



HAL
open science

Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable"

Rostane Mehdi

► **To cite this version:**

Rostane Mehdi. Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion "indéfinissable". L'intérêt général, Mélanges en l'honneur du Professeur D. Truchet, Dalloz, 2015. halshs-01425613

HAL Id: halshs-01425613

<https://shs.hal.science/halshs-01425613>

Submitted on 29 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion
« indéfinissable ».

Rostane Mehdi
Professeur à Aix-Marseille Université et au Collège d'Europe de Bruges
Chaire Jean Monnet
CERIC- UMR 7318

En dépit d'occurrences relativement peu nombreuses dans les traités¹, l'intérêt général est, comme l'écrit D. Truchet, un « leitmotiv de la législation et de la jurisprudence, en droit français surtout mais en droit européen aussi »².

L'intérêt général n'est donc pas un inconnu pour les européenistes. Il faut voir dans cette présence un nouveau signe de la proximité d'inspiration unissant les droits (publics) français et européen³ et l'un des nombreux indices de décloisonnement entre ordres juridiques. L'intérêt général s'enracine donc dans un terreau commun. Sa diffusion a été facilitée par l'identité des défis auxquels les Etats et l'Union sont confrontés allié à la conviction partagée que l'Etat de droit est une forme supérieure d'organisation sociopolitique dans laquelle nulle action des pouvoirs publics ne peut être conçue en dehors d'exigences d'intérêt général.

L'intérêt général est partout, « colonisant » toujours plus d'espaces juridiques et politiques⁴. Au principe même de l'autorité de l'Union⁵, son identification pourtant reste singulièrement difficile. Objet nimbé de mystère, ses contours sont ici comme ailleurs souvent tenus pour « indéfinissables »⁶. A y regarder plus attentivement, moins qu'indéfinissable l'intérêt général est ce que l'on appellerait en chimie un élément « instable ». En effet, il reste par complexion « contingent » tant il dépend des « circonstances de temps et de lieu et des choix politiques »⁷. Son énonciation est, en outre, obérée par le fait que nous nous plaçons ici dans une perspective qui n'est plus étroitement nationale mais bien européenne. Cette dimension du sujet ne peut évidemment rester sans conséquence sur la façon dont est pensé l'intérêt général de l'Union. Par la nature et la diversité des acteurs qu'elle implique, sa formulation ne peut jamais être que le produit d'une transaction complexe. Au-delà, l'intérêt général se voit assignés des fonctions essentielles qui en soulignent un peu plus encore la centralité.

§ 1 – Les modalités « transactionnelles »⁸ d'identification de l'intérêt général.

L'Union européenne n'est pas un « système centralisé et pyramidal mais un agencement souple de différents niveaux de pouvoirs »⁹. La décision résulte donc de processus inévitablement sophistiqués. On est au cœur d'une distorsion, il est vrai classique, entre le volontarisme affiché et les concessions que chacun est prêt à faire effectivement. Au bout du compte, l'identification de l'intérêt général est nécessairement le fruit d'une transaction dont la réalisation est rendue possible par un dispositif institutionnel idoine.

¹ - Articles 17-1 UE ; 24-2 UE ; 32 UE ; 285 TFUE ; 300 TFUE ; Protocole n° 26

² - D. Truchet, *Droit administratif*, 5^{ème} éd., Thémis droit, PUF, 2013, p. 71.

³ - B. Stirn & Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Les presses de Sciences po, Dalloz, 2014, 704 p.

⁴ - D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », Rapport public 1999, *L'intérêt général*, Etudes & documents n° 50, p. 361.

⁵ - L. Azoulai, « Les fondements de l'autorité de l'Union », in L. Azoulai & L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 4.

⁶ - D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 361

⁷ - *ibid.*

⁸ - Selon l'expression utilisée par le Conseil d'Etat, Rapport public 1999, *L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 356.

⁹ - P. Maignette, *Le régime politique de l'Union européenne*, 3^{ème} éd., Les presses de Sciences Po, 2009, p. 63.

A- La diversité des méthodes à l'œuvre

Logiquement, la question de l'énonciation d'un intérêt général de l'Union n'a de sens que si celle-ci peut prétendre à l'exercice d'une compétence. C'est de l'entrechoquement de conceptions éventuellement contradictoires que surgissent les lignes de force d'une politique publique. Cette maïeutique s'inscrit elle-même dans des cadres méthodologiques variant selon les circonstances, les domaines considérés ou encore la volonté des acteurs en présence.

1- Intérêt général et compétences

S'il n'est guère de champs de la vie politique, économique ou sociale qui échappe à son influence, l'Union ne détient véritablement la main que sur un nombre limité de politiques ; essentiellement celles qui sont liées à la régulation du marché (*lato sensu*). Dans le domaine de la monnaie ou de la politique de concurrence, le modèle retenu est celui d'un contrôle centralisé. De même, l'Union exerce-t-elle une compétence exclusive en matière commerciale. Ici l'action de l'Union est conçue « pour la défense d'un intérêt global de la Communauté, à l'intérieur duquel les intérêts particuliers des Etats membres doivent trouver à s'ajuster mutuellement. Or cette conception 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 distincte de leurs intérêts propres [...] au risque de compromettre une défense efficace de l'intérêt global de la Communauté »¹⁰. Quel que soit son mode d'activation, l'exclusivité de la compétence se justifie par le souci de ne pas laisser se développer des stratégies nationales divergentes et, par essence, inconciliables avec l'exigence d'uniformité posée par le traité.

Les Etats restent donc maîtres des politiques de sécurité intérieure et (plus encore) extérieure ; ils continuent à se mouvoir dans un environnement symbolique que façonnent leurs politiques culturelles et éducatives ; ils définissent les principes cardinaux de leurs systèmes de protection sociale et arrêtent seuls leurs priorités fiscales. Il convient, cependant, de ne pas surévaluer la marge de liberté dont jouissent les Etats dans l'exercice de leurs compétences retenues. La neutralité du droit de l'Union à leur endroit n'est souvent qu'apparente. Le traité prend acte du maintien dans la sphère régaliennne de certains domaines ou aménage, au profit des Etats, diverses dérogations justifiées par la sauvegarde de leurs intérêts essentiels. Aucune d'entre elles ne peut toutefois être mise en œuvre sans considération pour les exigences les plus fondamentales du droit de l'Union. Tout en se situant clairement en dehors du champ d'application matérielle du traité, l'exercice de ces compétences est contraint par la nécessité de tenir compte de l'influence connexe du droit de l'Union. Même partielle, l'intégration conduit à des « incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales » dans tous les cas « où elles sont nécessaires pour que, du fait des pouvoirs retenus par les Etats membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité gravement compromise »¹¹.

