

7 - J'emprunte ce terme (et le jeu de mot avec retour aux sources) à la préface qu'a donnée à ma thèse précitée le Doyen Boulouis, à la mémoire de qui je me permets de rendre ici hommage.



Une norme de mesure

Le Conseil d'État me paraît utiliser l'intérêt général comme une norme de mesure des pouvoirs des autorités dont il contrôle les appréciations⁸, lorsqu'il lui semble nécessaire d'équilibrer ou de compléter les autres règles en vigueur.

Un contrepois

L'intérêt général sert à délier une compétence « trop » liée ou à limiter une compétence « trop » discrétionnaire aux yeux du juge. L'expression, fréquente dans la jurisprudence « considérations d'intérêt général dont il appartient à l'administration de tenir compte... » le montre : son imprécision (certainement volontaire) signifie que l'autorité compétente doit moduler ses appréciations en fonction de l'intérêt général, qu'elle peut agir autant qu'il le lui commande, mais pas au-delà.

L'idée de mesure est toujours présente dans la jurisprudence de l'intérêt général, de manière explicite ou implicite. La généralisation de cette présence est même l'un des traits frappants de l'évolution récente.

Cela est évident dans le contrôle dit « de proportionnalité » ou du « bilan » au sens de l'arrêt *Ville nouvelle Est* : l'intérêt général est posé sur un plateau de la balance, les inconvénients – pour d'autres intérêts généraux éventuellement – de l'opération examinée sur l'autre. La proportionnalité apparaît aussi lorsque le juge note que l'intérêt général est – ou n'est pas – suffisant » en l'espèce pour justifier la mesure attaquée⁹.

Moins manifeste, elle s'exprime encore dans le reste du contentieux : l'intérêt général forme le plus souvent un couple (au sens de la physique) avec d'autres considérations. Certaines sont de fait : par exemple, la création de services ou de sociétés d'économie mixte locaux¹⁰ suppose de la corrélérer avec la carence de l'initiative privée. Le plus fréquemment, elles sont de droit : l'intérêt général équilibre les principes ou les règles les mieux établis ; ainsi, selon une jurisprudence très connue, constante dans son inspiration et fluctuante dans ses applications¹¹, de l'égalité à laquelle il

8 - Il peut s'agir aussi des appréciations du juge lui-même : « la mesure de suspension [par le président de la Section du contentieux d'un sursis à exécution] est imposée par la nécessité de rétablir dans l'intérêt général [...] la possibilité pour l'administration d'exécuter la décision administrative... » CE, A., 2 juillet 1982, *Huglo et a.*, Rec. p. 257, D 1983 J 327 note Dugrip et I.R. 270 obs. Delvoilé, AJDA 1982 p. 657 concl. Biancarelli, note Lukaszewicz, Rev. adm. 1982 p. 627 note Pacteau. J.-P. Markus, *Sursis à exécution et intérêt général*, AJDA 1996 p. 251.

9 - V. par exemple, à propos d'un permis de stationnement : CE, 18 décembre 1985, M. Sylvain Legendre, Rec. p. 380, AJDA 1986 p. 112, concl. Bonichot.

10 - Selon l'interprétation de l'« activité d'intérêt général au sens de la loi du 7 juillet 1983 » donnée par les arrêts des 10 octobre 1994, *Préfet de la région Lorraine* (Rec. T. p. 814, AJDA 1995 p. 237, note Bizet et Devès, CJEG, 1995 p. 202, note Truchet) et *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et a.*, Rec. p. 582, JCP 1995 éd. G, II 22507, note Cliquennois).

11 - Dernière fluctuation en date : CE, S., *Commune de Genevilliers et Commune de Nanterre* (2 esp.), RDP, 1998 p. 899, note Borgetto, AJDA 1998 p. 168 et chron. p. 102, RFDA, 1998 p. 539, concl. J.-H. Stahl.



peut être dérogé pour des raisons d'intérêt général qui doivent être « en rapport » (la proportionnalité, toujours...) avec, selon les cas, l'objet de la législation ou de la réglementation en cause, l'objet ou les conditions d'exploitation du service concerné ; ou de la liberté d'entreprendre (ou du commerce et de l'industrie) ; ou encore de la liberté de prescription des médecins ¹².

L'illustration la plus spectaculaire est aussi la plus connue : les décisions relatives à la réglementation du droit de grève par les chefs de service public montrent avec une netteté particulière comment, pour sortir de l'embarras où le place l'inertie du législateur, le juge use de l'intérêt général comme d'un retour aux sources du droit des services publics et comme d'un contrepoids à un droit constitutionnel ¹³.

Un complément

L'intérêt général est, en quelque sorte, en « suspension » dans tout le droit administratif. Le Conseil d'État peut donc l'exprimer dans toutes les branches du contentieux. Le contentieux de l'annulation (et singulièrement celui de l'excès de pouvoir) lui offre certes un terrain privilégié, mais le caractère fondamental et transversal de la notion la fait apparaître également en plein contentieux : il n'est absent ni du contentieux contractuel (qu'il s'agisse – rarement – de la qualification du contrat ¹⁴ ou – plus souvent – de son régime ¹⁵), ni de celui de la responsabilité (qu'il s'agisse – rarement – de la responsabilité pour faute ¹⁶ ou – fréquemment, notamment dans le cas de la responsabilité du fait des lois ¹⁷ – sans faute).

Mais l'intérêt général n'est « précipité », explicitement exprimé, que dans quelques arrêts seulement. Il apparaît très clairement comme une norme de complément des autres normes applicables à l'espèce, lorsque ces dernières semblent au juge soit trop légères, soit au contraire trop strictes, pour répondre aux besoins d'une administration moderne et assurer la garantie des droits des administrés.

L'intérêt général évolue donc (et permet au Conseil d'État d'évoluer) dans la hiérarchie des normes en fonction de celles qu'il complète. Il peut être en relation avec une norme constitutionnelle, comme on l'a vu avec le principe d'égalité, sous cette réserve que ce qui reste de l'écran législatif conduit le Conseil d'État à voir ce principe comme un principe général du

12 - CE, 25 juin 1997, *M^{me} Gleize*, Rec. p. 262, DA, 1997 n° 393 note R.S.

13 - V. pour un exemple récent, CE, S., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, Rec. p. 90.

14 - V pour un exemple récent, T.C. 27 avril 1998, *Garros*, JCP 1998, éd. G, IV, 3067.

15 - V. pour un exemple récent, CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du Mont-Blanc*, Rec. p. 334, JCP 1997, éd. G, II, 22790, concl. Delarue, AJDA 1996 p. 788 note Gilli, RTD, Civ. 1997, p. 443, note Gautier.

16 - CE, 7 octobre 1987, *Min. de la Culture c/ Cts Genry*, D. 1987, I.R. 213.

17 - V. pour un exemple récent, dans lequel le Conseil d'État considère, contrairement à la cour administrative d'appel, qu'il n'y a pas lieu d'engager la responsabilité de l'État : CE, 21 janvier 1998, *Min. de l'environnement c/ Plan*, RFDA, p. 564, note Bon.



droit non constitutionnel et à placer l'intérêt général à ce niveau ou juste au-dessus (mais formellement en dessous de la loi).

Il peut à l'inverse compléter, nuancer, une simple directive (au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*), à laquelle l'administration peut (voire doit) déroger pour des motifs d'intérêt général¹⁸.

Il sert de plus en plus à compléter la loi elle-même. Le juge reconnaît à l'administration le droit d'appliquer en fonction de considérations d'intérêt général une loi qui n'évoque pourtant pas ce dernier. Cela n'est pas nouveau, notamment en matière d'autorisation : ainsi le Conseil d'État a-t-il jugé que l'autorité compétente avait pu légalement, au nom de l'intérêt général, refuser une autorisation d'ouverture d'un centre d'insémination artificielle (pour bovins) à une personne qui remplissait toutes les conditions formellement édictées par la loi¹⁹, renouveler une autorisation de rejet d'effluents alors que les procédures d'instruction prescrites par le législateur n'étaient pas achevées²⁰ ou encore, selon une jurisprudence ancienne et constante, assortir l'octroi d'une autorisation de conditions non prévues par la législateur.

Le contrôle de conventionnalité a donné au Conseil d'État une occasion nouvelle et remarquable de compléter la loi par l'intérêt général : sous couvert d'une interprétation (très) constructive, il ajoute au texte législatif une condition d'application nouvelle tirée de l'intérêt général, afin de le rendre compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme : déjà présente dans l'arrêt *Association Ekin*²¹, cette technique s'est épanouie avec l'arrêt *Bitouzet*²² : l'article L 160-5 Code de l'urbanisme doit être lu, pour être compatible, en ajoutant aux exceptions à la règle de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme expressément édictées par le texte, l'hypothèse dans laquelle le propriétaire « supporte une charge spéciale et exorbitante hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi » : où le contrôle de conventionnalité conduit le Conseil d'État à utiliser l'intérêt général pour faire œuvre de législateur afin de n'être pas juge constitutionnel ! Car il ne s'agit plus ici de reconnaître à l'administration le pouvoir de tenir compte de considérations d'intérêt général pour appliquer une loi, mais bien d'intégrer dans celle-ci une modalité nécessaire à sa conformité à une règle supérieure.

18 - V. pour un exemple récent, CE, 12 décembre 1997, *Oniflor*, D.A. février 1998, chron. n° 4, concl. J.-H. Stahl.

19 - C.E., 14 février 1968, *Min. de l'Agriculture c/ Delory et a.*, Rec. p. 112.

20 - CE, 18 avril 1986, *Société Les mines de potasse d'Alsace*, Rec. p. 115.

21 - CE, Section 9 juillet 1997, Rec. p. 300, D 1998 J 317, note Dreyer, RDP, 1998 p. 539 note Wachsmann et p. 553 note Robiller, AJDA 1998 p. 374, note Verdier, RFDA, 1997 p. 1284, concl Denis-Linton, note Pacteau ; à noter que le commissaire du gouvernement considérait la disposition législative en cause comme incompatible avec la convention.

22 - CE, Section 3 juillet 1998, D.A. octobre 1998 n° 329 et « Repères » Auby p. 3, AJDA 1998 p. 639 et chron. p. 578.



Une norme de contrôle

Si l'on quitte l'aspect jurisprudentiel de la jurisprudence de l'intérêt général pour se tourner vers son aspect juridictionnel, l'intérêt général apparaît évidemment comme une norme de contrôle. Dans ce rôle aussi, il assure retour aux sources et équilibre, qu'il s'agisse de l'appréciation des choix de l'administration en général ou, plus précisément, de la distinction de la légalité et de l'opportunité.

Une appréciation globale des choix de l'administration

L'intérêt général exprime un choix de l'administration. En contrôlant le bien fondé, le Conseil d'État substitue inévitablement son appréciation à celle de l'administration. Il faut ici lui demander la permission de décoder un peu son vocabulaire.

Sans doute, ce dernier reste-t-il apparemment fidèle aux subtiles catégories forgées par la jurisprudence. En réalité, l'intérêt général les transcende au profit d'une vision globale : il offre au juge une ressource précieuse pour équilibrer des techniques contentieuses d'examen de l'acte attaqué (ou de l'activité litigieuse) devenues inutilisables en l'espèce par excès de sophistication : pourquoi travailler au scalpel lorsque le marteau rend de meilleurs services ?

En effet, estimer que l'administration a agi – ou n'a pas agi – dans l'intérêt général, procède d'une affirmation d'ensemble sur les choix de l'administration, qui se suffit à elle-même. Il n'est ni facile, ni nécessaire pour le juge de prolonger l'analyse, alors surtout que cette affirmation résume (et qualifie) sommairement des motifs que l'administration a probablement présentés de manière précise et argumentée dans le dossier : est-il impertinent de penser que lorsque le Conseil d'État le fait (pas toujours et sans beaucoup insister d'ailleurs), c'est plus par attachement formel à ses instruments habituels que par véritable nécessité, et non sans artifice parfois ?

C'est de la même manière qu'est apprécié l'intérêt général dans le contentieux de l'excès de pouvoir et dans le plein contentieux. Présent, il justifie indifféremment un acte unilatéral, une mesure contractuelle ou un comportement dont le requérant demande réparation ; absent ou contredit, il entraîne annulation aussi bien que condamnation, sans même parfois que le Conseil d'État, constatant que l'administration n'apporte aucun élément de nature à justifier qu'elle a agi dans l'intérêt général, prenne la peine de parler de faute ²³.

Au sein de l'excès de pouvoir, il est clair depuis longtemps que l'effacement du détournement de pouvoir derrière la violation de la loi s'est accompagné d'une certaine subjectivisation de l'appréciation des motifs d'intérêt général :

23 - CE, 30 juillet 1997, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, Rec. p. 309 : il s'agissait de l'exercice par une commune de son droit de préemption dans les Z.A.D.



inévitable, puisque l'intérêt général met fondamentalement l'accent sur les buts de l'action administrative, elle estompe (dans l'esprit, plus que dans la technique contentieuse) les différences entre les deux ouvertures.

À l'intérieur de la violation de la loi, l'intérêt général s'accommode mal des fines distinctions qui séparent le contrôle des motifs de fait de celui des motifs de droit ou la qualification juridique des faits de l'erreur manifeste d'appréciation ; ou plutôt, il les transcende à nouveau au profit d'une appréciation globale des motifs de l'administration : déterminer si un acte répond, dans les circonstances de l'espèce, à l'intérêt général relève en effet autant du fait que du droit. Il arrive au Conseil d'État d'inscrire cette détermination dans la qualification juridique des faits, l'erreur de droit ou l'erreur manifeste d'appréciation, mais il est frappant de constater dans les arrêts précités que, le plus souvent, il se borne à relever que les considérations d'intérêt général invoquées par l'administration étaient – ou non – « de nature à justifier légalement » l'acte attaqué, sans autre précision.

Le renouveau de la cassation a cependant amené le Conseil d'État à préciser le contrôle qu'il exercerait désormais sur les appréciations du juge du fond en matière d'intérêt général.

Or il éprouve manifestement de grandes difficultés à le faire : ces appréciations sont en effet trop globales pour se prêter aisément à la dissection que suppose, d'une part, le respect de l'appréciation souveraine des juges du fond et, d'autre part, le maintien de la cohérence du droit en ce domaine. Il n'entend manifestement pas renoncer à superviser l'intérêt général, oscillant entre l'erreur de droit²⁴, la qualification juridique des faits²⁵ ou le constat rapide que la cour administrative d'appel « avait pu légalement juger... »²⁶.

L'arrêt du 3 juillet 1998, *Mme Salva-Couderc*²⁷, vient d'apporter à la fois d'utiles précisions et la confirmation de la difficulté de la matière, à propos de l'utilité publique d'une expropriation : on en retiendra notamment que, si la détermination des éléments factuels au vu desquels est établi le bilan de l'opération relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, le juge de cassation s'assure que la conclusion selon laquelle cette opération présente une utilité publique, n'est pas entachée de dénaturation. Ce compromis entre les exigences du contrôle de cassation et le caractère nécessairement global des appréciations portant sur l'intérêt général était sans doute inévitable, mais il n'est pas très convaincant : trop complexe pour être vraiment opératoire, il est susceptible de malmenager aussi bien les premières que les secondes.

24 - CE, 26 mars 1997, *Société Elf-Antargaz*, Rec. p. 111 (à propos du point de savoir si des analyses et contrôles ont été institués dans le seul intérêt des exploitants qui y sont soumis ou dans l'intérêt général).

25 - CE, S., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, précité.

26 - CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du Massif du Mont-Blanc*, précité.

27 - CE, S., AJDA 1998 p. 847 et chron. p. 792 ; à noter que, selon les chroniqueurs, le Conseil d'État n'a pas suivi le commissaire du gouvernement en tant qu'il estimait que « la distinction entre l'appréciation souveraine et la qualification juridique n'est pas compréhensible parce qu'elle n'existe pas... ».



Contrôle de légalité ou contrôle d'opportunité ?

L'intérêt général fait apparaître avec une netteté particulière combien la distinction entre la légalité et l'opportunité est délicate. Pour tout dire, il conduit à la remettre en cause, mais, pour le montrer, il faut s'affranchir résolument des prudences de style du Conseil d'État et donc courir le risque d'être, à son tour, accusé de jouer sur les mots. J'ai d'ailleurs l'impression (rien de plus qu'une impression) qu'en ce domaine les commissaires du gouvernement ne s'embarrassent plus aujourd'hui des précautions oratoires de leurs prédécesseurs des années soixante-dix.

À suivre le vocabulaire jurisprudentiel, le juge de l'excès de pouvoir²⁸ ne fait jamais que du contrôle de légalité : est en effet, pour lui, légalité ce qu'il accepte de contrôler ; sont d'opportunité les appréciations sur lesquelles il se refuse à exercer un contrôle. Dès lors, les considérations d'intérêt général sont classées, sans critère évident, dans l'une ou dans l'autre : si le plus souvent elles relèvent de la première, il arrive que l'autolimitation du juge les fasse basculer dans l'autre ; ainsi, pour statuer sur une demande de licenciement de salariés protégés, « l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité »²⁹.

Mais une autre lecture est possible, et, à mes yeux, préférable. Elle consiste à donner de la légalité et de l'opportunité des définitions objectives, indépendantes des prudences du juge : la première désignerait alors la fidélité de l'acte attaqué aux règles qui s'imposaient à son auteur, la seconde l'adaptation de l'acte aux circonstances dans lesquelles il est intervenu. Dès lors, il y aurait notamment de l'opportunité contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir (mais pour ce dernier, il s'agirait de légalité) : il me semble précisément que l'intérêt général entre dans cette catégorie.

Je crois en effet que toute appréciation d'intérêt général relève de l'opportunité ainsi entendue, car elle conduit nécessairement à s'interroger

28 - Car en plein contentieux, du moins dans celui de la responsabilité, le juge administratif, débarrassé des rigueurs de l'excès de pouvoir, fait – sans avoir à le dire – du contrôle d'opportunité sans la moindre réticence.

29 - Par ex., CE, 9 octobre 1987, *Min. du travail c/ Société Corning-France*, Rec. p. 308 ou S., 11 février 1983, *Min du travail et de la participation et a.*, Rec. p. 63, concl. Dondoux ; v. aussi, à propos de la modification de circonscriptions administratives : CE, S., 13 décembre 1991, *Département du Loir-et-Cher*, Rec. p. 442, AJDA 1992 p. 160 et chron. p. 112 : « si ces dispositions autorisent le gouvernement lorsqu'il l'estime opportun pour des motifs d'intérêt général... ».



sur l'utilité (publique) de l'acte : or l'utilité est l'une des composantes de l'opportunité³⁰, l'autre étant l'efficacité de cet acte, laquelle peut en revanche n'être pas contrôlée par le juge (cette part non contrôlée de l'opportunité s'exprimant notamment lorsqu'il refuse de rechercher quel est le meilleur tracé possible pour une autoroute). *A fortiori* en va-t-il ainsi lorsqu'il s'agit de mesurer cette utilité à l'aide d'un bilan : or j'ai tenté de montrer *supra* que l'idée de mesure, de couple, de proportionnalité était inhérente à la jurisprudence de l'intérêt général.

Équilibrant ici le refus officiel du juge de l'excès de pouvoir de s'aventurer dans l'opportunité des choix de l'administration, l'intérêt général lui offre une ressource pour le faire sans le dire.

Et voilà que désormais il lui sert aussi pour se prononcer sur l'opportunité des choix du législateur lui-même ! Je fais évidemment allusion aux décisions très remarquées rendues en Assemblée par le Conseil d'État le 5 décembre 1997 à propos des lois de validation³¹. Dans la foulée du Conseil constitutionnel³² et de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil se fait – à nouveau – juge de la loi en se réservant d'écarter de telles mesures législatives dans les litiges où l'État est partie, « sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par des motifs d'intérêt général » (comme le dit l'avis). L'examen de cet embryon de jurisprudence m'incline à penser que le Conseil d'État apprécie en réalité l'utilité, et donc l'opportunité, des choix du législateur et qu'il ne pouvait guère faire autrement dès lors qu'il s'engageait dans cette voie : n'a-t-il pas d'ailleurs « vendu la mèche » lorsque, dans l'arrêt *Lambert*, il parle de « but » (et non plus de « motif ») d'intérêt général poursuivi par le législateur, et son commissaire du gouvernement avec lui, qui n'hésitait pas à évoquer « la bonne foi du législateur [!] Et la mauvaise foi de la requérante » ?

30 - Ainsi l'annulation de la déclaration d'utilité publique de l'autoroute transchablaisienne au motif que le coût du projet, excessif au regard de perspectives de trafic revues en baisse, prive, indépendamment des atteintes à l'environnement, le projet de son utilité publique, me paraît relever typiquement de considérations d'opportunité, quand bien même le juge prétendrait ne s'exprimer qu'en légalité : CE, A., 28 mars 1997, *Association contre le projet autoroute transchablaisienne*, Rec. p. 120, JCP 1997, éd. G, II 22909 note Iacono, AJDA 1998 p. 545 note Chrestia, RFDA, 1997 p. 740, concl. Denis-Linton, note Rouvillois. V. aussi J.-M. Delarue, *L'erreur manifeste d'appréciation a-t-elle une place dans le contentieux des déclarations d'utilité publique ?*, RFDA, 1997 p. 754 ; C. Boutayeb, *Le contrôle d'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation*, RDP, 1997 p. 1385 et la note de M. J. Waline sur CE, A., 28 mars 1997, *M. de Malafosse et a.*, RDP, 1997 p. 1433, dans laquelle l'auteur écrit notamment (p. 1443) : « Qu'on le veuille ou non, la jurisprudence du « bilan » conduit à un véritable contrôle de l'opportunité des décisions de l'administration ».

31 - Arrêt *M^{me} Lambert* : AJDA 1998 p. 149, concl. Bergeal ; avis *Ministre de l'Éducation nationale* : JO, 5 décembre 1997 p. 18726, D.A. mars 1998 n° 103, note L.T. et « Repères » Auby p. 3, RFDA, 1998 p. 161, concl. Touvet ; v. L. Sermet, *Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme*, RFDA, 1998 p. 990.

32 - Notamment décisions des 25 janvier 1995, 19 novembre 1997 et 18 décembre 1997 : v. B. Mathieu, *Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits ?*, RFDA, 1998 p. 149.



Une norme de raison

Le Conseil d'État n'explique jamais l'intérêt général : il le déclare, en donnant le sentiment de faire un constat de bons sens, évident ou relevant de la nature des choses³³, même lorsqu'il change de jurisprudence³⁴. Cette prudence se comprend : estampiller d'intérêt général un objectif est une opération proprement politique ; le juge administratif répugne à avouer qu'il substitue sa propre vision à celle de l'administration (qu'il confirme cette dernière ou qu'il en adopte une autre) *a fortiori* à celle du législateur. Il s'agit à nouveau de la recherche d'un équilibre, ici entre les besoins de la société et les droits et garanties des citoyens : sans s'expliquer plus que de coutume, le Conseil d'État, sous couleur d'un retour aux sources du droit administratif, fait évoluer le droit de manière raisonnable à ses yeux, notamment (mais pas seulement) pour répondre aux attentes qu'il croit percevoir dans l'opinion publique.

Cependant, cet élément profond d'unité recouvre une grande diversité d'appréciation.

Unité

L'unité de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État est fondamentalement fonctionnelle et réside dans les rôles qu'elle lui fait jouer, comme on l'a vu dans les deux précédentes parties : il s'agit, de manière lapidaire et quasiment incantatoire, de légitimer les appréciations du juge, sur le ton apaisant de la raison.

Pas au hasard bien sur : en fonction de l'opinion qu'il se fait, au moment où il statue, des besoins de la population et des équilibres économiques et sociaux qui lui paraissent devoir prévaloir dans l'espèce. Aujourd'hui comme hier, l'intérêt général exprime l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent et se traduisent par des mesures qui peuvent froisser ces intérêts.

Quelques constantes apparaissent avec une netteté croissante.

L'intérêt général ne se confond pas avec l'intérêt des personnes publiques, exprimé d'ailleurs de préférence par l'expression « intérêt du service » (encore qu'il faille avancer ce point avec prudence)³⁵. L'intérêt financier de l'administration n'est pas en principe un intérêt général³⁶, même si les considérations financières peuvent légalement peser sur sa reconnaissance

33 - Evoquer, comme le juge le fait parfois, un « intérêt général par nature » me paraît relever de l'écran de fumée : il n'y a pas d'intérêt général par nature, mais seulement une appréciation qui lui paraît raisonnable et qui n'a d'autre explication que sa perception des besoins sociaux.

34 - Ainsi lorsque dans les arrêts *Commune de Genevilliers et Commune de Nanterre* précités, il estime que « l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités » justifie des modulations financières fondées sur les ressources des familles, après avoir longtemps jugé le contraire.

35 - A. Baldous, *L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique*, RDP., 1985 p. 913.

36 - C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, LGDJ. 1981.



ou son mode de satisfaction. Et la jurisprudence précitée relative aux lois de validation montre que ces dernières ne sauraient désormais intervenir dans l'intérêt (notamment financier...) de l'État partie à un litige, mais seulement dans un intérêt général, ici très clairement distingué du précédent.

La question la plus classique est aussi la plus délicate : elle touche aux rapports entre l'intérêt général et les intérêts privés. Le droit administratif s'est édifié sur un postulat d'exclusion et de supériorité : l'administration ne peut pas agir exclusivement dans le but de satisfaire des intérêts privés, l'intérêt général est supérieur à ces derniers.

Ce postulat est volontiers critiqué aujourd'hui au nom d'un libéralisme pur et dur. La jurisprudence le maintient, tout en le nuancant. Elle me semble avoir fait son unité autour d'une formule que l'on pourrait ainsi résumer : l'intérêt général ne s'oppose pas à l'intérêt privé, mais il s'impose à lui.

Il ne s'oppose pas, en tout cas pas nécessairement : notre société n'est plus assez simple pour que les deux types d'intérêts puissent être considérés comme exclusifs l'un de l'autre. Chacun sait que nombre de personnes privées sont appelées à concourir à l'intérêt général, même lorsqu'elles ne sont pas chargées d'une mission de service public³⁷. Et qu'il peut être d'intérêt général de satisfaire des intérêts privés : c'est notamment le cas des autorisations administratives (qui sont instituées dans l'intérêt général et dont l'octroi satisfait les intérêts des bénéficiaires) ou de certaines déclarations d'utilité publique ou opérations d'aménagement, répondant clairement aux besoins d'une entreprise mais aussi à un but de développement économique ou d'aménagement du territoire³⁸.

L'administration ne doit pas opposer artificiellement intérêts privés et intérêt général, en arguant par exemple des premiers pour faire peser sur des entreprises la charge financière de contrôles ou de prestations institués en réalité dans le second³⁹.

En revanche, l'intérêt général s'impose aux intérêts privés, lorsque ses exigences conduisent à les maltraiter en tout ou partie. Cela est trop évident pour qu'il soit utile de développer ce thème. Mais il explique ce que veut dire le Conseil d'État lorsqu'il relève qu'une loi est intervenue dans l'intérêt général (comme on le voit dans la responsabilité sans faute ou, à nouveau, en matière de validation) : cela ne signifie évidemment pas que les autres lois seraient faites dans des intérêts non généraux, mais seulement que le

37 - L'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication évoque les « missions d'intérêt général » qu'assurent le secteur public et le secteur privé de la communication audiovisuelle, sans établir de distinction à cet égard entre l'un et l'autre ; l'article 1^{er} de la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information dispose que « les projets d'expérimentation [présentés par des personnes privées aussi bien que publiques] doivent présenter un intérêt général... ».

38 - Comme on l'a bien vu à propos d'« Euro-Disneyland » : CE, 23 mars 1992, *M. Martin et a.* (2 esp.), Rec. p. 130 et t. p. 820, AJDA 1992 p. 377 et chron. p. 333.

39 - V. pour des exemples récents CE, S., 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, Rec. p. 70, AJDA 1995 p. 403 note Broussolles, CJEG, n° 509, 1995 p. 146 concl. Arrighi de Casanova ; 26 mars 1997, *Société Elf-Antargaz*, précité. M. Iecref et G. Blanc, *La gratuité des services publics à l'égard des usagers*, JCP 1998, éd. G, I, 168.



texte examiné impose des sacrifices à des intérêts privés, le plus souvent légitimes, au nom de besoins qui les dépassent.

