

L'INTÉRÊT GÉNÉRAL NATIONAL VU PAR LES DROITS EUROPÉENS

Denys SIMON

Professeur à la Faculté de droit et d'économie, Université de La Réunion

Il est en soi significatif que les organisateurs de ce colloque aient jugé utile, pour alimenter la réflexion initiée par le Président Mazeaud sur la fonction de l'intérêt général comme norme constitutionnelle ¹, d'introduire le regard des droits européens sur l'intérêt général national. Il s'agit sans nul doute d'une reconnaissance explicite et apaisée de l'interdépendance croissante des ordres juridiques nationaux et des systèmes juridiques communautaire et européen.

Si l'on ne peut que s'en féliciter, la tâche qui m'incombe n'en est pas pour autant plus facile.

Une première difficulté tient à l'obligation de traiter simultanément des apports respectifs des conceptions de l'« intérêt général national » du point de vue du droit communautaire et dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'est pas certain en effet que la définition et la fonction de l'intérêt général puisse être appréhendées en termes identiques si l'on s'attache à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et à celle de la Cour de Luxembourg. Je m'efforcerai toutefois d'analyser, dans la mesure du possible, les conceptions respectives *des droits* communautaire et européen.

La deuxième difficulté vient de la pluralité d'acteurs habilités à contribuer, même si c'est selon des modalités et avec une intensité variables, à la détermination de la portée normative de l'intérêt général. C'est vrai en droit national : sans anticiper sur les débats de cet après midi, on peut sans trop de risques constater contribuent — à des titres et à des degrés divers — à la définition de l'intérêt général, le constituant, le législateur, l'administration, le juge constitutionnel et le juge dit ordinaire. C'est encore plus vrai dans le champ qui m'est imparti : l'appréhension de l'intérêt général ne peut se faire qu'en tenant compte de l'apport des traités de base, des différentes institutions créés par ces traités et des juridictions appelées à en contrôler l'interprétation et l'application. Pour des raisons de temps, mais aussi pour répondre aux vœux du Conseil constitutionnel, il a semblé souhaitable de se concentrer pour l'essentiel sur les apports juridictionnels.

La troisième difficulté — qui n'est pas propre au regard porté sur l'intérêt général national par les droits européen ou communautaire — renvoie évidemment au caractère fuyant de la notion juridique d'intérêt général. Le Rapport public du Conseil d'Etat de 1999 ² avait bien montré que l'unité sémantique « intérêt général », comme diraient les linguistes, est particulièrement polysémique, que la profusion de termes proches (intérêt collectif, intérêt

¹ Vœux au Président de la République, 3 janvier 2006.

² EDCE n° 50, 1999.

commun, intérêt de tous, intérêt national, bien commun) favorise la confusion des idées. On peut ajouter que de plus le concept d'intérêt général ne peut être appréhendé en faisant abstraction des « produits dérivés », tels que utilité publique, ordre public, service public, ou des déclinaisons de l'intérêt général, telles que sécurité publique, moralité publique, santé publique, protection de l'environnement, développement durable, intérêt des générations futures ...

Les quelques travaux consacrés à l'intérêt général en droit communautaire ³ confirment sans surprise ce constat général, ce qui ne facilite pas l'exercice d'identification des apports des droits européens à la notion d'intérêt général mise en œuvre dans le cadre national.

En dépit de ces difficultés, l'intérêt général existe ⁴ — et existe dans les droits européens —, je l'ai rencontré.

La vision européenne semble, de prime abord, susceptible d'entrer en conflit avec la lecture nationale de l'intérêt général, mais en réalité, la conception européenne se trouve plutôt en situation de complémentarité au regard de l'émergence d'une normativité de l'intérêt général. C'est autour de ces deux idées qu'il peut — peut-être — être répondu à la question posée.

I/ Un conflit potentiel

Le risque de conflit entre une appréhension communautaire ou européenne de la notion d'intérêt général et la définition nationale de l'intérêt général est évident.

D'une part, comme le disait Didier Truchet, on « considère volontiers la définition et la poursuite de l'intérêt général comme un monopole de l'Etat » ⁵. Traditionnellement, il est admis que la notion d'intérêt général ne peut être définie que par les autorités politiques légitimement élues et politiquement responsables, dans le respect de la constitution et sous le contrôle du juge. Qu'on invoque les formes classiques de l'intérêt général (ordre public, sécurité publique, santé publique...), la dimension économique de l'intérêt général (justification des règles de police économique, organisation professionnelle, principe d'égalité) ou encore l'intérêt général social (emploi, protection sociale, lutte contre l'exclusion), dans toutes ces acceptions, « l'intérêt général, expression de la volonté générale » ⁶ s'identifie avec la mission de l'Etat.

D'autre part, la construction européenne provoque l'irruption d'une vision communautaire de l'intérêt général, liée comme on le verra aux objectifs et aux valeurs consacrés par les traités, qui n'est pas nécessairement convergente avec la lecture nationale de l'intérêt général, elle-même d'ailleurs susceptible d'être divergente d'un Etat membre à

³ V. notamment F. Gazin, La notion d'intérêt général en droit communautaire, Thèse Université Robert Schuman de Strasbourg, 2001 ; E. Honorat, La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Rapport CE 1999, EDCE n°50, p. 387 s. ; T. Hamoniaux, L'intérêt général et le juge communautaire Paris LGDJ Coll. Systèmes, 2001 ; E. Picard, L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public, AJDA n° spéc. juin 1998. V. aussi pour une approche sous l'angle de la puissance publique, C. Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, Paris LGDJ 2004.

⁴ V. J.M. Pontier, L'intérêt général existe-t-il encore ?, D 1998, chron.327.

⁵ D. Truchet, La fonction de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris LGDJ 1977, p. 19.

⁶ Rapport CE 1999 L'intérêt général, EDCE n° 50, sp. p. 261. Il n'est toutefois pas certain que l'équivalence postulée entre volonté générale et intérêt général soit toujours justifiée.

l'autre, et même, à l'intérieur de chaque Etat membre, d'un organe à l'autre ou d'une majorité à l'autre. De même la Convention européenne des droits de l'homme véhicule une conception d'un « ordre public européen », au sein duquel la limitation des droits et libertés garantis par la Convention peut-être justifiée par des raisons d'intérêt général dont la pertinence et la portée fait l'objet d'appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne convergent pas nécessairement avec les conceptions nationales de l'intérêt général. Mais ces deux systèmes juridiques présentent la particularité commune d'être des « droits sans Etat ». ⁷ La solution du conflit potentiel se trouve soit dans une subordination de l'intérêt général national à l'intérêt général au sein de l'organisation internationale, le premier apparaissant comme un intérêt particulier au regard du second, soit dans un encadrement de l'intérêt général national, qui reste défini au niveau du droit interne, à condition que soient respectées certaines limites matérielles ou procédurales fixées au niveau de l'organisation internationale.