2- Unité d'objectifs, diversité méthodologique

Le fonctionnement de l'Union procède de la mobilisation de méthodes variant en fonction du degré d'ambition collective ou, à l'inverse, du souci que les Etats membres auraient de maîtriser les étapes amorçant un processus d'eupéanisation sectorielle. A ce titre, la méthode « communautaire » combine plusieurs caractères : un mode collaboratif de décision

¹⁰ - CJCE, avis du 11 novembre 1975, 1/75, *Rec.* p. 1355.

¹¹ - CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke c. Haute autorité*, 30/59, *Rec.* p. 1.

associant instances nationales et institutions européennes ; un recours de principe à la majorité qualifiée qui suppose donc une acceptation par les Etats de la possibilité (il est vrai en pratique hautement aléatoire) de leur propre mise en minorité ; une décision adoptée sur la base d'une proposition de la Commission et en accord avec le Parlement¹². Cette méthode permet de dissoudre les divergences, réduit l'impact des rapports de puissance circonstanciels sur les processus de décision. Il n'y est toutefois recouru que dans un nombre limité d'hypothèses ; celles où les Etats membres jugent qu'un intérêt commun prime leurs préoccupations singulières.

Fortement empreinte de supranationalité, cette méthode coexiste, notamment pour ce qui concerne les questions proches du noyau dur de la souveraineté, avec une stratégie de coopération intergouvernementale plus conforme aux règles traditionnellement en usage dans les organisations internationales classiques. Elle poursuit en réalité, le même objectif que la précédente, mais selon un rythme et des moyens sensiblement plus respectueux de l'indépendance (relative) des Etats membres. Il s'agit, dans cette perspective, de rapprocher et de coordonner des politiques dont les motivations initiales et les ressorts demeurent substantiellement nationaux. Par sa progressivité, elle permet de susciter chez des gouvernements parfois rétifs à la perspective d'un transfert plus poussé de compétences une logique de convergence consentie.

Il est une troisième voie dont l'ambition est de pallier les défaillances de la méthode communautaire et de dépasser les apories de la méthode intergouvernementale. Adaptées aux domaines clairement restés aux marges de l'intégration, elle revitalise la *soft law*, dont les instruments atypiques sont perçus comme des adjuvants, pour contribuer à créer un sentiment de contrainte plus qu'une réelle obligation. Ouverte, elle se traduit par une inclusion de nombreux acteurs non-gouvernementaux¹³. On doit cependant évoquer la nature paradoxale d'une méthode qui marque simultanément une extension de l'espace normatif communautaire et un retrait du droit. Sa densité normative paraît inversement proportionnelle à l'usage immodéré que les institutions peuvent en faire. Surtout, sa nature reste plus qu'incertaine. En effet, elle semble ne constituer au mieux qu'une nouvelle version de la méthode intergouvernementale en permettant aux institutions d'intervenir dans des domaines pour lesquels une approche segmentée est insuffisante sans pour autant que les Etats membres soient prêts à accepter un basculement pur et simple dans le champ de la méthode communautaire.

B- La complexité des dispositifs institutionnels d'énonciation de l'intérêt général

Le partage des responsabilités n'exclut pas une emprise diffuse (et parfois pesante) des Etats membres. Dit autrement, la part de l'accord entre Etats dans le processus de formulation d'un intérêt commun demeure absolument déterminante. Comme le souligne très justement L. Azoulay, « l'autorité de l'Union est une autorité relative, instituée, limitée » ; l'Union restant elle-même « dans une large mesure le produit et le cadre d'un échange de consentement unilatéraux »¹⁴. Il serait cependant injuste et inexact de ne pas tenir compte du fait que l'Union constitue également un espace inédit de gestion des contradictions.

¹² - P. Magonette, *op. cit.*, p. 77.

¹³ - S. de La Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Les travaux du CERIC, Bruylant, 2007, 692 p.

¹⁴ - L. Azoulay, « Les fondements de l'autorité de l'Union », in L. Azoulay & L. Burgorgue-Larsen, *L'autorité de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 13.

1- Un espace de conflictualité assumée

Les tensions entre les différents niveaux de pouvoirs sont inhérentes à l'ADN de l'Union. Une réalité inévitable au regard de la complexité présidant à la distribution des responsabilités en son sein. La recherche de l'intérêt général, c'est-à-dire de ce qui fonde la « bonne » décision, cristallise des conflits tant verticaux qu'horizontaux. En ce sens, il est constant que les Etats membres n'entendent jamais être entraînés au-delà de ce qui est politiquement tolérable. Du reste, cette préoccupation est parfaitement intégrée par les dispositions du traité invitant l'Union à respecter leur identité nationale. Conformément aux prescriptions de l'article 4, paragraphe 2, TUE, le respect de l'identité nationale des Etats constitue un principe informant l'interprétation du droit de l'Union.

De même, le principe de subsidiarité a-t-il été initialement conçu pour répondre à l'inquiétude des Etats membres. Il est en cela un réducteur de tensions autant qu'un facteur d'efficacité de l'action de l'Union. Au fil du temps, il est devenu un principe répartiteur servant non plus seulement à l'exercice des compétences non-exclusives mais à guider la fonction d'allocation des compétences¹⁵. Décrit, par l'article 5, alinéa 3, UE comme ne concernant que « les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive » de l'Union, le champ d'application du principe de subsidiarité est donc défini négativement. Aussi, se déploiera-t-il dans les matières énoncées par l'article 4, paragraphe 2, TFUE c'est à dire dans des domaines où Etats et institutions sont en mesure d'intervenir concurremment. Pour autant, la formule en vertu de laquelle l'Union n'intervient « que si et dans la mesure où » son action peut avoir un effet réellement optimisant souligne que la compétence étatique reste la compétence de principe. Le nouveau protocole, annexé au traité de Lisbonne, prend le parti d'une plus grande sobriété que les textes précédents dans la mesure où il se contente, pour l'essentiel, de renvoyer aux critères généraux de l'article 5 UE. En revanche, il s'appesantit plus que ne le faisait le protocole annexé au traité d'Amsterdam sur les données permettant d'évaluer concrètement la situation¹⁶, laissant ainsi à penser que le critère du « mieux réalisant communautaire » l'emporterait sur celui de l'insuffisance étatique. Ce renversement de la perspective, revient à modifier l'ordre des facteurs résultant de l'article 5 UE¹⁷. Il convient, enfin, de souligner que le traité de Lisbonne renforce très sensiblement le rôle des parlements nationaux dans l'application du principe de subsidiarité au respect duquel ils « veillent », disposant à cet effet d'un mécanisme de contrôle préventif¹⁸. Il faut voir là, l'indice d'une « repolitisation » et d'une « déjudiciarisation » subséquente de la manière dont est appréhendée la mise en œuvre du principe de subsidiarité¹⁹.