Diversité

Fonctionnellement unitaire, l'intérêt général est extraordinairement divers matériellement, si divers qu'il est proprement indéfinissable.

Il est en effet très parcellisé dans la jurisprudence. D'abord par la loi, pour l'application de laquelle il ne saurait y avoir d'intérêt général en soi, mais seulement au sens de tel ou tel de ses articles.

Ensuite par le juge : il enregistre d'une part la variété croissante des objectifs de l'action publique, d'autre part la diversification des niveaux d'appréciation de l'intérêt général. Qu'y a-t-il de commun entre le souci d'assurer la continuité de la règle dans le temps et celui de faciliter l'accès à un conservatoire municipal de musique, entre la sécurité et l'ordre publics et la volonté d'éclairer les acheteurs d'une œuvre d'art sur les intentions de l'administration quant à l'exercice de son droit de préemption, entre la construction d'une autoroute et la protection des nécessiteux, entre la bonne gestion des ressources en eau et la volonté d'éviter une concurrence excessive entre centres d'insémination artificielle...⁴⁰, si ce n'est qu'à un moment ou à un autre le Conseil d'État y a vu des intérêts généraux ? Aussi bien serait-il assez vain de vouloir dresser une liste exhaustive de ces derniers, tant elle serait disparate et, finalement, sans surprise car toute empreinte, à ce niveau d'abstraction, de bon sens apparent⁴¹.

Or l'intérêt général n'est pas pour le Conseil d'État une notion abstraite. Sans doute statue-t-il en fonction d'une certaine idée qu'il s'en fait dans l'absolu, mais là n'est pas l'essentiel : l'intérêt général résulte d'une appréciation concrète des circonstances de l'espèce. La jurisprudence « du bilan » en offre une illustration remarquable, mais, au-delà d'elle, cette appréciation concrète est devenue la règle : pour prendre des exemples tirés de « petits arrêts », seul l'examen minutieux des rues et places de villages permet de dire si des restrictions d'accès à des propriétés riveraines excèdent⁴² ou non⁴³ les contraintes qu'un maire peut imposer pour atteindre les buts d'intérêt général qu'il se fixe.

40 - Je reprends ici quelques intérêts généraux reconnus dans les arrêts précités.

41 - Le législateur tend à multiplier les « déclarations d'intérêt général » en tête des lois : une telle pratique incantatoire, sans doute dictée par la volonté de légitimer l'action du législateur par un retour à ses sources et par le souci de prévenir une censure de Conseil constitutionnel (censure pourtant bien improbable sur ce terrain) ne me paraît pas moins vaine.

42 - CE, 21 mars 1984, *Commune de la Barben*, Rec., T. p. 519, Gaz. Pal., 5-6 décembre 1984, pan. dr. adm. p. 3.

43 - CE, 18 novembre 1983, *M^{me} Duchand-Gaudry*, D.A., 1984 n° 485.



Cette manière de vérifier *in situ* la présence et les implications de l'intérêt général⁴⁴ accentue sa diversité interne. Elle va jusqu'à des appréciations très subjectives. Dans l'arrêt précité *Société des téléphériques du Massif du mont-Blanc*, l'intérêt général qui justifie la résiliation de la concession réside dans la perte de confiance du concédant envers un concessionnaire dont le capital est passé « dans les mains de l'ennemi ».

Un dernier élément est de nature à accroître encore cette diversité : la dimension géographique de l'intérêt général⁴⁵

Celui-ci peut être local et remplir exactement le même rôle jurisprudentiel qu'un intérêt national, car rien n'interdit bien sûr à une collectivité territoriale de définir « ses » besoins d'intérêt général, dans la sphère de compétence qui est la sienne

Mais, et c'est assez nouveau, l'intérêt général local peut s'opposer aussi à l'intérêt général envisagé au niveau national. Que celui-ci ait le dernier mot correspond, somme toute, à l'article 72 de la Constitution⁴⁶. La décentralisation a cependant renouvelé la question. Alors que la tutelle administrative instituait une sorte de continuité entre les appréciations de l'autorité locale, du préfet puis du juge, le contrôle des collectivités territoriales met brutalement en contact la première et le dernier.

Le Conseil d'État retournant aux sources... du jacobinisme ? Le législateur l'a placé dans cette situation, au moins avec l'article L 123-7-1 du Code de l'urbanisme, qui, quelles que soient les précautions de définition et de procédures prises, aboutit à imposer aux communes de modifier leur plan d'occupation des sols pour faire place à un « projet d'intérêt général » mené par l'État.

Le Conseil d'État est donc amené à trancher de l'équilibre entre la vision qu'a la collectivité locale de son développement urbanistique et les besoins de l'État. Nonobstant la liste donnée par l'article R 121-12, il ne peut guère le faire, une fois constatée l'utilité publique du projet, autrement que par des considérations de bon sens habillées d'un raisonnement juridique. Comment en effet déterminer autrement si la création d'une zone de protection autour d'une usine dangereuse⁴⁷ ou l'implantation de directions de l'Armée de terre dans un fort⁴⁸ sont des « projets d'intérêt général » au sens de la disposition précitée ?

44 - « [...] l'idée que l'activité administrative a pour finalité l'intérêt général doit être prise avec un certain sens du relatif : c'est l'intérêt général tel qu'il est apprécié ici et maintenant, dans un certain contexte historique, dans un certain pays, dans un certain régime, par l'opinion publique et les autorités politiques » G. Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français*, Presse de Sciences-PO et Dalloz 4^e éd. 1997, p. 24.

45 - V. sur ce point l'analyse de M. J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, précité.

46 - « Dans les départements et les territoires, le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux... »

47 - CE, 3 février 1992, *Commune de Soulom*, Rec. p. 52, RJE, 1992 p. 385 concl. Dutreil, note Lafore, L.P.A. n° 82, 8 juillet 1992 p. 30, note Hocreitere.

48 - CE, 4 juillet 1997, *Les Verts Ile-de-France et a.*, Rec. p. 287, RDP, 1998 p. 618, obs. Lebreton.



Conclusion

Retour aux sources et équilibre, norme de mesure, de contrôle et de raison : ces mots conduisent naturellement à voir dans l'intérêt général un élément important de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. Il lui permet de justifier le résultat auquel il souhaite parvenir, notamment lorsque l'application mécanique des règles en vigueur et des techniques de contrôle contentieux conduirait à une solution différente. C'est une conclusion qui ne surprendra personne !

Elle en appelle une autre, en forme de pronostic : l'intérêt général est un instrument trop précieux pour que le juge puisse s'en passer. C'est d'ailleurs dans les contentieux nouveaux ou renouvelés qu'il prospère, semble-t-il, le mieux. Et c'est par son caractère global, indéterminé, qu'il est utile... et qu'il redevient moderne, en phase avec un droit qui glisse souvent vers la norme « molle », subjective, finaliste. Le danger pour lui serait précisément de vouloir l'analyser ou le situer trop finement.



Intérêt général et Constitution

Jean-Éric Schœttl,
secrétaire général au Conseil constitutionnel

La notion d'intérêt général a-t-elle un statut constitutionnel ? Non si l'on s'en tient aux textes constituant le « bloc de constitutionnalité », rapprochés de la pensée des fondateurs de la science politique et éclairés par le droit comparé ; oui en revanche dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pourquoi ce silence ? Comment et pourquoi la jurisprudence a-t-elle cherché à le combler ? Telles sont les interrogations auxquelles on se propose ici d'apporter un début de réponse.

Le silence de la Constitution sur la notion d'intérêt général

L'expression d'intérêt général ne figure pas une seule fois dans les textes constituant notre « bloc de constitutionnalité » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, Constitution de 1958).

Ce silence n'est pas surprenant *a priori* pour la Déclaration de 1789, l'expression d'intérêt général n'ayant été consacrée qu'au siècle suivant par la jurisprudence du Conseil d'État et la doctrine des auteurs.

Il est cependant remarquable que la Déclaration de 1789 ne fasse que des références de portée limitée à des notions parentes de l'intérêt général, auxquelles les fondateurs de la science politique s'étaient si fortement intéressés au cours de tout le XVIII^e siècle, comme le « bonheur de tous » (Préambule : « afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »), l'utilité commune (art. 1^{er} : « ... les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; art. 12 : « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force commune : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et



non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ») ou le bien public (pas d'occurrence).

Cette réserve s'explique par le fait que, pour les hommes de 1789, la loi tend spontanément à la réalisation du bien public dès lors qu'elle exprime la volonté générale (art. 6 : « la loi est l'expression de la volonté générale »), c'est-à-dire dès lors que la souveraineté réside dans la nation (art. 3 : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation »). La tradition légicentriste fonde la souveraineté sur le suffrage. En plaçant le détenteur des pouvoirs publics sous la surveillance directe ou indirecte du corps électoral, en faisant de ce détenteur un représentant du peuple et un délégataire de la volonté générale, le principe majoritaire lui interdit d'utiliser ses pouvoirs à des fins personnelles ou au bénéfice d'une catégorie de la population. Ses actes s'orienteront dès lors naturellement vers l'accomplissement du bien commun. Il en résulte que la légitimité de la loi est à fonder non plus, comme lorsque le philosophe conseillait le prince, sur un critère matériel (la politique suivie, par son contenu, sert-elle le bonheur du peuple ?), mais sur un critère formel (la politique suivie est-elle l'expression du suffrage ?).

Les tragédies du XX^e siècle devaient toutefois montrer que la démocratie exige plus que le suffrage universel : la majorité peut s'abuser ou être abusée jusqu'à anéantir les droits fondamentaux. En dehors même de telles circonstances, le principe majoritaire ne garantit nullement la prise en compte, dans la conduite des politiques publiques, d'intérêts supérieurs et indivis de la collectivité comme ceux des générations futures. Déjà, dans la conception classique de la souveraineté nationale, rejointe par nos préoccupations modernes en matière d'environnement, de santé ou de biosciences, la volonté générale ne saurait se réduire à la sommation des opinions et des intérêts particuliers. Mais, si insistant soit-il sur la « transcendance » de la volonté générale¹, un auteur comme Rousseau laisse dans l'indétermination le problème concret de la formation de celle-ci à partir des points de vue des citoyens, tels que ceux-ci se manifestent dans l'exercice du suffrage et des autres droits politiques. Il reviendra à Condorcet, avec son célèbre paradoxe, de démontrer que la représentation ne saurait constituer une simple courroie de transmission de la volonté générale. En effet, le recours systématique au choix de la majorité des citoyens, pour déterminer le cours des politiques publiques, conduirait à une ligne incohérente². La démocratie directe, à la supposer techniquement possible (perspective que le développement de la société de l'information rend de moins en moins utopique),

1 - « Il y a bien souvent de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale : celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre n'est qu'une somme de volontés particulières » (Contrat social, livre II, chap. 3). La transcendance de la volonté générale, dans la pensée de Rousseau, n'est pas extérieure au contrat social, comme le serait un code révélé par Dieu. La philosophie politique moderne la qualifierait de « transcendance immanente » (valeurs produites par le corps social mais vécues par celui-ci comme supérieures à lui-même).

2 - Pour exposer le « paradoxe de Condorcet », il suffit de considérer un « corps électoral » de trois citoyens (1, 2, 3) et trois options de politique publique (A, B et C). Si 1 classe les trois options dans l'ordre A, B, C, si 2 les classe dans l'ordre B, C, A et si 3 les classe dans l'ordre C, A, B, le critère majoritaire place A avant B (1 et 3 contre 2), B avant C (1 et 2 contre 3), mais aussi C avant A (2 et 3 contre 1), et non, comme le voudrait la cohérence des deux premiers votes, A avant C (car si la collectivité préfère A à B et B à C, elle devrait a fortiori préférer A à C).



serait logiquement et politiquement non viable. C'est dire combien les mécanismes de la représentation ont un effet structurant. Par sa fonction³ de filtrage, d'arbitrage, de synthèse et de mise à distance des opinions et intérêts particuliers dont la société civile est le siège, la représentation introduit dans la formation des choix collectifs (la volonté générale) une part autonome, dont l'article 4 de la Constitution de 1958 rend bien compte à propos du rôle des partis politiques (« les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage »). La légitimité de celle-ci doit donc être recherchée ailleurs que dans l'expression, même majoritaire, des opinions et intérêts particuliers. Ce critère de légitimité est nécessairement matériel. Il réside certes en partie dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle (droits fondamentaux, rapports entre pouvoirs publics). Mais, dans la mesure où ceux-ci ne dictent pas complètement au représentant la conduite à tenir, la légitimité présente un dernier « solde » (après élimination de sa composante majoritaire et de sa composante constitutionnelle). Ce solde n'a pas de raison d'être très différent, dans le cas qui nous occupe (un législateur autonome), de celui auquel le juge administratif rapporte depuis longtemps l'action de l'administrateur dont la compétence n'est pas liée : l'intérêt général.

Que l'intérêt général ne figure pas parmi les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » énoncés par le Préambule de 1946 donne également à réfléchir. Ce silence, d'autant plus éloquent qu'il est observé à une époque où la notion est désormais bien assise, incite également à voir dans l'intérêt général un critère de légitimité des actes des pouvoirs publics qui opère à côté de ceux tirés du principe majoritaire et du respect de la Constitution, mais est distinct par nature de ceux-ci (c'est un solde). Il est par suite dans la nature des choses que le texte constitutionnel ne le mentionne pas, sauf à propos de certaines de ses applications, bel et bien intégrées quant à elles à la norme constitutionnelle. On pense ici au neuvième alinéa du Préambule (collectivisations), ainsi qu'à ses dixième, onzième et douzième alinéas (développement de l'individu et de la famille ; protection de la santé, sécurité matérielle, repos et loisirs ; solidarité devant les calamités nationales).

Si nous nous tournons maintenant vers les Constitutions des autres démocraties, c'est également la rareté des références à l'intérêt général (ou aux notions connexes : utilité publique, intérêt public, intérêt national..) qui frappe. Force est de constater que l'intérêt général est peu évoqué et, lorsqu'il l'est, seulement dans des contextes caractéristiques : il s'agit le plus souvent de la condition à laquelle se trouvent subordonnées l'expropriation ou, plus généralement, telle ou telle restriction apportée au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre ou aux autres droits et libertés économiques. Dans certains pays, l'intérêt général conditionne en outre la tutelle des collectivités locales (par exemple Luxembourg, art. 107 – § 6), la régulation des flux migratoires (par exemple Italie, art. 35), la régulation de l'économie (Portugal, art. 81) ou le droit de pétition (par exemple Italie, art. 50).

3 - Comme l'illustre la comparaison des IV^e et V^e Républiques, cette fonction s'exerce d'autant mieux que le mode de scrutin permet de dégager une majorité stable et que le système institutionnel donne au Gouvernement les moyens de gouverner.



Or, en France comme dans les autres démocraties dotées d'un contrôle de constitutionnalité, les références à l'intérêt général (et aux notions apparentées) sont abondantes dans la jurisprudence du juge constitutionnel. Pourquoi ce contraste entre chartes fondamentales et pratiques jurisprudentielles à l'égard de l'intérêt général ? L'intérêt général serait-il ce qui manque à la Constitution pour suffire aux besoins du contrôle de constitutionnalité ?

L'intérêt général, thème récurrent de la jurisprudence constitutionnelle

La notion d'intérêt général est utilisée tant par le Conseil constitutionnel français que par les autres Cours constitutionnelles et dans des contextes voisins.

Le Conseil constitutionnel

Le recensement auquel nous avons procédé au 1^{er} octobre 1998 indique qu'une soixantaine de décisions du Conseil constitutionnel font expressément référence à l'intérêt général.

Marie-Pauline Deswarte, qui a consacré à la question une étude très complète ⁴, recensait une quarantaine de décisions invoquant l'intérêt général (ou ses synonymes) fin 1993. Son travail met en lumière la variété des problématiques et des types de raisonnement dans lesquels l'intérêt général est invoqué, ce qui la conduit à mettre cette notion au pluriel (comme celle de la liberté). La référence à l'intérêt général se décline en effet par son objet (général ou propre à certains démembrements : santé, ordre public, patrimoine, développement de la famille, participation...), par les personnes publiques concernées (les intérêts de la République ou de la nation, les intérêts propres des territoires d'outre-mer...), par la qualification de l'intention du législateur (objectifs, fins, motifs, raisons) et par son rôle dans l'examen de constitutionnalité (l'intérêt général plaide-t-il pour ou contre la disposition contestée ? Est-il une cause d'inconstitutionnalité ou un motif de constitutionnalité ? Revêt-il une dimension interprétative ou normative ?...).

N'entendant pas pénétrer dans le détail de cette typologie (et renvoyant donc à l'excellente étude de M.-P. Deswarte), on tentera seulement ici de distinguer les principales approches jurisprudentielles de l'intérêt général selon le statut que confère à ce dernier l'examen de constitutionnalité.

Seuls certains « démembrements » de l'intérêt général ont été regardés comme des principes ou objectifs dotés d'une pleine valeur constitutionnelle, c'est-à-dire susceptibles d'être conciliés avec l'ensemble des autres principes et objectifs de valeur constitutionnelle et donc, le cas échéant, de les contrebalancer.

4 - « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 13, 1993, p. 23-58.



Il s'agit en premier lieu de la sauvegarde de l'ordre public, qui, dans trois domaines (protection de la sécurité des personnes et des biens ⁵, immigration ⁶, communication audiovisuelle et télécommunications ⁷), a été regardée comme un objectif de valeur constitutionnelle.

Il s'agit en deuxième lieu de la lutte contre la fraude fiscale qui constitue une « nécessité » avec laquelle doivent être conciliés les droits et libertés des individus ⁸.

Il s'agit enfin de la continuité du service public qui a le caractère d'un principe constitutionnel justifiant la limitation du droit de grève, pourtant lui-même de rang constitutionnel, ⁹ et à laquelle est subordonnée la cession d'un élément d'infrastructure d'une entreprise chargée d'un service public « de réseau » ¹⁰.

Ces trois « démembrements » de l'intérêt général ont pu être présentés comme au nombre des cas (rares) où le Conseil constitutionnel a dégagé, sans fondement textuel précis, des « principes généraux de droit constitutionnel » (comme le juge administratif a pu le faire, plus largement, pour les principes généraux du droit). À y regarder de plus près, ce n'est par certain : si la sauvegarde de l'ordre public constitue une « fin d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle » (80-127 DC), c'est parce qu'elle est nécessaire à la protection de droits dont la valeur constitutionnelle est inscrite dans les textes (sécurité des personnes et des biens, santé publique). De même, la nécessité de la lutte contre la fraude fiscale résulte directement de l'article 13 de la Déclaration de 1789. Seule la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la continuité du service public constitue, à défaut d'ancrage textuel, une anomalie. Mais cette anomalie en compense une autre : le silence du Préambule de 1946 sur les motifs justifiant la limitation du droit de grève. Si, comme nous le pensons, l'intérêt général est ce qui manque à la Constitution pour suffire aux besoins du contrôle de constitutionnalité, le manque était ici si grand qu'il a été comblé de façon prétorienne.

Dans deux contextes particuliers, l'intérêt général est susceptible de faire plier des principes de valeur constitutionnelle : il s'agit des validations législatives (principe de séparation des pouvoirs) et des restrictions apportées par la loi à l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.

5 - Notamment : 80-127 DC des 19 et 20 février 1981, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ; 86-211 DC du 26 août 1986, loi relative aux contrôles et vérifications d'identité ; 94-352 DC du 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

6 - Notamment : 91-294 DC du 25 juillet 1991, accord de Schengen ; 93-325 DC du 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

7 - Notamment : 86-217 DC du 18 septembre 1986, loi relative à la liberté de communication ; 96-378 DC du 23 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications.

8 - Par exemple 90-286 DC du 28 décembre 1990, loi de finances rectificative pour 1990.

9 - Notamment : 86-217 DC du 18 septembre 1986, loi relative à la liberté de communication ; 87-230 DC du 28 juillet 1987, loi portant diverses mesures d'ordre social.

10 - 96-380 DC du 23 juillet 1996, loi relative à l'entreprise nationale France Télécom.



• S'agissant des validations législatives, la solution est énoncée dès 1980¹¹ : s'il n'appartient au législateur ni de se substituer au juge, ni de le censurer, ni de lui adresser d'injonction, « ces principes de valeur constitutionnelle ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer », à condition qu'il le fasse pour des raisons d'intérêt général. Citons parmi ces dernières : la prévention d'un trouble excessif pour le fonctionnement de l'administration¹² ; la sauvegarde de la sécurité juridique et de l'équité¹³ ; la protection de l'ordre public économique¹⁴ ; mais non un simple intérêt financier n'affectant pas les conditions générales de l'équilibre budgétaire¹⁵.

Si un intérêt général suffisant, mais non nécessairement de rang constitutionnel, justifie cette entorse au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs que constitue une validation, il faut cependant que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle lorsque l'acte validé contrevient à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle tel que l'égalité devant l'impôt¹⁶. Ce dernier état de la jurisprudence est révélateur du statut normatif intermédiaire qui est celui de l'intérêt général dans le contrôle de constitutionnalité : le juge constitutionnel l'utilise, par nécessité, pour tempérer la rigueur d'un principe constitutionnel déterminé (séparation des pouvoirs) ; mais il refuse d'aller plus loin lorsqu'il faudrait faire plier, au nom de l'intérêt général, deux principes constitutionnels à la fois (séparation des pouvoirs et égalité devant l'impôt).

• Le deuxième domaine où l'intérêt général est susceptible de faire contrepoids à des principes constitutionnels est celui du droit de propriété (garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration) et de la liberté d'entreprendre (qui trouve son fondement dans l'article 4 de la Déclaration¹⁷).

Des exigences précises d'intérêt général¹⁸ (sur lesquelles, toutefois, le Conseil constitutionnel ne saurait disposer d'un pouvoir d'appréciation analogue à celui du législateur¹⁹) peuvent justifier les restrictions apportées par la loi à l'exercice des droits et libertés économiques. L'encadrement de l'exercice des droits et libertés économiques est, en France comme ailleurs, une des terres d'élection de la notion d'intérêt général en droit constitutionnel. C'est aussi un domaine où les intérêts particuliers, même dotés d'une

11 - 80-119 DC du 22 juillet 1980, loi portant validation d'actes administratifs.

12 - Par exemple : 85-119 DC précitée.

13 - Par exemple : 85-192 DC du 24 juillet 1985, loi portant diverses dispositions d'ordre social.

14 - Par exemple : 96-375 DC du 9 avril 1996, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

15 - 95-369 DC du 28 décembre 1995, loi de finances pour 1996.

16 - 97-390 DC du 19 novembre 1997, loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française.

17 - 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation.

18 - Notamment : 85-189 DC du 17 juillet 1985, loi relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement ; 91-303 DC du 15 janvier 1992, loi renforçant la protection des consommateurs ; 96-373 du 9 avril 1996, loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

19 - Notamment : 85-198 DC du 13 décembre 1985, loi portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle ; 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.



protection constitutionnelle solennelle, ont cédé le plus anciennement à l'intérêt commun. Comme le rappelle la décision 81-132 DC (nationalisation) : « postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée [...] par des limitations exigées par l'intérêt général... ». Toutefois, si inspirée qu'elle soit par l'intérêt général, une restriction apportée au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre ne doit pas aller jusqu'à dénaturer le sens et la portée de ces droits ²⁰.

La troisième hypothèse d'invocation de l'intérêt général est la plus fréquente et son terrain privilégié (mais non exclusif) est le principe d'égalité. L'intérêt général ne constitue plus alors un principe constitutionnel en soi, mais un élément d'un mode de raisonnement visant à vérifier le bien fondé de mesures susceptibles de porter ombrage à un principe constitutionnel déterminé.

L'intérêt général est alors d'autant plus fortement mobilisé que le juge constitutionnel se montre sensible à la protection du principe « menacé ». Si, comme on sait, il n'existe pas de rang supra constitutionnel dans la hiérarchie des normes, la pratique du contentieux constitutionnel n'en recèle pas moins, en effet, des « zones de protection renforcée » : droits de la personne, liberté de communication, égalité devant le suffrage, égalité d'accès aux emplois publics, etc.

Toute mesure restrictive est alors « suspecte » et commande une recherche des intentions du législateur. Sans nullement relever du contrôle du « détournement de pouvoir » (un tel emprunt au juge administratif serait irrecevable autant qu'inconvenant puisque les parlementaires sont collectivement dépositaires de la souveraineté), la recherche des intentions du législateur peut ressembler au contrôle du détournement de pouvoir par les méthodes contentieuses ²¹. L'élucidation des motifs de la mesure participe d'un contrôle qui n'est pas immédiatement de constitutionnalité (il ne le devient qu'au terme du raisonnement) et doit s'interdire d'être d'opportunité. Disons qu'il s'agit d'un contrôle de légitimité : l'intérêt général du motif retenu par le législateur pour restreindre tel droit, pour opérer telle différence de traitement, est-il suffisamment constitué ?

Pour que cette recherche soit fidèle à l'intention du législateur, le motif d'intérêt général doit ressortir des travaux préparatoires et non faire l'objet, *a posteriori*, d'une reconstruction prétorienne.

Quelques exemples de dispositions appelant la recherche de l'intention du législateur et sa caractérisation au regard de l'intérêt général illustrent

20 - 98-403 DC du 29 juillet 1998, loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

21 - Ne serait-ce que parce qu'il est répondu à des griefs explicitement ou implicitement tirés du détournement de pouvoir : la loi serait *ad hominem* (84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse) ; les nouvelles modalités de nomination hors tour dans certains corps de la haute fonction publique serviraient des desseins partisans (84-179 DC du 12 septembre 1984, loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et secteur public) ; le découpage des circonscriptions serait inspiré par des arrière-pensées politiques (86-218 DC du 18 novembre 1986, loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés).



l'esprit dans lequel le juge constitutionnel se livre à cette épreuve de « légitimité » :

- restrictions apportées à la possibilité d'exciper de l'illégalité externe d'un acte administratif ²² ;
- modification de conventions en cours par suite de l'abrogation de dispositions antérieures ²³ ;
- plafonnement des prestations familiales ²⁴ ;
- affectation de cotisations sociales à d'autres emplois que les allocations d'assurance ²⁵.

La recherche des motifs d'intérêt général susceptibles de justifier une différence de traitement est de loin le cas le plus courant de recours à cette troisième modalité d'invocation de l'intérêt général par le juge constitutionnel.

Elle intervient dans plusieurs contextes, tous liés au principe d'égalité : égalité devant la loi, devant les charges publiques, devant le suffrage, etc.

Comme le rappelle un « standard jurisprudentiel » récurrent, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Ont par exemple été regardées comme justifiées, au regard des fins d'intérêt général poursuivies, les différences de traitement suivantes :

- modulations tarifaires entre catégories d'usagers d'un ouvrage d'art ²⁶ ;
- exclusion des banques dont la majorité du capital appartient à des non-résidents du champ de la nationalisation ²⁷ ;
- instauration d'aides spécifiques à l'emploi des jeunes ;
- amnistie fiscale sous condition de rapatriement des avoirs détenus à l'étranger ²⁸ ;
- situation particulière (au regard des pensions) faite aux fonctionnaires maintenus en activité ²⁹ ;
- acquisition préférentielle d'actions destinée à garantir le maintien d'un réseau bancaire ayant vocation à servir le monde agricole et rural ³⁰ ;

22 - 93-335 DC du 21 janvier 1994, loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction

23 - 94-358 DC du 26 janvier 1995, loi d'orientation pour l'aménagement et de le développement du territoire

24 - 97-393 DC du 18 décembre 1997, loi de financement de la sécurité sociale pour 1998

25 - 94-357 DC du 25 janvier 1995, loi portant diverses dispositions d'ordre social

26 - 79-107 DC du 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales. Le rapport est recherché avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage.

27 - 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation. L'intérêt général est trouvé dans les difficultés que l'inclusion de ces banques eût valu à la France sur le plan international.

28 - 86-209 DC du 3 juillet 1986, loi de finances rectificative pour 1986. L'intérêt général est trouvé, d'une part, dans le bénéfice tiré pour l'économie nationale de l'apport de ressources financières nouvelles, d'autre part, dans le fait que les contribuables bénéficiaires n'auront pas à persévérer dans un comportement irrégulier.