A/ La subordination de l'intérêt général national à l'intérêt général « supranational » ⁸

C'est principalement dans le cadre de la construction communautaire que cette hiérarchie entre intérêt général communautaire et intérêt général national a été établie. En signant les traités constitutifs, les Etats membres se sont en effet d'abord engagés à exercer en commun certaines compétences qu'ils mettaient en œuvre antérieurement de manière unilatérale, ou le cas échéant par l'intermédiaire d'accords bilatéraux ou plurilatéraux, et à confier aux institutions communautaires la responsabilité d'exercer ces compétences. Une telle entreprise supposait un accord initial sur l'existence d'un intérêt commun, qui pouvait être poursuivi d'une manière plus efficace collectivement qu'individuellement. Ce « pacte social » implique qu'en cas de conflit, l'intérêt général national doive céder devant l'intérêt commun, le sacrifice ponctuel d'un intérêt particulier étant compensé par les avantages globaux tirés de la participation au système d'ensemble. C'est ce constat qui fonde la prévalence de l'intérêt général communautaire sur les intérêt général nationaux, prévalence érigée par la Cour de justice en valeur commune de l'Union européenne.

En toute rigueur, il faudrait apporter ici une précision terminologique. Le juge communautaire use en effet d'un vocabulaire fluctuant ⁹, évoquant dans un foisonnement sémantique souvent peu cohérent « l'intérêt général de la Communauté » ¹⁰, « l'intérêt de la Communauté » ¹¹, « l'intérêt communautaire » ¹², les « objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté » ¹³, ou plus simplement « l'intérêt général » ¹⁴, mais aussi « l'intérêt

⁷ L. Cohen-Tanugi, *Le Droit sans l'Etat*, Paris PUF 1985.

⁸ Le terme est ici utilisé pour des raisons de commodité de langage, dans le sens le plus neutre qui soit et sans aucune connotation idéologique ou juridique.

⁹ En ce sens, v. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris PUF 3ème éd. 2001 ; T. Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire* op.cit. ; F. Gazin, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, op. cit. ;

¹⁰ CJCE, 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, Rec., 2347.

¹¹ Terme surtout utilisé dans les affaires relatives aux mesures de défense commerciale. V. notamment CJCE, 4 octobre 1983, *Fediol*, C-191/92, Rec. p. 2913 ; CJCE, 11 juillet 1990, *Sermes*, C-323/88, Rec. I-3027 ; CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, C-150/94, Rec. p.1447 ; voir aussi, CJCE, 27 septembre 2005, *Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, Rec. p. 7079

¹² TPI, 18 septembre 1992, *Automec c/ Commission*, T-24/90, Rec. II, p. 2223 ; CJCE, 4 mars 1999, *Union française de l'Express (UFEX)*, C-119/97 P, Rec. I, p. 1341 points 78 et 79

¹³ CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, 44/79, Rec., 3727.

¹⁴ CJCE, 25 mai 1978, *Bayerische HNL c/ Conseil et Commission*, 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 et 40/77, Rec., 1209.

commun »¹⁵. Il semble que les auteurs des traités marquent une préférence pour la formulation d'« *intérêt commun* »¹⁶, qui paraît exprimer une synthèse des intérêts nationaux, tandis que la formulation d'« *intérêt communautaire* » marquerait une autonomie accrue par rapport aux intérêts des Etats membres. Mais le juge communautaire, pour sa part, semble employer indistinctement les différents termes dans un syncrétisme à peu près assumé¹⁷.

Plus importante est en revanche l'affirmation selon laquelle l'intérêt général de la Communauté ou l'intérêt commun l'emporte nécessairement sur l'intérêt général national de chacun des Etats membres. Quelques exemples suffiront à illustrer ce constat.

Dans le domaine des compétences externes de la Communauté, la Cour estime que la politique commerciale commune est

« de toute évidence incompatible avec la liberté que les Etats 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* »¹⁸.

C'est ainsi notamment que les Etats membres ne peuvent plus invoquer l'intérêt général lié à leurs relations diplomatiques avec des pays tiers pour se soustraire à l'obligation de dénoncer les traités conclus antérieurement à leur adhésion à la Communauté¹⁹, ni pour modifier des accords bilatéraux conclus avec des pays tiers²⁰.

Dans le domaine de la politique agricole commune, la Cour s'est montrée encore plus explicite. Dans l'affaire emblématique des primes à l'abattage des vaches, le juge communautaire a clairement indiqué que

« on ne saurait dès lors admettre qu'un Etat membre applique de manière incomplète ou sélective les dispositions d'un règlement de la Communauté, de manière à faire échec à certains éléments de la législation communautaire à l'égard desquels il aurait manifesté son opposition ou *qu'il estimerait contraires à certains intérêts nationaux* ; qu'en particulier (...), l'Etat membre qui omet de prendre, dans les délais requis et simultanément avec les autres Etats membres, les dispositions dont l'application lui incombe, *porte atteinte à l'efficacité de la mesure décidée en commun tout en s'appropriant*, compte tenu de la libre circulation des marchandises, un *avantage indu au détriment de ses partenaires...*

que le *système institutionnel* de la Communauté aurait offert à l'Etat membre intéressé les moyens nécessaires pour qu'il soit tenu compte de ses difficultés, *dans le respect des principes du marché commun et des intérêts légitimes des autres Etats membres...*

qu'en permettant aux Etats membres de profiter des avantages de la Communauté, le traité leur fait aussi l'obligation d'en respecter les règles ; que *le fait pour un Etat de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité des Etats membres devant le droit communautaire* et crée des discriminations à la charge de leurs ressortissants...

¹⁵ CJCE, 26 juin 1958, Chambre syndicale de la sidérurgie française, C-9/57, Rec. p. 365. Voir aussi par la suite, CJCE, 18 mars 1980, Valsabbia, C-154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78 et C-31, 39, 83, 85/79, Rec. p. 907 ; CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ Royaume-Uni, C-32/79, Rec. p. 2403.

¹⁶ V. par ex. art. 3 CECA, 87 §3 CE, 99 §1 CE. Ce constat se confirme par l'usage presque exclusif du vocable « intérêt commun » dans le cadre moins intégré de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) : art. 13 §2, 19 §2 UE.

¹⁷ On peut tirer les mêmes conclusions à l'examen de la jurisprudence administrative française : sur ce point v. les remarques de D. Truchet, op. cit. p. 278 s.

¹⁸ CJCE 11 novembre 1975 Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales, Avis 1/75, Rec., 1355 (italiques ajoutées).

¹⁹ CJCE 4 juillet 2000 Commission c/ Portugal, C-62/98, (accords conclus avec le Sénégal, la République du Cap vert, l'Angola, et la République de Sao Tome et Principe), Rec., I-5171 et C-84/98 (accord conclu avec la République fédérale de Yougoslavie), Rec., I-5215 ; sur ces deux arrêts, v. Europe octobre 2000 comm D. Simon n° 285

²⁰ V. par ex. les affaires « *open sky* » : CJCE, 5 nov. 2002, Commission / Royaume-Uni, C-466/98 ; Commission c/ Danemark, aff. C-467/98 ; Commission c/ Suède, aff. C-468/98 ; Commission c/ Finlande, aff. C-469/98 ; Commission c/ Belgique, aff. C-471/98 ; Commission c/ Luxembourg, aff. C-472/98 ; Commission c/ Autriche, aff. C-475/98 ; Commission c/ Allemagne, aff. C-476/98

que ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les Etats membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux *bases essentielles de l'ordre juridique* communautaire »²¹.