2- La recherche d'un équilibre illusoire

Le système de décision a été décrit comme « acéphale », aucune des trois institutions principales n'étant parvenue à prendre l'ascendant sur les deux autres²⁰. Dans ce contexte,

¹⁵ - V. Constantinesco et V. Michel, « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire de droit communautaire*, 2011, par. 8, p. 11

¹⁶ - Article 5 du Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁷ - C. Blumann & L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 466.

¹⁸ - On peut évoquer la résistance de 12 parlements nationaux désireux de voir la Commission réexaminer sa proposition de règlement relative à l'exercice du droit de mener des actions collectives, dite "Monti II" ; de même, les parlements nationaux ont pour la première fois formellement sorti un « carton jaune » pour contrer la proposition de la Commission visant à instituer un parquet européen ; H. Labayle, « Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune », <http://www.gdr-elsj.eu>

¹⁹ - C. Blumann & L. Dubouis, *ibid.*, p. 466.

²⁰ - Nous empruntons cette expression à P. Magnette, *ibid.*, p. 110.

l'énonciation de l'intérêt général ne peut résulter que d'une négociation entre ces organes dont on sait qu'ils incarnent chacun une légitimité propre. A cet égard, l'organisation institutionnelle de l'Union n'efface pas les Etats, elle contribue à « apprivoiser » leurs prétentions en les fondant dans un ensemble dont la principale vertu est de susciter de constants ajustements. Opérant par syncrétisme de plusieurs schémas théoriques, elle neutralise partiellement les effets de concessions inévitables aux exigences de l'intergouvernementalisme. Le choix de l'architecture institutionnelle témoigne empiriquement de la pluralité des modèles inspirateurs et des préoccupations (parfois contradictoires) qu'ils révèlent. Conséquence de son hybridité, l'ensemble repose donc sur une répartition des missions entre organes d'intégration et gouvernements garants des intérêts étatiques.

a- La centralité relative de la Commission

Les rédacteurs du traité ont scellé une sorte de compromis historique en chargeant la Commission, à titre principal, de la définition des intérêts européens²¹.

Dans cette perspective, elle est investie d'une mission générale particulièrement valorisée par le traité et distinguant le système de l'Union des systèmes constitutionnels internes dans lesquels l'initiative législative est, au moins formellement, partagée entre le Gouvernement et le Parlement. L'article 293 TFUE donne tout son relief à cette compétence en disposant que lorsqu'un acte du Conseil est pris sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut y apporter d'amendement que statuant à l'unanimité. À l'inverse, la Commission reste libre de modifier ses propositions tout au long des procédures conduisant à l'adoption d'un acte et tant que le Conseil n'a pas statué²².

La Commission souffre toutefois d'un déficit de considération que souligne l'érosion constante de son pouvoir de proposition²³. En effet, le Conseil ne statue que rarement sur une proposition de la Commission mais sur un accord constituant une alternative acceptable. La Commission a d'ailleurs intégré cette réalité, en apprenant à composer avec les Etats membres et en s'astreignant à de longs cycles de négociations préparatoires. Elle réagit rarement en faisant un usage plus que « parcimonieux » des pouvoirs d'empêchement que lui confère l'article 293 § 1 TFUE. Une prudence qui s'explique pour deux raisons au moins. D'une part, sa volonté de ne pas apparaître, en bloquant la décision (majoritaire) du Conseil, comme responsable des carences de celui-ci. L'opposition à un compromis est donc un acte politique destiné à marquer son profond désaccord face à une attitude inacceptable du Conseil. D'autre part, son souci de cohérence car, militant pour une généralisation du vote à la majorité qualifiée, elle évite de se mettre en porte-à-faux en imposant au Conseil de prendre une décision à l'unanimité.

²¹ - A. Garcia Ureta, « La Commission européenne », J.-B. Auby & J. Dutheil de La Rochère, *Traité de droit administratif européen*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2014, p. 132.

²² - La question de savoir si la Commission dispose du droit de retirer ses propositions divise la doctrine. Postulant que ce qui n'est pas explicitement permis est probablement interdit, on ne peut déduire de l'existence d'un pouvoir de modification la reconnaissance d'un pouvoir de retrait sous peine d'accorder à la Commission un droit de veto dont le traité n'aurait pas entendu la doter. On peut également considérer que de solides arguments fondent, en droit, une solution inverse. Il en va ainsi du parallélisme des formes, de l'indépendance de la Commission ou du droit de celle-ci de n'avoir pas à soutenir des textes ne correspondant plus à ses attentes. Cette question est actuellement soumise à la Cour dans le cadre d'une affaire encore pendante, C-409/13.

²³ - M. Petite, « Avis de temps calme sur l'article 189 A § 1 : point d'équilibre entre le droit d'initiative de la Commission et le pouvoir décisionnel de la Commission », *RMUE*, 1998, p. 197

Plus largement, la Commission a vu son monopole contesté sous l'effet de divers facteurs. C'est ainsi que le Parlement a obtenu la consécration de son droit d'initiative indirect²⁴. De même, le Conseil peut l'inviter, éventuellement en accord avec le Parlement, à lui soumettre des propositions, sans que celle-ci ne soit juridiquement tenue de donner suite à une telle demande²⁵. La Commission doit également compter, en raison de l'extension de la codécision (aujourd'hui procédure législative ordinaire), avec un déplacement du centre de gravité du système de décision. Elle est souvent repoussée aux marges du processus normatif par un Parlement et un Conseil convaincus des mérites d'un dialogue direct. Il lui est difficile de ne pas tenir compte politiquement des demandes expresses qui peuvent lui être adressées non seulement par les institutions mais aussi par les États membres et les opérateurs économiques.

b- Le renouveau institutionnel de l'intergouvernementalisme

Ce renouveau est d'abord marqué par la montée en puissance du Conseil européen. On assiste, ensuite, à un renforcement des modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

Le traité de Lisbonne reconnaît expressément le Conseil européen comme une instance d'impulsion, d'arbitrage politiques et de « pression des pairs »²⁶. A ce titre, il jouit d'un droit d'évocation dont il use d'autant plus facilement que le Conseil est lui-même empêtré dans les difficultés inhérentes à l'émiettement de son action. Cénacle « historique » des États membres, ce dernier est le lieu où sont mis en musique les politiques décidées au niveau supérieur. Son existence même illustre le fait que les États conservent, y compris dans le cadre d'une Europe intégrée, une force structurante décisive. On ne saurait, cependant, conclure à « l'extranéité » du Conseil. Il est, en effet, une partie d'un système institutionnel dans le cadre duquel il assume des fonctions définies par les traités.

