L'intérêt général en QPC : de la lettre à l'esprit

Jeanne de Gliniasty

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/12689>

DOI : 10.4000/revdh.12689

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jeanne de Gliniasty, « L'intérêt général en QPC : de la lettre à l'esprit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 02 juillet 2021, consulté le 07 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12689> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.12689>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2021.

Tous droits réservés

L'intérêt général en QPC : de la lettre à l'esprit

Jeanne de Gliniasty

- 1 Même fondamentales, les libertés ne sont jamais absolues et leur exercice reste nécessairement limité par la vie en société¹. L'intérêt général se présente alors comme la justification idéale – au sens d'idéal-type weberien – à l'ensemble de ces limitations, dont il revient aux décideurs politiques de déterminer le contenu par la loi ou les règlements. Par ricochet, le juge constitutionnel et les juridictions suprêmes contribuent également à en délimiter les contours.
- 2 Malgré l'absence de définition d'une notion pourtant présentée comme l'étalon du droit public² et le silence de la Constitution à son endroit, le juge constitutionnel fait explicitement de l'intérêt général un instrument de contrôle de la loi notamment au regard des droits et libertés que la Constitution garantit. Au contraire, le juge administratif y a rarement recours de façon formelle pour contrebalancer l'exercice d'un droit ou d'une liberté³ et ce, alors même que la notion irrigue le droit administratif pour lequel elle contribue à définir les grands ensembles – service public, domaine public, ouvrage public, travail public, etc. – ; il lui préfère en effet la notion d'ordre public, plus en adéquation avec la finalité des activités de police administrative qu'il encadre⁴. Ainsi, alors que le juge administratif cantonne la fonction de l'intérêt général à l'exercice de qualification de l'activité administrative, le juge constitutionnel, lui, s'y réfère largement en matière de protection des libertés : la notion d'intérêt général a largement colonisé la procédure de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁵.
- 3 Si l'on ne conçoit pas que le législateur puisse poursuivre un but autre que celui de l'intérêt général, toutes les réserves qu'il oppose à l'exercice des libertés doivent, *a fortiori*, implicitement ou explicitement passer sous le crible du contrôle de l'intérêt général. « Raison », « objectif », « but », « impératif », ou encore « motif » d'intérêt général... Les substantifs nombreux pour désigner une finalité législative élémentaire contrôlée par le juge constitutionnel traduisent également son indétermination : la notion d'intérêt général ne renvoie à aucune définition univoque et ne revêt aucune portée normative précise. Elle est le plus fréquemment rattachée à un droit ou une

liberté de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 pour lequel elle participe tantôt de la définition – principe d'égalité –, tantôt de la justification *a posteriori* de sa limitation. Difficile de concevoir qu'une notion si contingente puisse faire contrepoids face à un droit ou une liberté constitutionnellement garantie.

- 4 L'analyse du recours à l'intérêt général par le juge constitutionnel dans le cadre particulier de la QPC a justement pour objectif de déterminer son influence dans la protection des droits et libertés. L'exercice s'annonce donc périlleux puisque, rattaché à la loi et aux objectifs qu'elle poursuit, l'intérêt général semble être, devant le juge constitutionnel, une notion particulièrement insaisissable. Notion standard par excellence, elle est, formellement, un simple objectif à suivre pour le législateur, mais se meut parfois en un principe à valeur constitutionnelle ou encore fonde une réserve d'inconstitutionnalité ; substantiellement, elle permet le plus souvent de justifier les restrictions de certains droits et libertés, mais sert parfois aussi à en définir d'autres ou à en faire émerger de nouveaux. L'intérêt général offre ainsi un instrument de contrôle malléable dans la mission de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.
- 5 Il existe une profusion de notions dérivées de l'intérêt général – « intérêt commun », « intérêt de tous », « intérêt national », « bien commun », etc. – et d'autres intérêts collectifs plus catégoriels viennent également contrebalancer la protection des droits et libertés devant le juge constitutionnel – la sécurité publique, la santé publique, ou plus spécifiquement les intérêts fondamentaux de la nation, l'intérêt supérieur de l'enfant, etc. Pourtant, l'intérêt général en tant qu'impératif collectif par excellence revêt bien une singularité qui justifie qu'on lui réserve un traitement à part. Qualitativement d'abord, par la fonction qui lui est historiquement assignée dans le partage des sphères publique et privée et donc dans la formation même du droit public, l'intérêt général est une notion englobante qui inclut l'ensemble des intérêts collectifs⁶ ; quantitativement, ensuite, les références jurisprudentielles aux autres intérêts collectifs sont sensiblement moins nombreuses⁷.
- 6 Ainsi, au regard des objectifs assignés au contrôle *a posteriori* et de la spécificité de ce dernier, on peut se demander si l'intérêt général remplit une fonction particulière, s'il contribue par exemple à la protection des droits et libertés, permet d'en consacrer de nouveaux ou joue au contraire le rôle de modérateur ou même de frein au service du législateur.
- 7 A l'issue du dépouillement des 182 décisions qui, entre le 1^{er} juin 2010 – date des premières décisions – et le 31 décembre 2019, ont fait référence à la notion d'intérêt général, deux remarques peuvent être énoncées, qui viennent parfois avaliser nos premières intuitions.
- 8 D'une part, il est manifeste⁸ que l'invocation de l'intérêt général a une influence sur l'issue des décisions du contrôle *a posteriori*. Malgré la diversité des motifs retenus à ce titre par le juge constitutionnel et l'absence de régime juridique univoque, l'intérêt général semble toujours remplir une même fonction de justification législative. Toutefois, substantiellement, la notion peut aussi bien être invoquée au profit de la protection d'un droit ou liberté – protection de la santé – que pour en justifier la limitation – libertés économiques entre autres. Autrement dit, le caractère protéiforme de la notion et la variation de ses usages conduisent à abandonner l'idée d'y trouver une logique systématique dans le sens d'un renforcement ou au contraire d'un affaiblissement de la protection des libertés. Il existe plusieurs « intérêt général » et

ceux-ci sont rattachés aux droits et libertés qu'ils conditionnent. Cette première remarque nous amène ainsi à étudier l'intérêt général par le prisme du droit ou de la liberté par lequel il se manifeste.

- 9 D'autre part, l'intérêt général est majoritairement invoqué dans des décisions mettant en jeu des intérêts économiques – par le biais des acteurs concernés, des dispositions attaquées ou des moyens invoqués. S'il peut paraître *a priori* surprenant de le voir associé à un environnement économique, cela s'explique historiquement par le fait que le juge constitutionnel y a vu une condition à la reconnaissance de ces libertés économiques comme libertés fondamentales, si bien que la notion d'intérêt général ponctue tous les considérants de principe qui fixent les modalités du contrôle de ces libertés – qu'il s'agisse du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre, de la liberté contractuelle ou de toute autre liberté que le Conseil constitutionnel fonde sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme (DDHC). Par définition, les droits économiques ne peuvent être élevés au rang de droits fondamentaux que s'ils se déploient dans le strict cadre de l'intérêt général. Cette condition, laissant au législateur la maîtrise de l'étendue du contrôle de constitutionnalité, a pu les faire apparaître comme une sous-catégorie de droits et libertés⁹. Paradoxalement, en s'érigant en garde-fou, l'intérêt général a contribué au processus de constitutionnalisation même de ces droits et libertés. Il ne paraît pas inintéressant, près de 40 ans plus tard¹⁰, de se demander quelle fonction l'intérêt général remplit aujourd'hui pour les libertés économiques dans le contrôle de la QPC, justifiant ainsi que ces dernières fassent l'objet d'un traitement particulier dans le cadre de cette étude.
- 10 Cette double constatation nous conduit à développer une réflexion autour de deux axes : alors que l'intérêt général devrait en principe apparaître comme un instrument de contrôle de la loi, il s'est déployé dans le contrôle *a posteriori* comme un instrument de légitimation des atteintes qu'elle porte aux droits et libertés, en offrant au législateur une marge d'appréciation d'envergure (I). En outre, le recours à l'intérêt général dans le contrôle des atteintes aux libertés économiques a déplacé l'équilibre du contrôle de constitutionnalité au profit d'enjeux économiques, jusqu'à modifier ce qu'on peut appeler l'esprit même de l'intérêt général (II).

I-L'intérêt général en QPC : d'un instrument de contrôle à un argument de légitimation de la loi

- 11 Du strict point de vue du contentieux constitutionnel, l'intérêt général constitue une zone d'ombre dans l'argumentation du juge constitutionnel que la seule analyse des censures de la loi décidées sur son fondement ne permet pas d'éclairer : il est un instrument contentieux erratique (A). C'est que son intérêt ne réside justement pas dans son utilité contentieuse, mais dans la marge de manœuvre considérable que, par son biais, le Conseil constitutionnel laisse au législateur : il est un argument politique aux mains de ce dernier (B).

A. Un instrument contentieux erratique

- 12 Formellement, les références à l'intérêt général dans le contrôle *a posteriori* transparaissent dans un considérant leitmotiv présentant la méthode de contrôle suivie

par le juge et déclinée ensuite au cas d'espèce. Il est pourtant difficile d'y trouver une cohérence contentieuse globale, tant le contenu et les divers usages de l'intérêt général (1), mais aussi sa valeur normative et l'intensité du contrôle que le juge constitutionnel opère à travers lui (2) peuvent varier.