29 - 86-220 DC du 22 décembre 1986, loi relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains fonctionnaires civils de l'État

30 - 87-232 DC du 7 janvier 1988, loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole



- procédure spéciale d'expropriation, tendant à accélérer les travaux de construction de routes³¹ ;
- octroi d'avantages fiscaux en vue de soutenir le développement de certaines activités, de certaines zones ou de certains types d'entreprises³² ;
- différences de régime tenant à l'entrée en vigueur progressive de la loi et motivées notamment par le souci de laisser un plus long temps d'adaptation aux entités les plus vulnérables³³ ;
- exclusion de l'étranger qui vit en état de polygamie du bénéfice de la carte temporaire de séjour³⁴.

Inversement, ont été déclarées contraires au principe d'égalité – à défaut de motif d'intérêt général (et de différence de situation) justifiant la différence de traitement – des discriminations du type suivant :

- avantages fiscaux conférés à certains modes de transmission du patrimoine³⁵ ;
- exclusion des nouvelles règles de transparence et de mise en concurrence, en matière de délégations du service public, des sociétés dont le capital est majoritairement détenu par la collectivité délégante³⁶ ;
- dérogation à l'obligation de constituer des provisions prévue à l'égard de certaines institutions de retraite complémentaire³⁷.

Les questions liées à l'égalité devant le suffrage se sont posées de façon particulièrement aiguë en matière de découpage des circonscriptions électorales. Les écarts démographiques entre circonscriptions sont par nature suspects, car non conformes à l'égalité devant le suffrage, dimension fondamentale de l'égalité des droits politiques, de l'indivisibilité de la République et de la souveraineté nationale.

Aussi les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier des fluctuations du ratio de représentation (nombre d'électeurs par élu) entre circonscriptions sont-ils examinés avec beaucoup de rigueur par le Conseil constitutionnel et, en tout état cause, seulement admis à jouer dans des proportions limitées³⁸. Ces motifs peuvent tenir à certaines réalités géographiques

31 - 89-256 DC du 25 juillet 1989, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles. La différence de traitement (entre expropriés) est justifiée en l'espèce par des motifs impérieux d'intérêt général.

32 - Par exemple : 93-320 DC du 21 juin 1993, loi de finances rectificative pour 1993 ; 94-358 DC du 26 janvier 1995, loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire ; 98-402 DC du 25 juin 1998, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

33 - Par exemple : 97-388 DC du 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite ; 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

34 - 97-389 DC du 22 avril 1997, loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

35 - 91-302 DC du 30 décembre 1991, loi de finances pour 1992 ; 95-369 DC du 28 décembre 1995, loi de finances pour 1996.

36 - 92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

37 - 94-348 DC du 3 août 1994, loi relative à la protection complémentaire des salariés et portant transposition des directives 92/49 et 92/96 du Conseil des Communautés européennes.

38 - 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, loi relative à l'élection des députés ; 86-218 DC du 18 novembre 1986, loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés ; 87-227 DC du 7 juillet 1987, loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille.



historiques et culturelles (voire ethniques dans les territoires d'outre-mer ³⁹). Le contrôle du Conseil s'exerce au cas par cas et, s'il reste celui de l'erreur manifeste, il est en pratique assez serré ⁴⁰.

Les variations de l'intensité du contrôle que pratique le juge constitutionnel sur les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier des différences de traitement ne sont nullement aléatoires. C'est en effet là où l'égalité est à protéger le plus vigoureusement (l'égalité devant le suffrage en est la meilleure illustration) que la « quantité d'intérêt général » à mobiliser pour justifier une différence de traitement sera la plus importante ⁴¹.

Les autres Cours constitutionnelles

Le contraste entre la discrétion de la Constitution sur l'intérêt général et la fréquence de son emploi dans la jurisprudence constitutionnelle n'est pas une spécificité française. Dans les démocraties dotées d'un contrôle de constitutionnalité, la référence à l'intérêt général (ou aux notions connexes) ne revient pas moins souvent que chez nous sous la plume du juge constitutionnel.

On n'en voudra comme illustration que la place importante qu'il occupe dans le « thésaurus systématique » de la Commission du Conseil de l'Europe pour la démocratie par le droit (dite Commission de Venise). Il y figure dès le deuxième niveau (sous la rubrique « principes fondamentaux »), au même rang par exemple que « Démocratie », « Légalité », « État de droit », etc.

De 1993 à 1997, cette notion a servi à 25 reprises à indexer des décisions sélectionnées pour la Commission de Venise par les Cours constitutionnelles membres. Au cours de la même période, 91 des 1695 décisions sélectionnées (c'est-à-dire un peu plus d'une décision sur vingt) comportaient les termes « intérêt général » dans la version française de leurs abstraits.

Les contextes d'utilisation sont, pour la plupart, les mêmes qu'en France : légitimité des différences de traitement, réglementation des activités économiques, éducatives ou culturelles, restrictions apportées au droit de propriété, détermination et perception de l'impôt, sauvegarde de l'ordre public...

Comme en France, la référence faite par toutes les Cours constitutionnelles à l'intérêt général ne fait pas de celui-ci un « principe constitutionnel de plein exercice » (c'est-à-dire susceptible d'être concilié avec tous les autres et donc de leur servir de contrepoids). Ce n'est que dans certaines hypothèses qu'il acquiert force de principe constitutionnel et seulement à l'égard de certains autres principes (droit de propriété, liberté d'entreprendre, droit de grève...). L'accession au rang de principe constitutionnel de plein exercice

39 - 85-196 DC du 8 août 1985, loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

40 - C'est peut-être dans ce domaine que la réponse que fait le Conseil au grief (explicite ou tacite) de détournement de pouvoir se rapproche le plus de la démarche du juge administratif. Ainsi, dans la décision 86-218 DC, admet-il « la pertinence de certaines critiques adressées (au découpage) par les auteurs de la saisine » (le découpage serait inspiré par l'intérêt politique des partis de la majorité).

41 - Sur ce point, cf. thèse de M. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, septembre 1996.



est réservée, dans tous les pays étudiés, à certains démembrements de l'intérêt général (ordre public, santé etc.). Elle est toujours fermée à « l'intérêt général en général ». La raison en est aisément compréhensible : admettre l'intérêt général (au sens large) comme principe constitutionnel de plein exercice serait ajouter à la Constitution et, qui est plus, lui ajouter une notion qui, par son imprécision, permettrait au juge constitutionnel de pratiquer un véritable contrôle d'opportunité.

Conclusion

Si l'on se souvient qu'en France le juge administratif a pu être soupçonné de vouloir se substituer à l'administration sous couvert de vérifier que l'action administrative est inspirée par l'intérêt général, combien plus percutante serait l'accusation de « gouvernement des juges » adressée à une Cour constitutionnelle qui censurerait la loi comme non conforme à sa propre vision (nécessairement subjective) de l'intérêt général ! Comme il n'est évidemment pas question que le juge constitutionnel traite le législateur comme le juge administratif traite l'administration, l'intérêt général ne saurait être un instrument du contrôle de constitutionnalité au même degré qu'il est un instrument du contrôle de légalité. Pour l'essentiel, il est « convoqué » par le Conseil constitutionnel dans des contextes bien définis et pour mettre en œuvre des « standards jurisprudentiels » (une différence de traitement peut être justifiée par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la mesure ; une validation législative doit être inspirée par un motif d'intérêt général allant au-delà d'un simple intérêt financier ; l'exercice du droit de propriété peut être restreint, pour des raisons d'intérêt général, sous réserve de ne pas dénaturer la portée de ce droit...). Encore, dans le cadre de la mise en œuvre de ces « standards », le Conseil se garde-t-il de substituer son appréciation de l'intérêt général à celle du législateur.

Il n'en reste pas moins que, sans avoir le statut d'une norme constitutionnelle, l'intérêt général compense le caractère clos du texte constitutionnel. Il peut servir à tempérer ce qu'aurait d'excessif l'application intransigeante des seuls principes explicitement énoncés, lesquels, selon que l'on considère la Déclaration de 1789 ou le Préambule de 1946, intéressent des droits individuels ou catégoriels et non l'intérêt « de tous et de chacun » (comment d'ailleurs le définir ?).

Parce qu'il apparaît comme un « solde de légitimité démocratique » (une fois déduites de l'action des pouvoirs publics la composante constitutionnelle et la composante majoritaire), l'intérêt général est exogène à la Constitution, tout en devant être articulé avec elle. Cette articulation entre Constitution et intérêt général (à l'instar de l'articulation entre Constitution et volonté majoritaire⁴²) ne peut laisser le juge constitutionnel indifférent. Aussi celui-ci prend-il en compte l'intérêt général et le manie-t-il de concert avec les principes constitutionnels « de plein exercice » : par rapport à ces



principes l'intérêt général joue à titre le plus souvent accessoire ou subsidiaire, mais parfois aussi correcteur.

Peut-on aller jusqu'à penser qu'un certain nombre de déclinaisons de l'intérêt général « particulièrement nécessaires au siècle à venir » (on pense à des domaines nouvellement arrivés dans la sphère du droit comme l'environnement ou les sciences de la vie, mais aussi à des notions plus traditionnelles comme le service public) ont vocation à être constitutionnalisées ? Toujours est-il que les emplois les plus fréquents de l'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle (ordre public, standard relatif au principe d'égalité, motifs justifiant des restrictions à la liberté d'entreprendre...) trouveraient fort naturellement à s'insérer dans notre charte fondamentale. Ce qui montre, une fois de plus, que l'intérêt général est bien ce qui manque (et manquera toujours nécessairement) à la Constitution pour suffire aux besoins du contrôle de constitutionnalité.



La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes

Edmond Honorat,
maître des requêtes au Conseil d'État

L'intérêt général est-il une notion absente du droit communautaire comme semble le suggérer une partie de la doctrine pour laquelle ce droit néglige ou ignore les notions de base de notre droit administratif ? N'est-il, pour reprendre une formule polémique utilisée, un jour, par l'un des membres de la Cour de justice des communautés européennes, qu'une « invention de certains juristes », dénuée de toute réalité et de toute pertinence ?

Ce serait un peu vite oublier que le droit communautaire a une dimension constitutionnelle et administrative et que son élaboration a été largement influencée par le droit public des États membres, notamment par le droit public français. Il serait donc surprenant, au contraire, que la notion d'intérêt général n'y soit pas quelque peu présente, sous une forme ou sous une autre.

La jurisprudence de la Cour de Justice révèle que le droit communautaire connaît, plus qu'on ne le pense et qu'on ne l'écrit, cette notion, bien qu'elle n'y soit pas toujours mentionnée comme telle et bien qu'elle n'y soit pas systématisée ni, plus encore, théorisée. Le juge communautaire éprouve, à cet égard, les mêmes difficultés que le juge national à définir une notion autant, sinon plus, politique que juridique.

Encore faut-il préciser de quoi l'on parle exactement. En effet, l'appréhension de la notion nous paraît obscurcie par le fait que les États membres – et les juristes nationaux – recherchent trop souvent dans le droit communautaire les éléments permettant de conforter leur propre conception, c'est-à-dire, leur acception nationale de l'intérêt général.

Il va de soi que, dans une construction qui vise à dépasser le cadre purement national, l'intérêt général a vocation à être défini à une échelle plus vaste, celle de la Communauté toute entière. Pour autant, la construction communautaire ne peut pas se passer de l'appui des États membres et ne peut donc pas ignorer les intérêts généraux tels qu'ils se dessinent au plan national.



L'intérêt général à l'échelon de la Communauté

Une notion découlant des objectifs et des dispositions des Traités

La construction communautaire, dans son ensemble, repose sur la conviction qu'il existe un intérêt commun aux États membres, reconnu comme tel par ces derniers, qui va au-delà de la simple addition ou du simple ajustement de leurs intérêts respectifs. Cet intérêt commun dépasse et transcende les intérêts nationaux et les intérêts particuliers. Pour reprendre l'expression du professeur Denys Simon, il constitue une « valeur » fondamentale de l'ordre juridique communautaire ¹.

Cette valeur fondamentale s'exprime tant au travers des objectifs communs qu'au travers des règles et politiques communes que les États membres s'engagent à respecter et à mettre en œuvre. Elle transparait aussi, sous des termes variables, dans diverses dispositions des Traités, comme l'article 3, premier alinéa, du Traité CECA, qui confie aux institutions le soin d'agir « dans l'intérêt commun », les articles 92 et 93 du Traité CE, qui autorisent les aides publiques compatibles avec le marché commun, ou encore l'article 103 du Traité CE, qui dispose que les États membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun, pour se limiter à quelques exemples.

La jurisprudence de la Cour de Justice, qui s'est tout naturellement appuyée sur ces dispositions, n'a fait qu'en expliciter le contenu. Si les premiers arrêts ont scrupuleusement repris les termes des Traités, s'attachant, par exemple, à définir la notion « d'intérêt commun » de l'article 3, premier alinéa, du Traité CECA, les arrêts ultérieurs s'en sont progressivement affranchis pour se référer, de manière plus générale et par un glissement de vocabulaire remarquable, à l'intérêt « communautaire » ou à « l'intérêt général communautaire » ², notion dégagée tant de l'objet des dispositions appliquées que, de manière plus générale, du système des Traités, dans leur ensemble.

Un intérêt supérieur et fondamental

Bien que les arrêts de la Cour se bornent souvent à constater l'existence de motifs d'intérêt général, sans autre précision ou justification ³, la jurisprudence fait néanmoins ressortir que cet intérêt est « général » en ce qu'il dépasse et transcende, en quelque sorte, le cercle d'intérêts regardés comme particuliers.

La Cour a ainsi affirmé très tôt que l'intérêt commun énoncé à l'article 3, premier alinéa, du Traité CECA, « ne se limit(ait) pas à la somme des

1 - Denys Simon, *Le système juridique communautaire*. Coll. « Droit fondamental », PUF, 2^e édition, 1998.

2 - Arrêt du 5 octobre 1994, *Commission/Allemagne* (C-260/93, Rec. p. I-1611).

3 - Voir, par exemple, l'arrêt *Commission/Allemagne*, précité.



intérêts particuliers des entreprises ou des catégories d'entreprises placées sous la juridiction de la Communauté » mais « dépass(ait) » ou « excéd(ait) largement le cercle de ces intérêts particuliers et se défini(ssait) par rapport aux buts généraux de cette Communauté »⁴. Elle a, de même, retenu que l'intérêt « commun » auquel se référait l'article 103 du Traité CE dépassait « l'intérêt individuel d'un groupe déterminé d'opérateurs économiques »⁵.

L'intérêt de la Communauté dépasse aussi les intérêts des États membres qui jouent, dès lors, le rôle d'intérêts particuliers au regard d'un intérêt plus vaste, qui les englobe et les dépasse.

La détermination de l'intérêt général au plan communautaire est le fruit d'arbitrages, de choix, faits par les institutions communautaires entre les différents intérêts qui s'expriment au sein des États membres et qui peuvent, parfois, fortement diverger. La Cour a ainsi retenu que les dispositions du Traité CECA faisaient obligation aux institutions, « dans l'intérêt commun, d'user de (leur) pouvoir de décision selon les exigences des circonstances, même au préjudice de certains intérêts particuliers »⁶. Considération à laquelle la Cour a fait écho, par exemple, dans l'arrêt du 5 octobre 1994, *Allemagne c/ Commission* (C-280/93, Rec. p. I-1611), en relevant que la décision de créer une organisation commune de marché dans un secteur agricole donné – en l'espèce, il s'agissait de l'organisation commune du marché de la banane – et la détermination des règles de base de cette organisation reposaient sur « des arbitrages entre des intérêts divergents » ou sur « des options dans le cadre de choix politiques »⁷.

Le caractère éminemment « politique » que revêt la détermination de l'intérêt général de la Communauté justifie, aux yeux de la Cour, qu'un large pouvoir d'appréciation soit laissé aux institutions de la Communauté à cette fin, et, notamment, au Conseil⁸. La Cour se reconnaît d'ailleurs un pouvoir d'appréciation comparable lorsqu'il s'agit d'édicter des mesures provisoires sur le fondement des articles 185 et 186 du Traité CE et d'opérer une mise en balance des différents intérêts en présence⁹.

4 - Voir 26 juin 1958, *Chambre syndicale de la sidérurgie française*, 9/57, Rec. p. 365 ; 10 mai 1960, *Compagnie des Hauts-Fourneaux de GIVORS*, 27 à 29/58, Rec. p. 503.

5 - Arrêts du 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement/Commission*, dit « *Grands moulins de Paris* », 9 et 11/71, Rec. p. 391, et du 24 octobre 1973, *Merkur/Commission*, 43/72, Rec. p. 1055.

6 - Voir, par exemple, 18 mars 1980, *Valsabbia c/ Commission*, 154/78 e. a., Rec. p. 907.

7 - La Cour constate qu'en l'espèce le Conseil « *devait notamment concilier les intérêts opposés de certains États membres producteurs de bananes, soucieux d'assurer à leur population agricole vivant dans des régions économiquement défavorisées l'écoulement d'une production vitale pour celle-ci et d'éviter ainsi des troubles sociaux, et d'autres États membres non producteurs de bananes, soucieux avant tout d'assurer à leurs consommateurs un approvisionnement en bananes aux meilleures conditions de prix et un accès illimité à la production de pays tiers* ».

8 - Voir, en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation, par la Commission, de la compatibilité d'une aide publique avec « l'intérêt commun », les arrêts du 17 septembre 1980, *Philips Morris/Commission* (730/79, Rec. p. 2671) et du 24 février 1987, *Deufils/Commission* (310/85, Rec. p. 901) ; ou, en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation, par le Conseil, de l'intérêt d'adopter des mesures de nature « législative », l'arrêt *Commission c/ Allemagne*, précité.

9 - Voir, par exemple, à propos de la mise en place de l'organisation commune de marché de la banane, l'ordonnance en référé de la Cour en date du 26 juin 1993, *Allemagne c/ Conseil* (C-280/93 R, Rec. p. I-3667).



La prééminence de l'intérêt général se justifie par l'avantage que retirent les sujets de droit du fait de leur appartenance à la Communauté, avantage qui peut d'ailleurs se concrétiser de manière précise sous la forme de concours mutuels ou communautaires¹⁰. La Cour retient ainsi que l'État membre qui tente de faire échec aux mesures décidées en commun rompt un équilibre entre les charges et les avantages découlant de son appartenance à la Communauté, et porte atteinte tant à l'égalité qu'à la solidarité existant entre les sujets qui composent cette dernière¹¹. La Cour considère que le devoir de solidarité, stipulé à l'article 5 du Traité, est l'une des bases du système communautaire¹² et qu'un manquement à ce devoir, librement accepté par les États lors de leur adhésion, est de nature à affecter « jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire »¹³.

Un intérêt fondamental et structurant

La Cour de Justice a d'ailleurs tiré des conséquences relativement précises de la primauté de l'intérêt général de la Communauté sur celui des États membres.

— Les États membres doivent, en premier lieu, prendre pleinement en compte l'intérêt communautaire et s'abstenir de toute mesure contraire à cet intérêt. La Cour juge ainsi que le droit communautaire ne s'oppose pas à l'application, par une législation nationale, de l'un des principes généraux du droit communautaire dans des domaines tel que celui de la récupération des aides communautaires indûment versées¹⁴ ou celui de la récupération des aides nationales déclarées contraires au droit communautaire¹⁵, mais qu'il impose néanmoins d'appliquer cette législation nationale, comme d'ailleurs toutes les dispositions pertinentes du droit national, de manière à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit communautaire et à prendre pleinement en considération l'intérêt communautaire¹⁶. L'obligation de s'abstenir de prendre des mesures contraires à l'intérêt communautaire vaut non seulement pour les autorités administratives mais aussi pour les autorités juridictionnelles. Ainsi, le juge national est-il tenu de prendre dûment en compte l'intérêt communautaire lorsqu'il envisage de surseoir à l'exécution d'un acte administratif national pris en application d'un acte communautaire et donc de paralyser provisoirement l'application de l'acte communautaire dans un État membre¹⁷.

10 - Dans l'arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, précité, la Cour relève que la solidarité existant entre les États membres « trouve [...] son prolongement, à l'avantage des États, dans la procédure de concours mutuel prévue à l'article 108 en cas de menace grave de difficultés dans la balance des paiements des États membres. »

11 - Voir arrêt du 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, 39/72, Rec. p. 101.

12 - Voir arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c/ France*, précité.

13 - Arrêt du 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, précité.

14 - Arrêt du 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, 205/82 à 215/82, Rec. p. 2633.

15 - Arrêt du 20 septembre 1990, *Commission c/ Allemagne*, C-5/89, Rec. p. I-3437.

16 - Arrêt *Commission c/ Allemagne*, précité.

17 - Arrêts du 21 février 1991, *Zuckerfabrick* (C-143/88 et C-92/89, Rec. p. I-415) et du 9 novembre 1995, *Atlanta* (C-465/93, Rec. p. I-3761).



L'obligation de ne pas prendre de mesure contraire à l'intérêt communautaire peut aussi justifier la compétence exclusive de la Communauté dans un domaine déterminé, y compris de manière implicite. La Cour a jugé, dans l'avis 1/75 du 11 novembre 1975, relatif à l'arrangement de l'OCDE concernant les dépenses locales (rec. p. 1355), que la politique commerciale commune, telle qu'elle est conçue par l'article 113 du Traité CE, « est de toute évidence incompatible avec la liberté que les États membres pourraient se réserver, en invoquant une compétence parallèle, afin de poursuivre la satisfaction de leurs intérêts propres dans les relations extérieures, au risque de compromettre une défense efficace de l'intérêt global de la Communauté ».

– La Cour retient, en outre, que l'intérêt de la Communauté peut imposer aux États membres d'agir dans un sens déterminé. Ainsi, lorsque la Communauté n'est pas en mesure de prendre les dispositions nécessaires dans un domaine où elle a une compétence exclusive, les États membres peuvent être tenus, le cas échéant, de se substituer provisoirement à elle, « dans l'intérêt commun », et de prendre toutes les mesures nécessaires, conformément aux règles de fond et de procédure découlant du droit communautaire ¹⁸

L'intérêt général des États membres

L'affirmation de l'intérêt général au plan communautaire n'est pas exclusive de la reconnaissance de l'intérêt général tel qu'il est défini dans le cadre national. En effet, les Communautés européennes ne disposent toujours que d'une compétence d'attribution et les nécessités de l'intérêt général ne sauraient se réduire à celles qui s'expriment dans le cadre communautaire.

L'intérêt général et les libertés fondamentales du Traité CE

Les Traités eux-mêmes font, dans plusieurs de leurs dispositions, une place à l'intérêt général tel qu'il est défini au niveau des États membres. Ils reconnaissent, en particulier, que celui-ci peut justifier, dans certaines conditions, des exceptions aux règles fondamentales du Traité. L'article 36 du Traité CE offre sans doute l'exemple le plus typique de ce renvoi à l'intérêt général défini dans le cadre national, avec ses références à la moralité publique, à l'ordre public, à la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes, des trésors nationaux ou de la protection de la propriété industrielle et commerciale. Les réserves dites d'ordre public, qui figurent notamment aux articles 48 § 3, 56 et 66 du Traité CE, et qui renvoient, elles aussi, à la moralité publique, à l'ordre public et à la sécurité publique, ou les clauses de sauvegarde figurant

18 - Voir, en matière de pêche, l'arrêt du 10 juillet 1980, *Commission c/ Royaume-Uni* (32/79, Rec. p. 2403).



dans le Traité, par exemple, à l'article 224 du Traité CE, fournissent d'autres exemples d'un tel renvoi.

La place reconnue à l'intérêt général tel qu'il est apprécié dans le cadre national se retrouve aussi dans les limitations introduites par la Cour dans l'interprétation des libertés fondamentales du Traité au travers de ce qu'elle a appelé, selon les dispositions considérées, les « exigences impératives » ou, de manière plus caractéristique, les « raisons impérieuses d'intérêt général ». La jurisprudence de la Cour montre que, même si la notion en question est une notion « autonome » du droit communautaire, dont il appartient à la seule Cour de délimiter la portée uniforme, le renvoi à l'appréciation faite dans le cadre des États membres est important. L'énumération récapitulative quoique non exhaustive donnée par les arrêts du 25 juillet 1991, *Commission c/ Pays-Bas* (C-353/89, Rec. p. I-4069) et *Gouda* (C-288/89, Rec. p. I-4007), en donne une bonne illustration. La Cour a rappelé, dans ces arrêts, que figuraient parmi les « raisons impérieuses d'intérêt général » déjà reconnues par elle, les règles professionnelles destinées à protéger les destinataires de services, la protection de la propriété intellectuelle, la protection des travailleurs, la protection des consommateurs, la conservation du patrimoine historique et artistique national, la valorisation des richesses archéologiques, historiques et artistiques, la meilleure diffusion possible des connaissances relatives au patrimoine artistique et culturel, ou des objectifs de politique culturelle, tels que le maintien du pluralisme dans l'expression ou la qualité des programmes audiovisuels.

C'est encore à l'intérêt général, tel qu'il est apprécié dans le cadre national, que la Cour se réfère lorsqu'elle doit déterminer si une réglementation nationale est ou non indirectement discriminatoire au regard de critères comme la nationalité ou le sexe des bénéficiaires. Les « justifications objectives » que peuvent avancer les États membres pour établir que leurs réglementations ne sont pas contraires au principe de non-discrimination consacré par le droit communautaire ne sont, en effet, rien d'autre que les motifs d'intérêt général qui ont présidé à l'adoption de ces réglementations et dont l'appréciation leur incombe au premier chef.

La Cour renvoie aussi à la notion d'intérêt général dans le cadre national, quoique de manière plus restrictive, dans son interprétation de la notion d'administration publique au sens de l'article 48 § 4 du Traité CE. Selon la formule désormais classique depuis l'arrêt du 3 juin 1986, *Commission c/ France* (307/84, Rec. p. 1725), les emplois de l'administration publique sont les emplois caractéristiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. Dans l'arrêt du 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg* (C-473/93, Rec. p. I-3207), la Cour a ainsi indiqué que la sauvegarde de l'identité nationale constituait un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire, ainsi que le prévoyait d'ailleurs l'article F, § 1, du Traité sur l'Union européenne.

Dans ces différentes hypothèses, la Cour de Justice ne substitue pas, à proprement parler, sa propre conception de l'intérêt général à celle des États membres mais, en revanche, encadre l'exercice des pouvoirs qui sont exercés



au nom de cet intérêt général, notamment au travers de la proportionnalité des moyens aux objectifs poursuivis.

L'intérêt général et les règles communautaires de concurrence

Comme on peut le constater, la référence à l'intérêt général tel que défini par les États membres n'est pas limitée au seul domaine des règles communautaires de concurrence. C'est cependant à ce sujet que les restrictions introduites par le Traité ont été le plus fortement ressenties dans les États membres. Ceci explique sans doute que la problématique de l'intérêt général en droit communautaire ait été appréhendée, notamment en doctrine, à partir de ces règles et, en particulier, de la notion de « services d'intérêt économique général », qui figure au § 2 de l'article 90 du Traité CE.

Comme le rappelle la Commission dans sa communication du 11 septembre 1996 sur « les services d'intérêt général en Europe »¹⁹, la jurisprudence de la Cour invite à distinguer la notion très large de « services²⁰ d'intérêt général » de la notion plus restreinte de « services d'intérêt économique général ». La première a vocation à couvrir les activités marchandes comme non marchandes, c'est-à-dire, pour reprendre les termes utilisés dans les arrêts, les activités « économiques » comme « non économiques ». La seconde n'a vocation à couvrir, en revanche, que les activités marchandes, autrement dit les activités « économiques », s'exerçant ou susceptibles de s'exercer sur un marché, qui caractérisent l'exercice d'une « entreprise ». Seule cette dernière catégorie de « services », soumise aux règles de concurrence du Traité, est susceptible d'être concernée par l'application de l'article 90 § 2 du Traité CE, selon une jurisprudence désormais bien établie²¹.

Bien que, là encore, les arrêts procèdent parfois plus par affirmation que par démonstration²², il est possible de dégager de la jurisprudence la plus récente et des conclusions des avocats généraux qui l'éclairent, les éléments que la Cour prend en compte dans l'identification du caractère d'intérêt général d'une activité donnée.