Au-delà, la pratique institutionnelle voit se développer un phénomène de présidentialisation collective de l'Union²⁷, le Conseil européen arrêtant en dernier ressort les priorités de l'Union et imposant un rythme aux autres institutions. Si les apparences sont sauves, elles doivent cependant être nuancées. Ainsi, la Commission est le plus souvent contrainte politiquement de lancer des programmes législatifs dont elle n'a pas toujours entrevu le caractère stratégique. Ce déclasserement tient toutefois principalement à sa « faiblesse insigne »²⁸. En effet, le Collège et son président sont marginalisés en raison du renforcement des fonctions d'initiative, de proposition et de concertation du président du Conseil européen. Cette démonétisation n'est que le signe le plus tangible de la perte de confiance subi par l'exécutif bruxellois. La Commission traverse, depuis une quinzaine d'années, une zone de turbulences dont elle ne parvient pas à sortir. Elle qui longtemps, et souvent par l'effet d'une équation présidentielle favorable, parvint incarner l'intérêt général de l'Union n'est plus perçue que comme une comparse. Incapable de s'imposer face aux capitales, elle est, en outre, placée dans une dépendance subséquente à l'égard du Parlement européen. La dilution de son autorité est accentuée par celle de la collégialité, l'unité d'action cédant trop fréquemment le pas au développement de stratégies individuelles.

²⁴ - art. 226 TFUE

²⁵ - art. 241 TFUE

²⁶ - « Le Conseil européen considère qu'en accentuant la "pression des pairs", il sera possible d'augmenter l'adhésion et la responsabilité au niveau des chefs d'État ou de gouvernement en ce qui concerne le rôle du Conseil et des États membres pour ce qui est de développer le marché unique et d'en respecter les règles », conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles des 1^{er} et 2 mars 2012.

²⁷ F. Allemand & F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *CDE*, 2012, n° 1, p. 80 et s.

²⁸ - J.-P. Jacqué, « Le nouveau discours de la méthode », *RTDE*, 2011, p. 269.

Par ailleurs, l'article 291 § 3 TFUE évoque les « modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission ». Cette précision témoigne du souci de renforcer la position des États membres qui en leur qualité de « titulaires de la compétence éminente » se voient reconnaître le droit somme toute exorbitant de « surveiller l'usage que les institutions de l'Union intervenant en leur lieu et place pourraient en faire »²⁹. Le Règlement n° 182/2011 du 16 février 2011 consacre cette réorientation³⁰. Il révèle tout d'abord une forme de paradoxe car, marquant clairement le « retour » dans le jeu comitologique des États membres, il modifie un ordonnancement en vertu duquel le Conseil pouvait, en recourant aux comités, surveiller la Commission dans la mise en œuvre des compétences exécutives qu'il lui avait confiées. Ce faisant, le traité de Lisbonne instaure, au détriment du Conseil, un nouvel équilibre en attribuant aux États le pouvoir de s'assurer de la rectitude des mesures adoptées par la Commission. Cette rétraction se déduit des termes mêmes de l'article 17 du TUE dont on sait qu'il se garde désormais de souligner que le Conseil « confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit ». Une solution qui voit les États membres partiellement « effacer » l'organe assurant leur représentation.

Le Conseil et le Parlement disposent, en vertu de l'article 11 du règlement, d'un « droit de regard » sur la comitologie. Les deux co-législateurs peuvent à tout moment attirer l'attention de la Commission sur le fait qu'elle s'apprête à outrepasser ses compétences en adoptant une mesure exécutive sortant du cadre qui lui a été assigné. Or, le Collège n'a ici pour seul devoir que de prendre note des réserves exprimées par le Conseil et/ou le Parlement et d'informer ceux-ci sur les suites qu'elle jugerait opportun d'y apporter. Quand bien même l'acte de base serait adopté selon une procédure législative spéciale, le Conseil n'a d'autre option pour dénouer d'éventuels différends que de les soumettre ultimement à l'examen de la Cour. L'analyse serait néanmoins bancale si elle éludait imprudemment la prégnance des rapports de force. D'une part, rien ne saurait interdire au Conseil ou au Parlement de demander de façon politiquement insistante à la Commission de revenir pour des raisons d'opportunité sur un projet de mesure jugé malheureux. D'autre part, il ne serait guère surprenant que le Conseil veille, au moins pour les cas les plus délicats, à se réserver dans l'acte de base le monopole des compétences exécutives.

§ 2 – Fonctions et usages de l'intérêt général

Nous ne nous attarderons pas ici sur la question des autorités chargées de contrôler le respect de l'intérêt général. On le sait, cette mission incombe à deux types d'instances. Tout d'abord, la Commission dont on peut dire que si sa fonction d'initiative s'est durablement érodée, elle reste, en revanche, incontestablement la « gardienne des traités »³¹. Sans doute, est-ce d'ailleurs sous cet angle que son rôle de préservation de l'intérêt général est le plus perceptible. Cette tâche incombe ensuite aux juges de Luxembourg autant qu'aux tribunaux nationaux ; dualité qui n'est elle-même que la conséquence de l'imprégnation des ordres juridiques internes sous l'effet notamment du principe de primauté. Il nous semble, en réalité, plus intéressant de s'arrêter aux fonctions assignées à l'intérêt général et aux usages qu'en retiennent principalement les juges.

A- L'intérêt général, norme de « mesure »

²⁹ -C. Blumann & L. Dubouis, *ibid.*, p. 378

³⁰ -C. Blumann, « Un nouveau départ pour la comitologie, le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011 », *CDE*, 2011, p. 23.

³¹ - J.-P. Jacqué, « Le nouveau discours de la méthode », *op. cit.*, p. 271.

Conceptuellement ambivalent, l'intérêt général est à la fois la pierre de touche des politiques publiques et le rempart aux éventuels dérives de celles-ci. Il n'est pas que cela. Comme « suspendu »³² au-dessus de l'office du juge, il en informe la conduite et en inspire les décisions.

1- Une norme de validation des choix de la puissance publique

Il est probablement banal de souligner que l'intérêt général étalonne, en droit de l'Union comme dans le droit des Etats membres, l'action des pouvoirs publics. Dit plus simplement, n'est légal que l'acte qui répond effectivement (et conformément aux règles du droit) à une attente sociale digne de justifier la mise en œuvre de la puissance publique. C'est donc par référence à ce standard que les juges apprécieront le bienfondé juridique des choix opérés par les institutions européennes ou nationales (lorsqu'elles agissent dans le champ d'application du droit de l'Union).

L'intérêt général apparaît ainsi comme une « norme de mesure des pouvoirs des autorités dont [le juge] contrôle les appréciations »³³. C'est en identifiant ce qu'il commande que la Cour scellera le sort des décisions soumises à son examen. Ainsi, est-ce le regard porté sur cette ligne d'horizon que le juge envisage, par exemple, la validité d'un refus opposé par la Commission à une demande de communication du rapport par lequel un groupe de travail réunissant des fonctionnaires de la DG « concurrence » et du service juridique examinait l'opportunité d'introduire un pourvoi contre un arrêt du Tribunal déclarant une concentration incompatible avec le marché commun³⁴. En l'espèce, l'enjeu était de savoir notamment si cette divulgation pouvait porter atteinte à la liberté décisionnelle de la Commission, dont les membres doivent exercer leurs fonctions en pleine indépendance dans l'intérêt général de l'Union.