L'interdiction faite aux Etats membres d'adopter des mesures unilatérales allant à l'encontre de la politique commune est clairement rattachée à la prévalence de l'intérêt communautaire sur les intérêts particuliers des Etats membres :

« l'expiration de la période de transition prévue par le traité impliquait que, dès ce moment, les matières et domaines attribués explicitement à la Communauté relevaient de la compétence communautaire, de sorte que, s'il était encore nécessaire de recourir à des mesures particulières, celles-ci ne pourraient plus être décidées unilatéralement par les Etats membres concernés, mais devraient être adoptées dans le cadre de l'ordre communautaire, destiné à garantir que *l'intérêt général de la Communauté* serait sauvegardé »²²

Parallèlement, la référence à l'intérêt général communautaire, qui prime sur celui des Etats membres, a été mise au service de la défense des prérogatives de la Commission, aussi bien dans le cadre des recours en manquement²³ que dans le contrôle des aides publiques²⁴, comme des prérogatives du Conseil en vue d'assurer

« l'intérêt général de la Communauté dans son ensemble »
sans être tenu de

« prendre en compte les intérêts particuliers des Etats membres »²⁵.

Cette situation de prévalence de l'intérêt commun sur les intérêts nationaux est conçue comme la conséquence du transfert de compétences opéré par les traités au profit des institutions communautaires. Elle ne joue donc que dans les hypothèses où les Etats membres ont entendu conférer à la Communauté des compétences exclusives²⁶.

Dans toutes les autres hypothèses, le droit communautaire, comme d'ailleurs cette fois le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme, procède plutôt à un encadrement de l'intérêt général national.

B/ L'encadrement de l'intérêt général national

Les rapports entre intérêt général « supranational » et intérêt général national sont alors essentiellement différents. Il ne s'agit pas comme dans les cas de figure précédemment évoqués d'un processus de substitution de l'intérêt commun à l'intérêt général national, mais d'un mécanisme de reconnaissance du droit des instances nationales de définir l'intérêt général national. Toutefois, ce droit n'est pas absolu, dans la mesure où il doit respecter les obligations acceptées souverainement par les Etats lorsqu'ils ont souscrit à des engagements conventionnels.

²¹ CJCE 7 février 1973 *Commission c/ Italie*, 39/72, Rec., 101. V. également CJCE, 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, Rec., 2347.

²² CJCE, 29 mars 1979, *Commission c/ Royaume-Uni*, 231/78, Rec., 1447, italiques ajoutées ; CJCE, 25 septembre 1979, *Commission c/ France*, 232/78, Rec., 2729.

²³ CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c/ Haute Autorité*, 20/59, Rec., 663, qui définit le recours en constatation de manquement comme « l'ultima ratio permettant de *faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le traité* contre l'inertie et contre la résistance des Etats membres » (italiques ajoutées) ; v. également par ex. CJCE, 4 avril 1974, *Commission c/ France*, 167/73, Rec., 359, sp. pt. 15

²⁴ CJCE, 9 octobre 1984, *Heineken*, 91/83 et 127/83, Rec., 3435.

²⁵ CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, C-150/94, Rec., I-7235.

²⁶ Sur la typologie des compétences communautaires, v. D. Simon *Le système juridique communautaire*, Paris PUF 3ème éd. 2001.

L'illustration la plus significative de cette situation est fournie par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme on l'a très bien dit, « toute la dialectique de contrôle du juge européen réside dans le souci de faire place à l'autonomie nationale tout en préservant le droit commun et se résume dans la notion de « marge d'appréciation », qui vient définir le rapport de compatibilité entre les mesures nationales et la norme conventionnelle »²⁷. Il s'agit en quelque sorte d'un principe de subsidiarité, qui laisse aux autorités nationales un pouvoir discrétionnaire qui se trouve seulement *encadré* par les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette solution est justifiée en premier lieu par une sorte de logique de proximité : les autorités nationales sont mieux à même d'apprécier l'intensité des exigences d'intérêt général et les données économiques, sociales, politiques qui justifient l'intervention de la puissance publique. C'est ainsi que le juge européen laisse une marge de manœuvre aux pouvoirs publics nationaux pour évaluer les nécessités de l'ordre public²⁸, pour apprécier l'utilité publique en matière d'expropriation²⁹, ou pour réglementer le port des signes religieux dans les établissements d'enseignement³⁰. En deuxième lieu, la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'intérêt général et les notions dérivées ou corollaires peuvent varier dans le temps et dans l'espace en fonction des « traditions culturelles »³¹, ainsi que des « facteurs historiques ou politiques propres à chaque Etat »³². Il est clair qu'il est souvent impossible de dégager une « conception uniforme de la signification de la religion dans la société »³³ ou une « notion uniforme de la morale »³⁴.

Mais la « marge d'appréciation » ainsi laissée aux Etats n'est pas illimitée. Elle suppose un contrôle européen, sur les modalités duquel nous reviendrons ultérieurement, mais qui repose sur l'idée que les mesures limitatives de droits individuels doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Il suffit à ce stade de relever que s'exerce un contrôle de finalité, de nécessité et de proportionnalité des mesures nationales. L'intensité du contrôle est à géométrie variable en fonction d'un certain nombre de paramètres, dont on peut emprunter la présentation à l'un des plus éminents spécialistes de la jurisprudence européenne, le Professeur Frédéric Sudre. D'une part, la Cour tient compte de « la nature du droit en cause » ou « des activités en jeu »³⁵, la marge d'évaluation de l'intérêt général justifiant une mesure restrictive étant plus réduite si l'ingérence touche à la protection de la personne, et plus étendue pour les activités plus techniques ou complexes, telles que la politique de l'urbanisme³⁶ ; en deuxième lieu, la Cour tient compte du but de l'ingérence ; enfin le juge européen prend en considération « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes

²⁷ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris PUF 7^{ème} éd. 2005, sp. p. 216 s.

²⁸ CourEDH 7 décembre 1976 *Handyside*, GACEDH n° 7

²⁹ CourEDH 21 février 1986, GACEDH n° 58

³⁰ On pense évidemment à l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie*, n° 4477498, CourEDH (4^{ème} section) 29 juin 2004, et CourEDH (Grande chambre) 10 novembre 2005. La Grande Chambre constate « il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national », et estime que « le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'Etat concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré »

³¹ CourEDH 25 février 1982 *Campbell et Cosans c/ Royaume Uni*, A 48 ; 24 février 1994 *Casado Coca c/ Espagne*, A 285

³² CourEDH 1^{er} juillet 1997 *Gitonas c/ Grèce*, Rec 1997-IV.

³³ CourEDH 20 septembre 1994 *Otto Preminger c/ Autriche*, A-295-A, et la note critique de P. Wachsmann, RUDH 1994, 441.

³⁴ CourEDH *Handyside* préc. sp. § 48

³⁵ F. Sudre, *op. cit.* sp. § 154.

³⁶ CourEDH 23 septembre 1982 *Sporrong et Lönnroth*, GACEDH n° 57. F. Sudre fait d'ailleurs observer que le Conseil d'Etat raisonne de la même manière : CE 3 juillet 1998 *Bitouzet*, RFDA 1998 concl. R. Abraham.

juridiques des Etats »³⁷ : s'il existe un consensus sur l'objectif d'intérêt général invoqué et sur les restrictions légitimes qui en découlent, si la plupart des Etats signataires de la Convention partagent une vision commune, la marge individuelle d'appréciation sera limitée ; inversement, en l'absence de vision uniforme ou au moins commune à la plupart des Etats, chacun d'entre eux est plus libre de faire prévaloir sa propre conception de l'intérêt général national.