1) Formes variées du recours à l'intérêt général

- 13 Le juge constitutionnel voit la prise en compte de l'intérêt général par la loi dans des objectifs si divers qu'il est difficile d'établir un fil conducteur entre toutes les hypothèses où il y est fait référence. Sur la forme toutefois, son contrôle fait l'objet d'une systématisation stéréotypée de la part du Conseil constitutionnel, que ce soit dans son contrôle *a priori* ou *a posteriori* : reprenant la disposition constitutionnelle à partir de laquelle il consacre un droit ou une liberté, il l'interprète pour y intégrer une possible limitation sur le fondement de l'intérêt général. Il contrôle ensuite la disposition contestée par rapport à cette interprétation. Les principales hypothèses d'invocation de l'intérêt général dans le cadre de la QPC sont les atteintes portées au principe d'égalité, les validations législatives, ainsi que les atteintes portées aux droits à teneur économique : droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle.
- 14 **Principe d'égalité.** S'agissant du principe d'égalité, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante et se dédouble selon qu'est invoqué l'article 6 ou l'article 13 de la DDHC. Dans le cadre du contrôle du respect du principe d'égalité sur le fondement de l'article 6, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se calque sur celle du Conseil d'Etat¹¹ en considérant « que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹². Le juge constitutionnel reste toutefois assez frileux quant au déclenchement de cette condition dérogatoire pour contrôler la loi : c'est plus souvent sur le fondement de la différence de situation appréciable qu'il admet une différence de traitement¹³. Et quand il exerce son contrôle par le biais du motif de l'intérêt général, il censure rarement le législateur et admet facilement que la différence de traitement est fondée sur un motif d'intérêt général, quitte à être sur ce point allusif¹⁴.
- 15 L'invocation de l'article 13 de la DDHC – principe d'égalité devant les charges publiques – conduit le juge à formuler un considérant assez similaire, mais adapté à l'objet des finances publiques ; il met en avant un contrôle *in concreto* par lequel il décèle généralement l'objectif d'intérêt général de la disposition législative contestée, dont il exige par ailleurs qu'elle applique des critères rationnels et objectifs en fonction des buts recherchés¹⁵. Souvent, le moyen tiré de l'atteinte au principe d'égalité est soulevé dans ces deux branches et le juge opère alors un contrôle groupé qui manifeste l'indécision de son fondement constitutionnel.
- 16 **Lois de validation.** Qu'il s'agisse de valider un acte administratif suite à une décision juridictionnelle défavorable ou de neutraliser un contrat, les validations législatives ne peuvent recevoir l'onction constitutionnelle qu'« à la condition de poursuivre un but d'intérêt général »¹⁶ devenu en 2014, sous l'impulsion de la CEDH et du standard du procès équitable, un « motif impérieux d'intérêt général »¹⁷. Le juge constitutionnel se

montre une fois encore permissif à l'égard du législateur qu'il sanctionne rarement sur ce motif, y compris lorsque la loi contestée a pour seul objectif d'aller à l'encontre de la chose jugée par une juridiction suprême¹⁸ ou qu'elle relève manifestement d'un détournement de pouvoir¹⁹. Quand, cas rare, le juge constitutionnel sanctionne le législateur, ce n'est pas sur l'absence d'intérêt général poursuivi par la loi, mais parce qu'il s'est abstenu d'« indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté » – autrement dit parce que la condition de précision de la portée de la validation n'est pas remplie²⁰.

- 17 **Droit de propriété.** L'originalité du contrôle du respect des droits et libertés économiques est qu'il couple systématiquement la condition de l'intérêt général à celle d'un contrôle de proportionnalité. Par une jurisprudence constante, le juge constitutionnel distingue deux fondements constitutionnels, selon qu'il s'agit d'une privation du droit de propriété – article 17 de la Déclaration des droits de l'homme – ou, depuis 2012, d'une « simple » atteinte portée à ce droit – article 2 de la DDHC²¹. Sur le fondement de l'article 17, rarement retenu, le juge constitutionnel contrôle que l'existence d'une nécessité publique légalement constatée exige « évidemment » la privation de propriété qui doit en outre être compensée par l'octroi d'une juste et préalable indemnité²². Le Conseil constitutionnel définit lui-même les conditions de constitutionnalité des autres atteintes portées au droit de propriété par une formule classique selon laquelle « en l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »²³. Selon une méthode désormais rodée, le juge constitutionnel vérifie d'abord que les dispositions contestées sont justifiées par un motif d'intérêt général, puis qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété par rapport aux objectifs poursuivis.
- 18 **Autres droits et libertés économiques.** Pour marquer la spécificité des droits et libertés économiques qui ne sont consacrés qu'à la faveur d'une interprétation extensive de l'article 4 de la DDHC – essentiellement la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle²⁴ –, le juge constitutionnel recourt à la formule selon laquelle « il est loisible » au législateur d'apporter à ces libertés²⁵ des « limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». La formulation du considérant laisse penser que les limitations à ces droits n'ont pas été pensées comme exceptionnelles mais comme une contingence de l'intérêt général²⁶ – haussé, d'ailleurs, au même rang que les exigences constitutionnelles. Toutefois, le contentieux des monopoles permet de mettre en avant l'absence de ligne directrice dans le contrôle de l'objectif poursuivi : la même année, le Conseil constitutionnel a validé le monopole des paris hippiques au profit du PMU et confirmé la suppression du monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navire, en se fondant, dans les deux cas, sur l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur²⁷.

2) Portée de l'intérêt général et variabilité de l'intensité de son contrôle

- 19 Le recours formaté à l'intérêt général dans la définition de certains droits et libertés ne doit pas masquer sa portée incertaine dans le contrôle de constitutionnalité de la loi. Même lorsqu'il est rattaché à une liberté ou un droit particulier, l'invocation de l'intérêt général ne recoupe pas de situations précises ni univoques et aucun critère

objectif n'est élaboré par le Conseil constitutionnel lorsqu'il détermine si la disposition législative contestée répond ou non à un motif d'intérêt général. En outre, dès lors que la notion d'intérêt général ne figure pas dans le bloc de constitutionnalité et ne fait l'objet d'aucune définition législative, sa valeur normative demeure indéterminée. En revanche, *l'objectif d'intérêt général* que doit poursuivre le législateur lorsqu'il porte atteinte aux droits et libertés revêt bien, lui, la valeur que le juge constitutionnel lui accorde en fonction de l'étendue de son contrôle. Celle-ci varie : lorsqu'il se contente de repérer, parfois de deviner, dans le texte de la loi ou les travaux préparatoires, l'objectif qui justifie la mesure restrictive sans en vérifier le caractère d'intérêt général, il ne lui accorde, par la force des choses, qu'une valeur législative. Le juge constitutionnel peut également ajouter une exigence de proportionnalité au contrôle de l'objectif d'intérêt général : en vérifiant que l'atteinte au droit ou à la liberté n'est pas disproportionnée à l'objectif poursuivi, il ouvre son contrôle à une appréciation de l'adéquation des moyens aux fins et en renforce ainsi l'intensité. Mais il peut également choisir, plus explicitement, de faire de l'intérêt général une norme constitutionnelle. Il vérifie alors que le législateur a bien été guidé par l'objectif d'intérêt général et que la mesure qu'il a prise à cet effet assure bien une conciliation « qui n'est pas manifestement déséquilibrée » entre le principe de la liberté d'entreprendre et cet objectif élevé au rang d'« objectif à valeur constitutionnelle » que constitue par exemple la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale²⁸ ou la prévention des atteintes à l'ordre public²⁹. Dans ce cas, donc, le contrôle de l'intérêt général se présente comme une conciliation entre des normes de valeur équivalente : un droit ou une liberté constitutionnellement garantis d'un côté, une norme constitutionnelle de l'autre.

- 20 Valérie Goesel-Le Bihan a cherché à établir une échelle de valeur normative de l'intérêt général dans le contrôle de constitutionnalité de la loi³⁰. Elle relie les différents degrés d'intensité du contrôle à l'importance que le juge constitutionnel accorde aux droits et libertés : l'objectif à poursuivre est réduit à un simple intérêt général lorsque le droit ou la liberté revêt une importance moindre ; il constitue un motif de valeur constitutionnel lorsqu'il justifie des atteintes à des libertés (plus) fondamentales. Cette entreprise de systématisation se heurte au caractère erratique de la variation de l'intensité du contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur pour lequel il est impossible de trouver une logique fiable. Le plus souvent, quel que soit le droit ou la liberté concerné, le juge constitutionnel se limite à constater la présence explicite du motif d'intérêt général dans le dispositif législatif contesté et décide de s'en tenir à la qualification du législateur.
- 21 Ainsi toutes les finalités d'intérêt général ne se valent-elles pas. La notion apparaît comme un mot-valise, un réceptacle qui prend la valeur du contenu qu'il renferme. Bien que la notion soit le plus souvent rattachée formellement à un droit ou liberté spécifique et semble participer au contrôle de la disposition législative, l'invocation de l'intérêt général constitue une zone floue de ce contrôle qui ne semble répondre à aucune logique systématique autre que celle de l'opportunisme politique. Il prend dès lors les allures d'un levier politique laissé à la libre appréciation du législateur.

B. La loi au-dessus des droits : l'intérêt général comme argument politique aux mains du législateur

- 22 Le contrôle de l'intérêt général est celui du but légitime poursuivi par le législateur. Parce qu'il se trouve aux confins de l'appréciation de l'opportunité même de la loi, c'est-à-dire aux confins du politique, le juge constitutionnel s'abstient autant qu'il peut d'exercer effectivement ce contrôle. Il laisse donc la pleine détermination de l'intérêt général au législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits substantiels – principe d'égalité, droit au recours (1) ; lorsque sont en jeu des intérêts économiques, il se contente de puiser dans les considérations factuelles mises au jour par le législateur pour légitimer l'action législative (2).