De même, les institutions peuvent refuser l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public en matière de relations internationales³⁵. A cet égard, le Tribunal a récemment constaté que l'analyse juridique à laquelle il est procédé dans un avis du service juridique du Conseil intitulé relatif à l'ouverture de négociations entre l'Union et les États-Unis d'Amérique en vue d'un accord international destiné à mettre à la disposition du département du Trésor des données de messagerie financière dans le cadre de la prévention du terrorisme et du financement de celui-ci comportait certains passages présentant un lien avec les objectifs stratégiques poursuivis par l'Union dans les discussions. En effet, la requête portait en l'espèce sur des éléments permettant de prendre la mesure du contenu spécifique de l'accord envisagé. C'est donc à juste raison que le Conseil a pu considérer qu'une diffusion de ces éléments pourrait nuire au climat de confiance dans les pourparlers en cours au moment de l'adoption de la décision attaquée³⁶.

2- L'intérêt général et la compétence du juge

Il convient de relever que l'intérêt général irrigue la conception que le juge peut avoir de son propre office. L'ombre portée de ses exigences façonne largement la lecture que la Cour ou le Tribunal font des conditions d'accès des particuliers à leur prétoire. A cet égard, la Cour a

³² - D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 368.

³³ - D. Truchet, *ibid.*, p. 363.

³⁴ - CJUE, 21 juillet 2011, *Royaume de Suède e.a. c. Commission*, C-506/08 P.

³⁵ - Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, sous a), troisième tiret, du règlement n° 1049/2001.

³⁶ - Tribunal de l'Union européenne, 4 mai 2012, *Sophie in't Veld c. Conseil de l'Union européenne soutenu par la Commission*, T-529/09.

cédé au tropisme de l'intérêt général, interprétant l'intention des rédacteurs du traité comme visant prioritairement à assurer aux institutions en charge du pouvoir normatif toute la quiétude souhaitable. C'est dans cet esprit que la Cour n'a sans doute jamais sérieusement envisagé une remise en cause de la trop fameuse jurisprudence *Plaumann*³⁷. Pénétrés de la nécessité de soustraire le législateur de l'Union à la menace d'actions en justice incessantes, ces juges se sont laissés guider par des considérations souvent plus politiques que strictement juridiques. Soucieuse de (sur)protéger les institutions en charge d'une fonction normative par essence complexe³⁸, la Cour a également forgé un régime de responsabilité très restrictif³⁹. Soumettant la mise en cause de la responsabilité du fait d'actes illicites à des conditions drastiques, elle a refusé de consacrer un régime de responsabilité du fait d'actes licites. Dit autrement, les institutions seraient placées dans un inconfort d'autant plus grand qu'il ne serait plus nécessaire aux requérants d'établir l'existence d'une illégalité fautive. La situation des opérateurs est donc très précaire, car il leur est imposé de supporter, le cas échéant sans espoir d'indemnisation, un sacrifice trop évidemment perçu par le juge comme acceptable. En ce sens, le seuil de l'intolérable se situe vraisemblablement à un niveau élevé. Or, il n'est pas certain que la recherche du bien commun suffise, en toutes circonstances, à justifier une solution aussi rigoureuse pour les victimes. Sans doute, faut-il craindre qu'au-delà de sa fonction classique de légitimation de l'action publique, l'intérêt général ne soit paré presque systématiquement de vertus exonératoires. Sa prise en compte devient alors un instrument redoutablement efficace de sauvegarde des organes de l'Union. À vouloir encadrer trop pesamment l'accès au prétoire, la Cour prend le risque de vider de sa substance une jurisprudence, timidement initiée par le Tribunal⁴⁰, qui s'annonçait pourtant comme une étape importante du renforcement de la protection juridictionnelle due aux particuliers dans une Union de droit. Sans empêcher que les nécessités d'un intérêt général supérieur et non pas sectoriel puissent, dans certaines (mais rares) hypothèses, dissiper l'obligation de réparation, il est clair que les conditions de spécialité et d'anormalité du préjudice pouvaient à elles seules garantir la maîtrise des flux de contentieux. Or, rien n'étaye le choix opéré par la Cour⁴¹. Elle a pétrifié sans doute durablement, tant les chances d'intervention du législateur sont faibles, le régime de responsabilité des institutions en se fondant sur une lecture fallacieuse de l'état du droit applicable dans les Etats membres, surévaluant la volonté de résistance de ceux-ci, tout cela au risque des principes mêmes de l'Union de droit.

B- L'intérêt général, norme de résolution de conflits de valeurs

L'intérêt général ne saurait être le baume dont la seule invocation suffirait à absoudre, en toutes circonstances, les manquements à la règle commune. Aussi, la juge s'assure-t-il que ce concept est mobilisé à bon escient. Il ne suffit pas de s'en réclamer sur mode incantatoire, encore faut-il que l'ingérence portant, par exemple, atteinte à un droit essentiel ou à une liberté fondamentale soit nécessaire et proportionnée c'est-à-dire raisonnablement ajustée à ce qu'exige objectivement la situation. Au-delà, le juge doit tenir compte du fait que dans certains cas les intérêts en présence s'entrechoquent. Il lui appartient alors de procéder à une mise en balance dont il est difficile d'occulter qu'elle ouvre un vaste espace à l'expression de ses propres convictions.

³⁷ - R. Mehdi, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *RTDE*, 2003, p. 23.

³⁸ - Pt. 171 des conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro dans l'affaire C-120/06 P et C-121/06 P.

³⁹ - CJCE, 25 mai 1978, *HNL*, 83/76, *Rec.* p. 1224.

⁴⁰ - TPI, 28 avril 1998, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH / Conseil et Commission*, aff. T-184/95, *Rec.* p. II-667.

⁴¹ - CJCE, 9 septembre 2008 - *Fabbrica Italiana Accumulatori Motocarri Montecchio SpA (FIAMM) c. Conseil, Commission, Royaume d'Espagne*, C-120/06 P et C-121/06 P

1- L'exigence de proportionnalité

L'office du juge revient ici à identifier le point d'équilibre optimal entre protection de l'intérêt général et sauvegarde d'une liberté ou d'un droit fondamental. A cet égard, la Cour (ou le tribunal) rappelle invariablement que « selon une jurisprudence également constante, les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à la condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »⁴².