La Cour s'attache essentiellement à l'objet de l'activité en cause. Celle-ci doit satisfaire un besoin « général »²³ et « fondamental »²⁴ (voire « vital »²⁵) des membres d'une collectivité²⁶ (celle-ci n'étant pas forcément la

19 - Communication n° 96/C 281/03 (JOCE série C n° 281, p. 3).

20 - Le terme « services » est lui-même ambigu car il désigne, de manière générale, dans cette partie du Traité, les « activités » de vente de marchandises comme les activités de prestation de services, au sens de l'article 59.

21 - Arrêts du 15 février 1993, *Poucet et Pistre* (C-159 et 160/91, Rec. p. I-637) ; du 27 octobre 1993, *Lagauche e. a.* (C-46/90 et C-93/91, Rec. p. I-5267) ; du 19 janvier 1994, *SAT-Flugesellschaft* (C-364/92, Rec. p. I-143), du 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli* (C-343/95, Rec. p. I-1547).

22 - Voir arrêt du 13 décembre 1991, *GB-Inno BM* (C-18/88, Rec. p. I-5941), pour la mise à la disposition des usagers d'un réseau public de téléphone.

23 - Conclusions de l'avocat général Tesouro du 9 février 1993 dans l'affaire *Corbeau* (arrêt du 19 mai 1993, C-320/91, Rec. p. I-2533), point 19.

24 - Communication précitée de la Commission.

25 - Conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire *Corbeau*, précitée, point 15.



collectivité nationale²⁷), c'est-à-dire, un groupe lié par des relations d'égalité et de solidarité (ce qui justifie ou explique les conditions et contraintes particulières auxquelles doit répondre l'activité en cause). Dans l'appréciation des besoins de la collectivité, la Cour laisse une grande liberté aux États membres, auxquels revient, en particulier, le soin de définir les objectifs propres de la politique nationale²⁸. La jurisprudence a ainsi reconnu au nombre de ces besoins, la sécurité²⁹, la défense³⁰, la protection³¹ et/ou la cohésion sociale de la collectivité³². La communication de la Commission sur les services d'intérêt général s'en fait l'écho en retenant qu'il appartient aux États membres « d'opérer les grands choix de société » et de « définir les missions d'intérêt général », le respect de ces choix d'organisation ne constituant « rien d'autre qu'une expression du principe de subsidiarité ».

La Cour s'attache aussi aux conditions particulières dans lesquelles s'exerce l'activité. Ainsi que le rappelle notamment l'arrêt du 23 octobre 1997, *Commission/France* (C-159/94, Rec. p. I-5815), la reconnaissance de l'intérêt général suppose un acte de la puissance publique, qui peut être unilatéral ou conventionnel, ainsi que des droits ou des devoirs spécifiques, en rapport direct avec l'objectif poursuivi, qui contribuent à distinguer, à singulariser, l'activité au regard des autres³³.

La Cour semble même distinguer, au sein de ces droits et obligations de caractère particulier, ceux qui sont véritablement exorbitants du droit commun, « typiques » de la puissance publique, pour reprendre l'expression des arrêts *SAT Flugesellschaft et Diego Cali & Figli*, en ce qu'ils permettent l'accomplissement des « fonctions essentielles de l'État » et, plus largement, des « attributions essentielles de la puissance publique³⁴ (administration générale, fiscale, justice, sécurité, défense nationale, [...])³⁵ et caractérisent « l'exercice de la puissance publique » ou « l'exercice de leur souveraineté par les États »³⁶. Ces pouvoirs exorbitants, qui sont notamment les pouvoirs

26 - Par opposition à des intérêts individuels ou de groupes : voir conclusions de l'avocat général Van Gerven dans l'affaire *Merci Convenzionali Porto di Genova* (arrêt du 10 décembre 1991, C-179/90, Rec. p. I-5889). Ce qui n'était pas le cas, par exemple, des utilisateurs du service de courrier accéléré dans la région de Liège, en cause dans l'arrêt *Corbeau*, précité, dont les besoins ont été regardés comme trop « particuliers » ou « spécifiques » pour relever d'une activité « d'intérêt général ».

27 - Voir, par exemple, l'arrêt du 27 avril 1994, *Almelo* (C-393/92, Rec. p. I-1477), relatif à la fourniture d'énergie électrique « dans une partie du territoire national ».

28 - Ainsi que le rappelle l'arrêt *Commission c/ France* du 23 octobre 1997, points 55 et 56.

29 - Voir les arrêts du 1991, *GB-Inno-BM*, pour le service des télécommunications (points 30 et 31), et *SAT Flugesellschaft*, précité, pour l'activité de contrôle aérien.

30 - Voir arrêt *SAT Flugesellschaft*, précité et les conclusions de l'avocat général Tesouro.

31 - Voir l'arrêt *Diego Cali & Figli*, précité, pour la protection des eaux marines contre la pollution.

32 - Voir, pour le rôle « social » joué par le service postal « de base », les conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire *Corbeau*, précitée, point 15 ; pour les caisses du régime général de sécurité sociale, l'arrêt *Poucet et Pistre*, précité. Comme le relève la Commission dans sa communication, l'intérêt général a une fonction de « ciment de la société », une dimension symbolique, culturelle, dans la mesure où il sert d'élément d'identification à une collectivité.

33 - Ce qui n'est pas le cas, par exemple, d'obligations en matière de protection de l'environnement ou d'aménagement du territoire qui ont vocation à s'appliquer à tous les opérateurs économiques : voir l'arrêt *Commission c/ France*, auquel il est fait référence.

34 - Arrêt *Diego Cali & Figli*, précité, point 16.

35 - Voir conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire *SAT Flugesellschaft*, précitée, point 9.



d'autorisation³⁷ et de police³⁸, traduisent, aux yeux de la Cour, le caractère non économique, hors marché et même naturellement monopolistique³⁹ de l'activité considérée, qui la place en dehors du champ d'application des règles communautaires de concurrence.

Enfin, bien que cet aspect ne soit pas déterminant, la Cour prend en considération, à titre d'élément confortatif, l'absence de but lucratif de l'activité considérée. Ainsi que le révèlent les arrêts *Corbeau*, *Almelo* ou *Commission/France*, si l'intérêt général n'est pas synonyme de fonctionnement à perte ou de financement par l'impôt, son but n'est pas normalement la recherche du profit.

Comme le relève le professeur Dubouis⁴⁰, en rappelant que l'administration n'est plus seulement, aujourd'hui, un ensemble de services qui accomplissent des missions d'intérêt général sous le contrôle des collectivités publiques mais qu'elle peut être aussi un acteur très particulier du marché, puisque agent du pouvoir régulateur, le droit communautaire oblige à reconsidérer notre droit administratif avec réalisme et à s'interroger sur les limites du rôle de la puissance publique et sur la manière de satisfaire au mieux l'intérêt général.

L'intérêt général et l'application du droit dérivé

Les directives sur les marchés publics⁴¹ offrent un dernier exemple de l'utilisation de la notion d'intérêt général en droit communautaire. Parmi les « pouvoirs adjudicateurs » soumis aux règles de ces directives figurent, en effet, à côté de l'État et des collectivités territoriales, les « organismes de droit public », c'est-à-dire les organismes qui, entre autres conditions, ont été créés « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial »⁴².

La Cour de Justice a précisé récemment cette notion dans deux arrêts du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e. a.* (C-44/96, Rec. p. I-73) et du 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem* (C-360/96, non encore publié au Recueil).

Le second de ces arrêts déduit du texte des directives que les besoins d'intérêt général peuvent être des besoins autres que ceux de nature industrielle et commerciale, même si les directives « marchés publics » ne

36 - Voir les conclusions citées au point précédent, point 12.

37 - Voir l'arrêt *Lagauche e. a.*, pour le pouvoir d'autoriser la détention d'appareils de radio-transmission et le pouvoir d'instruction des demandes d'autorisation.

38 - Voir, pour la police de l'espace hertzien, l'arrêt *GB-Inno BM*, et, pour la police de l'espace aérien, l'arrêt *SAT Flugesellschaft*.

39 - Sur le caractère de « monopole naturel » de l'activité de contrôle de l'espace aérien, voir les conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire *SAT Flugesellschaft*, point 13.

40 - *Droit administratif et droit communautaire*, AJDA, n° spécial 20 juin 1995, p. 66.

41 - Directives 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1) et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54).

42 - Article 1^{er}, sous b), des directives précitées.



s'intéressent qu'à cette dernière catégorie de besoins. L'arrêt retient aussi que les besoins d'intérêt général autres que ceux de nature industrielle et commerciale ne sont pas forcément des besoins non satisfaits ni, surtout, insusceptibles d'être satisfaits par le marché et le jeu de la concurrence. La Cour relève, en particulier, qu'il « est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées », ce qui conduit à relativiser quelque peu les considérations de ses précédents arrêts relatifs aux « services d'intérêt économique général » sur la nature « typiquement » régalienne de certaines activités. L'arrêt précise cependant que les besoins d'intérêt général autres que de nature industrielle et commerciale, visés par les directives « marchés publics » sont essentiellement ceux que, « pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante ». L'arrêt retient, plus particulièrement, que l'intérêt qui s'attache à la protection de la santé publique et à la protection de l'environnement peut justifier que la puissance publique choisisse d'assurer elle-même l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères lorsque les entreprises privées ne sont pas en mesure d'assurer un degré de protection suffisant de cet intérêt.

Le premier des deux arrêts retient, quant à lui, que la production, à titre exclusif, de documents administratifs officiels, dont certains sont soumis au secret ou au respect de normes de sécurité (comme les passeports, les permis de conduire et les cartes d'identité) et d'autres sont destinés à la diffusion des textes législatifs, réglementaires et administratifs de l'État, répond à un « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial ». La Cour relève que la production de ces documents est étroitement liée à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'État, exigeant une garantie d'approvisionnement et des conditions de production qui assurent le respect des normes de confidentialité.

Ainsi qu'on s'est efforcé de le démontrer, les Traités et, à leur suite, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, ont fait une place à l'intérêt général qui est loin d'être négligeable. L'article 7 D ajouté au Traité CE par le Traité d'Amsterdam confirme et renforce l'importance de cette notion par le rôle et la valeur (« commune ») qu'il confère aux « services d'intérêt économique général » dans la Communauté. Le droit communautaire conduit ainsi à appréhender l'intérêt général dans le cadre plus vaste de la Communauté et à reconsidérer son contenu ainsi que ses moyens d'expression. Il incite à des évolutions, à des ouvertures, sans pour autant imposer des bouleversements et, plus encore, des abandons.



Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne ¹

Bernard Thiry,

*professeur ordinaire à l'Université de Liège,
directeur du CIRIEC*

L'objet de cette communication est, au-delà des difficultés de traduction, des querelles sémantiques et des spécificités des traditions et des conceptions nationales, de dégager un champ commun de réflexion à partir des activités économiques concernées, de leurs caractéristiques et des missions et objectifs poursuivis et cela indépendamment du type d'agents économiques chargés de ces activités. Il peut s'agir d'entreprises publiques nationales, régionales ou locales, avec ou sans personnalité juridique distincte des pouvoirs publics, de droit public ou de droit privé; il peut s'agir d'entreprises privées *stricto sensu*. Les choix en la matière ne sont évidemment pas neutres.

S'interroger sur les divergences et similitudes que présentent dans l'Union européenne les services d'intérêt économique général, les services publics, les services en réseaux ou d'utilité publique est sans nul doute une gageure.

Si la tradition française en matière de service public est sans aucun doute le fer de lance aujourd'hui, il est impératif d'en examiner la situation et la perception dans les autres États membres de l'Union européenne.

En clair, dans ces pays, il convient de déterminer le champ des services d'intérêt général et de donner un aperçu des diverses conceptions nationales. Dans un second temps seront examinés les objectifs poursuivis en vue de rencontrer l'intérêt général. Certaines notions rencontrées telles que les obligations de service public, le service universel, les services d'intérêt économique général peuvent être comparées du point de vue de l'économiste. Dans une dernière section, les questions du financement des obligations de service public seront abordées en guise non de conclusion, mais de questions ouvertes auxquelles de nouvelles réponses devront être apportées.

1 - Le lecteur trouvera davantage d'informations dans les ouvrages collectifs suivants :

- Monnier L. et Thiry B. (éd.), *Mutations structurelles et intérêt général - Vers quels nouveaux paradigmes pour l'économie publique, sociale et coopérative ?*, De Boeck université, « Ouvertures économiques Jalons », Bruxelles, 1997.

- Varii Auctores, « L'économie des services publics. Un défi pour l'Union européenne », n° spécial, *Annales de l'économie publique, sociale et coopérative*, vol. 66, n° 2, juin 1995, p. 143 et ss.



Le champ des services d'intérêt général : grande diversité dans les approches et similitudes dans les activités concernées

Il est clair que le concept de service public ou d'intérêt général est entendu de diverses manières au sein de l'Union européenne et que les conceptions germanique, nordique, latine et anglo-saxonne ne sont pas identiques. Dans certains pays de l'Union, l'idée même de service public est inexistante. Quoi qu'il en soit, on rencontre partout des idées assez similaires et des réalités assez proches.

Il est important de souligner que cette contribution traite du service public ou de l'intérêt général et non des entreprises publiques. Les entreprises publiques peuvent exercer des activités purement marchandes sans aucun aspect de service public tout comme des activités de service public peuvent être mises en œuvre par des entreprises purement privées.

Il faut aussi ajouter que cet article ne se préoccupe que des activités marchandes, c'est-à-dire des activités vendues contre un prix sur le marché, par opposition aux activités non marchandes rendues à titre gratuit, ou quasi gratuit, par des administrations publiques ou des associations privées sans but lucratif. Cependant, la frontière entre les activités marchandes et non marchandes est floue et varie dans le temps et l'espace. Mentionnons à titre d'illustration la radio-télévision, l'enseignement supérieur, la santé ou encore les services sociaux.

Dans les pays de tradition latine (particulièrement en France), comme tout le monde le sait, la notion de « service public » ou d'« intérêt général » repose sur une solide doctrine. Dans d'autres pays, cette notion, ou des concepts apparentés, sont davantage le résultat de coutumes ou de principes généraux énoncés au travers de la jurisprudence.

Dans la tradition française, une distinction est établie entre la conception fonctionnelle et la conception organique d'un service public, à savoir entre l'activité en elle-même d'une part, l'organisme public de l'autre. Dans la suite de cet article, nous nous référerons à la notion de service public au sens fonctionnel du terme – et aux notions assimilées présentes dans d'autres traditions de l'Union européenne. Ainsi, nous nous intéresserons à l'activité établie dans l'intérêt général, qui a été érigée en service public par les pouvoirs publics, même si cette activité est réalisée par une personne de droit privé (par exemple dans le cadre d'une concession)².

La doctrine française investit donc l'autorité publique du pouvoir de créer ou de reconnaître un service public. Il en est largement de même dans les pays partageant la même vision juridique marquée par le droit romain (à savoir la Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie et le Portugal).

2 - Soulignons combien cette phrase n'est pas transposable telle quelle dans les pays anglo-saxons, scandinaves ou germaniques.



Au Royaume-Uni, le terme « public service » n'a pas la même signification que celle que nous donnons présentement à « service public ». Il désigne en partie une éthique pour fonctionnaires, en partie une vaste gamme d'activités marchandes et non marchandes du secteur public³. Un terme clé en anglais est, par contre, celui de « public utilities » qui se réfère à un certain nombre d'activités qui fournissent des services fondamentaux et qui sont caractérisées par des structures monopolistiques, l'existence d'un réseau, une nature infrastructurelle et une position stratégique dans le développement économique et la cohésion sociale. Ce terme est appliqué essentiellement au transport et à la distribution de l'eau, du gaz, de l'électricité et de la chaleur, aux télécommunications, à la distribution du courrier (poste), à la télédiffusion (transmission par câble) et au transport ferroviaire.

Cet ensemble d'activités constitue sans nul doute le noyau de base des services publics. Mais la liste n'est certainement pas complète. On devrait certainement y inclure le transport en commun dit secondaire (bus, tram et métro). Mais qu'en est-il du ramassage et du traitement des ordures ménagères, du captage et de l'épuration des eaux, de la propreté urbaine, de la radio-télévision ?

D'autre part, le logement social est également considéré comme relevant du service public dans quelques pays européens et des missions de service public ou d'intérêt général sont assignées à certaines banques, compagnies d'assurances et caisses d'épargne au même titre qu'à certaines compagnies aériennes et maritimes.⁴

En Allemagne, le terme « öffentlicher Dienst » est inapproprié pour désigner l'ensemble des activités concernées, ce terme correspondant en fait à l'ensemble du secteur public. On utilise, par contre, les termes « öffentliche Dienstleistungen » et « Dienstleistungen im Allgemeininteresse » pour traduire ce que nous appelons « services publics » et « services d'intérêt général ». Mais ces termes ne sont que des traductions peu ou pas utilisées dans la réalité nationale allemande. Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'y a pas de services d'intérêt économique général en Allemagne, bien au contraire. Le champ de ces activités est même très vaste, incluant non seulement les classiques « public utilities », mais aussi des services communaux très divers, et même des activités financières telles que celles des caisses d'épargne.

Globalement, en Allemagne, coexistent deux visions de ces services d'intérêt économique général, d'une part, une vision politique ou de doctrine économique basée sur le concept d'économie sociale de marché (« Soziale Marktwirtschaft ») à savoir que le mécanisme du marché est dominant et que les interventions publiques ne sont justifiées que s'il y a défaillance du marché, ce qui, dans les faits, implique de nombreuses interventions ; d'autre

3 - Ces notions additionnelles existent également de manière générale en langue française.

4 - Voir notamment les travaux menés au sein du Comité européen de liaison sur les Services d'intérêt général, *Services d'intérêt général et intégration européenne*, Bruxelles, 1996 ; Bauby P., *Le service public*, Coll. « Dominos », Flammarion, 1997, 126 p. ; ou encore Boual J.-Cl., « Le débat européen sur les services publics et les réseaux », in Quin C. Et Jeannot G. (sous la direction de), *Un service public pour les Européens ? Diversité et espaces de convergence*, ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, La Documentation française, Paris, 1997, pp. 85-106.



part, une vision juridique basée sur la très solide doctrine allemande en matière de droit administratif qui met en exergue le fait que les autorités politiques, et en particulier les autorités communales, sont tenues de veiller à la satisfaction des besoins existentiels des citoyens (« Daseinsvorsorge »).

Dans les pays scandinaves et les Pays-Bas, la notion de « service public » ou de « service d'intérêt général » n'existe pas en tant que telle ou n'apparaît pas de manière conceptualisée. Leur approche est beaucoup plus pragmatique, mais cela ne signifie pas que certaines activités ne sont pas soumises à des obligations d'intérêt général ou de service public d'un type ou l'autre.

Il convient donc de constater une grande diversité dans les approches et les conceptions nationales ainsi que dans le champ des activités ; mais il y a également une grande diversité du côté des agents économiques concernés. Dans certains pays de l'Union européenne, l'essentiel du pouvoir de définition et de contrôle des services d'intérêt général appartient au gouvernement national. Dans d'autres pays, ce sont les autorités régionales et locales qui jouent un rôle considérable. Par ailleurs, certains pays ont confié prioritairement la réalisation des activités et des missions d'intérêt général à l'une ou l'autre forme d'entreprise publique tandis que d'autres l'ont donnée à des entreprises privées. Dans quasi tous les États membres de l'Union européenne, certaines activités d'intérêt général ont été confiées d'une manière ou d'une autre à des opérateurs privés. Même dans les pays où la doctrine en matière de service public est la plus forte, des entreprises privées sont chargées de l'exécution de ce type d'activités. Ceci est particulièrement le cas en France de la distribution de l'eau qui a été confiée par la plupart des autorités locales à des entreprises privées.

Tout cela étant précisé, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles certaines activités marchandes, ou, le cas échéant, certains aspects de ces activités, sont considérées comme relevant de l'intérêt général. On peut distinguer trois approches qui permettent de cerner ces raisons. Certains – particulièrement dans la tradition latine – mettent l'accent sur la décision de l'autorité publique et sur des règles relatives à la continuité, à l'égalité d'accès, à l'adaptabilité, la sécurité, l'universalité et la transparence. D'autres adoptent une approche plus pragmatique, en insistant sur le fait que ces activités ont pour objet de mettre des biens et des services fondamentaux à la disposition des consommateurs dans des conditions de prix, de qualité et de sécurité acceptables. Enfin, d'autres encore recensent les caractéristiques économiques que partagent ces activités d'intérêt général.

Ainsi la plupart de ces activités sont caractérisées d'une façon ou d'une autre par ce que les économistes appellent des « défaillances du marché » (« market failures ») : la nature de bien public ou collectif (à savoir un bien caractérisé par la non exclusion et la non rivalité)⁵, d'importants rendements d'échelle et de gamme impliquant dans certains cas extrêmes un monopole dit naturel, la présence d'importants effets externes (négatifs ou positifs) et/ou d'effets de club et la nécessaire prise en compte de la sécurité et du long terme qui requiert une correction de la myopie des agents économiques

5 - À savoir l'impossibilité d'exclure des consommateurs, par exemple en cas de non paiement d'un prix, et le fait que la quantité consommable n'est pas affectée par la consommation d'autrui.



privés. Ces caractéristiques permettent certainement d'identifier les activités qui correspondent à ce que les Anglo-saxons appellent les « public utilities ».

Mais les concepts de service public et d'intérêt général sont plus larges ; ils incluent notamment divers mécanismes de redistribution des ressources entre différentes catégories de consommateurs. Il importe toutefois, dans le débat qui se poursuit actuellement dans l'Union européenne, de bien distinguer les missions de service public des autres objectifs et missions d'intérêt général que les pouvoirs publics peuvent poursuivre par le biais de la propriété ou du contrôle de certaines entreprises. Il faut aussi vérifier quelles sont les différences entre les notions de service public, service universel et service d'intérêt économique général. Tel est l'objet de la section suivante.

Les objectifs d'intérêt général

« Les services d'intérêt général sont au cœur du modèle européen de société »⁶, mais il est difficile de comprendre cette affirmation quand on regarde la diversité des conceptions nationales, la variété des activités concernées et les différents modes d'organisation. En fait, il est plus simple de concevoir l'importance des services d'intérêt général en tant que valeur partagée par tous les pays européens lorsqu'on examine les objectifs, les obligations et les contraintes qui sont imposés à certaines activités marchandes.

Au Royaume-Uni, on parle de « public interest objectives » ou de « public service obligations ». En Allemagne, les pouvoirs publics, qu'il s'agisse de l'État fédéral, des Länder ou des autorités locales, définissent des obligations d'intérêt général (« Aufgaben des Allgemeininteresses »). En France, on parle d'obligations ou de missions de service public.

D'après la Commission européenne, dans sa communication sur les services d'intérêt général en Europe, les « mécanismes (de marché) présentent parfois leurs limites et peuvent risquer d'exclure une partie de la population des bénéficiaires qui peuvent en être retirés et de ne pas permettre la promotion de la cohésion sociale et territoriale. L'autorité publique doit alors veiller à la prise en compte de l'intérêt général »⁷. Nous ajouterons que l'intervention des autorités publiques peut être requise pour des raisons de pure efficacité économique parce que les mécanismes de marché ne sont pas toujours synonymes de concurrence parfaite.

Dans l'analyse économique, on distingue généralement quatre grandes catégories d'objectifs⁸ qui permettent de traduire l'intérêt général en termes

6 - Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (96) 443, § 1.

7 - Cette liste d'objectifs est due à REES R., *Public Enterprise Economics*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1984 (1976 1st edition), p. 14.

8 - Ibidem, § 15.



d'objectifs plus concrets ou en termes de contraintes imposées aux entreprises se trouvant sous une quelconque forme de régulation publique :

a) les objectifs purement allocatifs qui se réfèrent à l'efficacité économique, c'est-à-dire à l'efficacité dans l'allocation des ressources. Cette notion d'efficacité recouvre en fait plusieurs aspects : les uns relatifs à l'efficacité interne de l'entreprise, les autres relatifs à l'efficacité économique externe, c'est-à-dire à la réalisation de la production optimale et à la fixation du prix optimal au regard de l'affectation des ressources dans l'ensemble de la société. Cet optimum social requiert en règle générale la tarification au coût marginal, celui-ci incluant à la fois les coûts internes à l'entreprise et les coûts externes, dont les coûts relatifs à l'environnement ;

b) les objectifs de profitabilité qui peuvent revêtir diverses formes : maximisation du profit, minimisation du coût, respect de l'équilibre budgétaire, réalisation d'un déficit maximum autorisé, rentabilité plafonnée des fonds propres ;

c) des objectifs concernant la redistribution entre les individus, voire entre les régions, qui visent notamment l'implantation et le maintien de réseaux et d'activités sur la totalité du territoire, les tarifs préférentiels pour certaines catégories de consommateurs (handicapés, personnes âgées, familles nombreuses,...) ou encore les systèmes dits de péréquation tarifaire qui impliquent généralement un mécanisme de subsidiation croisée entre activités bénéficiaires et déficitaires ;

et enfin,

d) la contribution des entreprises à la politique macro-économique des pouvoirs publics (lutte contre l'inflation et le chômage, recherche de la croissance économique et de l'équilibre de la balance des paiements).

Cette liste, entachée d'économisme, n'épuise certainement pas la pluralité des objectifs d'intérêt général assignés aux entreprises publiques ou sous contrôle public. Six dimensions supplémentaires doivent être ajoutées : le contrôle de certains secteurs d'activités stratégiques ; la prise en compte des besoins de la Nation notamment en matière de défense civile et militaire ; le rôle de laboratoire social que ces entreprises peuvent jouer en assurant au personnel de meilleures conditions de travail, voire une participation accrue dans la gestion de l'entreprise ; la défense de la spécificité culturelle ; la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire (qui ne se réduit pas à la prise en compte des effets externes dans la tarification des services) ; enfin l'optimisation du degré d'adéquation entre l'offre de services et la demande potentielle dans ses aspects tant quantitatifs que qualitatifs.

Ces divers objectifs ne concernent évidemment pas toutes les entreprises publiques ou sous contrôle public, mais quels que soient les objectifs précis poursuivis, la tâche de l'entreprise est malaisée du fait de la pluralité des objectifs et des conflits qui peuvent apparaître dans la poursuite de ceux-ci.

Il peut être utile de procéder à une reclassification des objectifs mentionnés en distinguant, à côté des objectifs de profitabilité, les objectifs de politique macro-économique, les objectifs de politique industrielle et de développement économique ainsi que ce qu'on peut appeler les « missions de service



public ». Cette nouvelle classification est intéressante parce qu'elle correspond mieux aux débats actuels en Europe sur les missions des entreprises sous contrôle public.

L'utilisation de ces entreprises à des fins de politique macro-économique n'est plus officiellement à l'ordre du jour. De nombreuses entreprises publiques nationales paient encore aujourd'hui le coût de leur utilisation intensive comme instrument contra-cyclique au cours des années soixante-dix et au début des années quatre-vingts, quand on leur a demandé, pour contrer la « stagflation », d'augmenter quelque peu artificiellement le volume de l'emploi tout en bloquant leurs tarifs. Les entreprises publiques locales sont, elles, peut-être plus concernées maintenant par cette politique conjoncturelle. Dans certains pays et certaines régions, on demande aujourd'hui aux entreprises communales de faire preuve de solidarité en finançant la remise au travail de chômeurs. L'idée que les entreprises de service public devraient se comporter comme des entreprises « citoyennes » exemplaires relève partiellement de cette problématique.

L'utilisation des entreprises sous contrôle public à des fins de développement économique et de politique industrielle est aujourd'hui au centre d'un débat qui n'est pas seulement que sémantique. En procurant l'infrastructure de base et les réseaux, les entreprises de service public (les « public utilities ») jouent un rôle essentiel dans le développement économique.