1) Intérêt général du législateur, désintérêt général du Conseil

- 23 L'objectif poursuivi par le législateur ne devrait pas être autre que l'intérêt général et il semble bien en effet que cette présomption irrigue la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La simple invocation d'un « intérêt général » par le législateur paraît suffire à justifier des limitations aux libertés concernées, *a fortiori* quand ces limitations sont la conséquence de la mise en œuvre d'une politique publique.
- 24 S'agissant par exemple du contrôle de la loi au regard du principe d'égalité, le Conseil reprend généralement à son compte, minutieusement, les motifs de la loi tels qu'ils ont été mis en avant par le législateur dans les travaux préparatoires pour juger de la conformité constitutionnelle de la disposition législative³¹. En matière fiscale (art. 13 de la DDHC), par exemple, emblématique des choix gouvernementaux, le juge constitutionnel met généralement en avant, sans toutefois les contrôler, les arguments de communication affichés par Bercy pour justifier une atteinte au principe d'égalité. La poursuite de l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales apparaît comme un but légitime par excellence dont la seule invocation constitue dès lors un blanc-seing pour toute différence de traitement en matière fiscale³². Indépendamment même de ce joker commode, le juge constitutionnel refuse explicitement de contrôler si les mesures fiscales permettent effectivement d'atteindre l'objectif d'intérêt général avancé par le législateur ; il se borne à porter son appréciation sur le caractère objectif et rationnel du critère fondant la différence de traitement³³. Et lorsqu'il choisit de censurer la loi, il évite de le faire sur le fondement de l'intérêt général et s'appuie sur des éléments plus objectifs. Il juge ainsi, soit que « la différence de traitement [...] est sans rapport avec l'objectif » avancé par le législateur³⁴, soit que la raison invoquée n'est pas « de nature à justifier la différence de traitement »³⁵ et ne se prononce pas sur le caractère ou non d'intérêt général de l'objectif poursuivi. Dans tous les cas, il refuse d'opérer un contrôle au fond de la condition d'intérêt général.
- 25 Sans compter que le recours à l'intérêt général paraît dans ce cas en lui-même largement discutable – peut-il y avoir un intérêt général à purger une irrégularité qui serait autrement sanctionnée par le juge ordinaire ? –, le juge constitutionnel admet l'usage de la validation législative pour faire passer les choix politiques du législateur. Malgré l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle à la faveur du juge européen, la condition du « motif d'intérêt général suffisant » devenu « impérieux motif d'intérêt général » n'est en fait que partiellement contrôlée : là encore, le juge n'apprécie pas la

réalité de la finalité des dispositions législatives contestées, mais se limite à constater la présence d'un but d'intérêt général dans les motifs de la loi et déplace son contrôle sur la vérification de ce que la portée de la validation est bien strictement définie³⁶. Aussi, l'évolution terminologique qui aurait pu apparaître comme une avancée pour la protection des droits, relève plutôt, pour certains auteurs, d'une stratégie de réaffirmation du pouvoir du juge constitutionnel face à un juge ordinaire susceptible d'activer le contrôle de conventionnalité³⁷. Dans les quelques cas de censure, le juge constitutionnel demeure réticent à sanctionner le dispositif législatif sur le motif d'intérêt général, consacrant ainsi un véritable « sauvetage législatif »³⁸.

- 26 Mais il arrive également que, tout en maintenant un contrôle minimaliste des motifs législatifs, le juge constitutionnel choisisse de mettre en avant l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi pour en justifier sa conformité à la Constitution. C'est le cas lorsque l'atteinte aux droits résulte directement d'une politique mise en avant par les pouvoirs publics. Ainsi, c'est en se fondant sur la lutte contre le terrorisme, motif d'intérêt général suffisant, que le Conseil a validé la loi relative à la déchéance de nationalité, alors même qu'elle opérait une distinction entre les personnes jouissant de la nationalité française par la naissance et celles l'ayant acquise – seules les secondes pouvant être déchues de leur nationalité³⁹. De même, dans sa décision relative à la loi de pénalisation des clients de la prostitution, pour écarter sans motivation l'ensemble des moyens et notamment celui tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre, le Conseil souligne que le législateur a « entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre [l]es formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions »⁴⁰. L'élévation au niveau constitutionnel de l'objectif d'intérêt général de sauvegarde de l'ordre public renforce ici la justification de l'atteinte flagrante portée à la liberté d'entreprendre par une loi qui sanctionne le client d'une activité déclarée par ailleurs licite.
- 27 Cantonné à sa position de principe selon laquelle il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement, le juge constitutionnel, dans son contrôle de l'intérêt général, reste donc subordonné aux motifs de la loi, notamment lorsque la disposition contestée manifeste l'affirmation de choix politiques gouvernementaux. En recentrant son contrôle sur des critères peut-être plus objectifs, mais surtout moins substantiels, il évite ainsi de s'immiscer dans des débats politiques. La condition d'intérêt général devient alors pour lui une technique d'autolimitation par laquelle il s'abstient d'apprécier la réalité du motif ayant justifié l'atteinte à un droit ou une liberté. Au risque de faire de l'intérêt général un véritable « passe-droit » – au sens littéral du terme – pour le législateur, le juge perd alors l'occasion d'exercer un contrôle approfondi des atteintes d'opportunité portées aux droits et libertés pourtant matriciels que sont le principe d'égalité et le droit au recours. Plus protecteur de la loi que des droits fondamentaux⁴¹, le Conseil contrevient, ce faisant, aux objectifs assignés à la QPC.

2) Un intérêt général bien particulier en matière de protection des libertés économiques

- 28 Comme pour les autres droits et libertés, et malgré l'histoire des libertés économiques pour lesquelles l'intérêt général a constitué une condition même de leur reconnaissance, le contrôle de l'objectif d'intérêt général apparaît comme une simple

formalité dans le contentieux économique. Dans ce cas, le Conseil donne à chaque fois une portée si précise à l'intérêt général qu'il semble justifier la disposition législative par la seule existence d'une situation de fait particulière. Hormis les cas d'expropriation où l'article 17 de la DDHC est invoqué⁴², toute finalité d'intérêt public semble ainsi pouvoir fonder une atteinte au droit de propriété⁴³. Parfois même, le motif rapporté, loin d'être général ou public, semble davantage relever d'un intérêt privé⁴⁴. L'intérêt général comme justification aux atteintes portées au droit de propriété semble alors réduit à l'énonciation de simples généralités factuelles, si bien que certains auteurs ont pu dire que la loi mettait la propriété au service de l'intérêt général⁴⁵.

- 29 Dans le cadre du contrôle des atteintes portées à la liberté d'entreprendre, également, le juge s'appuie sur des considérations de fait pour identifier l'intérêt général poursuivi par le législateur. Une telle démarche lui permet par exemple de valider certains monopoles institués par la loi. Pour justifier l'atteinte à la liberté d'entreprendre que constitue un monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie, le Conseil déduit implicitement l'intérêt général de l'insularité et des « besoins d'approvisionnement du marché local »⁴⁶. A plus d'un titre, la décision est critiquable. Outre qu'on peut sérieusement douter qu'une situation de monopole soit le meilleur moyen de répondre aux besoins d'approvisionnement de la population, le Conseil fonde les critères de l'intérêt général sur les particularités économiques locales. Or, par définition, l'intérêt général ne peut se limiter à une zone géographique ou une situation particulières. De même, le juge constitutionnel a été amené à se prononcer sur des dispositions législatives qui, en permettant une réservation immédiate des VTC au moyen de dispositifs électroniques mobiles, étaient susceptibles de remettre en cause le monopole des taxis sur le marché de la maraude⁴⁷. Le juge considère d'abord que le législateur a poursuivi « des objectifs d'ordre public, notamment de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique », justifiant le monopole de la maraude dont jouissent les taxis. Puis, il développe laconiquement un raisonnement pratico-pratique fondé sur chacune des activités économiques et leurs privilèges respectifs : d'un côté, l'activité des VTC sur réservation préalable ne porte aucune atteinte à la liberté d'entreprendre des taxis (cons. 9) ; de l'autre, les taxis qui ont droit de stationner « en quête de clients », contrairement aux VTC, ne portent pas atteinte à la liberté d'entreprendre des VTC, « au regard des objectifs d'ordre public poursuivis » (cons. 10). Ce raisonnement partiel se limite à apprécier si l'octroi d'un privilège à une catégorie économique ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre de celle qui n'en bénéficie pas. Ainsi, le recours toujours pragmatique et factuelle à l'intérêt général dans le cadre des atteintes à la liberté d'entreprendre a pu faire dire à certains auteurs qu'il instituait un « paravent d'intérêts corporatifs »⁴⁸.
- 30 Présenté comme une condition de constitutionnalité de la loi⁴⁹, l'intérêt général est en fait bien souvent un instrument de légitimation des atteintes qu'elle porte aux droits et libertés. Soit qu'il contourne la difficulté en appréciant des éléments plus objectifs, soit qu'il reprend à son compte l'argumentaire législatif sans motivation, soit encore qu'il fonde pragmatiquement l'intérêt général sur des situations de fait particulières, le juge constitutionnel valide l'objectif avancé par le législateur. Ainsi, son refus d'émettre sur les finalités législatives une appréciation, même juridique, susceptible de remettre en cause les choix politiques, le faible nombre de censures et l'absence généralisée de motivation des décisions sur ce point – et alors même que les moyens soulevés ont par hypothèse préalablement passé le filtre des juridictions suprêmes – mènent à conclure

à une absence de contrôle effectif de l'intérêt général : il est une réserve à la mission du juge constitutionnel de protection des droits et libertés.

- 31 L'explication se trouve dans une conception classique de la représentation : la loi est l'expression de la volonté générale ; à ce titre, elle est la plus à même de retranscrire les intérêts, les valeurs ou les objectifs partagés par l'ensemble des membres de la société à un moment donné. La posture de retenue juridictionnelle du Conseil se fonde ainsi sur une volonté de neutralité de juges non élus et politiquement irresponsables. Toutefois, parce qu'une décision suppose nécessairement des choix de valeur, une telle posture n'est pas dénuée d'effets : elle contribue à asseoir une certaine conception de l'intérêt général.

II-L'intérêt général : vecteur d'« économicisation » de la QPC

- 32 Alors même que l'inclusion de l'intérêt général dans la définition des grandes libertés économiques aurait dû conduire le juge constitutionnel à renforcer la notion d'intérêt général dans sa fonction de limite aux libertés économiques, le contentieux constitutionnel économique a contribué, paradoxalement, à un affaiblissement de la notion telle qu'elle a constitué le fondement du droit public français. Le Conseil constitutionnel a au contraire contribué à façonner un nouvel intérêt général qui, autour de la notion d'ordre public économique, mobilise l'ensemble des considérations d'ordre économique (A). Par cette redéfinition qui réduit l'intérêt général à tout intérêt jugé légitime et contribue ainsi à sa banalisation, c'est tout un changement de philosophie qui s'opère (B).

A. La surdétermination des enjeux économiques

- 33 La montée en puissance des enjeux et considérations économiques dans le contrôle de constitutionnalité a opéré à la faveur d'un effacement de la condition d'intérêt général au profit de la mise en œuvre d'une forme de proportionnalité des moyens aux fins poursuivies (1) Le nouveau cadre normatif du contrôle des atteintes aux libertés économiques se matérialise par la consécration d'un ordre public économique à partir duquel sont appréciées les finalités de la loi (2).