C'est donc sur cette base que le juge s'efforce de concilier des exigences contradictoires et dont aucune n'est, à quelques exceptions, douée d'une autorité insusceptible de dérogation⁴³. C'est ainsi, par exemple, que la Cour a été interrogée sur la légalité de mesures prescrivant, dans le cadre de la lutte contre les épizooties, l'abattage d'animaux sans être assorties d'une obligation d'indemnisation⁴⁴. À cet égard, elle souligne que, dès lors que l'existence de la maladie est confirmée, les décisions incriminées ont pour but d'éliminer tout risque de propagation ou de survie de l'agent pathogène. En outre, elles ont moins pour conséquence de priver les propriétaires de l'usage de leurs exploitations que de leur permettre de continuer à y exercer, dans des conditions saines, leur activité. Elle relève, enfin, que l'activité des requérantes comporte des risques inhérents à toute entreprise commerciale. Aussi, refuse-t-elle de consacrer l'existence d'un principe général qui imposerait l'octroi d'une indemnisation en toutes circonstances, jugeant, qu'en ce domaine, il appartient au seul législateur communautaire de décider, au titre du large pouvoir d'appréciation dont il dispose en matière de politique agricole, d'une indemnisation totale ou partielle. Plus attentive aux impératifs de l'intérêt général qu'elle n'est favorable aux opérateurs lésés, cette conclusion doit toutefois être reçue avec circonspection tant elle semble tourner le dos à la jurisprudence développée à Strasbourg. On le sait, La CEDH fait découler du principe même de proportionnalité l'exigence d'une indemnité sans laquelle une privation de propriété ne se justifie pas (sauf circonstances exceptionnelles)⁴⁵.

Dans un autre registre, on relève que la Cour de Luxembourg a conforté les politiques gouvernementales ou ordinales réglementant, au nom de l'intérêt général l'exercice de certaines professions notamment du droit⁴⁶. En clair, le droit de l'Union ne s'oppose pas à des réglementations nationales créant dans la sphère publique des monopoles ou des restrictions assurant une protection à ceux qui satisfont aux exigences qu'elles établissent dès lors que celles-ci répondent à des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elles satisfont à l'exigence de proportionnalité. Le droit national peut ainsi légitimement soumettre l'accès à une profession au respect de règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité. Il peut également limiter la liberté d'accomplir certains actes. En ce sens, l'exclusivité peut être d'une intensité variable ne valant, par exemple, que pour les actes relevant de la fonction la plus typique, la plus importante ou la plus étroitement

⁴² - CJUE, 3 juillet 2014, *Kamino international Logistics BV*, C-129/13, pt. 42.

⁴³ - S'agissant des droits fondamentaux, la Cour prend soin de singulariser un noyau dur de droits fondamentaux qui par leur objet même excluent toute dérogation (droit de toute personne à la vie ou l'interdiction de la torture ainsi que des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

⁴⁴ - CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture Ltd, Hydro Seafood GSP Ltd et The Scottish Ministers*, C-20/00 et C-64/00.

⁴⁵ - CEDH, *Ex-roi de Grèce e. a. c/ Grèce*, 23 novembre 2000.

⁴⁶ - Logiquement, la directive « services » ne dit pas autre chose lorsqu'elle dispose en son article 25 § 1 a) que « les professions réglementées, dans la mesure où cela est justifié pour garantir le respect de règles de déontologie différentes en raison de la spécificité de chaque profession, et nécessaire pour garantir l'indépendance et l'impartialité de ces professions ».

connectée à la puissance publique.

C'est également dans cette perspective, que la Cour a conclu à la légalité du « maillage territorial » instauré en Espagne dès lors qu'il était justifié par la planification des services pharmaceutiques propre à garantir l'accès universel à la délivrance de médicaments sûrs et de qualité⁴⁷. La réglementation espagnole instituait un régime d'autorisation préalable, encadrait le nombre d'officines et énonçait des diverses limites au droit d'exercer dans les locaux choisis par les pharmaciens. Aussi, le débat se concentrait-il sur la teneur des justifications avancées par l'Etat membre en cause. Les motifs d'intérêt général susceptibles de légitimer une entrave aux libertés de circulation ne peuvent jamais être de nature économique⁴⁸. Toutefois, la Cour estime que relèvent de l'impératif non-économique de la protection de la santé publique « des intérêts d'ordre économique ayant pour objectif le maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessibles à tous [...] dans la mesure où il[s] contribu[ent] à la réalisation d'un niveau élevé de santé publique »⁴⁹. La marge d'appréciation nationale est d'autant plus forte qu'il n'existe pas de consensus entre les Etats membres quant aux voies et moyens garantissant la protection de la santé publique. Il résulte de ces différences de perceptions une variation des niveaux de protection et une diversité des législations. Il appartient donc au juge de l'Union de définir les termes d'une conciliation possible et acceptable de tous. En ce sens, la législation nationale n'est de nature à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci de manière cohérente et systématique. En l'espèce, la Cour rappelle que selon sa jurisprudence, « des établissements et infrastructures sanitaires peuvent faire l'objet d'une planification » comprenant « une autorisation préalable pour l'installation de nouveaux prestataires de soins, lorsqu'elle s'avère indispensable pour combler d'éventuelles lacunes dans l'accès aux prestations sanitaires et pour éviter la création de structures faisant double emploi, de sorte que soit assurée une prise en charge sanitaire adaptée aux besoins de la population, qui couvre l'ensemble du territoire et qui tienne compte des régions géographiquement isolées ou autrement désavantagées »⁵⁰. Elle relève, par ailleurs, que ce dispositif assurera une couverture géographique optimale en réduisant le risque de désertification de certaines zones et, par conséquent, de défaut d'approvisionnement en médicaments sûr et de qualité. Pour faire face à ce danger, un Etat membre peut « canaliser l'implantation de pharmacies vers des parties du territoire national où l'accès au service pharmaceutique est lacunaire »⁵¹.

2- Le juge, arbitre d'intérêts antagoniques

L'univers juridique s'est complexifié au point de voir fréquemment coexister une kyrielle d'intérêts dont la mise en coïncidence peut s'avérer en pratique hasardeuse. Faute d'accord, il appartient au juge de trancher, même si pour cela il doit substituer son appréciation à celles des institutions mises en cause.

a- Des intérêts publics contradictoires

Dans un système composite que constituent différents niveaux de pouvoirs, chacun tirant sa légitimité de sa capacité supposée à satisfaire efficacement les besoins des populations dont il

⁴⁷ - CJUE, 1^{er} juin 2010, *José Manuel Blanco Perez*, C-570/07 et C-571/07 ; V. Michel, « La conciliation des impératifs économiques et de la protection de la santé ou l'admission du maillage territorial des pharmacies espagnoles », *Europe*, n° 8, 2010, com. 272.

⁴⁸ - CJCE, 11 juin 1985, *Commission c. Irlande*, aff. 288/83

⁴⁹ - CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, C-141/07

⁵⁰ - pt. 70.

⁵¹ - pt. 77.

a la charge, il n'est pas étonnant d'assister à la collision d'intérêts simultanément qualifiés de supérieur.