Quant aux missions et obligations de service public, elles ne constituent qu'un sous-ensemble des missions et objectifs d'intérêt général. Elles relèvent :

– premièrement, de l'efficacité économique globale qui intègre la prise en compte des effets externes, la correction des inefficacités découlant des monopoles qu'ils soient naturels ou non, la sécurité d'approvisionnement, la programmation à long terme et le soutien des efforts de R&D ;
– deuxièmement, des missions relatives à la protection de l'environnement, à l'aménagement du territoire, aux besoins de la Nation et à la défense de la spécificité culturelle ;

– et troisièmement, des objectifs de redistribution. Ces objectifs peuvent être étendus pour couvrir un but plus général d'intégration. Comme expliqué dans le rapport de la direction générale des études du Parlement européen, les services publics peuvent jouer un rôle crucial dans l'« intégration qui s'attache à la fois au bien-être des gens et à leur insertion dans la société que l'on peut qualifier de souci de citoyenneté démocratique. Elle inclut les considérations suivantes :

– la cohésion de la société suppose que l'on assure à tous les citoyens, quels que soient leur âge, leur état physique, leurs moyens d'existence et leur localisation géographique, l'accès aux services qui sont jugés essentiels pour participer à la vie sociale, de façon à renforcer l'unité sociale, à éviter l'atomisation et l'exclusion.

– la cohésion territoriale interdit de laisser des zones entières dépourvues des services sans lesquels il n'est pas de vie économique et sociale moderne, et donc en retrait par rapport à l'activité et au niveau de vie du reste du pays ; situation qui, notamment pour les régions périphé-



ques et insulaires, finirait par menacer l'unité nationale (notions d'aménagement du territoire et de continuité territoriale).

– il faut certaines facilités pour assurer la jouissance effective de certaines libertés fondamentales essentielles à la participation des citoyens à la vie sociale : la liberté d'aller et de venir implique l'existence de transports publics fréquents, denses et bon marché ; la liberté d'expression doit pouvoir compter sur des moyens de communications sûrs et peu coûteux (courrier traditionnel couvert par le secret de correspondance, téléphones publics) ; la liberté de presse peut être soutenue par certaines facilités accordées dans le cadre du service postal »⁹.

Cela étant dit, il apparaît clairement qu'en règle générale, le service d'intérêt général et le service universel ne sont pas des concepts identiques. Ceci est d'ailleurs pleinement établi dans la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe.

Nous sommes, en la matière, confrontés à une sorte de « poupée russe ». La plus grande poupée englobe la liste de l'ensemble des missions ou obligations d'intérêt général, proposée au début de cette section. Ensuite, la seconde poupée ne contient que les objectifs de service public. Quant à la plus petite des poupées : ce sont les missions ou obligations dites de « service universel » dont le contenu varie quelque peu en fonction de l'activité concernée. Les plus difficiles à cerner sont la ou les poupées intermédiaires. Or, c'est à ce niveau intermédiaire que se situent donc les missions de service public, qui constituent un sous-ensemble des missions d'intérêt général prises dans leur exhaustivité, mais un ensemble plus large que le « service universel », qui est un concept minimum développé par les institutions communautaires. Comme le définit la Commission, « les obligations qui en [du service universel] découlent visent à assurer partout l'accès de tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable »¹⁰. On retrouve ces notions dans les directives sectorielles, par exemple dans la directive sur les « services postaux » (art. 3.1) ou encore dans la directive « interconnexion » à propos d'un service universel de télécommunications (art. 2.1. g). Mais on voit aussi que la Commission elle-même maintient l'ambiguïté autour de ces termes, puisque les propositions qu'elle devrait présenter début 1999 envisagent de remplacer les monopoles publics par des « obligations de service public » en vue d'assurer le « service universel ». Dans le secteur des postes et télécommunications, les instances communautaires ont donc réussi à limiter les services d'intérêt économique général à des obligations de service universel, définies de manière très étroite. Au niveau du transport et de l'énergie, les services d'intérêt économique général et les services publics tendent à recouvrir des concepts identiques et couvrent bien plus que des obligations de service universel. Ainsi, un arrêt de la Cour européenne de Justice précise que les

9 - Parlement européen – direction générale des études, *Entreprises publiques et services publics économiques dans l'Union européenne*, Document de travail – Série économie – W-21, résumé, avril 1997, p. 25.

10 - Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (96) 443, Définitions, p. 2.



pouvoirs publics disposent d'une certaine marge d'appréciation pour imposer l'exploitation complète d'une ligne pour garantir des services de transport suffisants, même si, par la suite, le bout de la ligne – desservant des contrées peu habitées – est jugé peu rentable.¹¹

Enfin, nous avons le concept de « service d'intérêt économique général » utilisé dans l'article 90, §2 du Traité ainsi que dans le nouvel article 7 d (ou 16) ajouté en juin 1997 par le Conseil européen qui s'est tenu à Amsterdam¹². Il s'agit là d'un terme ambigu, mais c'est le concept le plus important car il est présent dans le Traité et parce qu'il a été développé par les instances communautaires dans les directives sectorielles. De plus, une importante jurisprudence de la Cour de Justice s'est développée autour de cette notion.

Mentionnons par ailleurs, un arrêt du 18 juin 1998 portant sur les services de lamanage (remorquage des navires pour entrer, accoster et sortir d'un port) qui précise quelque peu la doctrine communautaire en matière de service public, en précisant ses caractéristiques : universalité, continuité, satisfaction d'exigences d'intérêt public, réglementation et surveillance par l'autorité publique. L'arrêt reconnaît également qu'un supplément de prix peut être imposé pour le recours à de telles prestations en vue du maintien d'un service universel de lamanage.¹³

Commentaires finaux

Pour conclure cet article, nous évoquerons quelques questions cruciales pour l'avenir des services d'intérêt général en Europe.

Le financement du coût des obligations de service public constitue certainement un défi majeur¹⁴. Des missions de service public effectivement assumées représentent d'habitude un coût pour l'entreprise et constituent évidemment un handicap face à la concurrence. Le renforcement de celle-ci peut avoir comme effet de détricoter tout le système de mise en œuvre des missions de service public. La concurrence doit donc être encadrée et réglementée sous peine de voir la dynamique de libéralisation empêcher les entreprises d'assumer financièrement des obligations de service public, en renvoyant le coût de celles-ci explicitement aux pouvoirs publics par ailleurs soumis à des contraintes budgétaires et financières sévères. Il est par ailleurs

11 - Arrêt CJCE du 17 septembre 1998, C-412/96.

12 - Article 7d : « Sans préjudice des articles 77, 90 et 92, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. ».

13 - Arrêt C.J.C.E. du 18 juin 1998, C-266/96.

14 - Pour plus d'informations, voir par exemple les articles publiés dans le numéro spécial 2/95 des *Annales de l'économie publique, sociale et coopérative* ainsi que dans COX H. (Éd.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne*, Paris, Pedone et CIRIEC, 1997.



important de s'interroger sur les avantages et les inconvénients des diverses méthodes de financement envisageables, car même si les autorités publiques peuvent imposer au niveau national des obligations de service public allant au-delà du service universel défini dans les directives sectorielles, encore faut-il pouvoir les financer sans risquer de se faire condamner pour aides d'État.

Quand les missions de service public sont limitées et peuvent être définies avec précision – par exemple maintenir une ligne de chemins de fer à des fins de défense militaire, conserver une desserte régionale et déficitaire, garantir des tarifs sociaux préférentiels –, la tendance actuelle est à l'explicitation de ces missions au sein d'un « contrat » et au subventionnement direct de la part des pouvoirs publics demandeurs. Si le seul intérêt que certaines entreprises de service public représentent aux yeux des pouvoirs publics réside dans la réalisation de ces quelques tâches bien définies et dont le coût peut être correctement évalué, la privatisation n'est pas loin. C'est peut-être pour cette raison que nous hésitons à mettre les compagnies aériennes et maritimes dans le noyau dur des entreprises de service public.

Toutefois dans de nombreux cas, les missions de service public ne se prêtent pas aisément à une définition précise et par conséquent à un contrôle effectif et à une évaluation de leur coût financier. Celui-ci reste alors très souvent partiellement à charge des entreprises et se pose alors la question de l'impact des politiques de concurrence et de contractualisation prônées par la Commission. Une autre difficulté réside en effet dans le développement de critères opérationnels pour contrôler, d'un point de vue quantitatif et qualitatif, la bonne exécution des missions de service public. De plus, il serait également opportun de mesurer la satisfaction des clients/consommateurs en termes de qualité et de niveau de services rendus, voire d'apprécier la performance des services publics en termes « d'emplois », ou bien encore de procéder à une évaluation plus générale de l'efficacité des services, qui soit indépendante, pluraliste et contradictoire.

Malgré le nouvel article 7 D et l'adoption par le Conseil européen d'Amsterdam de la déclaration suivante dans l'Acte final, stipulant que « les dispositions de l'article 7d relatives aux services publics sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services », il reste de nombreux aspects à éclaircir et des problèmes à résoudre en vue de donner du contenu à ces nouvelles dispositions. En particulier, comme l'a souligné le Parlement européen¹⁵, la Commission devrait « définir non seulement le champ et la nature des services d'intérêt général ainsi que les principes qui les sous-tendent, mais aussi les niveaux de services nécessaires pour atteindre les objectifs de l'Union européenne et le cadre réglementaire indispensable à cet effet ». De plus, il faudrait fixer les modes de financement pour pouvoir en assurer la pleine réalisation.

15 - Parlement européen, Résolution sur la Communication de la Commission intitulée « Les services d'intérêt général en Europe », COM (96) 443 – C4 -0507 / 96, § 6.



Comme rappelé par le Parlement européen, il pourrait également s'avérer utile et souhaitable « d'élaborer une charte des principes régissant les services d'intérêt économique général, charte qui énoncerait la justification et les principes (tant traditionnels que nouveaux) de ces services, le genre de missions et de droits à donner aux opérateurs ainsi que la liste des secteurs auxquels la notion s'applique »¹⁶.

Pour terminer, deux autres interrogations méritent quelques commentaires : les services publics sont-ils une spécificité de la culture française ? Et si oui, faut-il les protéger par un recours à ce remède miracle contre l'emprise communautaire qu'est la « subsidiarité ? »

À la première question, il apparaît, à l'issue de cette analyse, qu'au-delà de la diversité indéniable qui caractérise les modes d'organisation et les approches conceptuelles, opérationnelles et juridiques des services d'intérêt général, ceux-ci sont présents dans tous les pays et répondent à un ensemble d'objectifs relativement semblables. Les évolutions et les choix propres à la France ont parfois conduit à assimiler services publics, monopoles, entreprises publiques, entreprises nationales et même statuts particuliers pour les travailleurs. Comme l'a souligné parfaitement la mission présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-Président du Conseil d'État français dans son rapport au Premier ministre, cette assimilation est doublement impropre¹⁷. Ce modèle ne décrit pas complètement la réalité française et, par ailleurs, il n'est pas propre à la France.

Quant à la « subsidiarité », si elle peut jouer à la fois au niveau du champ des services d'intérêt général, de la définition des missions qui leur sont confiées et de leurs modes d'organisation, il ne faut vraisemblablement pas exagérer les possibilités de protection qu'elle donne. Elle ne pourrait être qu'un leurre. En outre, il ne faut pas oublier que l'objectif fondamental est l'amélioration de la performance multidimensionnelle des services d'intérêt général dans l'ensemble des pays de l'Union européenne, car l'Europe a et aura encore besoin de services d'intérêt général performants.

16 - *Ibidem*, § 8.

17 - Renaud Denoix de Saint Marc (mission présidée par), *Rapport à M. le Premier ministre sur le Service public*, Paris, mars 1996, p. 5.



Libéralisation et respect de l'intérêt général

Alexander Schaub,
*directeur général, DG IV,
Commission européenne*

En parlant de l'intérêt général, c'est-à-dire de l'avenir du secteur public, et plus particulièrement des futurs modes de gestion des grands services publics, nous abordons un sujet crucial pour la construction européenne qui constitue un pas essentiel vers une véritable solidarité et égalité de traitement dans le contexte d'une économie de marché ouverte et dynamique. Par la suite, il sera d'abord exposé le cadre général du débat pour ensuite parler de l'intérêt général dans les différents secteurs en cours de libéralisation (télécommunications, postes etc.).

Cadre général

On constate avec satisfaction que le débat sur le service public est devenu ces derniers temps plus pragmatique, dépourvu d'idéologies et de malentendus qui avaient encore caractérisé les échanges de vues il y a quelque temps.

La discussion sera dorénavant basée sur le fond, et des décisions concrètes. C'est avant tout une conséquence de la pratique du passé récent. Les deux dernières années ont été particulièrement riches en ce qui concerne les services publics : la fin de la Conférence intergouvernementale (CIG) et le nouvel article 7D du Traité d'Amsterdam (article 16 Traité CE) ont terminé le débat sur le plan constitutionnel ; le Parlement européen, dans sa Résolution de décembre 1997, a appuyé ce cadre institutionnel.

Quant au cadre législatif, on constate que la politique de libéralisation avance à différentes vitesses selon la spécificité du secteur (*cf.* les télécommunications avec la libéralisation du service téléphonique depuis le 1^{er} janvier 1998, la poste et l'énergie – on y revient ci dessous).



Il y a eu des arrêts de la Cour comme l'arrêt de février 1997 sur « la poste »¹ et les missions d'intérêt public dans le contexte des aides, ou les arrêts d'octobre 1997 « gaz et électricité »² qui ont apporté des clarifications importantes.

Enfin, la Commission a adopté des décisions, par exemple contre un monopole concernant la publicité dans la télévision privée.

Tenant compte de l'établissement de ce cadre juridique, qui clarifie le débat, nous pouvons renforcer l'échange de vues sur ce sujet au niveau européen, un dialogue qui entamera une discussion plus large à tous les niveaux de notre société. Nous progressons ainsi sur le fond en ce qui concerne la recherche du meilleur accomplissement des missions d'intérêt général au service des citoyens.

À l'heure actuelle, nous nous trouvons devant une réalité économique qui est en développement permanent. Si le débat sur le service d'intérêt général émerge avec force, c'est que notre environnement économique et social a subi une mutation rapide au cours des quinze dernières années.

Notre objectif principal quant à l'avenir pour le secteur public en Europe, et ainsi bien sûr en France, doit être d'équilibrer l'efficacité de marché (la libéralisation) avec les impératifs d'intérêt général comme la solidarité économique et sociale, la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement, etc.

Il ne s'agit pas de concilier deux intérêts fondamentalement contradictoires qui étaient séparés jusque maintenant : la libéralisation d'une part et le service public d'autre part. Il s'agit plutôt de réaliser une véritable solidarité dans le cadre de l'évolution dynamique de l'économie et dans le contexte de l'ouverture des marchés, des faits auxquels personne ne peut plus échapper aujourd'hui. Les services d'intérêt général contribuent à la réalisation de cette solidarité.

Nous sommes tous d'accord : nous poursuivons ce même but. Dans ce sens, le Parlement européen, dans sa résolution de décembre 1997, souligne que les services économiques généraux constituent « un élément essentiel de la cohésion économique et sociale ». Bien évidemment, la Commission appuie ce principe crucial qu'elle avait déjà fait ressortir dans sa Communication sur « les services d'intérêt général en Europe » de septembre 1996.

L'approche du Traité d'Amsterdam concernant les services publics mérite une appréciation entièrement positive. Le nouvel article 7D (accompagné d'une déclaration dans l'Acte final) rend davantage explicite l'attachement de la Communauté aux objectifs d'intérêt économique général, en ligne avec notre Communication et notre proposition, lors de la Conférence intergouvernementale, d'inclure une mention dans l'article 3. Il constitue donc un signal qui devrait rassurer ceux qui croyaient, à tort, à un manque de sensibilité communautaire à l'égard de l'intérêt général.

1 - Arrêt du tribunal de première instance, T-106/95 du 27.2.1997, II-233.

2 - Arrêts de la Cour de justice, C-157/94, C-158/94, 159/94 et C-160/94 du 23.10.1997.



En même temps, ce nouvel article 7D confirme essentiellement l'équilibre actuel du Traité. En effet, l'idée que les services d'intérêt économique général doivent fonctionner dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions était déjà inscrite dans l'article 90§2, dans la jurisprudence de la Cour de Justice et dans la pratique de la Commission. La mention « sans préjudice des articles 77, 90 et 92 » confirme par ailleurs que le nouvel article 7D ne peut en aucun cas être interprété comme une modification de l'article 90.

La Commission va continuer – en tant que gardienne du Traité – de garantir l'application stricte de la législation communautaire de la concurrence aux services d'intérêt général. Concernant l'utilisation de l'article 90, la Commission va faire preuve de prudence, comme elle l'a d'ailleurs fait jusqu'à présent. Pour donner quelques exemples : la Commission a été soucieuse de ne pas porter atteinte aux services publics. Lorsqu'il a fallu adopter des décisions individuelles, seulement onze depuis 1985, les États membres s'y sont le plus souvent conformés sans les attaquer devant la Cour. Nous utilisons l'article 90 par voie de décision individuelle, uniquement dans des cas clairs, en vue de mettre fin à des agissements discriminatoires émanant d'autorités publiques. Les directives de la Commission basées sur l'article 90 §3 visent seulement à préciser le contenu des obligations déjà existantes ; ces directives sont en outre soumises à de très larges consultations.

Le nouvel article 7D est satisfaisant, car il permet d'avancer progressivement avec des actions communautaires contribuant d'une façon positive aux objectifs de service public sans modifier l'équilibre actuel entre les objectifs communautaires d'intégration et les objectifs nationaux de service public. Continuons sur cette base là.

La Commission est pour une approche plutôt active en ce qui concerne les compétences communautaires en vue de développer une « Europe des citoyens » qui soit visible et qui complète le marché unique et le processus d'intégration économique.

Toutefois, il est important de faire attention aux moyens que nous utilisons pour atteindre cet objectif. Il faudrait :

- respecter la diversité et les traditions nationales concernant la définition et l'organisation des services publics ;
- éviter le double emploi avec des moyens déjà existants, c'est-à-dire qu'il faut d'abord utiliser les possibilités dont nous disposons et qui ont le soutien politique comme le démontre le cadre institutionnel et législatif mentionné ci-dessus ;
- enfin, chaque secteur (télécommunications, poste, énergie, transport) a des caractéristiques différentes et l'évolution des uns et des autres vers une forme de libéralisation et de soumission à la concurrence se pose en des termes extrêmement différents du fait de l'évolution technique, de la nature de l'activité, etc.

L'importance de la responsabilité première des États membres pour définir et organiser leurs services publics a été confirmée par la Cour dans ses arrêts « gaz et électricité » d'octobre 1997³. Cette responsabilité restera toutefois soumise à la condition que la mission particulière dont l'État membre entend



charger l'entreprise soit définie de façon claire et précise et que cette mission ait un rapport avec l'activité du service d'intérêt général exercée par l'entreprise en cause. Il n'y a pas lieu de constater une défaite insurmontable pour les uns ou les autres, car les impératifs de libéralisation et de service public ne sont pas antagonistes mais bien complémentaires.

En effet, l'intérêt général ne peut pas se résumer au maintien des monopoles mais doit viser à la satisfaction des besoins des citoyens de l'Union. Il faut être clair sur l'idée que la protection du service public n'est pas non plus la défense des entreprises publiques. Le Traité est neutre à l'égard du régime de propriété.

Nous en tirons donc la conclusion de continuer notre pratique existante et de procéder par une approche fonctionnelle selon le secteur concerné. L'essentiel est que nous puissions garantir que tous les citoyens ont l'accès à des services publics de bonne qualité à un prix abordable.

L'expérience, surtout au cours des dernières années, a montré que nous disposons de moyens existants et flexibles dans tous les secteurs qui permettent de réaliser cet objectif et de l'adapter à la situation spécifique dans chaque secteur individuel. Les quatre domaines prioritaires, dans lesquels nous recherchons l'équilibre entre concurrence et service d'intérêt général, seront discutés par la suite : télécommunications, poste, énergie et transport.

Secteurs spécifiques

Libéralisation des télécommunications et service public

La Commission a lancé en 1987, en coopération avec les États membres, une révision fondamentale du cadre réglementaire et de l'organisation économique du secteur des télécommunications, dont l'aboutissement a été la libéralisation du service téléphonique le 1^{er} janvier 1998. Ceci vise à accélérer l'évolution vers une société de l'information, et à garantir la compétitivité des acteurs européens et l'emploi dans ce secteur.

Le résultat se fait sentir aujourd'hui, avec le développement prodigieux des communications mobiles GSM et d'Internet. C'est grâce à une politique de libéralisation active et à l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché, que ces nouveaux services ont pu se développer, malgré la résistance initiale de certains opérateurs monopolistiques et de certains gouvernements. La récente libéralisation complète du secteur devrait encore accélérer ce processus d'innovation.

En plus, cette ouverture du marché dans le domaine des télécommunications montre que le maintien du service universel peut désormais parfaitement être assuré sans avoir besoin de droits exclusifs. La directive sur la pleine

3 - Voir Fn. 2.



concurrence ⁴ prévoit ainsi que le service universel et la concurrence peuvent justifier la mise en place de systèmes équitables de partage du coût net de l'obligation de service public entre opérateurs. Néanmoins, dans la pratique, la plupart des États membres n'ont pas trouvé la mise en œuvre d'un tel système nécessaire à ce stade.

Parallèlement à cette libéralisation, la Commission va jouer le rôle que lui impose le Traité, c'est-à-dire qu'elle va surveiller l'ouverture du marché des télécommunications, maintenant soumis aux règles de concurrence « conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte, où la concurrence est libre » (article 3a du Traité CE). Dans ce contexte, il faudrait souligner le régime réglementaire pour le secteur des télécommunications, qui est en grande partie entre les mains des autorités réglementaires nationales (ARN). Le régime réglementaire représente un nouveau développement auquel nous devons de plus en plus faire face à l'avenir. On trouvera l'équilibre correct entre les compétences des autorités nationales et européennes en traitant les problèmes au cas par cas. Nous avons déjà expliqué certains principes dans notre récente Communication sur les accords d'accès dans le domaine des télécommunications ⁵ dans laquelle nous préconisons une approche décentralisée. Dans les cas qui relèvent de la juridiction des ARN, nous encourageons les demandeurs à s'adresser en premier lieu à ces organismes, et à ne venir à la Commission que si, dans un délai raisonnable, leurs droits selon les règles de concurrence communautaire n'ont pas été respectés.

Les mesures en faveur de la libéralisation du secteur des télécommunications se sont traduites pour l'utilisateur par des réductions de prix significatives et une offre de services accrue. Le 25 novembre 1998, la Commission a adopté son quatrième rapport sur la mise en œuvre, dans les États membres, de la réglementation des télécommunications ⁶ qui est présenté au Conseil. Dans ce rapport, il a été, entre autres, conclu que :

- l'essentiel de la réglementation européenne a été transposé dans le droit national et est effectivement appliqué dans les États membres ;
- les marchés des télécommunications, ayant des grandes implications pour l'économie européenne, évoluent rapidement dans les États membres. On constate une augmentation énorme du nombre des opérateurs accompagnée d'une baisse globale des prix des services télécommunications.

En bref, plus d'emploi et un meilleur service pour le public, n'est-ce pas également un moyen de voir le service public ?

Libéralisation de la poste et service public

Les services postaux, en tant que moyen essentiel de communication et d'échanges commerciaux, revêtent une importance vitale pour toutes les activités économiques et sociales. Le développement de la libéralisation dans le secteur postal est un exemple où l'aspect social doit être à la

4 - JO, L 74 du 22.3 1996, p. 13.

5 - JO, C 265 du 22.8 1998, p. 2.

6 - COM (1998) 594.



base même du processus actuel de réforme. Les États membres se sont engagés à ce que l'infrastructure postale soit maintenue comme infrastructure universelle au niveau national, et qu'elle soit développée au niveau européen. Nous visons le maintien et le développement de l'emploi et l'expansion du service universel. Il est évident que nous partageons tous ces objectifs communs, même s'il peut y avoir différentes manières d'atteindre le même objectif.

Quant aux missions d'intérêt public de la poste, il faut souligner l'importance de l'arrêt du Tribunal du 27 février 1997⁷. En vertu de cet arrêt, un versement d'une aide d'État peut échapper à l'interdiction de l'article 92, à condition que l'aide ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière et que l'octroi de l'aide s'avère nécessaire pour que ladite entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique.

En ce qui concerne l'ouverture du marché, le développement dans le secteur postal se distingue de celui des télécommunications. Par le biais de la directive du Parlement et du Conseil de décembre 1997⁸, l'Union européenne introduit une libéralisation graduelle et très limitée de ce secteur. Il est important de se rappeler l'origine : l'objectif initial des États membres et de cette directive n'était pas de libéraliser tous les services postaux mais de définir et sauvegarder le service universel dans ce domaine. En effet, cette directive vise à maintenir un service universel à des prix abordables sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Toutefois, le débat sur la libéralisation n'est pas terminé.

Entre-temps, la Commission appliquera, dans l'exercice de ses pouvoirs propres, les règles du Traité en matière de concurrence. Dans sa Communication « sur l'application des règles de concurrence au secteur postal »⁹, adoptée en même temps que la directive, la Commission a annoncé qu'elle veillera à ce que le monopole des postes nationales pour la fourniture du service universel ne soit pas exploité de manière à étendre leur position dominante à des activités exposées à la concurrence. Ainsi, la Commission espère empêcher l'utilisation de subventions croisées qui entraveraient la concurrence.

Libéralisation de l'énergie et service public

La libéralisation du secteur de l'énergie a connu des avancées déterminantes au cours des dernières années. Comme vous le savez, les directives adoptées dans les domaines du gaz et de l'électricité (électricité fin 1996¹⁰ et gaz en mai 1998¹¹) sont le fruit de longues négociations au cours desquelles les aspects relatifs au maintien en Europe de services d'intérêt économique général de qualité ont joué un rôle prépondérant.

7 - Voir Fn. 1.

8 - JO, L 15 du 21.1 1998, p. 14.

9 - JO, C 39 du 6.2 1998, p. 2.

10 - JO, L 27 du 30.1 1997, p. 20.

11 - JO, L 204 du 21.7 1998, p. 1



Les textes de ces directives traduisent de façon claire une recherche d'équilibre entre libéralisation et services publics et la méthode employée – c'est à dire des directives basées sur l'article 100 A du Traité de Rome – pour parvenir à ce résultat est elle-même le signe d'une volonté de consensus entre la Commission et les États Membres sur ces thèmes importants.

Si ce processus a pu être lancé et aboutir aux directives, c'est aussi peut-être parce que la Commission a rempli son rôle de moteur de l'intégration européenne. Ceci l'a conduite, entre autres, à ouvrir des procédures à l'encontre des monopoles d'importation et d'exportation de gaz et d'électricité. L'objet de ces procédures n'était pas de pénaliser les États Membres, mais de faire respecter le droit communautaire.

Les arrêts rendus dans ces affaires par la Cour de Justice en octobre 1997¹² mettent eux aussi en lumière la place déterminante des missions de service d'intérêt économique général dans ces domaines et apportent – comme il a été mentionné plus haut – au-delà du secteur de l'énergie plusieurs enseignements de principe quant aux attributions respectives des États Membres et de la Commission. Il faudrait simplement rappeler quelques arguments en faveur de la thèse selon laquelle l'intérêt général ne peut pas se résumer au maintien des monopoles mais doit viser à la satisfaction des besoins des citoyens de l'Union.

En premier lieu, on constate que le monopole et la satisfaction des consommateurs peuvent être parfaitement incompatibles. Cette situation se rencontre par exemple dans les cas où le monopole de distribution d'une source d'énergie ne garantit pas une couverture totale du territoire mais interdit quand même aux autres opérateurs prêts à investir dans cette activité de s'implanter ou de s'étendre. Où est alors le service public ? Où est l'intérêt général ?

Dans d'autres cas, on constate que la libéralisation a des effets dynamiques importants sur l'innovation et la compétitivité. L'innovation naît de la concurrence accrue qui s'impose à des entreprises du secteur énergétique habituées à vendre un bien indifférencié. Ces entreprises prennent progressivement conscience des possibilités qui leur sont offertes d'élargir leur offre en ajoutant souvent une dimension de service absente par le passé. L'amélioration de la compétitivité, quant à elle, ne touche pas seulement ces entreprises du secteur énergétique mais intéresse beaucoup leurs clients. À l'heure où le chômage frappe durement nos sociétés et où les phénomènes de délocalisation des entreprises tendent à se généraliser, les prix de l'énergie peuvent jouer un rôle déterminant dans la poursuite et le développement de l'activité de certaines industries – par exemple l'acier, la chimie, l'automobile – au sein de l'Union. Par conséquent, là encore, libéralisation et intérêt général ne sont pas incompatibles mais doivent être perçus comme les deux facettes d'une même politique.