1) Du contrôle des fins au contrôle des moyens : l'effacement du contrôle du motif d'intérêt général au profit de la proportionnalité des atteintes portées aux libertés économiques

- 34 Le juge constitutionnel a intégré une exigence de proportionnalité dans son contrôle des atteintes portées aux libertés économiques. S'agissant du droit de propriété, contrairement à ce qu'annonce le considérant de principe, le contrôle se limite le plus souvent à un contrôle de la disproportion de la mesure aux fins poursuivies⁵⁰ – à l'inverse du contrôle opéré par la Cour européenne qui vérifie concrètement la proportionnalité du dispositif législatif⁵¹. Malgré des considérants de principe différents⁵², le contrôle que le juge constitutionnel opère sur le fondement de l'article 2 de la DDHC – droit de propriété – et de l'article 4 de la DDHC – liberté d'entreprendre entre autres – est donc de même nature. Cet apparent manque de rigueur quant à la

détermination de l'intensité du contrôle permet toutefois de laisser au juge constitutionnel une certaine marge de manœuvre. A cet égard, la liberté d'entreprendre a connu une évolution dans le sens d'un renforcement du contrôle du juge⁵³. Les limitations apportées par la loi doivent désormais être « liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »⁵⁴. Outre la suppression de la référence au caractère « ni général, ni absolu » de la liberté d'entreprendre, le renvoi explicite à une condition de proportionnalité de l'atteinte entraîne un renversement de la logique du recours à l'intérêt général dans le contentieux économique. En principe, par ce nouveau considérant, le juge constitutionnel s'engage à contrôler les motifs avancés par le législateur pour encadrer les activités économiques et à censurer les atteintes disproportionnées au regard de tels motifs. Pourtant, comme cela a été montré, il refuse de contrôler la réalité du caractère d'intérêt général des motifs présentés par le législateur. Se produit alors un déplacement dans l'examen de la disposition législative, des motifs à la proportionnalité de l'atteinte. Le juge constitutionnel va rechercher, à partir du dispositif législatif, le seuil au-delà duquel l'atteinte est jugée inconstitutionnelle. C'est donc hors des motifs de la loi et au regard de la gravité de l'atteinte à la liberté économique que l'intérêt général sera jugé suffisant ou non. A partir d'un contrôle concret du dispositif législatif pour mesurer le caractère disproportionné ou non des atteintes portées aux libertés économiques, le juge trouve les éléments lui permettant de conclure, par exemple, à la méconnaissance ou au respect du droit de propriété⁵⁵ ou de la liberté d'entreprendre⁵⁶.

- 35 Sans prendre position sur les motifs de la loi, le Conseil ouvre ainsi une brèche vers un contrôle effectif des atteintes aux libertés économiques. Par le biais de l'exigence de proportionnalité de la mesure, il trouve en effet un moyen d'approfondir son contrôle. Cela ne le conduit pas nécessairement à censurer davantage la loi, mais il a désormais une variable d'ajustement de son contrôle de constitutionnalité en matière économique. La constitutionnalisation de certains objectifs d'intérêt général le conduit toutefois à maintenir un contrôle restreint à la disproportion manifeste⁵⁷. C'est le cas, par exemple, en matière de protection de la santé, où le juge se limite à vérifier que le législateur a bien opéré une conciliation entre la liberté d'entreprendre et la norme constitutionnelle qui n'est pas « manifestement disproportionnée »⁵⁸. Si, par l'exigence de proportionnalité, le contrôle des libertés économiques s'est approfondi, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel demeure maître de la fixation du seuil au-delà duquel l'atteinte commise est inconstitutionnelle. Cette appréciation discrétionnaire sera fonction des enjeux politiques sous-jacents à la disposition législative⁵⁹.
- 36 Alors qu'il est présenté comme une exigence distincte, le contrôle de l'objectif poursuivi se fonde dans le contrôle de la proportionnalité des atteintes portées aux libertés économiques. Parce qu'elle lui permet de contourner sa réticence à apprécier les objectifs poursuivis par le législateur en opérant directement une sorte de bilan coût-avantage entre les atteintes aux droits et libertés et ces objectifs, cette absorption de la condition d'intérêt général contribue à un renforcement de la protection des droits et libertés économiques. Elle contribue aussi indirectement à déplacer le centre des enjeux du contrôle de constitutionnalité vers des impératifs d'ordre économique.

2) D'un intérêt général économique à la consécration de l'ordre public économique

- 37 Lorsque le moyen tiré d'une atteinte à une liberté économique est soulevé, l'objectif d'intérêt général est substantiellement converti en un intérêt économique, bouleversant les équilibres du contrôle de la QPC.
- 38 Le Conseil constitutionnel reconnaît qu'un intérêt financier est susceptible de constituer un objectif d'intérêt général justifiant une atteinte aux droits et libertés. Dans le sens d'une généralisation de la logique de rendement dans le secteur public, l'utilisation optimale des ressources publiques recherché par le législateur est un objectif d'intérêt général valable pour le Conseil constitutionnel. En contradiction sur ce point avec la Cour européenne, il reconnaît même qu'en mettant un terme à un important contentieux, une validation législative permettant de « prévenir les importantes conséquences financières qui en auraient résulté pour l'État » est justifiée par un motif impérieux d'intérêt général⁶⁰.
- 39 Le Conseil constitutionnel ouvre également l'intérêt général aux considérations économiques dans des domaines qui constituent pourtant le cœur de l'action publique. De façon approximative, il juge, par exemple, que les dispositions qui, attribuant des compensations financières aux communes au titre du transfert de l'instruction des demandes de cartes nationales d'identité et de passeports, viennent mettre fin aux contentieux en cours, poursuivent un objectif d'intérêt général « eu égard aux relations financières entre l'État et les collectivités territoriales »⁶¹. La détermination du caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par le législateur semble ainsi être déduite des équilibres financiers existants entre l'État et les collectivités territoriales tels qu'ils sont préalablement déterminés par le législateur.
- 40 Plus franchement encore, il estime qu'en soumettant à autorisation préalable – qui peut être accordée à titre onéreux – l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, le législateur, qui a « entendu permettre la valorisation économique du patrimoine », a poursuivi un but d'intérêt général⁶². À côté et au même titre que la protection des biens du patrimoine culturel⁶³, le juge dégage un nouvel objectif d'intérêt général de nature économique attaché à la gestion par l'État de ses biens, susceptible de limiter la liberté d'entreprendre, le droit de la propriété intellectuelle et le principe d'égalité. La réalisation de l'intérêt général se dilue ainsi dans l'intérêt financier de l'action publique qui, à lui seul, va permettre de justifier une atteinte aux droits.
- 41 Plus encore, le juge constitutionnel admet explicitement que l'intérêt financier des personnes privées est aussi susceptible de constituer un objectif d'intérêt général. Le législateur a bien poursuivi cet objectif lorsque, par exemple, il a contribué à « éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise »⁶⁴, permis « la poursuite de l'activité de l'entreprise »⁶⁵, « la continuation de l'entreprise » ou le « désintéressement des créanciers »⁶⁶. Il reconnaît également que poursuivent un impérieux motif d'intérêt général les dispositions législatives qui viennent valider des conventions au prétexte que ces validations permettent de prévenir les conséquences financières non seulement pour un établissement public⁶⁷, mais également pour les entreprises privées susceptibles de les faire se répercuter chez les consommateurs⁶⁸.
- 42 Le fait que l'intérêt général, compris comme une limite à l'exercice des libertés économiques, s'incarne dans un intérêt financier, entrepreneurial, commercial ou tout simplement privé conduit nécessairement à une évolution du contrôle du juge

constitutionnel : son champ d'analyse se cantonne progressivement à des enjeux strictement économiques, comme l'atteste la reconnaissance d'un « ordre public économique » dont la préservation, à elle seule, constitue un objectif d'intérêt général⁶⁹. Faire référence à un ordre public économique, c'est concevoir qu'il existe un espace, une sphère d'intérêts strictement économiques qui justifie un ensemble de règles spécifiques, aujourd'hui matérialisé par le droit de la concurrence⁷⁰. La poursuite par le législateur d'un fonctionnement optimal de l'économie doit pouvoir justifier des restrictions aux droits, notamment économiques. C'est ainsi qu'un certain nombre d'intérêts (macro)économiques accèdent au statut d'intérêt général, comme le fait de « favoriser la création et le développement des entreprises »⁷¹, de « renforcer, d'une part, le respect des règles assurant la loyauté dans les relations entre la société et ses membres, ainsi qu'entre ses membres et, d'autre part, la transparence des marchés »⁷², ou bien, de façon plus significative encore, d'« assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé »⁷³ ou de « favoriser la libre concurrence et la liberté d'entreprendre »⁷⁴.