Le juge devra ainsi dénouer les fils de relations conflictuelles qui peuvent s'établir entre des exigences dont tout laisse à penser qu'elles sont équivalentes. Il lui alors faire face à des dilemmes vertigineux : libre circulation des marchandises *versus* protection de la santé ou de l'environnement⁵² ; libre prestation de service *versus* dignité⁵³ ; libre circulation *versus* liberté d'expression. Sur ce dernier point, on peut brièvement évoquer la célèbre affaire *Schmidberger*⁵⁴. La Cour choisit d'articuler les impératifs liés à la sauvegarde d'une liberté fondamentale (la libre circulation des marchandises) et de droits fondamentaux simultanément garantis par le droit de Strasbourg, le droit de l'Union et le droit constitutionnel autrichien. A cet effet, elle commence par établir l'existence d'une entrave à la libre circulation des marchandises jugeant que les autorités autrichiennes ont, en autorisant le sit-in organisé par les défenseurs de la nature, adopté une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives. La Cour se refuse à considérer que l'objectif du rassemblement, la protection de l'environnement et de la santé, était susceptible de tenir en échec les obligations en matière de libre circulation des marchandises. Non pas qu'elle contestât que la légitimité de ces exigences, notamment dans une région écologiquement fragile, ne pût jamais justifier une restriction aux libertés fondamentales garanties par le traité. Elle estime simplement que la responsabilité des autorités autrichiennes ne pouvait être appréciée à l'aune des objectifs avancés par l'association organisatrice de la manifestation. Affranchir l'Etat au motif que les intérêts poursuivis par l'association seraient légitimes reviendrait à assimiler celle-ci au premier en vertu d'une conception particulièrement extensive du périmètre de la puissance publique. Aussi, s'attache-t-elle à tenir compte du seul objectif que les autorités nationales avaient en vue lorsqu'elles se sont abstenues d'interdire le rassemblement. Or, il est clair que les pouvoirs publics se sont laissés guider par des considérations liées au respect des droits fondamentaux des manifestants en matière de liberté d'expression et de liberté de réunion, lesquels sont consacrés et garantis par le droit de l'Union, la CESDH et par la Constitution autrichienne. Pour cela, la Cour a accepté de se pencher sur les termes structurant un couple normatif antinomique. Dans cette perspective, elle récuse toute démarche qui aboutirait à hiérarchiser libertés fondamentales et droits fondamentaux. Sans doute cette prudence s'explique-t-elle par le fait qu'une hiérarchisation apparaîtrait comme artificielle, et tout bien considéré comme improbable, tant l'interpénétration entre libertés fondamentales et droits fondamentaux est évidente. Le juge préfère procéder à une conciliation entre des normes qui, en dépit d'une vocation substantiellement différente, se situent dans les sphères les plus élevées de la hiérarchie des normes de l'Union. Cet accommodement est facilité par le fait que les unes et les autres présentent un caractère relatif⁵⁵. La plasticité des normes en cause permet finalement de mettre en balance, avec une confortable marge de discrétion, les intérêts en présence.

La Cour doit, dans d'autres cas, peser les attentes d'Etats membres soucieux d'éviter que les intérêts qu'ils tiennent pour essentiels ne soient phagocytés à la faveur d'une lecture maximaliste des intérêts de l'Union. Le contentieux lié à l'application de l'article 51 TFUE

⁵² - I. E. Büschel, *Les rapports entre santé et libertés économiques fondamentales dans la jurisprudence et du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse pour le doctorat en droit public, Aix-Marseille Université, 2009, 416 p.

⁵³ - CJCE, 14 octobre 2004, Omega, C-36/02

⁵⁴ - CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger et Republik Österreich, C-112/00

⁵⁵ - Ainsi, la libre circulation des marchandises peut, sous certaines conditions, faire l'objet de restrictions pour les raisons énumérées à l'article 36 du même traité ou au titre des exigences impératives d'intérêt général reconnues conformément à une jurisprudence constante de la Cour depuis l'arrêt du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649

est, sur ce point, éclairant. Saisie d'un recours en constatation de manquement par la Commission, la Cour s'est prononcée sur le maintien, dans 15 Etats membres dont la France, de la nationalité comme condition d'accès à la profession de notaire⁵⁶. La Cour réitère la lecture de l'article 51 TFUE développée avec constance depuis 1974. Comme toutes les dérogations de ce type, elle doit recevoir une interprétation qui en limite la portée à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des intérêts que le TFUE permet aux Etats membres de protéger. La dérogation doit être restreinte aux seules activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation *directe et spécifique* à l'exercice de l'autorité publique. S'agissant des notaires, la République française a fait valoir en ce sens que la mission d'authentification poursuit un objectif d'intérêt général. Or, selon la Cour le fait d'agir dans un but d'intérêt général ne suffit pas en soi pour qu'une activité soit qualifiée d'activité participant directement et spécifiquement de l'exercice de l'autorité publique. C'est au regard des activités prises en elles-mêmes et non pas du statut de la profession considérée qu'il convient de vérifier que ces activités relèvent de la dérogation de l'article 51 TFUE. Aussi, distingue-t-elle les activités d'intérêt général des activités procédant de l'exercice de l'autorité publique proprement dite, jugeant que le « fait d'agir en poursuivant un objectif d'intérêt général ne suffit pas, en soi, pour qu'une activité donnée soit considérée comme participant directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique. En effet, il est constant que les activités exercées dans le cadre de diverses professions réglementées impliquent fréquemment, dans les ordres juridiques nationaux, l'obligation pour les personnes qui les exercent de poursuivre un tel objectif, sans que ces activités relèvent pour autant de l'exercice de cette autorité »⁵⁷. L'apposition de la formule exécutoire ne témoigne pas de la détention ou de l'exercice de prérogative de puissance publique, dès lors que ses effets résultent soit de l'autorité attachée à la décision judiciaire elle-même, soit de l'effet obligatoire des conventions et de la rencontre des consentements. Le notaire n'est investi que d'une fonction de validation d'actes dont l'adoption ou la conclusion échappe à son pouvoir de décision ultime. La Cour passe par pertes et profits la spécificité de l'acte authentique, prenant à contre-pied l'idée généralement acceptée selon laquelle l'activité notariale constitue « l'exemple même d'une activité soustraite du champ d'application de la liberté d'établissement en raison de sa participation à l'exercice de l'autorité publique »⁵⁸. Ce raisonnement n'en paraît pas moins très restrictif et pour tout dire discutable car il paraît tenir, dans le cas français, de la pétition de principe⁵⁹.

Arbitre d'intérêts publics orthogonaux, le juge dissout les antagonismes en se laissant guider avant tout par « 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 en l'espèce »⁶⁰. Ce sentiment est plus fort encore lorsqu'il revient au juge de définir un ordre de prévalence entre intérêts publics et privés.

b- La mise en balance des intérêts

⁵⁶ - Pour la France, CJUE, 24 mai 2011, *Commission, soutenue par le Royaume-Uni, c. France*, C-50/08 ; v. notamment *Europe*, 2011, V. Michel, comm. 248 ; F. Picod, note *JCP G* 30 mai 2011, n° 22 ; C. Gaillard, « Le refus de la Cour de justice de voir dans les activités notariales une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique : une analyse réductrice du rôle des notaires en France », *RAE*, 2011/2, p. 451

⁵⁷ - pt. 86

⁵⁸ - A.-L. Sibony & A. Defossez, « Chronique marché intérieur », *RTDE*, 2011, p. 590.