Le raisonnement développé par la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas très différent de celui pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il faut rappeler tout d'abord que les traités communautaires comportent un certain nombre de dispositions qui réservent la faculté pour les Etats membres de justifier des mesures dérogatoires aux principes de la libre circulation par des considérations d'intérêt général. C'est ainsi que l'article 30 TCE (ex-article 36) autorise les Etats membres à établir des restrictions à l'importation, à l'exportation ou au transit des marchandises, fussent-elles même, le cas échéant, formellement discriminatoires, pour des raisons d'intérêt général énumérées par cette disposition, à savoir

« des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

La Cour a admis que ces motifs, justifiant des dérogations aux principes du marché intérieur, relevaient, au moins pour certains d'entre eux, d'une définition nationale. C'est ainsi par exemple qu'en matière de moralité publique, le juge communautaire estime que

« Il appartient en principe à chaque État membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie. Pour autant, il ne saurait être contesté que les dispositions législatives appliquées par le Royaume-Uni en ce qui concerne l'importation d'objets présentant un caractère indécent ou obscène relèvent de la faculté réservée aux États membres par la première phrase de l'article 36. »³⁸

Dans des termes analogues, à propos de la protection de la santé publique, la Cour a jugé que

« il appartient aux États membres, dans les limites tracées par l'article 36, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et de la manière dont ce niveau doit être atteint »³⁹.

Ce mode de raisonnement, qui laisse aux Etats la responsabilité principale de la détermination de l'intérêt général, ne se rencontre pas seulement à propos de la libre circulation des marchandises.

En matière de libre circulation des personnes, qu'il s'agisse de la libre circulation des travailleurs, du droit d'établissement ou de la libre prestation de services, les Etats membres peuvent, en vertu des traités, maintenir ou établir des « limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »⁴⁰. Mais de la même manière, la Cour a jugé, par exemple dans la célèbre affaire *Van Duyn*, à propos des conditions d'accès aux emplois offerts par l'Eglise de scientologie, que

« les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité;

³⁷ CourEDH 28 novembre 1994 Rasmussen c/ Danemark, A-87.

³⁸ CJCE, 14 décembre 1979, Henn et Darby, 34/79, Rec., 3795.

³⁹ CJCE, 18 mai 1989, Association of Pharmaceutical Importers, 266/87 et 267/87, Rec., 1295.

⁴⁰ Art. 39, 46, 55 TCE.

qu'il s'ensuit qu'un Etat membre, dont les autorités compétentes ont nettement défini leur position à l'égard des activités d'une organisation déterminée en les caractérisant comme constituant un danger social, et qui ont pris des mesures administratives pour contrecarrer ces activités, ne saurait être tenu, afin de pouvoir invoquer la notion d'ordre public de les faire interdire par la loi, si une telle mesure n'est pas jugée appropriée dans les circonstances »⁴¹

On sait également que les limitations à la libre circulation des travailleurs pour des raisons d'ordre public visent à protéger « un intérêt fondamental de la société »⁴², tel que défini par l'Etat membre concerné. En effet, selon la Cour de justice,

« le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres une échelle uniforme des valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public »⁴³

En dehors des justifications tirées de l'intérêt général national explicitement prévues par les traités, le juge communautaire a en outre introduit, en vertu de ce qu'on a pu appeler une « règle de raison » (*rule of reason*), la faculté pour les autorités nationales d'adopter des mesures non discriminatoires justifiées par des exigences *impératives* ou *impérieuses* d'intérêt général.

Inaugurée, en matière de libre circulation des marchandises, par le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*⁴⁴, cette jurisprudence a permis une démultiplication des raisons d'intérêt général qui peuvent justifier des atteintes — à condition qu'elles soient non discriminatoires — à la libre circulation. L'arrêt de principe avait visé « notamment » les prescriptions nationales

« reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »

La jurisprudence postérieure a élargi cette liste indicative en étendant le périmètre des motifs d'intérêt général national à la protection des travailleurs⁴⁵, à la protection de l'environnement⁴⁶, à la protection des œuvres cinématographiques⁴⁷, au bon fonctionnement des réseaux de télécommunications⁴⁸, au pluralisme de la presse⁴⁹, à la sécurité routière⁵⁰. Cette déclinaison des composantes nationales de l'intérêt général permet ainsi des dérogations aux règles relatives à la libre circulation des marchandises.

Il en est de même s'agissant de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services. La Cour admet que prévalent des mesures nationales justifiées par des objectifs d'intérêt général, parmi lesquels la défense des règles professionnelles destinées à protéger les destinataires de services⁵¹, les garanties de la propriété intellectuelle⁵², la

⁴¹ CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, 41/74, Rec., 1337

⁴² CJCE, 27 octobre 1977, Bouchereau, 30/77, Rec., 1999. V. également CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, 36/75, Rec., 1219 et sur cet arrêt D. Simon, *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés Européennes*, RMC 1976, 201.

⁴³ CJCE, 18 mai 1982, Adoui et Cornuaille, 115/81 et 116/81, 1665

⁴⁴ CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), 120/78, Rec., 649.

⁴⁵ CJCE, 14 juillet 1981, Oebel, 155/80, Rec., 1993 ; CJCE, 23 novembre 1989, B & Q, C-145/88, Rec., 3851

⁴⁶ CJCE, 20 septembre 1988, Commission c/ Danemark, 302/86, Rec., 4607.

⁴⁷ CJCE, 11 juillet 1985, Cinéthèque e. a., 60/84 et 61/84, Rec., 2605.

⁴⁸ CJCE, 13 décembre 1991, RTT, C-18/88, Rec., I-5941.

⁴⁹ CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, C-368/95, Rec., I-3689.

⁵⁰ CJCE, 5 octobre 1994, Van Schaik, C-55/93, Rec., I-4837

⁵¹ CJCE, 18 janvier 1979, Van Wesemael e. a., 110/78 et 111/78, Rec., 35.

⁵² CJCE, 18 mars 1980, Coditel, 62/79, Rec., 881.

protection des travailleurs ⁵³, la protection des consommateurs ⁵⁴, la conservation et la valorisation du patrimoine historique et artistique national ⁵⁵, la politique culturelle ⁵⁶, la police des jeux de hasard ⁵⁷. Pour prendre un exemple qui a attiré l'attention, le juge communautaire a aussi érigé en principe relevant de l'intérêt général national la protection de la dignité humaine ⁵⁸ dans une affaire qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence française sur les lancers de nains ⁵⁹ : pour la Cour,

« Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un *intérêt légitime* de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services » ⁶⁰

Il a également été admis que « l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous » ainsi que l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale ⁶¹ pouvaient constituer une exigence impérieuse d'intérêt général national de nature à justifier des restrictions à la libre prestation de services. Il en est de même des exigences de cohérence du système fiscal ⁶² ou de l'efficacité des contrôles fiscaux ⁶³. Très récemment, la Cour en formation de Grande chambre vient d'ajouter, pour la première fois de façon aussi explicite, des « considérations objectives d'intérêt général » justifiant les obligations de résidence et les mesures de contrôle des bénéficiaires d'allocations de chômage ⁶⁴.

Sans qu'il soit besoin de multiplier les illustrations, on voit bien que le droit communautaire accepte de reconnaître la pertinence des invocations de l'intérêt général national. Bien entendu, cette faculté n'échappe pas à tout contrôle communautaire. Comme on l'avait déjà relevé s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, la justification tirée de l'intérêt général national doit passer avec succès les tests de finalité, de nécessité et de proportionnalité des mesures nationales, qui constituent des exceptions aux principes de libre circulation.