- 43 Le Conseil constitutionnel se refusant à contrôler la pertinence économique de l'objectif poursuivi par le législateur⁷⁵, ces intérêts peuvent tout aussi bien poursuivre des visées interventionnistes⁷⁶. Quitte à sacrifier la libre concurrence, il juge ainsi que poursuit un objectif d'intérêt général la mesure qui impose une fermeture hebdomadaire des établissements de commerce⁷⁷ ou interdit le travail de nuit⁷⁸, celle qui fait « cesser des pratiques restrictives de concurrence » quitte à s'immiscer dans les rapports contractuels entre partenaires commerciaux⁷⁹, ou encore celle qui encadre la tarification d'actes de biologie médicale⁸⁰. Le Conseil constitutionnel précise même que l'objectif de préservation de l'ordre public économique implique que le montant des sanctions fixées par la loi pour réprimer les pratiques anticoncurrentielles soit suffisamment dissuasif⁸¹.
- 44 Aussi le champ d'application de l'ordre public économique recouvre-t-il des formes variées, conduisant le juge constitutionnel à conditionner la constitutionnalité des atteintes aux libertés économiques à des intérêts ou des principes d'ordre économique. Le plus souvent, son contrôle aboutit à une validation des objectifs poursuivis par le législateur, que ceux-ci s'inscrivent dans une représentation libérale ou plutôt interventionniste de l'économie. Toutefois, la détermination économique de l'intérêt général le conduit également à se poser en défenseur de la liberté d'entreprendre et à écarter les objectifs retenus par le législateur comme ne constituant pas un motif d'intérêt général⁸².
- 45 Cette position hégémonique des enjeux et impératifs économiques dans l'appréciation des objectifs d'intérêt général a des conséquences sur la nature même du contrôle qu'opère le juge sur les atteintes aux libertés économiques. Celui-ci ne consiste plus en une recherche du juste équilibre entre l'intérêt privé et l'intérêt public, l'opposition entre les deux s'estompant. La métamorphose de l'intérêt général devant le juge constitutionnel a déplacé le contrôle dans une sphère strictement économique. Susceptibles d'être limitées par l'exigence de la poursuite de l'intérêt général, les libertés économiques ne le sont plus dès lors que cet intérêt est devenu lui-même essentiellement économique. Parce que l'intérêt général emprunte les mêmes arguments que les droits et libertés qu'il entend limiter, les normes de référence du contrôle se déplacent et le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur disparaît au

profit d'une conciliation entre divers intérêts privés pour laquelle le Conseil se pose en arbitre.

- 46 L'extension du domaine économique dans le contentieux de la QPC ne résulte donc pas d'un développement exponentiel des droits et libertés économiques, mais plus insidieusement d'une reconnaissance extensive d'autres normes de droit économique servant de référence au juge dans son contrôle de constitutionnalité. L'infiltration des impératifs économiques se fait en sous-marin, par le biais de l'intérêt général. Cette « économicisation » du contentieux constitutionnel qui doit être mise en résonance avec la montée en puissance des libertés économiques en QPC⁸³, s'inscrit dans un mouvement plus général de privatisation de l'intérêt général.

B. La privatisation de l'intérêt général

- 47 Si, en matière économique notamment, la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur cède le pas à d'autres impératifs économiques... que reste-t-il de l'intérêt général dans le cadre de la protection des droits et libertés ? Capté hier par sa dimension économique plutôt que politique ou sociale (1), l'intérêt général semble aujourd'hui pouvoir servir l'« écologisation » du contentieux constitutionnel (2).

1) De la préservation de l'ordre politique et social à la préservation de l'ordre économique

- 48 La redéfinition de l'intérêt général par le juge constitutionnel dans le cadre de la QPC a permis de contourner l'obstacle constitué par sa référence de principe dans le contentieux économique. Si le mot demeure, la substance n'est plus la même : l'intérêt général n'a pas, dans le cadre du contrôle des libertés économiques, la portée philosophique qu'on entend habituellement lui donner en droit public. Pour Elizabeth Zoller, les diverses conceptions de l'intérêt général induisent des nuances dans la séparation entre les sphères publique et privée. Contrairement au libéralisme – entendu au sens politique du terme – le républicanisme envisage l'intérêt général non comme la somme des intérêts individuels, mais comme la somme des intérêts que les membres de la société ont décidé de mettre en commun par un acte de volonté – un contrat social. L'intérêt général est alors le reflet des enjeux sociétaux d'une société donnée à un moment donné et repose sur un fonds commun de représentations partagées auquel le juge fait écho. Cette dernière conception, au fondement du droit public français, marque ainsi une nette opposition avec la sphère privée⁸⁴. Pourtant, cette spécificité de l'intérêt général tend à disparaître, comme le montre, à l'instar de l'étude du contentieux administratif⁸⁵, celle du contentieux constitutionnel. Le curseur du contrôle du juge constitutionnel s'est déplacé vers une communauté d'intérêts et d'enjeux économiques contribuant à redéfinir la philosophie de l'intérêt général dans le sens d'un affaiblissement de son caractère originellement « transcendantal » et au détriment d'autres considérations.
- 49 Tel qu'il est dessiné par le contrôle du juge constitutionnel en QPC, l'intérêt général rend compte ainsi d'une certaine conception de l'intervention publique. Celle-ci n'est plus exigée pour la satisfaction des besoins de la population – service public –, mais seulement pour la préservation d'un ordre public sécuritaire – police administrative – et désormais pour la défense d'un ordre public économique, comme le montre l'émergence de la notion même dans le contentieux constitutionnel. Si l'absorption des

enjeux économiques n'est donc pas, en elle-même, contraire à l'intervention de l'État, elle en modifie la mission, au point d'induire un changement de paradigme : de l'État gendarme à l'État providence, l'intérêt général semble aujourd'hui illustrer la présence d'un État régulateur⁸⁶. La contrainte publique légitime pesant sur les libertés économiques a pour seul objectif de réaliser l'équilibre du système économique en promouvant les nécessités du marché⁸⁷.

- 50 Toutefois, l'enjeu n'est plus seulement ici la nature de l'intervention de l'État : la prédominance économique du contentieux constitutionnel en QPC bouleverse l'équilibre des droits et libertés. Car cette nouvelle facette de l'intérêt général à poursuivre est opposable non seulement aux personnes publiques, mais également aux personnes dont les droits et libertés sont mises en cause. La surdétermination économique du contrôle de la QPC entraîne une reconfiguration du contrôle des atteintes aux droits fondamentaux. En outre, lorsque, notamment en matière de protection des libertés économiques, le juge constitutionnel fait prévaloir la dimension économique et financière de l'intérêt général, il invisibilise toute une série d'enjeux qui auraient pu apparaître comme autant d'autres contraintes publiques. A cet égard, on ne peut qu'être surprise que l'étude des décisions faisant référence à la notion d'intérêt général n'ait jamais fait ressortir celle de service public, pourtant si proche dans l'horizon du droit public. Si, au moment où est née l'institution, le service public avait déjà largement perdu de sa superbe⁸⁸, l'instauration du contrôle *a posteriori* aurait toutefois pu, dans le cadre de la reconnaissance des droits des personnes morales de droit public par exemple, mais surtout à côté des exigences du marché, faire émerger des objectifs ou des droits fondés sur l'existence d'une sphère de besoins devant être soustraits aux préoccupations marchandes. Aussi la dimension sociale de l'intérêt général est-elle réduite à peau de chagrin⁸⁹.
- 51 Ce constat est révélateur des intérêts que le Conseil constitutionnel entend – ou plus vraisemblablement *peut* – promouvoir. Outre le fait qu'elle est limitée par le cadre et les conditions de la saisine, l'introduction de la QPC a permis aux entreprises d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel pour y développer « des moyens de mobiliser un argument économique dans le but de “capter” des phénomènes qui dépassent le raisonnement juridique *stricto sensu* »⁹⁰. Aussi tous les intérêts ne sont-ils pas égaux en QPC. Portés par des entreprises de plus en plus nombreuses à utiliser cette voie de droit directement ou indirectement – par le biais, notamment, des contributions extérieures – les intérêts économiques se sont imposés dans le débat de la constitutionnalité des lois⁹¹, leur capacité à modeler l'intérêt général suscitant l'inquiétude de certains auteurs⁹². Il est à noter, en outre, que la nature politique du Conseil constitutionnel, qui n'a pas été remise en cause par l'instauration de la QPC⁹³ ainsi que les rapports informels qu'entretient l'institution avec le secteur privé⁹⁴ amplifient cette réceptivité aux intérêts économiques. Dans le même sens, si c'est bien à la loi, expression de la volonté générale, qu'il appartient de déterminer les fins d'intérêt général⁹⁵, la perte de qualité de celle-ci maintes fois dénoncée ainsi que l'influence des groupes d'intérêts ou lobbys dans le processus de sa formation contribuent également à remettre en cause sa légitimité. Ainsi, censé transcender l'ensemble des intérêts particuliers selon la conception républicaine qui prédomine en France, la fabrique de la loi et aujourd'hui la procédure du contrôle *a posteriori* appréhendent davantage l'intérêt général comme un intérêt particulier qui se serait politiquement imposé » en raison de la puissance de ses

représentants privés »⁹⁶ et il n'est donc pas forcément représentatif de la volonté générale.

- 52 La neutralité qu'oppose le Conseil constitutionnel à un contrôle véritable de l'intérêt général ne peut donc être pensée comme une simple répercussion du jeu démocratique car elle n'est pas sans produire d'effets⁹⁷. La retenue dans l'appréciation des objectifs poursuivis par le législateur participe d'une tendance à l'absorption des considérations économiques sur toute autre. Elle contribue, par un effet de loupe, à mettre la lumière sur ces considérations et construit ainsi la surdétermination économique de l'intérêt général. S'il est difficile de montrer que le Conseil constitutionnel privilégie une conception orientée de l'économie politique, sa déférence vis-à-vis de la rationalité économique de la loi a un impact politique direct. Par le biais de la QPC et l'effet performatif de ses décisions, le juge constitutionnel contribue à la diffusion d'une analyse économique du droit : la rationalité économique devient source normative⁹⁸. La QPC contribue ainsi à mettre le droit au service de l'économie.
- 53 Un tel constat n'empêche toutefois pas d'imaginer que la malléabilité de l'intérêt général puisse aussi servir des finalités autres qu'économiques. C'est sur cette note d'optimisme que nous voudrions conclure.

2) L'environnement, nouvelle dimension de l'intérêt général en QPC ?