⁵⁹ - V. Michel, *Europe*, n° 7, 2011, comm. 248 ; ajoutons que cet arrêt contredit la solution qui avait été énoncée par le Conseil d'Etat considérant que « les activités liées à la qualité d'officier public des notaires doivent être regardées comme participant à l'exercice de l'autorité publique », CE, 9 juin 2006, *M.A.*, n° 280911.

⁶⁰ - D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 370.

C'est dans le contentieux de l'urgence que cette opération prend un relief particulier. Entourée d'un « grand flou »⁶¹, la mise en balance des intérêts, dont on peut penser qu'elle est la manifestation même du pouvoir de juger, n'est consacrée par aucun texte. Très pragmatique, le juge s'attache, à chaque fois que cela lui semble nécessaire, à évaluer la nature réelle des intérêts en présence. On relève, en ce sens, que le juge des référés a pu estimer, par exemple, que le caractère prépondérant qu'il faut incontestablement reconnaître aux exigences liées à la protection de la santé publique ne saurait exclure, aussitôt qu'une référence à de telles exigences est faite, un examen des circonstances spécifiques du cas d'espèce⁶². La jurisprudence refuse tout effet nécessairement induit par l'invocation d'un intérêt présenté par le demandeur comme justifiant nécessairement l'octroi d'une mesure provisoire. Le juge entend donc se ménager une marge suffisante de discrétion, conscient qu'un sursis à exécution, apparemment légitime, peut parfois entraîner pour l'autre partie « des conséquences d'une ampleur telle qu'il n'y aurait pas de commune mesure entre l'avantage assuré au demandeur et les conséquences de la même mesure pour les intérêts du défendeur ou pour l'intérêt public »⁶³.

La mise en balance des intérêts est une exigence qui se décline sur un mode inévitablement casuistique. Les intérêts du demandeur ne sont pas, loin s'en faut, immanquablement sacrifiés par le juge... cela même quand les apparences sont contre lui. Dans une affaire *Aristrain*, le président du TPI avait relevé avec insistance que la requérante appartenait à un groupe industriel de premier plan, disposant de liquidités supérieures au coût estimé de la garantie bancaire réclamée⁶⁴. Cependant, en ordonnant que la demanderesse, qui n'était qu'une composante de ce groupe, réunisse une caution n'excédant pas 50 % du montant de l'amende litigieuse, il a marqué son souci de ne pas hypothéquer les chances de survie de cette entité spécifique⁶⁵. L'intérêt du requérant peut se confondre finalement avec un intérêt public. Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'une des nombreuses affaires *Le Pen*⁶⁶. En l'espèce, le Tribunal a considéré que « l'intérêt général du Parlement à ce que soit maintenue l'application de la déchéance du mandat du requérant survenue en application du droit national ne saurait prévaloir sur l'intérêt spécifique du requérant à pouvoir sur l'intérêt spécifique du requérant à pouvoir retrouver son siège au Parlement et à exercer de nouveau les fonctions publiques qui y sont relatives jusqu'à la décision du juge du fond dans l'affaire au principal, à moins qu'il ne soit pris acte de ladite déchéance dans le respect des règles prévues par le droit communautaire »⁶⁷. Plus qu'une mise entre parenthèse de l'intérêt public au profit de l'intérêt purement privé du requérant, il est sans doute plus exact de considérer qu'aux yeux du juge, la sauvegarde de la situation de M. Le Pen constituait, dans une Communauté de droit, une véritable exigence d'intérêt général. Il peut, du reste, arriver que la protection de l'intérêt d'un opérateur privé face à celui d'un autre opérateur privé soit expressément appréhendée par le juge de l'urgence comme une exigence d'intérêt général. Le président du Tribunal a ainsi jugé que « l'intérêt communautaire à ce que les tiers auxquels la Commission a reconnu un intérêt légitime à déposer une demande au titre de l'article 3 du règlement n° 17 puissent être en

⁶¹ - B. Pastor & E. Van Ginderachter, "La procédure en référé", *RTDE*, 1989, p. 610

⁶² - TPI, Ord. Prés., 28 juin 2000, *Artegodan c/ Commission*, T-74/00.

⁶³ - P. Pescatore, « Les mesures conservatoires et les référés », in *La juridiction internationale permanente*, SFDI, Pedone, Paris, 1987, p. 341.

⁶⁴ - En ce sens, le règlement de procédure dispose que « L'exécution de l'ordonnance peut être subordonnée à la constitution par le demandeur d'une caution dont le montant et les modalités sont fixés compte tenu des circonstances » (art. 107 § 2 RP Trib. ; art. 162 § 2 RP CJUE).

⁶⁵ - TPI, ord., 25 août 1994, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c/ Commission*, T-156/94 R.

⁶⁶ - Ord. Prés., 26 janvier 2001, *J.-M. Le Pen c/ Parlement Européen soutenu par République française*, T-353/00 R

⁶⁷ - pt. 103

mesure de présenter des observations utiles sur les griefs retenus par la Commission, doit primer sur celui de la requérante à différer la transmission des communications des griefs »⁶⁸.

*
* *

Arrivé au terme de cette contribution, une première conclusion s'impose. Si l'intérêt général est une notion « indéfinissable », tant ses manifestations matérielles sont « extraordinairement diverses »⁶⁹, cette indétermination n'entame en rien sa vigueur. Il apparaît alors comme un oxymore juridique : concept insaisissable mais structurant. Nul ne peut s'en passer à commencer par le juge à qui revient souvent la responsabilité de fixer le point d'équilibre idéal entre les intérêts en présence. À la manière du « sparadrap du capitaine Haddock »⁷⁰, il est difficile pour ne pas dire impossible de s'en défaire.

En tant que principe d'action permettant la réalisation des valeurs fondamentales d'une société, la promotion de l'intérêt général reste un enjeu. Cette vérité d'évidence revêt plus d'acuité encore dans un monde en crise. En ce sens, la pérennité du projet européen dépendra de la capacité de l'Union à énoncer et servir efficacement un intérêt commun qui est plus que la somme des intérêts particuliers des Etats membres qui la composent.

⁶⁸ - TPI Ord. Prés., 20 décembre 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c/ Commission, T-214/01 R.

⁶⁹ - D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 372 .

⁷⁰ - Que l'on me pardonne cette référence bédéphilique dont je pense qu'elle rappellera au dédicataire de ces lignes des échanges dont je garde une mémoire émue.