On ne peut pas clore cette partie consacrée au secteur de l'énergie sans dire quelques mots sur la nécessité de réguler avec soin, au moins dans leur

12 - Voir Fn. 2.



phase initiale, les libéralisations annoncées. La mise en œuvre des directives de libéralisation n'aura pas pour effet de balayer 50 ans d'histoire et les positions des opérateurs sur les marchés du gaz et de l'électricité seront naturellement déséquilibrées. Il appartiendra aux États membres, avec le soutien de la Commission, de veiller non seulement à ce que les entreprises respectent bien les obligations de service public qui leur auront été imposées mais aussi de vérifier que les déséquilibres initiaux ne conduisent pas à l'apparition de comportements incompatibles avec le développement harmonieux de la concurrence annoncée.

Concurrence et service public dans les transports

Dans le contexte de l'équilibre entre intérêt général et concurrence, une place particulière doit être faite aux transports. En effet, dans son article 77, le Traité reconnaît la légitimité des aides pour le remboursement des servitudes de service public dans les transports. C'est-à-dire que les pères fondateurs ont clairement exprimé que la concurrence n'est pas incompatible avec la protection du service public. Dans ce domaine également, tout est affaire d'équilibre et de pragmatisme.

Cependant, plusieurs questions se posent. En définissant les missions d'intérêt général, il y a lieu de préciser les conditions dans lesquelles le service correspondant doit être assuré. Le citoyen doit connaître le coût du service public du transport qui lui est rendu. S'il ne le connaît pas, comment peut-il apprécier la valeur de ce service public ? Si ce service public est rendu par un monopole, comment l'inciter à le rendre efficace ? Le monopole seul peut-il rendre le même service ?

Le service public exprime d'abord une vision sur des préférences collectives décidées par l'État. La Commission a souligné, dans son livre blanc de juillet 1998 sur « des redevances équitables pour l'utilisation des infrastructures », la liberté des États membres, en vertu du Traité et du principe de subsidiarité, pour définir les missions d'intérêt général et octroyer le cas échéant, les droits spéciaux et exclusifs nécessaires pour accomplir ces missions. Ces droits ne doivent cependant pas conduire à des distorsions de concurrence entre les États membres ni entre les modes de transport.

Quelques mots sur le secteur aérien et le secteur ferroviaire qui sont ceux dans lesquels le concept de service public peut le plus facilement trouver application.

Dans le secteur aérien, la libéralisation progressive, aujourd'hui en place, a permis de ramener à plus de mesure le débat de principe opposant naguère, en théorie, concurrence et service public.

Le transport aérien a été traditionnellement réglementé jusqu'au début des années 1990. La libéralisation du transport aérien a été réalisée successivement en trois étapes, par voie de directive ou de règlement : 1988, 1990 et 1993. Cela a donné aux compagnies aériennes la possibilité de s'adapter à la nouvelle situation. En effet, depuis avril 1997 nous pouvons constater que le marché intérieur pour l'aviation existe. Les conséquences positives de ce développement sont :



- au-delà de deux compagnies nationales, le consommateur a aujourd'hui le choix entre plusieurs compagnies aériennes ;
- il y a une augmentation de la fourniture de services de transport aérien (6 % en 1993 par rapport à l'année 1992, 5 % supplémentaires en 1994, et encore 7 % en 1997) ;
- on constate une concurrence renforcée concernant les tarifs.

Un autre effet de ce marché libéralisé était la création de différentes formes de coopération entre les compagnies aériennes, c'est-à-dire des alliances stratégiques entre par exemple *Swissair c/ Sabena*, *Lufthansa c/ SAS* et *BA c/ AA*, en vue de fournir un service encore amélioré.

Comme dans tous les secteurs en cours de libéralisation, il est important que le développement se fasse dans le cadre du droit de la concurrence. La Commission va donc veiller à ce que le marché ne soit pas fermé et reste accessible aux concurrents existants et aux nouveaux entrants.

Le secteur ferroviaire à présent est la dernière des industries de réseaux appelée à évoluer. C'est le mode de transport dans lequel la référence au service public est la plus ancrée.

Il est cependant clair que les entreprises ferroviaires ne produisent pas, et de loin, que des services publics. Dans le fret, les entreprises ferroviaires sentent au quotidien la pression concurrentielle. Le transport ferroviaire à grande vitesse lutte directement avec l'avion sur les routes concernées. Dans l'un et l'autre cas, les entreprises ferroviaires interviennent dans le champ concurrentiel.

La Commission est pleinement consciente que la grande diversité qui caractérise actuellement les systèmes de tarification d'infrastructures est à l'origine de distorsions de concurrence, tant entre les modes de transport qu'au sein d'un même mode. C'est pourquoi, dans son Livre blanc de juillet 1998, elle propose de tendre par étapes vers un nouveau système harmonisé. La Commission souligne que l'application d'une tarification sur la base du coût social marginal est totalement cohérente avec la fourniture de services d'intérêt général, surtout les services publics de transports de passagers. En effet, les principes de tarification affectent directement et uniquement les opérateurs de transports publics, non les consommateurs finals, et les gouvernements peuvent se réserver la possibilité de subventionner ces services de transports.

Dans le même temps, il est important de rendre plus lisible l'affectation des ressources, notamment les aides publiques. C'est pourquoi la Commission propose de renforcer la séparation comptable entre l'infrastructure et l'exploitation du transport ferroviaire, prévue par la directive 91/440 relative au développement de chemin de fer communautaire¹³. Cette séparation des comptes facilitera la mise en place d'une tarification d'infrastructure incitative, transparente et équitable.

La Commission admet aussi que l'obligation d'assurer des missions d'intérêt général dans des conditions d'équilibre économique peut conduire à des

13 - JO, L 37 du 24.8 1991, p. 25.



compensations entre activités rentables et non rentables. La Commission veille simplement au respect des principes de proportionnalité et de nécessité. Mais elle ne saurait accepter une vision extensive des compensations de service public.

Il faut en effet éviter que, par un effet pervers, des activités qui relèvent clairement du secteur marchand soient subventionnées par des financements pour le service public. Or, plus un monopole intervient sur des activités proches, plus le risque de pénaliser le consommateur est fort, car il devient difficile de détecter les manipulations comptables et de prix entre les activités. Appliqué au secteur ferroviaire, ce raisonnement doit amener à distinguer différentes situations : transports de fret et de passagers, transport de longue distance et transport périurbain, etc.

Dans ses décisions de concurrence, la Commission a pris en compte la situation monopolistique des entreprises ferroviaires nationales et surtout le faible degré d'interconnexion des réseaux communautaires. Elle a donc pris acte, à court terme, du faible caractère concurrentiel du rail. Des premiers jalons ont néanmoins été posés. La Commission a ainsi fait reconnaître, dans le fret, l'existence d'un marché distinct des services ferroviaires, dont la traction. En définitive, elle a plus approuvé que sanctionné. Au plan de la concurrence, jusqu'à présent, seul a été jugé, à l'occasion de l'affaire « Deutsche Bahn », un comportement discriminatoire concernant la tarification sur le territoire national.

En définitive, il doit y avoir trois motivations puissantes à une politique de concurrence dans le secteur ferroviaire, ce qui implique des prises de position aussi bien sur les aides d'État que sur les accords entre entreprises : – la première est de créer un aiguillon suffisamment fort qui incite les entreprises ferroviaires à plus de compétitivité et plus de productivité. Les entreprises ferroviaires doivent se sentir « contestables » parce que les coûts élevés d'entrée et de sortie sur le marché du transport ferroviaire protègent les situations acquises ;

– la seconde est de lutter contre les barrières d'entrée qui s'opposent à une meilleure intégration communautaire des réseaux et qui ne trouvent pas de justification légale ou économique. Dans le fret en particulier, aucune entreprise ferroviaire n'aurait à craindre l'arrivée d'un concurrent sur son réseau, si elle-même avait déjà pris l'initiative d'aller chez son voisin : la prime, faite de l'expérience acquise, ira au plus dynamique ; – enfin, il s'agit de rééquilibrer les relations dissymétriques qui existent entre les entreprises ferroviaires et leurs clients captifs, relations fondées sur leur pouvoir de monopole.



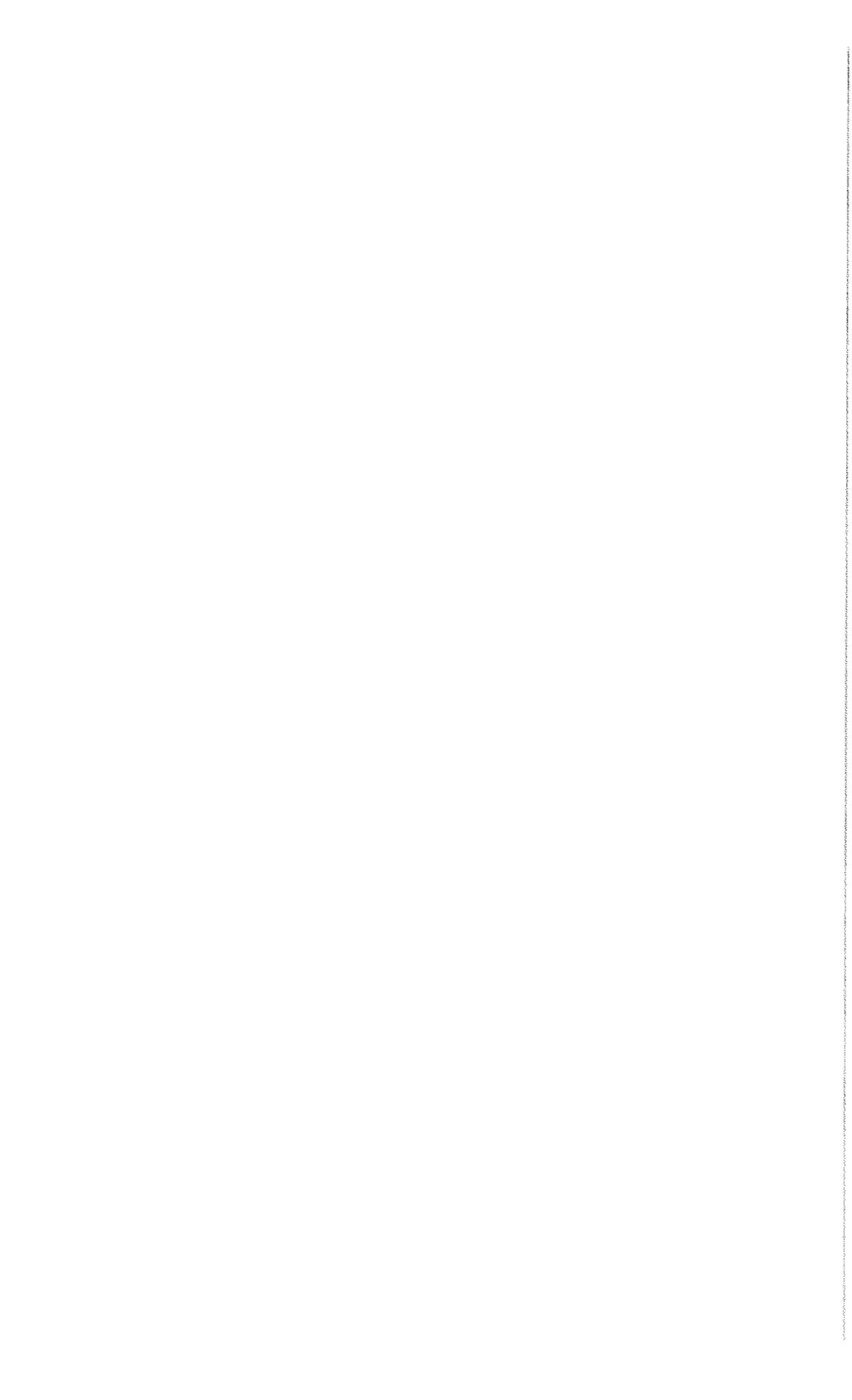
Conclusion

Les besoins du service public sont changeants par nature. Ils doivent aller de pair avec le développement économique et l'ouverture des marchés. Pour la réalisation de ce but, la mobilisation du cadre juridique existant permet parfaitement de trouver l'équilibre évolutif, qui a été mentionné plus haut, entre l'ouverture des marchés et l'assurance d'un service d'intérêt général.

L'expérience nous a montré que les mesures de libéralisation se sont le plus souvent traduites par une amélioration de la qualité des services offerts et une baisse des prix, ce qui constitue pour l'utilisateur du service d'intérêt général un progrès incontestable. Les mesures en faveur de la libéralisation de certains secteurs comme les télécommunications ou le transport aérien se sont en effet concrétisées pour le consommateur par des réductions de prix significatives et une offre de services accrue.

La responsabilité qui incombe à tous les États membres et aux institutions européennes dans ce domaine est évidente. La Commission, pour sa part, restera vigilante face à la nouvelle situation concernant la mise en œuvre et l'accomplissement de la libéralisation. La période de transition d'un système réglementé à un marché ouvert est toujours délicate du point de vue de la concurrence, tant sont grandes les tentations, pour l'ancienne entreprise monopolistique, de profiter encore de sa situation de force pendant la période transitoire pour asseoir son emprise sur le marché.





Intérêt général et intérêts particuliers

Jean-Jacques Laffont,
directeur de l'Institut d'économie industrielle

En réfléchissant à l'optimalité de l'allocation des ressources rares et des politiques économiques, les économistes ont de tout temps été confrontés à la notion d'intérêt général. Pour présenter brièvement leurs réflexions fondamentales sur ce sujet, nous distinguerons successivement quatre grandes questions :

Faut-il définir l'intérêt général à partir des intérêts individuels des membres de la société ?

Peut-on agréger des intérêts individuels connus en un intérêt général ?

Le décideur social peut-il découvrir les intérêts individuels pour prendre des décisions conformes à l'intérêt général ?

Comment la société approche-t-elle en pratique la poursuite de l'intérêt général ?

Pour éviter des confusions, quelques précisions de vocabulaire sont nécessaires. Par intérêt individuel, l'économiste entend bien-être individuel représenté par des préférences ou une fonction d'utilité qui peut avoir toutes sortes d'arguments. Une fonction d'utilité égoïste d'un individu ne comprendra comme arguments que les consommations de biens de cet individu. Mais la formulation est plus générale et peut avoir des composantes altruistes relatives aux consommations de ses propres descendants ou même des autres membres de la société. La seule hypothèse forte de l'analyse est l'exogénéité de ces préférences individuelles prises comme données fondamentales de la société.¹

Par intérêt général l'économiste entend une évaluation du bien-être collectif dont on souhaiterait que les institutions puissent en poursuivre la maximisation. Ceci nous conduit à une reformulation de la première question. Faut-il définir le bien-être collectif à partir des bien-être individuels ?

À première vue, la réponse à cette question est sans ambiguïté que la seule façon de définir l'intérêt général ne peut être qu'à partir des intérêts individuels de la société. Toute définition externe à ces intérêts ne peut que

1 - Sans nier l'influence de la société sur les préférences individuelles, cette hypothèse est une simplification qui reflète notre croyance que la rétroaction de la société sur les préférences individuelles est beaucoup plus lente que l'effet inverse.

résulter d'une manipulation par un membre de la société des intérêts de la collectivité. Ceci ne veut évidemment pas dire qu'il n'existe pas un besoin d'action collective qui permet de prendre des décisions meilleures que celles résultant d'un comportement non coopératif des membres de la société, chacun poursuivant son intérêt individuel, par exemple pour choisir les niveaux de biens publics. Ce que l'on entend ainsi c'est que toute allocation des ressources y compris les biens publics, éducation, santé, défense nationale [...] ne peut être évaluée qu'à l'aune de l'ensemble des intérêts individuels. Ce point de vue conduit à la notion d'optimalité de Pareto qui exprime l'efficacité de l'allocation des ressources. Une allocation est Pareto-optimale s'il n'existe pas d'allocation alternative qui puisse améliorer le bien-être de certains sans détériorer le bien-être de quiconque. On peut dire qu'il est de l'intérêt général de parvenir à une allocation Pareto-optimale. Toutefois ce critère est insuffisant pour caractériser l'intérêt général car il existe une infinité d'allocations Pareto-optimales dont certaines sont d'ailleurs très défavorables à certains membres de la société. Comment sélectionner dans cet ensemble l'allocation qui maximise l'intérêt général ? C'est essentiellement le contenu de la deuxième question.

Même si on accepte cette démarche théorique on se heurte très vite à une difficulté de taille créée par le cycle de la vie humaine qui fait que les membres futurs de la société ne sont pas aujourd'hui présents pour défendre leurs intérêts². Soit les citoyens d'aujourd'hui sont altruistes et incorporent dans leur bien-être le bien-être des générations futures, chacun représentant une dynastie, et alors l'intérêt général qui tient compte de toutes les générations est automatiquement défini à partir des intérêts individuels des citoyens d'aujourd'hui. Soit ils ne sont pas altruistes pour les générations futures, et on ne voit pas pourquoi ils seraient amenés à définir l'intérêt général autrement que par les intérêts particuliers des citoyens présents. On comprend dès lors une certaine tension entre l'intérêt général de l'espèce humaine ou la nation française et les intérêts particuliers des hommes ou des français d'aujourd'hui. Mais comment concilier le respect de la démocratie avec cet intérêt général ? D'où une invocation, peut-être par les sages de la société, à l'intérêt général qui dépasse les intérêts particuliers pour faire accepter des mesures utiles aux générations futures à des individus égoïstes. Le respect de l'État, à condition qu'il soit contrôlé par les sages, est alors un substitut à l'altruisme qui permet la considération des générations futures et finalement la survie d'une nation. Malheureusement, ce respect de l'État peut tout aussi bien conduire à une épargne forcée pour accumuler un arsenal militaire conduisant à la guerre. Quelle garantie ont les citoyens contre cette appropriation de l'État à d'autres fins ? Certains se satisfont de la perspective de l'homme politique providentiel. Je serais tenté de conclure différemment.

Soit la société est composée de citoyens soucieux des générations futures et l'intérêt général peut et doit résulter des intérêts individuels. Soit les citoyens sont égoïstes. Si une conception supérieure de l'État ne s'impose pas, leur société ne survivra pas. Si elle s'impose, cette société risque d'engendrer le pire et le meilleur. Craignant le pire, je préfère privilégier

2 - Je ne m'attarde pas sur la question de savoir qui sont les membres de la société. Faut-il par exemple y inclure les animaux ?



l'intérêt général, somme des intérêts particuliers, sachant qu'alors seules les sociétés altruistes survivront à long terme.

La faiblesse de cette conclusion doit être je crois recherchée dans l'hypothèse fondamentale d'exogénéité des préférences. Si au contraire les préférences sont endogènes, on peut défendre la nécessité historique de l'État pour produire une société de citoyens altruistes qui permettra le dépérissement de l'État. Mais que la voie est périlleuse !

Dans la pratique les économistes tiennent compte dans leurs analyses de la croissance économique ou de l'environnement, du bien-être des générations futures, mais n'incluent pas d'autres dimensions tutélaires d'un État qui dépasseraient les bien-être individuels. Le débat se place alors sur le poids avec lequel il faut tenir compte des bien-être des générations futures. Faut-il escompter ces bien-être par un facteur d'escompte psychologique comme le ferait un individu pour ses propres utilités futures ? Faut-il tenir compte, et comment, du fait que les générations futures seront en toute vraisemblance plus riches que les générations présentes ? Ou faut-il, comme Ramsey, dire que seul un manque d'imagination peut conduire à pondérer différemment les bien-être des différentes générations. Ces questions sont fondamentales pour discuter des questions aussi concrètes que l'avenir du nucléaire, ou les mesures à prendre en raison de l'effet de serre.

Oublions la dynamique des générations et supposons que l'ensemble des membres de la société soit présent, chacun représenté par ses préférences individuelles sur l'allocation des ressources. Comment bâtir concrètement une notion d'intérêt général à partir des intérêts individuels ? Peut-on s'en remettre à la règle de la majorité pour prendre des décisions conformes à l'intérêt général ? Ou bien, faut-il ne considérer comme reflétant l'intérêt général que les décisions unanimement acceptées par les membres de la société. Depuis Condorcet et Borda, les politologues et les économistes réfléchissent aux difficultés d'une telle agrégation.

Pour définir le problème d'agrégation faisons l'hypothèse que les préférences individuelles sont rationnelles au sens de la transitivité³ des choix. Peut-on construire une préférence sociale qui soit également rationnelle au sens de la transitivité ? Quel serait, en effet l'apport d'une notion d'intérêt général irrationnel ? Condorcet a montré que la règle de la majorité simple ne permet pas de construire en général une règle de choix social transitive. Le théorème d'Arrow (1951) a généralisé en quelque sorte ce résultat en montrant que toute procédure d'agrégation des préférences individuelles satisfaisant des propriétés jugées raisonnables était dictatoriale. Autrement dit, il n'existe pas de façon satisfaisante de définir une préférence sociale qui permette de comparer les allocations de ressources d'un point de vue d'intérêt général rationnel. Revenons sur les conditions exigées par Arrow avant de se désespérer : l'absence de dictateur que nous ne discuterons pas ; l'optimalité de Pareto qui requiert que si une décision collective a est préférée (individuellement) par tous les membres de la société à une autre décision collective b, l'intérêt général préfère a à b. On voit mal comment

3 - Une relation de préférence est transitive si, lorsque a est préféré à b et b est préféré à c, alors a est préféré à c.



ne pas adhérer à ce critère minimal de rationalité si on accepte de baser les préférences collectives sur les préférences individuelles. La troisième condition est le domaine universel, à savoir que la procédure d'agrégation des préférences en une préférence collective transitive doit être valable pour tout profil de préférences individuelles. Cette propriété peut sembler exorbitante car elle exige une rationalité collective (transitivité) quelle que soit la distribution des préférences individuelles supposées (individuellement) rationnelles. C'est en quelque sorte la recherche d'une constitution universelle valable en tout lieu et en tout temps. Des restrictions connues sur les préférences de la société que l'on considère peuvent amener des résultats plus positifs (voir ci-après).

La dernière condition posée par Arrow est plus complexe. La préférence collective entre deux décisions ne peut dépendre que du classement de ces décisions par les membres de la société. La façon dont les individus classent les autres décisions ne peut affecter ce choix social. Par exemple la règle de Borda qui somme des poids individuels pour définir l'intérêt général d'une décision est exclue par cette condition. Cette condition apparemment technique élimine beaucoup de possibilités car elle exclut implicitement les comparaisons interpersonnelles d'utilité.

La théorie des choix sociaux, discipline fondée par le théorème d'Arrow, a exploré toutes les voies que représentent des affaiblissements des conditions imposées par Arrow⁴. Par exemple, si les préférences individuelles sont unimodales⁵ alors la règle majoritaire conduit à une préférence collective qui satisfait les conditions d'Arrow (à l'exception bien sûr du domaine universel). Ainsi, des restrictions fortes sur les préférences des membres de la société permettent ici de définir un critère d'évaluation de l'intérêt général qui possède des propriétés intéressantes (les autres conditions d'Arrow). Malheureusement, ce résultat ne se généralise pas de façon satisfaisante à plus d'une dimension. Par ailleurs, le théorème de May (voir Sen (1970)) montre qu'un léger renforcement des hypothèses d'Arrow conduit nécessairement à la règle de la majorité simple. Il faut bien conclure à l'impossibilité de fonder l'intérêt général sans accepter les comparaisons interpersonnelles d'utilité⁶. Une multitude de travaux récents conduit à caractériser diverses représentations du bien-être social (fonction utilitariste qui somme les utilités individuelles, critère leximin, critère de Rawls) selon le type de comparaisons d'utilités individuelles que l'on accepte de faire.

Le critère d'intérêt général apparaît donc comme celui qui doit arbitrer entre les intérêts particuliers et renvoie à la conception de justice que les membres de la société souhaitent voir mise en œuvre. Il n'y a pas de consensus sur cette question que beaucoup d'économistes rejettent dans le domaine du politique.

4 - Voir Sen (1970)

5 - Les préférences sont unimodales si on peut classer les décisions collectives sur une droite (une dimension donc) et si toutes les préférences individuelles exprimées verticalement représentent une courbe à un seul sommet.

6 - La fascination des économistes pour la recherche de l'intérêt général sans comparaisons interpersonnelles d'utilité, s'explique par le fait que les grands théorèmes de l'économie du bien-être qui montrent en particulier que les équilibres concurrentiels sont des optima de Pareto n'exigent pas de telles comparaisons.



Il existe néanmoins des tentatives d'axiomatisation de l'intérêt général à partir de la position originelle. C'est ainsi que Harsanyi a présenté le critère utilitariste comme celui qui définirait l'intérêt général comme le souhaiterait quelqu'un avant de savoir qui il sera dans la société, étant donné qu'il peut être l'un quelconque des membres de la société avec la même probabilité. De même le critère de Rawls qui représente le bien-être social par le bien-être de l'individu le plus défavorisé dans la société pourrait résulter d'un choix similaire dans un état originel par un individu très averse au risque.

Dans la pratique, la politique économique est restreinte dans ses instruments et toute décision collective conduit à des variations différenciées de bien-être individuels. Pour comparer ces décisions collectives et choisir celle qui maximise l'intérêt général, il faut comparer des distributions de variations d'utilité. Pour cela il faut être capable de comparer des variations d'utilité d'individus différents, en particulier de niveaux de richesse différents, et ensuite d'agréger ces variations. Les économistes ont développé des outils flexibles permettant ces comparaisons une fois déterminés les paramètres d'aversion pour l'inégalité de la société. Derrière l'apparente consensualité du vocabulaire d'intérêt général, il y a des choix de société qui reflètent des conceptions conflictuelles sur le type de société que l'on souhaite construire.

Il est donc irréaliste de penser qu'une notion d'intérêt général peut émerger facilement dans une société composée d'individus aux intérêts divergents. Il faut bien faire accepter une notion collective de justice étrangère à leurs préférences individuelles. Pour cela, on peut adopter l'approche normative de l'état originel en espérant l'argument persuasif pour les membres de la société. On peut aussi définir l'appartenance à la société comme l'acceptation d'une notion particulière d'intérêt collectif. La notion d'intérêt général (par exemple le critère utilitariste) se traduit par des procédures de décision collective qui procurent à chaque membre de la société une espérance d'utilité supérieure à ce qu'il pourrait obtenir ailleurs. Alternativement on peut adopter une vision plus stratégique des comportements comme nous le faisons ci-après.

Jusqu'ici nous avons posé le problème de l'agrégation des préférences individuelles pour définir l'intérêt général en supposant connues les préférences individuelles. Or les préférences d'un individu sont une information privée de celui-ci qu'il est le seul à connaître. Une question nouvelle apparaît. Même si la procédure d'agrégation est acquise, comment obtenir la révélation des informations privées que sont les préférences individuelles, si les membres de la société ont un comportement stratégique ? Le théorème de Gibbard (1973) et Satterthwaite (1975) apporte une réponse pessimiste à cette interrogation. Toute procédure de choix social non dictatoriale à partir de préférences individuelles annoncées par les membres de la société conduit ceux-ci à manipuler leurs annonces. Plus précisément, il n'existe pas de procédure de choix social à domaine universel non dictatoriale et non triviale telle que la révélation des vraies préférences soit une stratégie dominante pour tous.

Comme pour le théorème d'Arrow des informations précises sur les préférences individuelles peuvent conduire à des résultats positifs. Le meilleur choix de l'agent médian lorsque les préférences individuelles sont



unimodales définit un choix social non manipulable. Dans ce contexte particulier la règle majoritaire qui conduit au meilleurs choix de l'agent médian définit l'intérêt général de façon non ambiguë.

Plus généralement, on peut s'interroger sur les définitions de l'intérêt général qui conduisent les individus à révéler leurs vraies préférences. On qualifiera d'implémentable une notion d'intérêt général définie à partir des préférences individuelles qui a cette propriété. Dans la société où les membres ont un comportement stratégique par rapport à leur information privée, seules les notions d'intérêt général implémentables sont susceptibles d'être mises en œuvre et donc pertinentes pour la société.