Il en est *a fortiori* ainsi dans les domaines où le traité lui-même accorde aux États membres la faculté de déroger aux règles de concurrence en vue de poursuivre des buts d'intérêt général. Il s'agit bien entendu de la problématique des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 § 2 du traité CE (ex-article 90 §2) ⁶⁵. Il est naturellement

⁵³ CJCE, 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec., 3305 ; CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Rec., I-1417.

⁵⁴ CJCE, 4 décembre 1986, Commission c/ France, 220/83, Rec., 3663

⁵⁵ Jurisprudence dite des guides touristiques : v. par ex. CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, C-180/89, Rec., I-709 ; CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, C-154/89, Rec., I-659.

⁵⁶ CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, C-353/89, Rec., I-4069 ; CJCE, 25 juillet 1991, Gouda e. a., C-288/89, Rec., I-4007 (jurisprudence relative à la « Mediawet » des Pays Bas).

⁵⁷ CJCE, 24 mars 1994, Schindler, C-275/92, Rec., I-1039. La Cour évoque s'agissant de la réglementation nationale des jeux de hasard, la nécessaire « protection de l'ordre social ».

⁵⁸ CJCE, 14 octobre 2004, Omega, C-36/02, Rec., I-9609

⁵⁹ Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge

⁶⁰ Arrêt préc. pt. 35, italiques ajoutées.

⁶¹ CJCE, 28 avril 1998, Kohll, C-158/96, Rec., I-1931

⁶² V. Par ex. CJCE, 28 janvier 1992, Bachmann, C-204/90, Rec., I-0249

⁶³ CJCE, 8 juillet 1999, Baxter e. a., C-254/97, Rec., I-4809. V. également CJCE, 15 mai 1997, Futura Participations et Singer, C-250/95, Rec., I-2471.

⁶⁴ CJCE, 18 juillet 2006, aff. C-406/04, G. De Cuyper

⁶⁵ Selon cette disposition, « 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 concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui

impossible dans le cadre de la présente communication, d'analyser en détail une question qui a été abondamment débattue et longuement étudiée ⁶⁶. Il suffira de rappeler qu'après une période pour le moins hésitante, la jurisprudence de la Cour de justice s'est orientée vers une recherche d'équilibre entre les règles de concurrence et les exigences d'intérêt général, tels que fixées par les autorités nationales compétentes en matière de définition du service public. C'est ainsi que la Cour a admis dans le célèbre arrêt *Corbeau* que l'article 90 § 2 (devenu l'article 86 §2) TCE

« permet ainsi aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur 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 des droits exclusifs » ⁶⁷.

De même, s'agissant de la distribution d'électricité, le juge communautaire estime que

« des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle *mission d'intérêt général* d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise. ⁶⁸.

Allant encore plus loin, la Cour a jugé que

l'article 90, paragraphe 2, vise à concilier *l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale* avec *l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun*.

Compte tenu de *l'intérêt ainsi défini des États membres*, il ne saurait leur être interdit de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs propres à leur politique nationale et d'essayer de réaliser ceux-ci au moyen d'obligations et contraintes qu'ils imposent auxdites entreprises. ⁶⁹

Sans nécessairement démultiplier les exemples ⁷⁰, la Cour a également considéré que l'Etat membre pouvait valablement estimer que les services portuaires accomplissaient une mission revêtant un « *intérêt économique général* » ⁷¹, et que les autorités portuaires assurant une surveillance anti-pollution participent à une

« activité (...) qui se rattache à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique » ⁷²

C'est donc bien la « mission d'intérêt général » qui devient le critère à l'aune duquel sera examinée la possibilité de déroger aux règles de concurrence. Certes, là encore, la dérogation aux règles de concurrence ne sera tolérée que si les principes de finalité, nécessité

leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté »

⁶⁶ V. notamment sur cette question R. Kovar, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTDE 1996, 233 ; R. Kovar et D. Simon (sous la dir. de) *Service public et droit communautaire, les grands textes*, Paris La Documentation française 1996 ; R. Kovar et D. Simon (sous la dir. de) *Service public et Communauté européenne, entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque CEDECE/IRENE de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Paris La Documentation française 1998, 2 vol.

⁶⁷ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec., I-2533

⁶⁸ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo e. a.*, C-393/92, Rec., I-1477.

⁶⁹ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, C-159/94, Rec., I-5815, pts 55-56, italiques ajoutées.

⁷⁰ Pour une présentation plus détaillée, v. D. Simon, *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, in R. Kovar et D. Simon (sous la dir. de) *Service public et Communauté européenne, entre l'intérêt général et le marché*, *op. cit.*

⁷¹ CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec., I-3949

⁷² CJCE, 18 mars 1997, *Diego Calì & Figli*, C-343/95, Rec., I-1547. La Cour ajoute qu'il s'agit d'une « mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime ».

et proportionnalité sont respectés. Cependant, on sait que la Cour a considérablement assoupli les conditions dans lesquelles les compensations d'obligations de service public pouvaient bénéficier aux entreprises chargées d'une mission d'intérêt général ⁷³.

Mais il n'en demeure pas moins, comme l'a admis la Commission dans sa communication du 11 septembre 1996, qu'est reconnue par le droit communautaire

« la liberté des Etats membres pour définir les missions d'intérêt général, octroyer des droits spéciaux ou exclusifs nécessaires pour assurer ses missions aux entreprises qui en sont chargées, régler leur gestion et veiller, le cas échéant, à leur financement ».⁷⁴

On sait enfin que la Charte des droits fondamentaux prévoit dans son article 36 que « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général *tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales*, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. » ⁷⁵.

Les récentes prises de position de la Commission, notamment le Livre vert de 2003 et le Livre blanc de 2004 confirment cette évolution quant au partage entre la Communauté et les Etats membres de la prise en compte de l'intérêt général ⁷⁶

Pour conclure cette première partie, on constate donc que le conflit potentiel entre intérêt général « supranational » et intérêt général national peut être réel dans les hypothèses où s'affirme, du fait du transfert de compétences, un intérêt communautaire autonome, mais qu'il reste largement virtuel dans les autres cas de figure, dans la mesure où la Convention européenne des droits de l'homme comme les traités communautaires laissent une marge d'appréciation importante aux autorités nationales.

II/ Une complémentarité réelle

Il est évident que les droits européens et les droits nationaux diffèrent sur un point essentiel : la qualité de celui ou de ceux qui disent l'intérêt général, ce qui renvoie d'ailleurs à une analyse en terme de démocratie et de gouvernance. Mais en dépit de cette divergence irréductible, on constate que les manières d'appréhender l'intérêt général de la part les autorités nationales et européennes convergent beaucoup plus qu'on ne l'imagine.

⁷³ CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Rec., I-7747 ; CJCE, 27 novembre 2003, Enirisorse, C-34/01, C-35/01, C-36/01, C-37/01 et C-38/01, Rec., I-14243.

⁷⁴ L'évolution de la jurisprudence et de la pratique des institutions communautaires se trouve confirmée par l'insertion de l'article 16 TCE : "*Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, 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*". Cette disposition devait être remplacée par l'article III-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe.

⁷⁵ Italiques ajoutées.

⁷⁶ V. notamment le Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final du 21 mai 2003 et le Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final du 12 mai 2004.

Le phénomène est particulièrement frappant si l'on se centre sur le traitement juridictionnel de la définition et de la fonction de l'intérêt général en comparant les démarches des juridictions nationales et des juridictions communautaire et européenne.