- 54 Opposable aux acteurs publics comme privés, l'intérêt général intègre désormais des préoccupations environnementales. Le paradigme néolibéral ayant montré ses limites et la QPC ayant fait l'objet d'une appropriation par les acteurs de l'écologie selon les mêmes moyens que les porteurs d'intérêts économiques, il n'est pas complètement utopique de penser que l'intérêt général pourrait demain, notamment comme limitation à la liberté d'entreprendre, servir de vecteur d'« écologisation » du contentieux constitutionnel.
- 55 Dès les débuts de la QPC, le juge constitutionnel reconnaît, au nom de l'intérêt général, « la préservation du milieu aquatique » comme objectif de nature à justifier le retrait ou la modification, sans indemnité, des autorisations délivrées par l'État au titre de la police des eaux. Il n'est pas encore question de justifier, par cet objectif, une éventuelle atteinte à la liberté d'entreprendre – le moyen avait été soulevé – et le « but d'intérêt général » d'ordre écologique n'a pu être mis en avant qu'à la faveur d'une association bigarrée avec d'autres considérations relevant de l'ordre public matériel – sécurité et salubrité publiques⁹⁹.
- 56 Il faut alors attendre 2013, avec une décision sur le gaz de schiste, pour voir émerger un but d'intérêt général – vraiment général – d'ordre écologique. Le juge constitutionnel y admet que l'interdiction de recourir à des forages pour rechercher ou exploiter des hydrocarbures sur le territoire national poursuit un but d'intérêt général de protection de l'environnement justifiant une restriction à la liberté d'entreprendre, tout en vérifiant que celle-ci n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi¹⁰⁰. Toutefois, il est ambivalent quant à la portée d'un tel objectif dans sa confrontation avec la liberté d'entreprendre. Par exemple, alors que le législateur avait avancé un objectif de réduction de la pollution atmosphérique, il écarte la loi habilitant le pouvoir réglementaire à fixer les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois en jugeant que l'atteinte ainsi causée à la liberté d'entreprendre n'est pas justifiée par un motif

d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi¹⁰¹. De même, s'il juge conforme à la Constitution l'interdiction de l'importation et de la mise sur le marché national de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A., il juge en revanche contraire à la liberté d'entreprendre l'interdiction de sa fabrication et de son exportation¹⁰². Ici, c'est donc la circonscription aux frontières nationales de l'objectif de santé publique qui conduit le juge à prononcer une décision de non-conformité partielle.

- 57 Dans une décision datant de 2019 clôturant un certain nombre de péripéties politiques, le Conseil constitutionnel valide une disposition excluant l'huile de palme du bénéfice de la taxe d'incitation sur les biocarburants en reconnaissant cette fois une portée mondiale à l'objectif de protection de l'environnement¹⁰³. En se référant aux travaux préparatoires de la loi, il juge que l'appréciation du législateur quant aux conséquences pour l'environnement de la culture de l'huile de palme « n'est pas manifestement inadéquate au regard de l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement poursuivi ». Même s'il est à noter qu'en l'espèce, c'est l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques (art. 13 C) qui est soulevée et non à la liberté d'entreprendre, et qu'exceptionnellement on n'y trouve aucune référence aux intérêts économiques et commerciaux, cette décision confirme « un tournant » dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁴.
- 58 Par une décision du 31 janvier 2020 validant l'interdiction, à compter du 1^{er} janvier 2022, de la production, du stockage et de la circulation de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées au niveau européen, le Conseil a consacré la valeur constitutionnelle de l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement¹⁰⁵. S'il ne s'attarde pas sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre – dont la reformulation elliptique du considérant de principe a fait disparaître la référence explicite à l'intérêt général –, il déclare sur le fondement du préambule de la Charte de l'environnement que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle ».
- 59 Le rehaussement de l'intérêt général de protection de l'environnement au plus haut rang de la hiérarchie des normes permet au juge de laisser une large marge d'appréciation au législateur pour venir limiter la liberté d'entreprendre qui doit désormais être conciliée avec ce nouvel objectif à valeur constitutionnelle. Le juge précise alors que pour assurer cette conciliation « le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger » et confirme ainsi la portée mondiale – universelle – de la protection de l'environnement¹⁰⁶.
- 60 Ainsi, à l'instar de la lutte contre la fraude fiscale, l'intérêt général a servi de tremplin à la reconnaissance future d'une norme constitutionnelle permettant un contrôle plus ferme des libertés économiques. Il faut toutefois noter qu'il ne s'agit pas de faire émerger un nouveau droit fondamental susceptible de faire l'objet d'une protection particulière par la voie de la QPC, mais de reconnaître l'existence d'enjeux susceptibles de limiter les libertés économiques, autres que ceux résultant d'un ordre public économique. Aussi la notion d'intérêt général, absorbe-t-elle aujourd'hui des contraintes écologiques pour lesquels elle n'avait pas été pensée initialement. Si, comme le suggère un auteur, cette récente prise en compte des préoccupations environnementales par le juge constitutionnel « participe d'une reconfiguration plus

profonde du logiciel idéologique des sages de la rue de Montpensier »¹⁰⁷, il est possible d'espérer qu'à la consécration d'un ordre public économique promouvant les libertés économiques se succède un ordre public environnemental propice à l'émergence de nouveaux droits et libertés à vocation universelle. L'environnement et sa conservation pourraient ainsi devenir, comme en appelle certains auteurs, les figures nouvelles de l'intérêt général¹⁰⁸.

NOTES

1. On peut simplement à cet égard renvoyer à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme selon lequel la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Sur ce point également : G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 162.
2. Par ex. : Conseil d'Etat, « Réflexions sur l'intérêt général », Rapport public, 1999 ; Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, 1977.
3. Excepté le contrôle spécifique du recours à l'expropriation et celui des atteintes portées au principe d'égalité pour lequel il a donné une méthode de contrôle reprise d'ailleurs par le Conseil constitutionnel.
4. Toutefois, dans le sens d'un rapprochement des motifs exigés par le juge constitutionnel pour justifier des restrictions apportées à une liberté économique – en l'occurrence la liberté du commerce et de l'industrie : CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens (RATP)*, n° 348909.
5. On observe une intensification du recours à l'intérêt général dans le cadre de la QPC avec environ 25 % de référence à la notion dans l'ensemble des décisions QPC depuis l'ouverture de la procédure, soit 182 décisions. En comparaison, les références à la notion d'ordre public ou à la lutte contre la fraude sont chacune bien inférieures à 10 %.
6. Autant l'ordre public que la lutte contre la fraude fiscale ou la clarté du débat électoral, par exemple – cf., respectivement, les décisions n° 2015-463 QPC du 9 avril 2015, *M. Kamel B. et a.*, n° 2017-668 QPC du 27 octobre 2017, *Époux B* et n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche !*.
7. Cf. *supra*, note 4. En référence au tableau établi par le groupe de recherche, l'ensemble de tous les autres intérêts collectifs – outre l'intérêt général, l'ordre public et la lutte contre la fraude – ne représente que 10,7 % des décisions QPC.
8. Les chiffres parlent : alors que pour l'ensemble du corpus, plus de 66 % des décisions sont des décisions de conformité, pour les décisions faisant référence à l'intérêt général, ce chiffre monte à plus de 72 %.
9. Par ex. Louis Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2021, §129, p. 146 et s.
10. La décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi relative aux nationalisations*, marque sans aucun doute le point de départ de la constitutionnalisation des droits économiques. Le Conseil constitutionnel, en réponse aux craintes suscitées par les nationalisations engagées par l'État, y avait reconnu que « la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration [de 1789], consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait en elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (Cons. 16).
11. CE, Sect. 10 mai 1974, *Denoyer et Chorques* n° 88032, n° 88148.

12. Cf. par ex. la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*

13. Ou parfois en surplus de la différence de situation : décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe.*

14. Par ex., » En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu tenir compte de la situation particulière de la Guyane et des charges spécifiques auxquelles la collectivité territoriale de Guyane doit faire face en raison des contraintes liées à l'aménagement et au développement de ce territoire et à son contexte économique et social. Le législateur a ainsi établi une différence de traitement justifiée par un motif d'intérêt général et en rapport direct avec l'objet de la loi qui est de déterminer les modalités de répartition du produit de l'octroi de mer. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté. », Décision n° 2016-589 QPC du 21 octobre 2016, *Association des maires de Guyane et autres.*

15. Cf. par ex. la décision n° 2015-466 QPC du 7 mai 2015, *Epoux P.* : « Considérant qu'en vertu de l'article 13 de la Déclaration de 1789, la contribution commune aux charges de la Nation "doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés" ; que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités économiques en appliquant des critères objectifs et rationnels en fonction des buts recherchés » (cons. 4). Le contrôle *in concreto* est en l'espèce particulièrement développé (cons. 5).

16. Selon un considérant constant : « Considérant que, si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie », par ex. décision n° 2011-166 QPC du 23 septembre 2011, *Yannick Noah.*

17. Par ex., décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France.* CEDH, 28 octobre 1999, n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* : « le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 [de la CEDH] s'opposent, *sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général*, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ».

18. Le débat fondamental qu'a suscité l'arrêt *Perruche* pris par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire a conduit le législateur, par une loi dite d'ailleurs « anti-Perruche », à affirmer une position éthique – « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » – ayant pour conséquence directe de remettre en cause la décision prise par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Le juge constitutionnel a relevé « qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des *considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation* » : décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.*

19. Pour sauvegarder le projet de construction par la fondation Louis Vuitton du musée d'art contemporain dans le bois de Boulogne qui avait été mis à mal par une annulation juridictionnelle du permis de construire – TA Paris, 20 janvier 2011, n° 0802827 –, le législateur n'a pas hésité à glisser un « cavalier » législatif dans un projet de loi sur le prix du livre numérique venant consolider le permis de construire. Le Conseil constitutionnel décide de ne pas abroger ces dispositions législatives en considérant que la réalisation sur le domaine public d'un projet de construction privée, « destiné à enrichir le patrimoine culturel national, à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation » répond à un but d'intérêt général suffisant : décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012,

Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne. Sur ce point, cf. F. Rolin, « Il existe un droit constitutionnel du bois de Boulogne ! », *AJDA*, 2012, p. 401.

20. Par ex., décision n° 2010-100 du 11 février 2011, *M. Alban Salim B.*

21. Depuis la décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012 – en remplacement des « limites apportées à son exercice », cf. par ex., décisions n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B.* ou n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.*

22. Par ex., décision n° 2014-426 QPC du 14 novembre 2014, *M. Alain L.* En l'espèce, la privation de propriété entraînée par les dispositions contestées n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général.

23. Par ex. la décision précitée n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012.

24. Il est également à noter que le Conseil constitutionnel consacre de façon épisodique, également sur le fondement de l'article 4 de la DDHC, des droits et libertés non économiques auxquels le législateur peut apporter des limitations « justifiées par l'intérêt général » selon un considérant de principe similaire à celui formulé pour les libertés économiques. Pour la liberté de mariage, par ex., cf. la décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, *M. Roger D.* ; pour la reconnaissance d'un principe de responsabilité pour faute, cf. la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. (Loi dite "anti-Perruche")*, et surtout la décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016 (cons. 9).

