

RAPPORT DE SYNTHÈSE

**LE CONTRÔLE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF
DE L'INTERVENTION ÉCONOMIQUE
DE L'ÉTAT**

Rapport général présenté par

Jacques MÉGRET

Maître des requêtes au Conseil d'État

SOMMAIRE

Introduction.

I. Similitude de la nature et des modalités de l'intervention de la puissance publique dans la vie économique des six États.

II. Effectivité du contrôle de l'intervention économique de l'État par le juge administratif : le problème de l'unité de juridiction.

III. Efficacité du contrôle de l'intervention économique de l'État par le juge administratif : le contentieux de la légalité.

IV. Efficacité du contrôle de l'intervention économique de l'État par le juge administratif : la réformation, l'injonction, l'indemnisation.

Conclusion.

La présentation de l'ensemble des documents élaborés par les délégations des Conseils d'État belge, français, italien, luxembourgeois et néerlandais ainsi que par celle de la Cour suprême administrative de la République fédérale peut être conçue à partir de deux approches opposées.

La première consisterait à s'attacher aux deux « cas » proposés à l'examen des hautes juridictions. Le rapport général devrait dans ce cas s'efforcer de dresser en quelque sorte le tableau synoptique des réponses fournies et en souligner les points de convergence et de divergence. Nous avons pensé que les rapports très remarquables et de portée générale dont certaines délégations ont cru devoir accompagner l'exposé des « cas », comme les commentaires doctrinaux étoffés dont les exposés eux-mêmes étaient assortis, nous permettaient et nous invitaient à être plus ambitieux. Sans négliger les réponses fournies aux deux « cas » qui constitueront sans doute le cadre de référence de cette rencontre — à cette intention on trouvera en annexe au présent rapport le tableau synoptique des solutions que ces deux problèmes juridiques recevraient dans chacun des systèmes juridiques en examen, — nous avons pensé que les membres de ce colloque souhaiteraient que le rapport général s'efforce, sans préjuger naturellement les conclusions des travaux, de synthétiser les différents apports nationaux et d'en dégager les lignes de force.

C'est cette seconde formule que nous avons cru devoir adopter et ce que très brièvement et très imparfaitement le présent document tente de réaliser.

I

L'intervention de l'État dans la vie économique des nations occidentales est devenue une donnée permanente et fondamentale de l'organisation sociale contemporaine. La théorie du libéralisme économique entendu comme le cantonnement de l'État dans les fonctions d'organisation générale de la vie sociale et de défense extérieure et intérieure — en admettant que dans sa forme absolue elle ait reflété pendant un court moment au xIx^e siècle la nature des rapports existants entre la puissance publique et l'ensemble de citoyens — n'a pas survécu aux affrontements politiques et aux crises économiques des cinquante dernières années.

L'action de l'État a même revêtu pendant de longues et récentes années un caractère autoritaire accentué. Le dirigisme économique, favorisé sur le plan théorique par la grande dépression des années 30, et plus ou moins imposé ensuite par la mobilisation des efforts économiques vers des objectifs mili-

taires non productifs puis par la reconstruction des territoires nationaux dévastés par le second conflit mondial, a entraîné, dans la plupart de nos pays et pour longtemps, une immixtion de la puissance publique dans la gestion des économies nationales, au niveau des opérations économiques les plus élémentaires.

La fin de la seconde guerre mondiale et l'achèvement de la période de reconstruction a permis le relâchement de l'emprise de l'État tandis que des réussites spectaculaires, comme la politique économique et financière poursuivie par le professeur Erhard en Allemagne, attiraient à nouveau l'attention sur un libéralisme économique nuancé conçu dans le cadre de ce qu'il est convenu de nommer l'économie de marché.

Actuellement, les traits qui caractérisent le système économique des six États membres de la Communauté économique européenne sont très largement concordants.

Dans une économie qui n'est plus une économie de pénurie ou de guerre, mais bien plutôt une économie d'abondance, l'État se soucie avant tout d'assurer dans l'expansion l'équilibre économique du pays, et cela essentiellement au niveau des équilibres généraux des prix, de l'emploi et de la balance des paiements. A cette tâche primordiale s'ajoute la fonction non moins essentielle d'atténuer l'inégalité des conditions sociales, d'assurer le développement des niveaux de vie de la population tout entière et de garantir un certain épanouissement des conditions générales de la vie sociale par la mise en place des équipements et des mécanismes sociaux appropriés.

Ces deux fonctions essentielles ne sont au surplus pas exclusives d'interventions destinées à régulariser tel ou tel marché ou à exercer sur tel ou tel secteur économique une action plus spécifique.

Dans ce contexte général, l'interventionnisme économique de l'État a subi un assez sensible renouvellement. L'ensemble des rapports nationaux s'accordent pour souligner que si l'emprise de l'État sur l'activité économique demeure d'un niveau élevé et à certains égards s'est même renforcée, en revanche sa forme s'est assouplie et diversifiée. Le caractère principal de ces nouveaux modes d'intervention semble bien être d'une certaine manière ce qu'un rapport a appelé la « privatisation » des modes d'intervention de la puissance publique.