A/ Le rapprochement des approches matérielles et fonctionnelles de l'intérêt général

Un premier constat porte sur le fait que les juges européens, comme les juges nationaux, qu'il s'agisse du juge constitutionnel, du juge administratif ou du juge judiciaire, s'accordent sur le fait que la notion d'intérêt général demeure une notion à contenu indéterminé, qui ne peut actuellement et ne pourra pas plus dans l'avenir constituer une norme de référence d'application mécanique. Pour reprendre une formule que le Professeur Truchet appliquait au service public, mais qui peut, sans déformer sa pensée, être appliquée à l'intérêt général,

« Personne n'a jamais su donner [de l'intérêt général] une définition incontestable. Le législateur ne s'en est pas soucié. Le juge ne l'a pas voulu. La doctrine ne l'a pas pu »⁷⁷

La qualité de standard de l'intérêt général laisse donc nécessairement au juge une liberté indéniabla, dans la détermination des conséquences juridiques qui s'attachent à cette notion diffuse⁷⁸. Mais cette liberté ne va pas sans une responsabilité incontestable. Comme le disait le Président Mazeaud,

« Bien sûr, sauf à verser dans le " gouvernement des juges ", l'intérêt général ne peut faire l'objet d'un usage arbitraire ». ⁷⁹

Par conséquent, la référence à l'intérêt général suppose, de la part du juge, une forme d'autolimitation, dans la mesure où il ne lui appartient pas de se substituer au législateur — et encore moins au constituant — dans la définition du périmètre de l'intérêt général. Cette prudence dans l'exercice de la fonction de juger me paraît partagée par les juridictions européennes. La constatation, souvent explicite, que le contenu de l'intérêt général peut varier dans le temps et dans l'espace, le jeu de la marge d'appréciation laissée aux Etats, le respect des compétences discrétionnaires du législateur, sont autant d'indices de ce que les juristes anglo-saxons appellent le « *judicial self-restraint* ». Cette attitude est — me semble-t-il — encore plus nécessaire de la part des juridictions qui officient dans un système de « droit sans Etat » comme c'est le cas du système communautaire.

Une deuxième manifestation de la convergence correspond aux situations dans lesquels le juge est appelé à arbitrer entre intérêt général et intérêts particuliers. C'est ainsi que la Cour de justice, comme aurait pu le faire une juridiction interne, a jugé que

« Il incombe ainsi aux membres de la Commission de faire prévaloir à tout moment *l'intérêt général de la Communauté* non seulement sur *des intérêts nationaux*, mais également sur *des intérêts personnels* »⁸⁰

De la même manière, la Cour a assuré systématiquement la priorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers ou catégoriels. Dès ses premiers arrêts, elle affirmait :

« Aux termes de l'article 3, premier alinéa, du traité, la recherche de *l'intérêt commun* s'impose aux institutions de la Communauté dans l'exécution des missions définies audit article ; que, loin de se limiter à la *somme des intérêts particuliers des entreprises ou des catégories d'entreprises* placées sous la

⁷⁷ D. Truchet, Label de service public et statut de service public, AJDA 1982, 427.

⁷⁸ V. notamment sur ce point S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, Paris LGDJ 1980.

⁷⁹ Vœux au Président de la République, 3 janvier 2006.

⁸⁰ CJCE, 11 juillet 2006, aff. C-432/04, Commission c/ Cresson (italiques ajoutées), obs. D. Simon, Europe octobre 2006 comm 266.

juridiction de la Communauté, le *concept d'intérêt commun* vise audit article excède largement le cercle de ces intérêts et se définit par référence aux buts généraux clairement énoncés à l'article 2 »⁸¹

Les institutions doivent agir dans l'intérêt commun,

« même au préjudice de certains intérêts particuliers »⁸²

L'intérêt général joue alors son rôle pour justifier le choix du Conseil de l'Union de départager des intérêts particuliers ou catégoriels opposés, par « *des arbitrages entre des intérêts divergents* » ou par des « *options dans le cadre de choix politiques* »⁸³.

En troisième lieu, l'intensité requise de l'objectif d'intérêt général varie selon le droit ou la liberté auxquels il est dérogé et selon la nature de la mesure dérogatoire. Le meilleur exemple est sans doute fourni par la jurisprudence relative aux validations législatives. L'exigence du « motif impérieux d'intérêt général » posée par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁴ a entraîné les adaptations que l'on sait de la part des juridictions administratives — à travers l'appréciation de la notion d'« intérêt général suffisant »⁸⁵ — et de la part des juridictions judiciaires⁸⁶. La jurisprudence européenne a également conduit le Conseil constitutionnel à intensifier son contrôle en exigeant à son tour un intérêt général suffisant⁸⁷ et en sanctionnant, au nom du principe de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits, « sans qu'il soit besoin (...) d'examiner les motifs d'intérêt général qui l'inspirent » une validation ayant pour objet de priver d'effets un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes et un arrêt du Conseil d'Etat⁸⁸. La convergence, même si elle a été progressive, est patente.

La même démonstration pourrait être faite à partir de l'exemple des privations de propriété et de la réglementation de l'usage des biens. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel distingue l'évaluation de « l'utilité publique », au sens de l'alinéa 1, pour laquelle les Etats disposent d'une marge d'appréciation limitée par le jeu de l'absence manifeste de base

⁸¹ CJCE 26 juin 1958, aff. 9/57, Chambre syndicale de la sidérurgie française contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Rec., p. 365

⁸² CJCE, 18 mars 1980, Valsabbia e. a. c/ Commission, 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78 et 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 et 85/79, Rec., 907.

⁸³ CJCE, 5 octobre 1994, Allemagne c/ Conseil, C-280/93, Rec., I-4973. Voir aussi CJCE (Ord.), 29 juin 1993, Allemagne c/ Conseil, C-280/93 R, Rec., I-3667. Le contentieux lié à la mise en place de l'organisation commune de marché de la banane est tout-à-fait révélateur de cette fonction de l'intérêt général comme instrument d'arbitrage entre intérêts particuliers. Voir en ce sens les observations de E. Honorat, La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in Conseil d'Etat, Rapport public 1999, EDCE n° 50, p. 387 s., sp. 389

⁸⁴ CourEDH 28 octobre 1999 Zielinski et Pradal, Gonzalez et autres c/ France, GACEDH n° 24.

⁸⁵ CE Ass 28 juillet 2000 Tête et Association du Collectif pour la gratuité contre le racket, AJDA 2000, p. 854, chron. M. Guyomar et P. Collin. Le Conseil d'Etat juge notamment qu'un intérêt financier avancé par le législateur ne peut constituer un « intérêt général impérieux » au sens de la jurisprudence Zielinski de la Cour européenne des droits de l'homme. V. également CE Ass 11 juillet 2001 Ministre de la Défense c/ Préaud, RFDA 2001, 1047, concl. Bergeal.

⁸⁶ Cass Soc 24 avril 2001 Assoc. Être enfant au Chesnay, D 2001, J, 2445 ; Cass Soc Assoc. Promotion des handicapés dans le Loiret et autres, D 2003, 1648, note S. Paricard-Pioux ; Cass Ass plén 23 janvier 2004 SCI Le Bas Noyer c/ Castorama, RFDA 2004, 224 obs. B. Mathieu.

⁸⁷ CC Déc 99-422 DC du 21 décembre 1999 Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000, JCP 2000, I, 261, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; Déc 2001-453 DC du 18 décembre 2001 Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002. Sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, v. G. Merland, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sp. p. 91 s. et p. 145 s.