25. Même si la liberté d'entreprendre est largement la plus invoquée, il est rare qu'une liberté économique soit invoquée de façon autonome, le juge constitutionnel couplant alors sa motivation. Par ex., décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie* (cons.15).

26. On rappelle ici que le Conseil constitutionnel a d'abord explicitement affirmé dans ses considérants du contrôle *a priori* que « la liberté d'entreprendre n'[était] ni générale ni absolue » : cf. par ex. la décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991.

27. Respectivement : décision n° 2010-73 QPC du 3 décembre 2010, *Société ZETurf* et décision n° 2010-102 QPC, du 11 février 2011, *M. Pierre L.*

28. Déc. n° 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *M. Pierre-Yves M.* (cons. 4) ; Décision n° 2011-215 QPC du 27 janvier 2012, *M. Régis J.*

29. Décision n° 2011-209-QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G.* ou n° 2010-55 QPC, *M. Rachid M. et autres.*

30. Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 98, no. 2, 2014, pp. 269-291.

31. Par ex., décision n° 2018-748 du 30 novembre 2018, *Société Zimmer Biomet France Holdings* ; décision n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autres*. Dans cette dernière affaire, le Conseil valide le dispositif d'exclusion des apprentis pour le décompte des effectifs de l'entreprise en reprenant à son compte l'argument législatif : « (...) le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs ; que les différences de traitement qui peuvent en résulter entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à ces fins d'intérêt général et ne sont pas, dès lors, contraires au principe d'égalité ». Il ne recherche pas si/en quoi le dispositif établi améliore l'emploi des personnes ciblées.

32. Par ex., concernant l'affaire Yannick Noah : le Conseil d'État avait jugé que, résidant en suisse, Yannick Noah ne pouvait faire l'objet d'un ESFP (Examen contradictoire de la Situation Fiscale Personnelle) – CE, 10 juillet 1996, *Dody* n° 127892. Le fisc a toutefois obtenu l'adoption d'une disposition législative invalidant la décision du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel refuse de censurer cette disposition en se fondant sur l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales. Le juge ne recherche pas si la mesure contestée permet la réalisation de l'objectif avancé par le législateur : décision n° 2011-166 QPC du 23 septembre 2011, *Yannick Noah*.

33. « Considérant que le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que

s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ; qu'en retenant comme seuil d'assujettissement la somme des chiffres d'affaires de chacune des sociétés membres du groupe fiscalement intégré, le législateur s'est fondé sur un critère objectif et rationnel en rapport avec l'objectif poursuivi » : décision n° 2014-456 QPC du 6 mars 2015, à propos de la loi relative à la mise en place d'une contribution exceptionnelle au titre de l'impôt sur les sociétés.

34. Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Metro holding France*.

35. Le juge constitutionnel censure, par exemple, une loi « poursuivant un objectif d'équilibre des comptes de la sécurité sociale » en ce qu'elle « ne constitue pas une raison d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement entre les personnes titulaires d'une pension d'invalidité qui reprennent une activité professionnelle » : Décision n° 2016-534 QPC du 14 avril 2016, *Mme Francine E.* De même, le Conseil abroge une loi qui a poursuivi un « objectif de rendement » qui ne « ne constitue pas, *en lui-même*, une raison d'intérêt général de nature à justifier, lorsque la condition de détention est satisfaite, la différence de traitement instituée entre les sociétés d'un même groupe réalisant, en son sein, des distributions, selon que ce groupe relève ou non du régime de l'intégration fiscale ». Le conseil ne dit pas si l'objectif d'équilibre des comptes de la sécurité sociale ou celui de rendement constituent des objectifs d'intérêt général.

36. Par ex., décision n° 2010-53 QPC du 14 octobre 2010, *Sté Plombinoise de casino*.

37. « [...] En substituant le qualificatif "impérieux" à celui précédemment retenu de "suffisant", conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil entend ne pas donner prise » à une possible déclaration d'inconventionnalité par le juge ordinaire : celui-ci pourra se sentir « li[é] par l'appréciation faite par le Conseil du caractère impérieux du motif d'intérêt général et [...] constatera, comme lui, que la validation législative est justifiée par un tel motif », Agnès Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/3 (N° 44), pp. 93-105.

38. Jean-Marie Léger, « Le sauvetage législatif de la rémunération pour copie privée ou le bricolage constitutionnalisé », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, octobre 2012, n° 86, pp. 11-13.

39. Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S.* (cons. 13) : Le juge constitutionnel aurait tout aussi bien pu reconnaître, comme en matière d'extradition, que la différence de traitement était fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi (par ex. décision n° 2014-427 QPC du 14 novembre 2014).

40. Décision n° 2018-761 QPC du 1^{er} février 2019. Dans cette décision, le juge constitutionnel convoque les travaux préparatoires, l'absence d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, l'absence de substitution de son appréciation à celle du Parlement, le contrôle de l'erreur manifeste... autant dire qu'il restait peu de place pour une censure. Pourtant, les dix-sept intervenants à l'audience et les deux heures et quart de plaidoirie auraient pu, comme le suggère Patrick Wachsmann, inciter le Conseil constitutionnel à se montrer davantage prolix.

41. Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, pp. 88-89.

42. Et pour lesquels est exigé, plus que l'intérêt général, la « nécessité publique », cf. *supra*.

43. Par ex., « [...] le plan d'alignement vise à améliorer la sécurité routière et à faciliter les conditions de circulation ; qu'ainsi, il répond à un motif d'intérêt général », décision 2011-201 QPC du 2 décembre 2011, *Consorts D.* (cons. 6), ou bien, « [...] en permettant l'établissement d'une servitude de passage et d'aménagement dans les propriétés privées pour faciliter la lutte contre les incendies de forêts, les dispositions contestées poursuivent un but d'intérêt général » décision n° 2011-182 QPC du 14 octobre 2011, *M. Pierre T.* (cons. 6) ; ou encore, « [...] en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu faciliter l'évolution, dans le respect de la politique publique d'urbanisme, des règles propres aux lotissements contenues dans leurs cahiers

des charges. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général », décision n° 2018-740 QPC du 19 octobre 2018, *Mme Simone P. et autre* (cons. 7).

44. Par ex. « [...] en imposant le respect de certaines distances pour les plantations en limite de la propriété voisine, le législateur a entendu assurer des relations de bon voisinage et prévenir les litiges ; que les dispositions contestées poursuivent donc un but d'intérêt général », décision 2014-394 QPC du 7 mai 2014, *Sté Casuca* (cons. 13), ou encore « [...] l'objectif poursuivi de garantir la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée et de limiter, autant que possible, les difficultés et les contentieux postérieurs au prononcé du divorce constitue un motif d'intérêt général », décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.* (cons. 6).

45. J.-F. Giacuzzo, « À la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, 2016, pp. 555-563.

46. Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, *Établissements Bargibant S.A.*

47. Décision n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis*.

48. Jean-Philippe Feldman, « Le Conseil constitutionnel, une Cour d'Ancien Régime ? », *Recueil Dalloz*, N° 26, 2015, p. 1497.

49. François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, t. III., 2^{ème} éd., Economica, p. 203, cité par Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

50. Le considérant de principe affirme que « les atteintes au droit de propriété doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi », mais, en pratique, le juge constitutionnel énonce indifféremment opérer un contrôle de proportionnalité ou de la disproportion de la mesure. Par ex., dans la décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, *M. Jean-Jacques C.*, le contrôle de la proportionnalité de la mesure ouvre la possibilité d'une réserve d'interprétation : « [...] l'atteinte au droit de propriété [...] ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si [...] ». Pour une référence plus classique à la proportionnalité, cf. la décision 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B. [Mur mitoyen]*. Comparativement cf. par ex. la décision n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, *M. Éric A.* : « [...] en elle-même l'inclusion d'un terrain dans un lotissement n'apporte pas à l'exercice du droit de propriété des limitations disproportionnées à l'objectif poursuivi ».

51. Il doit exister un juste équilibre entre les atteintes au droit de propriété et l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'administration : CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Royaume-Uni*.

52. cf. *supra*, I. A.

53. Après la constitutionnalisation de la liberté d'entreprendre, le juge constitutionnel affirme dans ses considérants qu'elle n'est « ni générale, ni absolue » et qu'il est « loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée » : par ex., décisions n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations* ou n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*.

54. Pour un exemple récent : Décision n° 2021-904 QPC du 7 mai 2021, *M. Thomas O.*

55. Deux décisions rendues le 7 octobre 2015 peuvent illustrer le propos : dans sa décision n° 2015-486 QPC, *M. Gil L.*, le juge se fonde sur les garanties juridictionnelles et les contreparties suffisantes prévues par la loi pour le propriétaire pour en déduire que la cession forcée des parts d'une entreprise en redressement ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du dirigeant. À l'inverse, dans la décision 2015-487 QPC, *M. Patoarii R.*, la disproportion de l'atteinte tient au champ d'application trop étendu du dispositif législatif.

56. Pour des exemples particulièrement probants de déplacement du contrôle de constitutionnalité hors des motifs de la loi : décision n° 2010-89 du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine* ; décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, *Conseil national des centres commerciaux*. Plus récemment, cf. la décision n° 2020-882 du 5 février 2021, *Société Bouygues télécom et autres*.

57. Sur ce point : Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2021, p. 786 ; Arnaud Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, LexisNexis, 2018, §28.

58. La formule – selon laquelle une conciliation pourrait être ou non disproportionnée – nous paraît toutefois un peu obscure... Cf., pour l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé, la décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014 : *Société Sephora*, ou encore, pour la sauvegarde de l'ordre public, la décision 2010-73 QPC du 3 décembre 2010 *Société ZEturf* : Arnaud Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *ibidem*.

59. Lorsqu'il a été question de l'atteinte à la liberté d'entreprendre des prostituées, le déploiement du contrôle de proportionnalité a su, par exemple, rester minimal : « En prohibant [la demande de relations sexuelles tarifées] par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi », ou encore « [...] cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate » : décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, cf. *supra*.