On peut reformuler la problématique de l'intérêt général en deux étapes. Dans une première étape on caractérise l'ensemble des fonctions de choix social qui sont implémentables. Ce sont les seules à considérer si on est réaliste. Dans une deuxième étape on peut se poser la question de la sélection d'une fonction de choix social au nom d'une certaine conception de la justice comme nous l'avons fait ci-dessus.

La concurrence entre les États peut fournir aussi un puissant instrument de révélation des préférences dans l'esprit de Tiebout (1956). Un État est alors caractérisé par des procédures de décision collective qui traduisent une conception de l'intérêt général et les individus révèlent implicitement leurs préférences en choisissant l'État dans lequel ils désirent vivre.

Les États qui survivent sont ceux qui ont réussi à faire accepter des conceptions de l'intérêt général attractives pour une vaste population et efficaces en termes de croissance économique. Cette conception Darivienne de l'intérêt général rejoint sans doute dans le long terme les conceptions normatives évoquées précédemment avec l'économie du mythique état originel. Elle est néanmoins peu convaincante car ce type de mobilité de populations a été historiquement très limité.

Comment dans la pratique la société approche-t-elle l'intérêt général et que peut-on dire à la lumière des concepts décrits ci-dessus ?

La Constitution détermine un ensemble de règles générales du fonctionnement de la société. Tout citoyen d'un pays accepte explicitement ou implicitement ces règles. Les règles électorales déterminent l'allocation du pouvoir entre les partis politiques qui s'affrontent. Les groupes d'intérêt tentent d'influencer le jeu électoral ou directement les hommes au pouvoir. La Constitution étant un contrat de société très incomplet, les dirigeants du moment ont de vastes plages de décisions discrétionnaires qu'ils utilisent pour se maintenir au pouvoir. Ils favorisent en général leurs électeurs et surtout tentent de former une majorité de soutien pour la prochaine élection. Ce qui limite le favoritisme, au-delà des contraintes constitutionnelles, c'est la crainte d'une politique extrémiste de l'autre parti lorsqu'ils perdront le pouvoir, les manifestations spontanées d'opposition comme les grèves ou les attentats ⁷.

7- Cette vision de la vie démocratique laisse peu de place à l'homme providentiel incarnant l'intérêt général ou l'intérêt supérieur de l'État, porté au pouvoir en dehors des règles constitutionnelles dont les Français sont si friands.



Il résulte de ce fonctionnement des politiques que l'on peut interpréter comme l'expression d'une certaine conception de l'intérêt général, résultat du jeu de groupes d'intérêts à l'intérieur des règles constitutionnelles. Dans cet esprit Guesnerie et Malgrange (1972) ont tenté d'extraire des choix de Plan ses préférences implicites, traduction de l'intérêt général.

Comment comparer cette vision positive de l'intérêt général avec la vision normative de la théorie des choix sociaux ?

La Constitution, ensemble minimal de règles sociales, est-elle issue d'une réflexion de sages se plaçant intellectuellement dans une sorte d'état originel, ou bien comme le dirait John Quincy Adams, l'institutionnalisation de leur pouvoir par les dirigeants du moment. Probablement un peu les deux car l'acceptation d'une Constitution passe par une rhétorique de l'intérêt général suffisamment crédible.

De même, l'invocation de l'intérêt général pour justifier certaines politiques montre que le jeu électoral pénalise les favoritismes excessifs.

Dans les deux cas, l'appel à l'intérêt général peut être tout à fait formel si la société civile n'est pas bien organisée, si le pouvoir judiciaire n'est pas suffisamment puissant, indépendant et bienveillant, si les citoyens ne sont pas suffisamment éduqués et informés pour contraindre effectivement les hommes politiques.

Définir une conception de l'intérêt général qui soit une traduction d'une conception de la justice largement partagée dans la société et qui sache prendre en compte les intérêts de long terme de la société est, nous l'avons vu, une tâche complexe qui doit être menée par l'ensemble des membres d'une société, philosophes, juristes, économistes, sociologues, etc. Cet effort doit conduire à une vision idéale des objectifs que doit poursuivre une société. Le consensus qui en résulte est fondamental pour contraindre le fonctionnement des pouvoirs et contre-pouvoirs. En général, ce sera un consensus partiel qui laissera une marge de discrétion pour qu'émerge de la vie politique et sociale, une notion effective d'intérêt général fluctuant avec les alternances politiques. La qualité de la vie démocratique d'un pays s'exprimera par la distance entre la réalité de la décision collective et les objectifs normatifs affichés par les institutions de ce pays.

Dans une société moderne de plus en plus complexe, où les rapports de forces entre les groupes d'intérêts évoluent constamment – voir par exemple les effets des autoroutes de l'information et de la globalisation des marchés – la poursuite de l'intérêt général, garant de l'avenir d'une communauté d'hommes, exige un effort constant d'adaptation des institutions. La réussite de ce processus repose plus que jamais sur la qualité du contrôle exercé par les citoyens et donc sur le développement de systèmes d'informations indépendants des pouvoirs institutionnels. Cette étape sera difficile pour les États jacobins comme l'État français.



Références

Arrow, K. [1951], *Social Choice and Individual Values*, Cowles Foundation.

Gibbard, A. [1973], *Manipulation for Voting Schemes*, *Econometrica*, 41, 587-601.

Guesnerie, R. et P. Malgrange [1972], *Formalisation des objectifs à moyen terme : Application au VIe plan*, *Revue Economique*, 23, 442-491.

Satterthwaite, M. [1975], *Strategy-Proofness and Arrow's Conditions : Existence and Correspondence Theorems for Voting Procedures and Social Welfare*, *Journal of Economic Theory*, 10, 187-217.

Sen, A. [1970], *Collective Choice and Social Welfare*, Holden Day, San Francisco.

Tiebout, C.M. [1956], *A Pure Theory of Local Expenditures*, *Journal of Political Economy*, 64, 416-424.



Le requérant et l'intérêt général

Jean Barthélemy,
*président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État
et à la Cour de cassation*

Mettre en relation, dans la procédure administrative contentieuse, le requérant et l'intérêt général, voilà une opération de l'esprit qui, de prime abord, peut paraître audacieuse, en tout cas inhabituelle.

Le plus fréquemment, le requérant – c'est-à-dire le demandeur à l'action contentieuse – est un particulier, une personne physique ou morale de droit privé, qui exerce avant tout un droit de défense, d'ailleurs légitime, de ses intérêts particuliers.

En outre, l'accès au prétoire du juge administratif lui est ouvert pour faire valoir ses droits objectifs ou subjectifs, relativement à un intérêt à agir, là encore, de nature privée.

Pourtant, ce serait demeurer à un stade superficiel d'analyse que de s'en tenir à cette approche, même si elle correspond à un pan important de la réalité.

Le requérant n'est en effet rien d'autre que l'usager du service public de la justice administrative, lequel est de surcroît un service public administratif.¹ Et ce service public, comme tous ses homologues, est ordonné à la satisfaction de l'intérêt général. Cet intérêt général est, certes, lui-même destiné à répondre aux besoins des usagers mais, dans le même temps, il transcende ces besoins au nom d'une logique collective qui dépasse la satisfaction d'intérêts purement personnels, si importants soient-ils.

Ajoutons que, lorsque le requérant est une personne publique, la procédure administrative contentieuse ne tend à rien d'autre que la confection d'une décision de nature particulière, la décision juridictionnelle administrative, qui en définitive a pour vocation de trancher le point de savoir si l'intérêt général poursuivi par la personne publique a ou non été correctement apprécié par elle.

On a décrit mieux que l'on ne pourrait le faire ici la grande plasticité de la notion d'intérêt général et la doctrine paraît avoir démontré que la meilleure façon d'approcher ce concept protéiforme était sans doute une méthode fonctionnaliste, qui analyse les finalités de l'intérêt général, plutôt qu'une analyse essentialiste qui prétendrait en cerner la nature². Si l'on s'en tient à cette démarche, il convient de tenter d'identifier le contenu ultime des missions du service public de la justice administrative.

1 - CE, Ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, p. 542.

2 - D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977 – spécialement le titre II, « L'influence de la notion d'intérêt général sur le contentieux administratif ».

Ce service public fait partie de la catégorie des services publics qui ont une base constitutionnelle³. Mais il a aussi une base conventionnelle en ce que, par l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il dispose d'un fondement supra-législatif qui contribue fortement, désormais, à façonner son visage⁴. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a décrit l'« ordre public européen »⁵, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est l'instrument, comme destiné à assurer la « prééminence du droit »⁶. Cette « prééminence du droit », le droit administratif, notamment dans sa branche contentieuse, l'assure depuis longtemps. Elle est dénommée « *principe de légalité* », et se traduit par l'obligation pour l'Administration de n'agir, sous le contrôle du juge administratif, que dans le respect de l'ensemble de la hiérarchie des normes écrites ou non écrites qui s'imposent à elle... dans l'intérêt général. Mais, dans le même temps, un autre principe gouverne l'acte juridique administratif, c'est le principe de sécurité juridique. Ce principe, qui a pour principale composante, selon le président Labetoulle, la stabilité des situations juridiques⁷, a plus généralement pour portée de prémunir l'ordre juridique contre les conséquences déstabilisatrices que peuvent avoir, pour les tiers et pour l'Administration en tant qu'assurant par ses décisions le respect de l'intérêt général, les procédures contentieuses. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, à cet égard, que « *le principe de sécurité juridique* » est « *nécessairement inhérent au droit de la Convention...* »⁸. Ces deux principes sont mis en œuvre, et de longue date, par le juge administratif⁹. Ils sont, en quelque sorte, les réquisits fondamentaux qui orientent les missions du service public de la justice administrative. L'intérêt général poursuivi par l'accomplissement de ces missions tient, d'une part, à la garantie de la prééminence du droit en matière administrative, et, d'autre part, au respect de la sécurité juridique toujours dans ce même domaine. Dans son premier versant, cet intérêt général tend à accroître les droits du requérant, dans sa deuxième forme, il les limite au nom d'exigences supérieures qui le dépassent. L'on retrouve ainsi cette ambivalence classique de l'intérêt général assumé par les services publics administratifs : d'un côté, il est source de garanties pour les acteurs des services publics, de l'autre, il limite leurs droits au profit des compétences que l'Administration détient en vue précisément de l'intérêt du service, forme concrète de l'intérêt général.

Ainsi s'efforcera-t-on, avec, naturellement, le regard de l'auxiliaire de la justice administrative,¹⁰ celui du praticien dont l'honneur est d'apporter une modeste contribution au fonctionnement de ce service public cardinal et de

3 - C. C. 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, RFDA 1987 p. 287, note B. Genevois.

4 - R. Abraham, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif*, RFDA 1990 p. 1053.

5 - CEDH, 22 novembre 1995, *SN c/ Royaume-Uni* A n° 355-B § 44.

6 - CEDH, 21 février 1975, *Golder*, A n° 18 pp 26-17, § 34.

7 - D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz 1996 p. 403.

8 - 13 juin 1979, *Marchex c/ Belgique* A n° 31 p. 26 § 58.

9 - C'est toute la théorie du retrait des actes administratifs qui résulte, par exemple, de la conjonction de ces deux principes.

10 - Qui est le mandataire de l'usager du service public assuré par le Conseil d'État.



l'autorité juridictionnelle placée à sa tête, le Conseil d'État, de décrire, en premier lieu, les garanties que le requérant tient de l'intérêt général, expression de la prééminence du droit, et les contraintes que lui impose l'intérêt général, rempart de la sécurité juridique.

Les garanties que le requérant tient de l'intérêt général, expression de la prééminence du droit

Elles traduisent l'existence de véritables droits créances puisque, selon la Cour européenne des droits de l'homme, les droits procéduraux doivent être « concrets et effectifs »¹¹. On peut scinder ces garanties en deux branches :

- le droit à l'accès au juge administratif ;
- le droit au bon fonctionnement de la justice administrative.

Le droit à l'accès au juge administratif

On assiste à un véritable rehaussement normatif de ce droit. C'est, implicitement, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une disposition législative qui restreignait l'accès au juge administratif de première instance que le Conseil constitutionnel a consacré expressément le « droit à un recours juridictionnel »¹². Le Conseil d'État a fait sienne cette nouvelle norme constitutionnelle¹³. Ce rehaussement normatif qui n'est que l'expression, dans l'ordre juridictionnel interne, du droit d'accès à un Tribunal posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme entraîne deux séries de conséquences substantielles en contentieux administratif. Les unes concernent l'accès proprement dit à la juridiction administrative. Les autres étendent les moyens et procédures susceptibles d'être utilisés devant cette juridiction.

L'accès au juge administratif : une porte largement ouverte

La plus haute autorité du Conseil d'État affirme aujourd'hui que le juge « doit être parfaitement accessible »¹⁴. C'est de longue date que le Conseil d'État a consacré tant le recours pour excès de pouvoir que le recours en cassation comme ouverts même sans texte¹⁵.

Par ailleurs, les conditions matérielles d'accès au juge administratif sont favorables au requérant. En des termes plus crus, on ne pense pas qu'il existe à l'heure actuelle un dispositif quelconque de dissuasion financière

11 - 13 mai 1980, *artico c/Italie* A n° 37 § 33.

12 - C. C. n° 96-373 DC du 9 avril 1996, AJDA p. 371, obs. O. Schrameck.

13 - C. E., 28 juillet 1998, *Syndicat des Avocats de France et autres*, req. n° 188 751.

14 - R. Denoix de Saint Marc, Vice-Président du Conseil d'État, « Entretien » in *Les 40 ans de la Ve République*, Revue du Droit public n° Spécial, LGDJ 1998, p. 1329.

15 - C. E., Ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110 pour le premier ; 7 février 1947, *D'Aillières*, p. 50 pour le second.



de nature à décourager un plaideur décidé. Certes la loi de finances du 30 décembre 1993 a rétabli un droit de timbre, mais qui est peu élevé ¹⁶. L'aide juridictionnelle favorise l'accès du requérant aux revenus modiques au contentieux administratif, et nombreuses sont encore les matières dispensées du ministère d'avocat, notamment celles qui engendrent d'innombrables litiges aux enjeux très modestes. L'amende pour recours abusif, dont le montant, dans l'absolu, pourrait être dissuasif, est si rarement infligée qu'elle doit être regardée comme étrangère à la « culture » du juge administratif. L'effet d'annonce, quant à elle, est donc nul. Il ne devrait pas en aller de même de la menace de remboursement des frais dits improprement « irrépétibles ». Mais, outre que la psychologie combattante du requérant a du mal à « intégrer » *a priori* un tel risque, pourtant plus sûr que l'amende, le maniement de la condamnation aux « frais non compris dans les dépens » par le juge est suffisamment nuancé et adapté aux situations particulières pour constituer une entrave à l'accès au prétoire.

Ces observations valent notamment pour l'accès au juge administratif de cassation, même s'il s'agit d'une voie de recours dite extraordinaire – mais l'on doit entendre ici l'adjectif « *extraordinaire* » comme signifiant « spécifique » et non « exceptionnel », et c'est bien pourquoi, on l'a vu, pour le Conseil d'État comme pour la Cour de cassation d'ailleurs, le recours en cassation est ouvert sauf disposition législative formelle contraire. Certes, on sait que la loi du 31 décembre 1987 avait mis en place un mécanisme de filtrage des pourvois en cassation conçu comme l'un des instruments majeurs, avec la création des cours administratives d'appel, du désencombrement du Conseil d'État, politique volontariste ayant pour but de restaurer la Haute Assemblée dans sa mission de juridiction régulatrice du droit administratif, présumée diluée dans le quotidien grisâtre de la gestion de stocks désespérément immuables.

Ainsi un intérêt public de très haute volée justifiait-il que l'on soumit le droit d'accès au juge de cassation à un trébuchet destiné à expurger la mauvaise monnaie en filtrant la bonne dont la qualité reconnue pouvait être inversement proportionnelle au taux d'encombrement, regardé, à tel moment, comme supportable, du Conseil d'État.

L'organe *ad hoc* mis en place, la Commission d'admission des pourvois en cassation, ayant rempli son office pendant dix ans avec une optique certes évolutive mais nécessairement toujours quelque peu restrictive, la volonté de revenir, dès que ce fut possible, à une situation plus conforme au droit naturel d'accès au juge de cassation a conduit à retrouver une approche plus libérale se traduisant par la suppression de cette Commission et la normalisation de la procédure d'admission, laquelle est devenue par l'effet du décret du 24 décembre 1997, la première étape de la procédure d'instruction par chaque sous-section, consistant en l'examen préalable de la recevabilité du pourvoi et du caractère sérieux des moyens. Dans la pratique, le système nouveau paraît infiniment plus souple que l'ancien, et l'on se prend à se demander s'il est justifié de le conserver, la Cour de

16 - 100 F à l'heure actuelle... ce qui rend encore plus éclatante son absurdité, stigmatisée notamment par le professeur R. Chapus in *Le droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 7^e éd., 1998, n^o 614.



cassation, dont le principal souci est son propre encombrement, y ayant elle-même renoncé, lui préférant un système d'examen systématique des pourvois par des formations restreintes aptes à écarter rapidement les pourvois irrecevables ou manifestement mal fondés, au besoin par des motivations très sommaires, mais habilitées aussi à renvoyer les affaires délicates en formation ordinaire et, surtout, à prononcer elles-mêmes des cassations sur le fondement de moyens manifestement fondés.

Sans doute le Conseil d'État, qui n'a jamais connu la cassation, à proprement parler, sans filtrage, entend-il disposer à tout moment de l'instrument qui, dans l'hypothèse d'un regain excessif du flux contentieux, lui permettrait de tirer à nouveau le verrou.

Ce n'est pas aujourd'hui le cas, et on voudra bien retenir que, pour le requérant sérieux, l'accès au juge de la cassation est en fait au moins aussi aisé que l'accès au juge de la cassation civile.

L'accès au juge administratif à tous les degrés est encore, de longue date, facilité par une politique libérale en matière de régularisation des requêtes en dépit de quelques raidissements récents ou dans la mise en œuvre des délais de recours contentieux consécutifs à des recours administratifs¹⁷ ou encore au sujet des règles régissant la représentation des personnes morales¹⁸ et d'une manière générale par un rejet de tout formalisme étroit¹⁹.

Ce libéralisme se manifeste encore dans l'extension permanente de la catégorie des actes administratifs susceptibles d'être attaqués en excès de pouvoir : on doit constater que son empire paraît, à terme, devenir, comme celui de Charles Quint ou de la Reine Victoria, sans bornes, lorsqu'on observe la réduction drastique de la notion de mesure d'ordre intérieur²⁰, le progressif grignotage de la zone d'immunité juridictionnelle qui était réservée aux actes dits de Gouvernement²¹, voire la propagation du recours pour excès de pouvoir dans le territoire qui lui était naguère fermé, celui du contrat administratif²². Au fond, l'on pourrait, sans forcer le trait, observer que, désormais, l'intérêt général qui s'attache à la prééminence du droit fonde une présomption d'accessibilité à la justice administrative. Le candidat-usager à ce service est donc dans une position particulièrement favorable. Et il y est dans le respect du principe fondamental d'égalité, ce « besoin excellemment français », pour reprendre la belle formule, non dénuée d'ironie, de Cormenin²³. L'égal accès postule néanmoins, selon nous

17 - CE, Sect., 13 mars 1998, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Mme Mauline*, deux arrêts qui signent l'abandon de la connaissance acquise du fait de l'exercice d'un recours administratif.

18 - Voir l'arrêt de Section du 3 avril 1998, *Fédération de la Plasturgie*, AJDA 1998, p. 460, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, qui marque le retour, au terme de bien longs attermoissements, à une sage interprétation de la clause des statuts des syndicats et des associations qui, en visant la représentation par tel organe social, habilite celui-ci à agir en justice.

19 - R. Odent, « Le destin des fins de non-recevoir », *Mélanges Waline, Le Juge et le droit public*, LGDJ, 1974, I, II, p. 653.

20 - CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, p. 82 et 83 concl. P. Frydman.

21 - Voir le récent arrêt d'Assemblée du 18 décembre 1998, *SARL du Parc de Blotzheim et autres*, n° 181249, qui admet un contrôle de compétence sur le décret de publication d'un accord international.

22 - Voir CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, AJDA 1998, p. 1041, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.



– et c'est l'opinion de l'actuel Garde des sceaux –, la représentation par un professionnel du droit et de la procédure. On n'ignore pas que longtemps le ministère d'avocat a été perçu en contentieux administratif comme antinomique avec la défense des libertés, ce qui n'est pas un mince paradoxe tant l'image de l'avocat est inséparable de la conquête politique de ces mêmes libertés. À partir de ce constat a pris corps une théorie corrélative, qui repose sur la distinction artificielle du fait et du droit : l'assistance d'un conseil ne constituerait une garantie fondamentale pour le justiciable que lorsque des questions de fait et non de droit sont en jeu. Ces arguments, nés à l'époque de Daumier, sont périmés.

En posant, sur la seule base du droit constitutionnel interne, que l'assistance d'un défenseur est une condition nécessaire de l'exercice effectif du droit d'accès à son prétoire²⁴, la Cour de cassation a consacré le caractère d'intérêt public de la représentation qui, loin de constituer une entrave à l'accès au juge, est consubstantielle à celui-ci.

C'est que la représentation est utile tant au requérant qu'au juge, ainsi qu'en témoigne l'article 3 de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 sur la liberté d'établissement des avocats, qui prévoit, *in fine*, que « dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux Cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés ».

Au requérant ce qu'apporte l'avocat, ce sont d'abord la connaissance du droit qui est devenue à l'époque contemporaine une nécessité pour une défense utile, c'est le rétablissement à son profit de l'égalité des armes tant avec les parties qu'avec le juge lui-même, c'est la formulation des moyens par lesquels le juge, qui n'abuse pas des moyens soulevés d'office, est saisi, c'est l'évitement de pièges procéduraux tels la théorie de la cause juridique distincte, c'est le caractère écrit de la procédure, garantie contre l'arbitraire du juge, c'est l'assurance que sera respecté pleinement le principe du contradictoire, qui confronte les parties entre elles, mais aussi celles-ci avec le juge, et avec l'irremplaçable Commissaire du Gouvernement, jusqu'aux observations orales à la barre quand elles sont nécessaires. Mais nous voici déjà, au-delà de l'accès, installés dans le prétoire.

L'amélioration de la panoplie des outils contentieux offerte au requérant

Il ne suffit pas que le requérant puisse saisir aisément le juge, encore faut-il que tant les moyens qu'il peut développer devant lui que les procédures contentieuses que ce dernier conduit soient adaptés à ses besoins. Or, il est satisfaisant de constater à l'époque contemporaine une nette amélioration de la panoplie des outils contentieux offerte au requérant. Sur le plan des moyens, on assiste à un double phénomène.

En premier lieu, la création de moyens nouveaux qui, jusque-là, n'étaient pas recevables.

23 - Droit administratif, Paris 1840, T. I, p. XVII.

24 - Ass. plén. 30 juin 1995, *Belhomme* (Bull. n° 4, p. 7).



Qu'il suffise ici de constater le développement proprement extraordinaire des exceptions d'inconstitutionnalité de la loi induite par la primauté du droit communautaire et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

La dernière – chronologiquement parlant, car la pratique contentieuse saura sûrement en développer d'autres – forme de cette mise en cause de la loi est la contestation possible devant le juge administratif de la conventionnalité, au regard des règles du procès équitable posées par l'article 6 de la Convention, des validations législatives, alors même que ces dernières auraient été déclarées licites par le Conseil constitutionnel²⁵. Et si le Conseil d'État n'a pas attendu la réaction du Conseil constitutionnel pour être le juge de la constitutionnalité des actes administratifs²⁶, il n'en demeure pas moins que la prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel lui ouvre des champs inédits de contrôle de constitutionnalité.²⁷

En second lieu, on assiste à un renforcement du contrôle juridictionnel de l'Administration, comme l'a relevé il y a presque dix ans le professeur Chapus²⁸, le juge se dotant de plus en plus dans des domaines nouveaux, des pouvoirs de pleine juridiction au point qu'on a prédit la disparition du recours pour excès de pouvoir comme on le fit jadis de la voie de fait !²⁹

En d'autres termes, soit par la progression d'un type interne de contrôle, comme le contrôle de proportionnalité, soit par l'adoucissement des moyens nécessaires pour mettre en cause l'Administration, on songe ici au remplacement de l'exigence de la faute lourde par la faute simple, voire la responsabilité sans faute, dans divers domaines du plein contentieux quasi-délictuel³⁰, le juge dote le requérant de moyens de plus en plus efficaces de contestation contentieuse.

C'est à un point tel qu'il est peut-être permis ici de prophétiser à terme la quasi-disparition de la très ambiguë erreur manifeste d'appréciation comme moyen de contrôle des motifs de fait de l'acte administratif au bénéfice du contrôle normal, le juge administratif ayant acquis une dimension, une distance et une « crédibilité » qui le mettent désormais à l'abri de l'accusation, à tout le moins de la suspicion, de vouloir faire œuvre d'administrateur, antique rengaine bien dépassée à l'heure où l'opportunité d'antan est perçue

25 - CE, Avis, Ass. 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation nationale, de la Recherche et de la Technologie*, RFDA 1997 p. 175, concl. L. Touvet.

26 - CE, Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, p. 426.

27 - Voir par exemple CE, Sect., 17 octobre 1997, *Commune de Fougerolles*, CJEG 1998 p. 16 concl. L. Touvet, où le Conseil d'État utilise le « principe constitutionnel » suivant lequel une collectivité publique ne saurait céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé ; principe consacré, d'ailleurs à partir de la jurisprudence du Conseil d'État prohibant les libéralités, par le Conseil constitutionnel (par ex. C.C. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Rec. p. 96).

28 - Dans son étude de référence : *L'administration et son juge, ce qui change*, EDCE 1991, n° 43, p. 259, spéc. p. 264 et s.

29 - V. M. Bernard, *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?* AJDA 1995, p. 190 et s. ; J.-M. Woehrling, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir*, Mélanges Braibant, op. cit., p. 777 et s. ; B. Pacteau, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux*, contribution non encore publiée, au Colloque du Conseil d'État, *Évolutions et révolutions du contentieux administratif*, 5 juin 1998.

30 - CE, Ass. 10 avril 1992, *Époux V*, p. 171 concl. H. Legal à propos de la responsabilité publique en matière d'actes médicaux désormais soumise au régime de la faute simple.



de plus en plus comme une facette de la légalité de l'acte. On croit trouver une démonstration de ce constat dans un usage récent plus vigoureux de la théorie du bilan, spécialement dans le domaine de la protection de l'environnement³¹. Pour ce qui est des procédures elles-mêmes, comment ne pas relever la nette extension des procédures d'urgence, référé au sens strict, référé contractuel de l'article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, suspension provisoire d'exécution de l'article L 10 du même code, sursis spéciaux en matière de libertés publiques et d'urbanisme..., autant de réformes disparates mais capitales dans leur esprit, souvent induites par le droit européen, et qui déjà inclinaient à ouvrir la voie à ce qui pourrait être une évolution remarquable : l'émergence du juge administratif de l'urgence dont le rôle serait aussi central que celui qu'a conquis, en procédure civile, le juge des référés ?

Le droit au bon fonctionnement de la justice administrative

La « bonne administration de la justice » est une exigence de valeur constitutionnelle et conventionnelle³², voire communautaire si l'on se réfère à la directive du 16 février 1998 sus-évoquée. Et pour l'usager du service public de la justice administrative, elle se traduit par le droit à un bon fonctionnement de la justice administrative. Si on cherchait à établir le recensement des critiques principales que les requérants font à cette justice, en s'appuyant sur l'expérience propre du praticien, on constaterait que ce n'est ni en termes d'indépendance, ni en termes de compétence, que des appréciations négatives sont formulées. La haute science juridique, la parfaite indépendance de la justice administrative, l'autorité de ses décisions assurent toujours, à son profit, le respect et la confiance indéniables des requérants. Mais ceux-ci persistent à se plaindre pour l'essentiel de deux insuffisances.