⁸⁸ Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005

raisonnable ⁸⁹ de l'appréciation de « l'intérêt général » au sens de l'alinéa 2, pour lesquels les Etats se voient reconnaître une marge d'appréciation plus étendue ⁹⁰.

La Cour de justice des Communautés européennes développe une jurisprudence analogue, en vue de vérifier si une mesure communautaire prise pour des raisons d'intérêt général ne porte pas une atteinte excessive au droit de propriété ⁹¹. Elle constate notamment que l'adoption de mesures nécessaires pour réglementer l'usage des biens est compatible avec les dispositions de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et que les règles et pratiques constitutionnelles des Etats membres permettaient une restriction de l'usage des biens pour des raisons d'intérêt général. Elle en conclut que

« Ainsi, il est permis d'affirmer, *en tenant compte des conceptions constitutionnelles communes aux États membres et de pratiques législatives constantes*, dans les domaines les plus variés, que le fait d'apporter des restrictions à la plantation nouvelle de vignes par le règlement n° 1162/76 ne saurait être contesté dans son principe. Il s'agit d'un type de restriction connu et admis comme légitime, sous des formes identiques ou analogues, dans l'ordre constitutionnel de tous les États membres. » ⁹²

Dans ces conditions, les restrictions au droit de propriété ou au libre exercice des activités professionnelles constituent une réglementation de l'usage des biens justifiée par l'intérêt général.

La même logique se retrouve également au cœur du raisonnement du Conseil constitutionnel ⁹³.

Au-delà de ces illustrations ponctuelles et plus globalement, on peut penser que la recherche d'un équilibre entre la garantie des droits individuels et l'intérêt général apparaît comme une démarche commune aux juges européens et nationaux. A nouveau sans multiplier les exemples, on peut rapprocher le raisonnement du juge communautaire autorisant les limitations à la libre circulation des marchandises justifiées par des exigences impératives d'intérêt général de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales avec les prises de position du Conseil constitutionnel :

« l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général ; qu'en matière de commercialisation des biens ou services, sont notamment visées de ce chef les limitations destinées à assurer la loyauté des transactions commerciales et à promouvoir la défense des intérêts des consommateurs » ⁹⁴

Cette formulation n'est pas très différente de celle retenue par le juge communautaire dans la célèbre affaire *Nold* :

si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les Etats membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la *fonction sociale des biens et activités protégés* ;
que, pour cette raison, les droits de cet ordre ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'*intérêt public* ;

⁸⁹ CourEDH, 21 février 1986 James et autres c/ Royaume Uni, Série A n° 98.

⁹⁰ V. par ex. CourEDH 29 avril 1999 Chassagnou c/ France, JCP 1999 ; II ; 10172. Sur l'ensemble de la question, v. A.F. Zattara, La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Paris LGDJ 2001 ; F. Sudre, La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, D 1998, chron p. 71 s. ; Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit. sp. §§ 256 s., p. 484 s.

⁹¹ V. sur ce point G. Alberman, Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire, in F. Sudre et H. Labayle (sous la direction de), Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux Bruxelles Bruylant 2000, p. 339 s.

⁹² CJCE, 13 décembre 1979, Liselotte Hauer, 44/79, Rec., 3727

⁹³ V. en ce sens H. Pauliat, Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, RDP 1995, 1445.

⁹⁴ CC, Déc. n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, Loi renforçant la protection des consommateurs

que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les *objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté*, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droit »⁹⁵

La possibilité de restreindre au nom de l'intérêt général l'exercice des droits fondamentaux sous condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la substance des droits⁹⁶ constitue une constante qu'on retrouve sous des formulations pratiquement identiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice des Communautés européennes, du Conseil constitutionnel, voire des juges administratifs et judiciaires.

Cette identité de raisonnement se retrouve de façon peut-être encore plus apparente s'agissant des modalités du contrôle juridictionnel.

B/ La convergence dans les techniques de contrôle

On a déjà eu l'occasion de souligner que la mise en oeuvre de mesures nationales justifiées par l'invocation d'une exigence d'intérêt général n'était pas un droit absolu. Même si le juge européen ou le juge communautaire reconnaissent une marge d'appréciation aux Etats membres, ainsi qu'on l'a vu, cette faculté n'en est pas moins encadrée par un contrôle européen ou communautaire.

La Cour de Strasbourg a estimé qu'une ingérence dans un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, justifiée par un motif d'intérêt général national, n'était compatible avec la Convention que pour autant qu'elle poursuivait un *but légitime*, qu'elle présentait un caractère de *nécessité* et qu'elle ne portait pas une *atteinte disproportionnée* aux droits garantis. La Cour de Luxembourg, sur la base des traités communautaires, a admis qu'une mesure nationale dérogeant aux règles des traités au nom de raisons d'intérêt général national n'était compatible avec le droit communautaire que pour autant qu'elle répondait à un triple contrôle de *finalité*, de *nécessité* et de *proportionnalité*. On voit immédiatement que les démarches des deux juridictions sont parallèles sinon identiques. On peut penser également que ces exigences convergent largement avec le raisonnement développé par le Conseil constitutionnel.

S'agissant du droit européen, l'ingérence doit d'abord être prévue par la loi, au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour, c'est-à-dire en intégrant les exigences de qualité de la loi (accessibilité, clarté, précision et prévisibilité). La Cour de justice impose les mêmes exigences, qui ont d'ailleurs été codifiées dans la Charte des droits fondamentaux des citoyens

⁹⁵ CJCE, 14 mai 1974, Nold c/ Commission, 4/73, Rec., 491.

⁹⁶ Ou comme le dit le Président Mazeaud, le principe selon lequel « L'intérêt général permet de restreindre, à condition de ne pas les dénaturer, l'exercice de droits de valeur constitutionnelle » (Vœux au Président de la République, 3 janvier 2006).

de l'Union ⁹⁷. On sait que le Conseil constitutionnel a également développé une jurisprudence rigoureuse sur la qualité de la loi ⁹⁸.

Le contrôle de finalité, qui consiste à identifier l'objectif d'intérêt général poursuivi et sa légitimité, est également pratiqué de manière comparable par les juges européens et communautaires. Tout au plus doit on indiquer que le juge communautaire pose une exigence supplémentaire : l'intérêt général ne doit pas en principe être un intérêt purement économique ⁹⁹, même si cette interdiction d'invoquer un intérêt général économique n'est pas absolue ¹⁰⁰. En dehors de cette spécificité, la finalité d'intérêt général est comme on l'a vu, appréciée de façon similaire par les juges communautaire et européen et par les juridictions nationales.

Le contrôle de nécessité — « *nécessité de l'ingérence dans une société démocratique* » dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, nécessité d'une restriction à la libre circulation dans le cadre communautaire — permet d'exclure les mesures nationales qui ne sont pas indispensables pour atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi.

C'est ainsi que les limites aux libertés garanties par la Convention européenne des droits de l'homme doivent être justifiées « *par des raisons convaincantes et impératives* », l'objectif d'intérêt général visé ne devant pas pouvoir être obtenu par des moyens moins restrictifs ¹⁰¹.