60. Décision n° 2017-644 QPC du 21 juillet 2017, *Communauté de communes du pays roussillonnais* (cons. 6).

61. Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres* (cons. 12).

62. Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, *Association Wikimedia France et autres* (cons. 10).

63. « [...] en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu protéger l'image des domaines nationaux afin d'éviter qu'il soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État. Il a également entendu permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux. Le législateur a ainsi poursuivi des objectifs d'intérêt général. », *ibidem*.

64. Décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014, *M. Marc V.* (cons.9).

65. Décision n° 2015-486 QPC du 7 octobre 2015, *M. Gil L.* (cons.8).

66. Par ex. cf. la décision n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012, *Mme Khadija A., épouse M.* ou la décision, n° 2015-487 QPC, (cons. 11).

67. Décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA*, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France.

68. Décision n° 2019-776 QPC du 19 avril 2019 *Validation des conventions relatives à l'accès aux réseaux conclus entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les fournisseurs d'électricité*.

69. Pour la première référence à l'ordre public économique en QPC : décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres* (cons. 5).

70. Pour la première thèse sur le sujet, cf. G. Farjat, *L'ordre public économique*, Bibliothèque de Droit privé, t. 34, LGDJ, 1963, 543 p.

71. Décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014, *M. François F.* (cons. 9).

72. Décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag* (cons. 9).

73. Décision n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Groupe Canal Plus* (cons. 11).

74. Décision n° 2010-102 QPC, du 11 février 2011, *M. Pierre L.* (cons. 5).

75. « [...]il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur le choix de poursuivre de tels objectifs plutôt que de favoriser la concurrence par les prix dans ce secteur », décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS* (cons. 6).

76. Ce qui n'est d'ailleurs pas en soi contradictoire avec la notion originelle d'ordre public elle-même : si l'on admet que, par la sauvegarde de l'ordre public (sécuritaire), « la puissance publique doit limiter ou empêcher les dommages, les “externalités négatives”, que le comportement d'un individu ou d'un groupe d'individus fait subir sans compensation à d'autres individus ou groupes », de même, se trouve derrière la notion d'ordre public économique l'idée selon laquelle la puissance publique doit limiter ou empêcher les dommages par la mise en place

des réglementations qui encadrent les activités des pouvoirs privés économiques susceptibles d'avoir des incidences négatives sur des individus ou groupes d'individus : L. Mavoungou, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1 (t. XXXIII), p. 49-62, ici §1. Dans le même sens : Thomas Pez, « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/4 (N° 49), p. 43-57. <https://www-cairn-info.faraway.parisnanterre.fr/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2015-4-page-43.htm> : « L'ordre public économique permet de limiter la liberté économique », §8.

77. Parce qu'elle « vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire » et « que, dès lors, [elle] répond à un motif d'intérêt général » justifiant l'atteinte à la liberté d'entreprendre : décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine* (cons. 4) ; ou encore parce que les « dispositions ont pour objet d'encadrer les conditions de la concurrence entre les établissements quels (dixit) que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui y travaillent ; que, dès lors, elles répondent à un motif d'intérêt général » : décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société SOMODIA* (cons.7).

78. Décisions n° 2014-373 et n° 2014-374 QPC, du 4 avril 2014, *Société Sephora*.

79. Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres* (cons. 5).

80. Décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS* (cons. 6).

81. Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autres* (cons. 14).

82. Décision n° 2015-516 QPC du 15 janvier 2016, *M. Robert M. et autres*, à propos des dispositions instituant une incompatibilité de l'exercice de l'activité de taxi avec l'activité de VTC.

83. Montée en puissance confirmée dans le cadre de la présente étude : Stéphanie Hennette-Vauchez et Laurie Marguet, « La QPC et « les droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », Section 2, II. « Une coïncidence avec la montée en puissance des libertés économiques dans le contentieux constitutionnel ».

84. E. Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006, chapitre introductif « Penser le droit public », pp. 1-20.

85. Dans le sens de l'émergence d'un « intérêt général privé » émergent de la jurisprudence du Conseil d'Etat : Pierre France, Antoine Vauchez, « Chapitre 3 - La trame privée de l'intérêt général », in *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, sous la direction de France Pierre, Vauchez Antoine. Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2017, pp. 109-136. « Un intérêt général privé s'est fait jour, qui correspond au nouveau bien public que constitue désormais le bon fonctionnement du marché », *ibid.*, p. 130.

86. Dans ce sens : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2004, notam. p. 644 et s. ; J.-M. Sauvé, « Introduction », *Corriger, équilibrer, orienter : Une vision renouvelée de la régulation économique*, 2013.

87. Par ex., Victor Audubert, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Revue des Droits de l'Homme*, libres propose, n° 18, 2020, <https://doi.org/10.4000/revdh.9921>

88. N. Foulquier et F. Rolin, « Constitution et Service public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, dossier n° 37, Le Conseil constitutionnel et le droit administratif, octobre 2012

89. A cet égard, bien que la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autres* ne fasse pas explicitement référence à l'intérêt général, elle marque certainement une rupture dans l'idéologie du Conseil constitutionnel en octroyant une reconnaissance juridique au principe de fraternité jusque-là resté inopérant « [...] il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national [...] Toutefois, aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle

n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Dès lors, il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public » (cons. 8, 9 et 10).

90. Jonathan Garcia, « Le Conseil constitutionnel, juge de l'économie ? », *Constitutions*, 2015, p. 487.

91. S. Hennette Vauchez, « “...les droits et libertés que la constitution garantit” : quiproquo sur la QPC ? », *La Revue des droits de l'homme*, novembre 2016, <http://revdh.revues.org/2481> ; Antoine Lyon-Caen, « La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprendre », *Revue des droits de l'Homme*, 2014, n° 5, <https://doi.org/10.4000/revdh.830> ; Denys de Béchillon, Conférence sur « L'Entreprise et droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, octobre 2010, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/conference-sur-l-entreprise-et-les-droits-fondamentaux>

92. « [...] Nous pouvons penser que l'utilisation des droits fondamentaux par certains acteurs est potentiellement susceptible de remettre en cause des pans entiers de politiques publiques qui intéressent plus spécialement les entreprises. [...] Il me semble en outre que l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français peut accentuer ce phénomène et produire des effets que je ne suis pas loin de qualifier d'absolument dévastateurs », Christophe Jamin, « Conférence sur « L'entreprise et les droits fondamentaux » », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010/3, n° 29, pp. 205-233, § 24.

93. Sur cette question, cf. Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, 2006/1 (n° 43), pp. 73-90.

94. Thomas Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *RDH*, n° 15, 2019, <https://doi.org/10.4000/revdh.5618>

95. Comme le rappelle le Conseil d'Etat tout au long de son Rapport public consacré à l'intérêt général en 1999.

96. Jean-François Kerléo, « L'Etat face au lobbying. La redéfinition des fondements de notre ordre juridique », in *Le lobbying. Influence, contrôle et légitimité des représentants d'intérêts*, Jean-François Kerléo (dir.), LGDJ, 2020, p. 16.

97. Sur ce point également, cf. Thomas Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

98. « [...] le droit ne serait tenu pour valable que pour autant qu'il servirait une économie de marché dont le modèle même aurait valeur juridique », Jacques Caillosse, « Le service public est mort ! Vive le service public », chapitre premier, in *La Constitution imaginaire de l'administration*, 2008, pp. 27-75.

99. Décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France* (cons. 6).

100. Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy* (cons. 12).

101. Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013, *Syndicat français de l'industrie cimentière et autres* (cons. 10).

102. Décision n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe*.

103. Décision n° 2019-808 QPC du 11 octobre 2019, *Société Total raffinage France* (cons. 8) ; Patricia Rapi, « Le Conseil constitutionnel (aussi) voit les glaciers fondre », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, décembre 2019, <https://doi.org/10.4000/revdh.7583>

104. Patricia Rapi, *ibidem*.

105. Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*

106. Mathilde Vervynck, « La protection de l'environnement ne s'arrête pas à nos frontières », *Dalloz actualité* du 12 mars 2020.

107. Victor Audubert, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Revue des Droits de l'Homme*, libres propos, n° 18, 2020 : <https://doi.org/10.4000/revdh.9921>

108. Laurent Fonbaustier, « Sur quelques paradigmes de l'écologie politique en tant que trublions des systèmes juridiques libéraux », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2016/2 (N° 44), pp. 209-239.

RÉSUMÉS

L'intérêt général est formellement présenté comme un objectif conditionnant la constitutionnalité des atteintes législatives portées à certains droits et libertés garantis par la Constitution. Pourtant, il est appréhendé dans le contrôle *a posteriori* comme un instrument de légitimation de ces atteintes, le juge constitutionnel s'interdisant d'apprécier la réalité des objectifs poursuivis par le législateur. Il est en outre banalisé au point que, sous l'impulsion du contentieux constitutionnel économique, il finit par contribuer à une surdétermination des intérêts économiques dans la protection des droits et libertés. Il n'est pas interdit toutefois de penser que la protection de l'environnement offre enfin au juge constitutionnel l'opportunité d'un rééquilibrage.

General interest is formally presented as an objective conditioning the constitutionality of legislative infringements of certain rights and freedoms guaranteed by the Constitution. However, it is understood, in the judicial review, as an instrument for legitimizing these infringements. The constitutional judge refrains from assessing the reality of the objectives pursued by the legislator. Moreover, it has become so trivialized that, under the impetus of constitutional litigation on economic matters, it ends up contributing to an over-determination of economic interests in the protection of rights and freedoms. It is however possible to think that the protection of the environment finally offers the constitutional judge the opportunity of a rebalancing.

INDEX

Mots-clés : intérêt général, libertés économiques, liberté d'entreprendre, proportionnalité, ordre public économique, environnement

Keywords : general interest, economic freedoms, freedom of enterprise, proportionality, economic public order, environment

AUTEUR

JEANNE DE GLINIASTY

Jeanne de Gliniasty est maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Nanterre et membre du Centre de Recherches et d'Études sur les droits fondamentaux (CREDOF).