L'insuffisance de rapidité

Les délais de jugement sont, quels que soient les progrès réels accomplis, généralement considérés comme trop longs. Et le praticien éprouve quelque difficulté à opérer à cet égard des distinctions entre les tribunaux administratifs, petits ou grands, mis à part le régime spécial des étrangers. La situation de surembournement des cours administratives d'appel, prévisible, est plus que préoccupante. Les réformes récentes n'ont profité en fin de compte qu'au Conseil d'État. Tout a été dit sur la question cardinale de l'urgence³³. L'autorité du juge est directement liée à son aptitude à se

31 - Comme le laisse augurer notamment l'arrêt d'Assemblée du 28 mars 1997, *Assoc. contre le projet d'autoroute transchablaisienne*, RFDA 1997, p. 739, concl. M^{me} Denis-Linton.

32 - C.C. du 23 janvier 1987 précité ; note 3 ; Commiss. Europ. D. H, décision du 9 janvier 1995, M. C France, DR 80 A p. 56 ; voir aussi : J. Robert, *La bonne administration de la justice*, AJDA n° spécial 20 juin 1995, p. 117.



prononcer dans un délai raisonnable. Or ce n'est que récemment que la juridiction administrative a pris conscience de la nécessité de se doter d'une « culture » de l'urgence et des moyens efficaces de la mettre en œuvre. Le Conseil d'État a ainsi mis sur pied une réforme fondamentale à cet égard, point d'orgue d'une série de textes de procédure nouveaux, tels que le décret du 27 mai 1997 qui a créé une panoplie d'instruments destinés à rationaliser en l'accéléralant la procédure de mise en état des affaires.

À cette heure, la réforme des procédures d'urgence est à l'état de projet. On ne peut donc en dire plus à son propos que le Vice-Président du Conseil d'État ³⁴ : « ... renforcer l'efficacité du juge des référés par la rénovation du sursis à exécution et l'extension de ses pouvoirs d'injonction et... » décloisonner « les procédures d'urgence, en définissant un seul régime procédural caractérisé par les traits suivants : un juge unique, l'établissement d'un calendrier de procédure, une plus grande place faite à l'oralité des débats ». C'est à coup sûr une révolution qui se dessine. Sa réussite tiendra à l'esprit dans lequel elle sera mise en œuvre, conformément à l'esprit qui l'anime, du côté du justiciable et non plus du juge, avec le concours actif des avocats pour gérer en commun la procédure et non plus, isolément et mécaniquement, les stocks, par le tri intelligent des affaires qui appellent une solution plus rapide sans que l'affaire qui ne relève pas de l'extrême urgence soit renvoyée dans les ténèbres extérieures. En dehors de ces réformes, on ne peut que se réjouir de la tendance décelable à l'heure actuelle dans les méthodes du Conseil d'État d'user de la possibilité que lui offre l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 d'évoquer les affaires au fond, après cassation. Il a été suggéré, dans cette optique, d'améliorer les droits des requérants en portant à la connaissance de leurs conseils au préalable que la Haute Assemblée entend, en cas de cassation, user de cette faculté. Cette information préalable permettrait notamment d'améliorer ou d'introduire des faits et moyens de droit nouveaux qui pourraient être décisifs si, naturellement, ils sont recevables, et qui, pour diverses raisons, n'avaient pas été soulevés devant les juges du fond. Le Conseil d'État, dont on peut dire qu'il a récemment découvert la hâte de juger, utilise par ailleurs des procédés divers d'incitation à une mise en état rapide de l'instruction des affaires.

On regrettera simplement qu'il persiste à traiter avec un excès d'égards, à l'inverse aujourd'hui de nombreux tribunaux administratifs, les services centraux de l'État qui souvent se murent dans un silence obstiné sans même rétablir le dossier officiel qui leur est communiqué comme il l'est aux avocats aux Conseils. C'est que c'est à l'administration que profite la lenteur des procédures.

L'hermétisme des décisions

Les meilleurs auteurs ont disserté sur l'incommunicabilité qui peut affecter les décisions des juridictions administratives ³⁵, et qui, là encore, porte

33 - Voir entre autres le vaste débat au Colloque du 40^e anniversaire des tribunaux administratifs, in *Le juge administratif à l'aube du XXI^e Siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 281 et s. V. aussi B. Odent, *Le temps et le juge*, Mélanges R. Chapus et... G. Jèze, *Les lenteurs de la juridiction administrative*, RDP, 1921, p. 377.

34 - Dans l'interview susvisée.



atteinte à l'autorité du juge. Sans aller jusqu'à souhaiter que soient adoptées les méthodes discursives de la Cour européenne des droits de l'homme, ne peut-on envisager une sorte de *via média* qui allierait la sobriété actuelle de la motivation des décisions de justice administrative, gage de leur adaptabilité et de leur nécessaire plasticité et l'exhaustivité analytique, laquelle confine quelquefois à l'excès de motivation qui caractérise les arrêts de la Cour européenne ? Les requérants, comme les autres catégories d'usagers des services publics administratifs, paraissent, en tout cas, avoir soif de cette transparence qui est en quelque sorte, aujourd'hui, la fontaine de jouvence des services publics régaliens. Le Conseil d'État n'est pas insensible à cette aspiration nouvelle, même s'il se refuse encore à motiver les refus d'admission des pourvois en cassation, et on trouvera, nous semble-t-il, une parfaite illustration de son souci de développer des motivations démonstratives, pédagogiques et apaisantes dans les références répétées à la nécessité pour le juge de respecter les droits de la défense et le principe du contradictoire lorsqu'il met en œuvre les nouveaux instruments procéduraux du décret du 27 mai 1997, que contient son arrêt précité du 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France* et autres, ou encore dans les motifs surabondants mais bien utiles de son arrêt d'Assemblée du 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain*³⁶.

Les zones de faiblesse résiduelles du respect du principe du contradictoire

Selon le Conseil constitutionnel, le principe du contradictoire est le corollaire des droits de la défense³⁷. Pour Hauriou, le débat contradictoire est « l'essence de toute procédure contentieuse »³⁸. On ne méconnaît pas l'emphase certaine de cette définition. Elle n'en contient pas moins une part de vérité en ce qu'on peut affirmer que la solution d'un litige ne peut être dégagée par le juge avec le maximum de fiabilité que si le débat a été complet entre les parties et entre celles-ci et lui-même.

Or on persiste à penser que subsistent à cet égard certaines difficultés : devant le Conseil d'État dans la procédure d'admission des pouvoirs en cassation à laquelle on ne peut se résoudre à reconnaître le caractère d'une procédure administrative interne et non une pleine procédure contentieuse ; devant les juges du fond en ce que désormais la transmission des mémoires autres que la requête, le mémoire ampliatif et le premier mémoire de chaque défendeur, est soumise à l'appréciation du juge. Reconnaissons que, dans le premier cas, l'information du défendeur par le Conseil d'État quant à l'existence du pourvoi est désormais acquise et que sont légitimes les raisons de bonne gestion de l'instance avancées pour rejeter le contradictoire. Mais les droits des parties, notamment lorsque le requérant est le ministre, seraient mieux assurés, nous semble-t-il, par la transmission du texte du recours. L'information du juge pourrait en tout cas être plus complète si le défendeur

35 - A. de Laubadère, *le Conseil d'État et l'incommunicabilité*, EDCE n° 3, 1979-1980 p. 17.

36 - Droit administratif, oct. 1998, p. 27 note C. M.

37 - V. Nicolas Molfessis, *La procédure civile et le droit constitutionnel* in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, la Documentation française, 1998, p. 254.

38 - M. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, Toulouse, 1908, p. 185.



réagit à cette transmission. Car l'examen de l'admission par la même sous-section peut donner parfois le sentiment d'un pré-jugement, étant rappelé toutefois que la politique actuelle des sous-sections est d'un libéralisme tel qu'elle rend partiellement théorique la discussion sur ce point – mais les principes sont importants en soi... pour les parties à une instance contentieuse. Dans le second cas, on ne méconnaît pas les abus de certains auxiliaires de justice, et dans son arrêt du 29 juillet 1998, le Conseil d'État a rappelé les juges à leurs devoirs envers le principe du contradictoire, partant à une pratique raisonnable et adaptée de la nouvelle règle.

Les contraintes qui pèsent sur le requérant au nom de l'intérêt général, rempart de la sécurité juridique

La sécurité juridique encadre les droits du requérant au profit d'une part, des intérêts publics et d'autre part, des intérêts des autres sujets de droit.

Le requérant et la protection des intérêts publics

On peut distinguer, à cet égard, deux catégories d'intérêt public protégées par la sécurité juridique. La première catégorie est l'intérêt objectif de la stabilité de l'acte juridique dans sa globalité. La seconde est constituée par les intérêts des divers services publics.

Le requérant et la stabilité de l'acte juridique

Comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'accès au juge n'est pas sans borne. Il « appelle par sa nature même une réglementation par l'État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace, suivant les ressources de la communauté et les besoins individuels »³⁹. Cette doctrine justifie dans son principe la kyrielle des contraintes procédurales qui enserment l'accès au prétoire du juge administratif. Parmi celles-ci les plus importantes concernent les délais, innombrables au sens propre du terme, et si divers qu'il est pratiquement devenu impossible de dresser un tableau des délais lisible : une uniformisation, même relative, en ce domaine serait de nature à mieux légitimer une contrainte souvent mal perçue. Cette même doctrine explique que, devant le juge de cassation, à côté de la procédure unilatérale et centralisée d'admission des pourvois, se développe, par le ministère obligatoire des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, fût-ce dans les matières traditionnellement dispensées, tel le recours pour excès de pouvoir, une procédure décentralisée et contractuelle : l'avocat aux Conseils ayant comme devoir déontologique de faire connaître à son client, dénomination libérale

39 - CEDH, 28 mai 1995, *Askingdure c/ Royaume-Uni*.



du requérant, les chances de succès de son pourvoi en cassation et de lui déconseiller un recours très probablement voué à l'échec. Mais, à l'inverse, le ministère de l'avocat aux Conseils garantit que le justiciable sera défendu avec la spécialisation et l'efficacité qui s'imposent devant le Conseil d'État⁴⁰. Une autre forme de cette nécessaire protection de la stabilité de l'acte juridique est l'existence de catégories procédurales contentieuses (les causes juridiques, les distinctions de contentieux notamment) qui ont pour vocation d'encadrer les procédures de remise en cause des décisions de l'Administration ou du juge administratif lui-même.

Citons dans cet esprit les procédures particulières de recours administratifs obligatoires préalablement au recours contentieux, et qui sont censées constituer l'équivalent d'un préliminaire de conciliation, ce qui continue à nous apparaître comme une erreur : toute procédure pré ou para-contentieuse destinée à éviter un contentieux n'a de chance de succès que si elle fait intervenir un tiers, alors qu'au contraire on ne voit pas ce qui pourrait contraindre l'autorité administrative à revenir sur l'appréciation d'une situation de fait et de droit où l'intérêt financier ou économique du service n'est pas engagé directement et exclusivement comme en matière de marchés publics ou de fiscalité. L'expérience prouve chaque jour que le recours administratif préalable favorise l'administration défenderesse au détriment du requérant sans aucun profit pour l'intérêt général.

Cette conclusion que l'on reconnaît empreinte d'un grand pessimisme n'altère en rien, bien au contraire, la nécessité de réfléchir à la mise en place de procédures effectives de conciliation. Elle se traduit aussi par le fait que l'intérêt général conduit, dans certains cas, selon le Conseil Constitutionnel, le législateur à oblitérer, par voie de validation législative, les effets d'une annulation contentieuse⁴¹. Elle explique, enfin, que, quoique la recevabilité en matière de recours pour excès de pouvoir soit libéralement entendue, le juge n'en maintienne pas moins le respect de l'adage « *nul en France en plaide par procureur* » et qu'en plein contentieux, seule la lésion d'un intérêt subjectif permet d'accéder au contentieux. Ainsi, alors qu'existe en matière de décentralisation le déféré préfectoral au service de la légalité générale⁴², le juge administratif se refuse à admettre l'existence d'une sorte de « *déféré populaire* » qui serait au contentieux administratif ce que la démocratie directe est à la démocratie représentative.

Le requérant et la protection des intérêts de services publics

Ici, il s'agit de ne pas perturber par la voie contentieuse le bon fonctionnement de certains services publics jugés en charge de missions particulièrement délicates ou importantes. Il faut bien convenir que les progrès décrits

40 - Comme a bien voulu le rappeler la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 31 mars 1998, *Reinhardt c/ France*.

41 - Mais la tendance récente de la jurisprudence du Haut Conseil est à une plus sévère appréciation des finalités d'intérêt général en cause : voir B. Mathieu, *Devant le juge constitutionnel : un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et à celles relatives à la garantie des droits ?* RFDA 1998 p. 148.

42 - Voir par exemple l'arrêt de Section du 28 février 1997, *Commune du Port*, RFDA 1997, p. 1190, concl. J. M. Stahl, note J. C. Douence, qui se fonde sur l'article 72 al. 3 de la Constitution pour affirmer le caractère universel du déféré préfectoral.



plus haut de la prééminence du droit réduisent cette clause de protection. Elle n'en demeure pas moins encore suffisamment intense. Les domaines de pouvoir discrétionnaire sont encore importants : spécialement pour ce qui touche aux services publics économiques. L'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité de certains services publics est encore assez présente, que l'on songe au service public fiscal ou aux actes de l'autorité de tutelle. Il demeure même des poches d'irresponsabilité ou de quasi-irresponsabilité⁴³. Et la protection des finances publiques est toujours un puissant frein à la satisfaction des droits intégraux à réparation des justiciables.

En outre, si les procédures de sursis à exécution se sont développées, d'ailleurs jusqu'ici de manière désordonnée et avec une faible efficacité pratique, le privilège du préalable – et son corollaire le caractère non suspensif des recours – est encore suffisamment fort pour que seules certaines autorités publiques aient reçu la faveur contentieuse de pouvoir, par l'effet même de leurs demandes de sursis, suspendre temporairement l'exécution d'une décision administrative⁴⁴.

Le requérant et les intérêts des autres sujets de droit

Le requérant n'est pas une monade isolée dans un univers abstrait. Les conséquences de son succès contentieux peuvent léser les intérêts des tiers qui n'ont pas nécessairement à pâtir d'irrégularités qui ont affecté la situation d'un administré. C'est pourquoi la jurisprudence du Conseil d'État veille à protéger les intérêts des autres sujets de droit. Ceux-ci apparaissent comme des intérêts collectifs, plus généraux que celui du requérant, et pouvant, dès lors, le limiter. Cette protection peut limiter les droits de recours du requérant ou entraîner l'ouverture des voies de recours réparatrices pour les tiers. Elle peut aussi conclure à la limitation des effets d'une annulation contentieuse.

La protection contentieuse des droits des tiers

Dans certains domaines, elle a conduit le législateur à limiter dans le temps la possibilité de développer certains moyens contentieux et à contraindre les requérants à notifier leurs recours aux personnes intéressées.

Tel a été l'objet de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 en matière d'urbanisme, loi inspirée d'un rapport du Conseil d'État, et validée par le Conseil Constitutionnel, lequel a précisé que la loi ne portait pas « *d'atteintes substantielles au droit des intéressés d'exercer un recours* » au regard de l'objectif de limiter « *le risque d'instabilité juridique [...] particulièrement marqué en matière d'urbanisme* »⁴⁵. Par ailleurs, la procédure

43 - On songe ici à l'article L 160-5 du Code de l'urbanisme limitant fortement l'indemnisation des servitudes d'urbanisme ; voir cependant CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, CJEG, 1998, p. 441 concl. R. Abraham, tentant de concilier cet article avec les stipulations de l'article 1 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

44 - C'est le cas du Préfet en matière de déféré d'urbanisme, de marché ou de délégation de service public (art. 27 de la loi du 4 février 1995).



contentieuse permet, dans certains cas, aux tiers de faire revenir le juge sur des décisions qui ont lésé leur intérêt⁴⁶. Il peut arriver, au demeurant, que la protection des tiers paraisse excessive : ainsi peuvent-ils attaquer à tout moment les autorisations tacites qui ne font l'objet d'aucune obligation légale de publicité.⁴⁷

La protection post-contentieuse des droits des tiers

Elle est tout entière contenue dans la doctrine arbitrale qui domine la classique jurisprudence *Dame Cachet*⁴⁸. En cas d'annulation contentieuse, il appartient à l'Administration de rétablir le requérant dans ses droits *ex tunc* mais en veillant à ne pas porter atteinte aux situations juridiques de certains tiers. Cette règle est, le droit de la fonction publique en est une illustration constante, d'application difficile.

En outre, que l'on songe au domaine contractuel, elle mérite dans certains cas d'être précisée : on pense ici aux conséquences de l'annulation de l'acte détachable d'un contrat.

Amplifiant les propositions formulées par le président Braibant et approuvées par le président Labetoulle⁴⁹, ne peut-on envisager qu'à l'occasion de toute annulation le juge reçoive le pouvoir de préciser, au besoin à la demande des tiers, avec force d'autorité de chose jugée, les conséquences de sa décision, lesquelles n'auraient pas forcément un effet rétroactif ?

La réforme opérée par la loi du 8 février 1995 et qui permet désormais au juge administratif d'adresser, dans certaines conditions, des injonctions de faire à l'Administration pour assurer l'exécution de ses décisions n'est-elle pas une première étape dans ce sens ? En tout cas cette réforme a rendu les mentalités perméables à des évolutions majeures dans cette direction. L'État de droit républicain accorde une place cardinale, traditionnellement, à l'intérêt général. La procédure administrative contentieuse est, ce qui constitue sa légitimité paradoxale, un puissant moyen pour le requérant d'en faire respecter les limites, au risque, quelquefois, d'en manifester involontairement la puissance irrésistible.

En cela, aussi, le juge administratif, si à tant d'égards il est bien un « nouveau juge »⁵⁰ ou tend à le devenir et voit ainsi s'effacer une part notable de sa spécificité, demeure et demeurera longtemps le meilleur appréciateur d'un intérêt général qui maintient le requérant, ce « nouveau requérant » mieux considéré – il demande avant tout que, selon la formule heureuse d'un ancien Garde des Sceaux, on ne le juge pas comme un étranger à lui-même –, un peu plus égal, si l'on ose dire, et participatif que naguère, dans une posture différente du plaideur de droit commun.

45 - C.C. n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, RFDA 1995 p. 7 Comm. P. Hocreître. Le rapport du Conseil d'État, à l'origine de la loi, est intitulé : *L'urbanisme pour un droit plus efficace*, La Documentation française, 1992.

46 - On songe par exemple au recours en tierce opposition.

47 - CE, Sect., 5 mars 1982, *Ministre Santé et Séc. Soc.* p. 104.

48 - CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, p. 790.

49 - Opus préc., note 7 p. 411.

50 - J. Chevallier, « L'Évolution du droit administratif », in *Les 40 ans de la V^e République*, op. cit., p. 1809.



Table des matières

Sommaire	5
Éditorial	7
<i>Renaud Denoix De Saint Marc</i>	
Index des principales abréviations	14
Rapport d'activité	17
• Activité juridictionnelle	17
■ Section du contentieux	19
Activité de la Section	19
Jurisprudence	20
<i>Actes</i>	20
<i>Aide sociale</i>	22
<i>Aménagement du territoire</i>	23
<i>Audiovisuel</i>	24
<i>Collectivités territoriales</i>	25
<i>Communautés européennes</i>	25
<i>Comptabilité publique</i>	28
<i>Contributions et taxes</i>	29
<i>Domaine public</i>	31
<i>Droit constitutionnel</i>	32
<i>Droit économique</i>	34
<i>Droit international</i>	35
<i>Élections et votations</i>	37
<i>Enseignement</i>	38
<i>Étrangers</i>	39
<i>Fonction publique</i>	40
<i>Logement</i>	41
<i>Marchés et contrats</i>	41
<i>Pouvoirs publics</i>	43
<i>Procédure</i>	43



<i>Professions</i>	48
<i>Responsabilité</i>	49
<i>Santé publique</i>	50
<i>Sécurité sociale</i>	50
<i>Télécommunications</i>	51
<i>Transport</i>	51
<i>Travail</i>	52
<i>Urbanisme</i>	52
Statistiques	54
■ Commission spéciale de cassation des pensions	59
■ Bureau d'aide juridictionnelle	61
● Activité consultative	63
■ Assemblée générale	65
■ Section de l'intérieur	69
<i>Évolution statistique</i>	69
<i>Principaux projets examinés</i>	69
Principes constitutionnels et libertés publiques	70
<i>Suffrage universel et légitimité</i>	70
<i>Principe d'égalité</i>	70
<i>Liberté de circulation</i>	71
<i>Indépendance des universités</i>	71
<i>Liberté d'expression et communication audiovisuelle</i>	71
<i>Liberté d'information</i>	72
<i>Secret de la vie privée</i>	72
Problèmes de compétence	73
<i>Compétence législative</i>	73
<i>Loi organique et loi ordinaire</i>	73
<i>Loi ordinaire et loi de finances</i>	74
<i>Loi ordinaire et cahier des charges</i>	74
<i>Loi ordinaire et ordonnance</i>	74
<i>Étendue des obligations du législateur dans l'exercice de sa compétence</i>	75
<i>Une nouvelle catégorie de textes législatifs : les lois du pays en Nouvelle-Calédonie</i>	75
<i>Compétence des autorités juridictionnelles</i>	76
<i>Compétence des autorités judiciaires</i>	76
<i>Compétence de la juridiction administrative</i>	77
<i>Compétence du ministre</i>	78
Droit des établissements publics et des congrégations	78
<i>Droit des associations et des fondations</i>	78
<i>Reconnaissance d'utilité publique</i>	79



<i>Droit des congrégations</i>	79
Statistiques	80
■ Section des finances	83
Observations générales	83
<i>Loi ordinaire et loi organique</i>	83
<i>Loi et règlement</i>	83
<i>Loi et convention</i>	85
<i>Validations législatives</i>	85
<i>Consultations préalables de la Commission européenne</i>	85
Gestion de l'administration et des services publics	86
<i>Organisation des départements ministériels</i>	86
<i>Maîtrise d'ouvrage publique</i>	87
<i>Tarifs des services publics</i>	87
<i>Sanctions pécuniaires</i>	88
Fonction publique	88
Défense	91
Conventions internationales	92
Secteur public et privatisation	93
Monnaie, crédit et assurances	94
Dispositions d'ordre budgétaire ou fiscal	96
Statistiques	99
■ Section des travaux publics	103
Organisation administrative, adaptation des services publics aux nécessités nouvelles	103
Protection de l'environnement et du cadre de vie	106
Déclarations d'utilité publique, conditions d'exercice des différentes professions ou activités, domaine public	108
Statistiques	114
■ Section sociale	117
Protection sociale	117
Travail et emploi	120
Santé	123
Projet de loi relatif à la lutte contre l'exclusion et textes d'application	127
Codification : Code de la santé	129
Organisation des services de l'État	129
Nationalité	130
Statistiques	132
Récapitulatif des statistiques pour 1998	134
■ Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	135



Quelques éléments statistiques	137
<i>Arrivées et retours</i>	137
<i>Les délais d'examen</i>	137
<i>La répartition des textes</i>	137
● Activité de la Section du rapport et des études	141
■ Les études et leurs suites	143
Les études publiées ou remises	
au Premier ministre en 1998 et leurs suites	143
<i>Suites données aux études antérieures</i>	143
<i>Internet et les réseaux numériques</i>	144
Les études en voie d'achèvement	146
<i>Le cumul de rémunérations des fonctionnaires</i>	146
<i>Aide sociale</i>	146
Perspectives pour 1999	147
<i>Utilité publique</i>	147
<i>Droit international et droit français</i>	147
■ Exécution des décisions	
de la juridiction administrative en 1998	149
Évolution statistique	149
L'activité de la Section du rapport	
et des études en matière d'exécution	150
<i>Les saisines de la Section au titre de l'exécution</i>	150
<i>Les résultats obtenus</i>	150
L'exercice des compétences d'exécution par les tribunaux	
administratifs et les cours administratives d'appel	152
Les difficultés d'exécution constatées en 1998	154
<i>Règlement des questions de compétence en matière d'exécution</i>	
<i>au sein de la juridiction administrative</i>	154
<i>Conséquences de l'annulation d'actes réglementaires</i>	155
<i>Fonction publique</i>	155
<i>Étrangers</i>	156
<i>Urbanisme</i>	156
<i>Communication de documents administratifs</i>	156
<i>Les conséquences des décisions indemnitaires</i>	156
<i>Aide sociale</i>	157
<i>Tarifification sanitaire et sociale</i>	157
<i>Conclusion</i>	158
Statistiques	159
■ L'action internationale du Conseil d'État	161
■ Activité de la cellule	
de droit communautaire du Conseil d'État	167



Les prestations offertes par la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	167
Les tendances générales après neuf mois d'activité	168
■ Bilan des formations 1998	169
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif	169
Formation continue des magistrats des juridictions administratives	169
Formation des agents de greffe des juridictions administratives	170
Formation des agents du Conseil d'État	170
● Situation des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	173
■ La gestion de la juridiction administrative	175
L'activité des tribunaux administratifs	175
<i>Affaires enregistrées</i>	175
<i>Affaires réglées</i>	176
L'activité des cours administratives d'appel	178
■ La Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	185
Activité des juridictions spécialisées	189
■ La Commission des recours des réfugiés	191
État statistique des activités de la Commission pour l'année 1998	191
<i>Recours enregistrés au secrétariat de la Commission en 1998</i>	191
■ Autres juridictions administratives spécialisées	199
● Avis du Conseil d'État en 1998	203
Collectivités territoriales	204
Communautés européennes	207
Domaine	209
Élections	216
Électricité	218
Entreprises nationales	220
Fonctionnaires et agents publics	224
Marchés et contrats administratifs	226
Monuments historiques – législation	230
Postes et télécommunications	232
Santé publique	233



• Réflexions sur l'intérêt général

I. Considérations générales

du Conseil d'État sur l'intérêt général	239
■ Introduction	245
■ Première partie	
L'intérêt général, concept fondateur de la société et de l'État	247
Genèse et définition de l'intérêt général	247
<i>Du bien commun à l'intérêt général</i>	249
<i>L'approche utilitariste :</i>	
<i>l'intérêt général comme somme des intérêts particuliers</i>	253
<i>L'approche volontariste :</i>	
<i>l'intérêt général, comme dépassement des intérêts particuliers</i>	257
L'intérêt général, l'État et le droit	261
<i>Deux conceptions des missions de l'État</i>	262
<i>Une conciliation imparfaite entre ces conceptions</i>	263
■ Deuxième partie	
L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique	271
L'intérêt général, justification primordiale du droit public	272
<i>L'intérêt général, fondement des grandes constructions jurisprudentielles du droit public</i>	272
<i>L'intérêt général, fondement de constructions législatives spécifiques</i>	282
L'intérêt général, norme de référence pour l'action administrative	288
<i>L'intérêt général, finalité supérieure confrontée aux droits et libertés</i>	290
<i>Le rôle du juge : concilier intérêt général et intérêts particuliers</i> ..	305
■ Troisième partie	
Mutations et renouveau de l'intérêt général	313
<i>L'intérêt général, une notion en crise ?</i>	313
Les mutations dans les modes de formulation de l'intérêt général	316
<i>Une contestation des organes traditionnels et l'apparition de nouveaux acteurs</i>	316
<i>Une mutation des procédures de formulation de l'intérêt général</i> ..	321
Les mutations dans les modes d'exercice de l'intérêt général : vers une meilleure conciliation entre service public et marché ..	333
<i>Une évolution des modes de gestion accélérée par le droit communautaire</i>	333
<i>Vers une meilleure conciliation entre règles du marché et impératifs d'intérêt général</i>	338
<i>Le domaine étendu du droit de la concurrence</i>	339
■ Conclusion	353



II. Contributions sur l'intérêt général

L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre.....	361
<i>Didier Truchet</i>	
Intérêt général et Constitution	375
<i>Jean-Éric Schættl</i>	
La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.....	387
<i>Edmond Honorat</i>	
Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne	397
<i>Bernard Thiry</i>	
Libéralisation et respect de l'intérêt général.....	409
<i>Alexander Schaub</i>	
Intérêt général et intérêts particuliers	421
<i>Jean-Jacques Laffont</i>	
Le requérant et l'intérêt général	429
<i>Jean Barthélémy</i>	