C'est ainsi que dans le contexte communautaire, pour ne prendre qu'un exemple, les exigences d'agrément imposées par plusieurs Etats membres pour l'exercice d'activités de prestations de services d'assurance dans un autre Etat membre, alors qu'un tel agrément était déjà exigé dans le pays d'origine

« doivent être *objectivement nécessaires* en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection des intérêts qui constitue l'objectif de celles-ci » ¹⁰²

Il en résulte que selon une jurisprudence constante,

« l'application des réglementations nationales aux prestataires établis dans d'autres États membres doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint; en d'autres termes, il faut que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes » ¹⁰³

⁹⁷ Sur les principes liés au principe de « bonne administration », v. D. Simon, Article II-101 — Droit à une bonne administration, *in* Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article, Partie II La Charte des droits fondamentaux, sous la direction de L. Burgorgue Larsen, A. Levade, F. Picod, Bruxelles Bruylant Tome II 2005, p. 525 s. ; Le principe de « bonne administration » ou « la bonne gouvernance » concrète, *in* Le droit de l'Union européenne en principes, *Liber amicorum* en l'honneur de Jean Raux, Rennes Apogée 2006, p. 155 s.

⁹⁸ V. notamment la Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, et, pour un rappel systématique de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 19.

⁹⁹ Principe posé pour la première fois explicitement dans l'arrêt CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, 7/61, Rec., 633.

¹⁰⁰ CJCE, 10 juillet 1984, Campus Oil, 72/83, Rec., 2727, où est admis un intérêt économique absorbé par une exigence stratégique de sécurité publique s'agissant de l'approvisionnement en produits pétroliers ; CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec., I-1141, où est admis comme justification d'intérêt général la « bonne réputation du marché financier » pour justifier l'interdiction des pratiques de « *cold calling* ».

¹⁰¹ CourEDH Grande Chambre, 30 janvier 1998 PCU de Turquie, GACEDH n° 6.

¹⁰² CJCE, 4 décembre 1986, Commission c/ France, 220/83, Rec., 3663 (italiques ajoutées)

¹⁰³ CJCE, 25 juillet 1991, Gouda e. a., C-288/89, Rec., I-4007 ; v. également CJCE, 13 avril 2000, Lehtonen e. a., C-176/96, Rec., I-2681.

Quant au principe de proportionnalité, on sait qu'il est au cœur de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, le jeu du principe de proportionnalité n'est pas toujours distingué de façon rigoureuse de l'exigence de nécessité. La Cour européenne des droits de l'homme a par exemple considéré que

« la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi »¹⁰⁴.

Le contrôle européen de proportionnalité devrait en toute rigueur évaluer précisément l'adéquation entre un objectif légitime d'intérêt général et les moyens permettant de l'atteindre. Mais comme on l'a relevé à juste titre¹⁰⁵, la condition de proportionnalité peut être pesée de façon plus ou moins stricte, selon que le juge recherche une proportion rigoureuse, une proportion juste ou raisonnable, ou encore une absence de disproportion manifeste, et le choix de la méthode de contrôle commande l'intensité de ce contrôle et par voie de conséquence l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat.

La jurisprudence de la Cour de justice relativement au contrôle de proportionnalité mériterait à elle seule une étude approfondie. Brièvement, on peut constater que le juge communautaire juxtapose, sous l'expression de test de proportionnalité, deux contrôles : le premier consiste à évaluer la proportionnalité interne de la mesure nationale, c'est-à-dire sa capacité intrinsèque à atteindre le but d'intérêt général invoqué¹⁰⁶; le second vise à vérifier que l'auteur de la mesure a choisi, parmi celles susceptibles d'atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi, la solution la moins entravante pour la libre circulation. Les affaires relatives à la bière allemande, aux pâtes italiennes ou aux yaourts français en matière de libre circulation des marchandises¹⁰⁷, à l'interdiction du double cabinet des avocats en matière de libre circulation des personnes ou à l'autorisation préalable exigée pour les investissements directs contestée par l'Eglise de scientologie en matière de libre circulation des capitaux¹⁰⁸ illustrent parfaitement les modalités du contrôle de proportionnalité exercé par le juge communautaire. De surcroît, la Cour de justice ajoute au test de proportionnalité *stricto sensu* une vérification supplémentaire, qui réintroduit une évaluation des intentions subjectives des autorités nationales : généralisant l'exigence figurant dans la dernière phrase de l'article 30 TCE, la Cour vérifie si la mesure nationale prétendument justifiée par l'intérêt général, ne constitue pas au delà des apparences, une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée¹⁰⁹.

En dehors de cette dernière forme¹¹⁰, il apparaît que la pratique des juridictions européennes en matière de contrôle de proportionnalité n'est pas fondamentalement différente

¹⁰⁴ CourEDH 24 novembre 1986 Gillow, A.109.

¹⁰⁵ F. Sudre, *op. cit.* § 154

¹⁰⁶ C'est ainsi que les mesures doivent être « de nature à répondre à l'intérêt protégé » (CJCE, &à juillet 1984, aff. 72/83, Campus Oil, Rec. ; 2727) ou « propres à garantir l'objectif visé » (CJCE, 25 juillet 1991, Commission c/ Pays-Bas, C-353/89, Rec., I-4069.)

¹⁰⁷ CJCE, 12 mars 1987, Commission c/ Allemagne, 178/84, Rec., 1227 ; CJCE, 14 juillet 1988, 3 Glocken e. a., 407/85, Rec., 4233 ; CJCE, 14 juillet 1988, Smanor, 298/87, Rec., 4489. Pour une analyse plus détaillée, v. par ex. D. Simon, V° Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit communautaire 2004.

¹⁰⁸ CJCE, 12 juillet 1984, Klopp, 107/83, Rec., 2971 ; CJCE, 14 mars 2000, Église de scientologie et Scientology International Reserves, C-54/99, Rec., I-1335

¹⁰⁹ V. par ex. CJCE, 11 mars 1986, Conegate, 121/85, Rec., 1007.

¹¹⁰ Encore qu'on puisse considérer que ce contrôle supplémentaire n'est pas propre à la Cour de justice : le Conseil constitutionnel n'exclut pas de vérifier l'existence d'un éventuel décalage entre intentions affichée et intention réelle : v. par ex. CC Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances rectificative pour 2000 (mesure justifiée par la lutte contre l'effet de serre et en réalité destinée à financer les trente cinq heures...)

de la mise en œuvre de l'instrument que s'est forgé le Conseil constitutionnel ¹¹¹, d'abord en matière d'égalité devant la loi, puis progressivement dans d'autres domaines. On retrouve dans la jurisprudence du Conseil les mêmes questions relatives à l'intensité du contrôle, compte tenu des évaluations à géométrie variable auxquelles se livre le juge constitutionnel. Mais comme le notait son Président, « *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* ».

Une véritable étude comparative serait sans doute utile pour valider les indices de rapprochement ou de convergence que nous avons cru pouvoir mettre en évidence s'agissant du traitement de l'intérêt général national par les juridictions européennes et nationales. Mais d'ores et déjà, au bénéfice d'un examen superficiel des jurisprudences respectives, on voit poindre cette culture juridique commune dans laquelle le Premier Président Canivet voyait la caractéristique majeure des récentes métamorphoses du droit, à travers ce « *sentiment d'appartenance à une fonction judiciaire commune* » ¹¹².

¹¹¹ On se contentera de renvoyer sur ce point à X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française, PUAM Economica 1990 ; G. Xynopoulos, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, Paris LGDJ 1995 ; s'agissant plus particulièrement de la mise en œuvre de ce contrôle en liaison avec l'intérêt général, G. Merland, op. cit., sp. p.207 s.

¹¹² G. Canivet, Le droit communautaire et le juge national, in D. Simon (sous la dir.de) Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg PUS 2003, sp. p. 94.