Plus précisément la lecture de ces rapports fait apparaître trois éléments communs aux secteurs socio-économiques des États de l'Europe occidentale et notamment des six États membres de la Communauté économique européenne :

- la reconnaissance du caractère fondamental de l'action économique et sociale de l'État;
- la cohérence de plus en plus organisée de ces actions;
- l'apparition et le développement, à côté d'actions utilisant les moyens traditionnels de la puissance publique, de procédés indirects destinés à influencer les agents économiques sans les contraindre, et mis en œuvre souvent par des organes privés ou ne relevant pas directement de l'administration.

La reconnaissance du caractère impérieux de la vocation de l'État à assurer l'équilibre et le développement harmonieux de la nation constitue le premier point de convergence substantiel entre les systèmes politiques de nos États. L'affirmation de la nécessité de l'action économique et sociale de l'État est une constante des programmes de Gouvernement. Elle est même parfois énoncée dans les textes politiques les plus éminents; en général cependant les constitutions, élaborées pour la plupart à des époques où la théorie renouvelée du néo-libéralisme n'avait pas reçu son développement et sa consécration actuels, se bornent à l'affirmation de concepts économiques et sociaux spécifiques sans mettre l'accent sur les idées de cohérence générale et de globalité de l'intervention de l'État.

C'est peut-être sur ce second point que l'effort de convergence a d'ailleurs été le plus sensible, cette dernière décennie. La loi de stabilisation et de croissance du 8 juin 1967 en Allemagne fédérale, les lois des 18 juillet 1959 et 19 juillet 1966 et le projet de loi sur l'expansion économique en Belgique, comme d'une manière générale l'acceptation par les États membres de la Communauté économique européenne d'une politique économique à moyen terme coordonnée, marquent le rapprochement des points de vue des Six en matière de programmation indicative et sur les moyens propres à la réaliser.

Tous ces instruments traduisent une conception extensive des responsabilités de l'État dans le domaine économique et social.

Paradoxalement, au moins en apparence, le troisième élément qui apparaît dominant dans l'évolution des idées et des faits est un relâchement de l'emprise de l'État sur l'économie par l'abandon presque total des moyens coercitifs hérités de l'économie de guerre et de pénurie. Leur place a été prise par des mécanismes souples qui laissent en général aux agents économiques la responsabilité des décisions et qui se bornent en quelque sorte à inciter ceux-ci à agir dans un sens déterminé, à « encadrer » en quelque sorte leurs décisions. La préoccupation de l'État d'associer les intéressés à son action n'est au surplus pas étrangère à cette évolution.

Il est frappant de constater sur ce point combien est grande la convergence des méthodes et des procédés : les mêmes notions sinon les mêmes mots reviennent constamment dans les rapports nationaux, qu'ils se réfèrent à la politique néerlandaise d'encouragement à l'industrialisation, aux lois belges déjà mentionnées de 1959 et de 1966 auxquelles doit se substituer prochainement un texte plus complet, aux lois luxembourgeoises des 5 août 1962 et 29 juillet 1968, ou aux textes allemands et français correspondants. Ce sont les notions de subventions, de primes, d'aides; de garanties d'emprunts, de réductions de taux d'intérêt; d'avantages fiscaux; de contrat de programme, de progrès, de reconversion, de promotion technologique...

Ces interventions revêtent deux formes. Les unes, et ce sont malgré tout les plus nombreuses, surtout lorsque l'on dégage certaines d'entre elles de la phraséologie qui en dissimule la véritable nature, ont le caractère de décisions unilatérales de l'administration, même lorsque ces décisions s'accompagnent de certains engagements des intéressés. C'est le cas notamment de tous les « contrats fiscaux » qui ne sont que des avantages fiscaux accordés dans le cadre de conditions définies par la loi et subordonnés généralement, à l'agrément de l'administration donné au programme d'action d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises.

D'autres ont franchement un caractère contractuel. Il en est ainsi des interventions effectuées par la puissance publique, ou pour son compte, en vue d'assurer la régulation des marchés agricoles en conséquence de la mise en place de la politique agricole commune de l'Europe des Six. Souvent des opérations spécifiques revêtent également cette nature. Tel est par exemple le cas de la convention de modernisation et de reconversion passée avec la sidérurgie par l'État français il y a quelques années, ou celle qui vient d'être renouvelée avec la compagnie internationale d'informatique dans le cadre de la réalisation du « plan calcul » français. Les exemples pourraient être multipliés et intéressent l'économie de tous les États membres de la Communauté économique européenne.

Dans le même temps l'action des pouvoirs publics se voit en partie relayée par des organismes privés ou d'apparence telle, agissant dans les conditions du droit privé ou dans des conditions très proches.

A partir de cette tendance commune, les réalisations diffèrent cependant assez sensiblement d'un État à l'autre.

L'Institut italien pour la reconstruction industrielle par l'ampleur et la diversité de son champ d'activité n'a d'équivalent dans aucun autre État de la Communauté économique européenne, mais partout, sans participer aussi activement à l'activité économique du pays, les États ont mis en place des organismes souvent financiers qui par une action de caractère privatiste exercent une influence profonde sur le développement et l'équilibre économiques.

Ces pratiques, notamment celles de ce que l'on pourrait appeler l'interventionnisme bancaire, conduisent à la limite à la disparition de tout acte dont un juge quel qu'il soit, administratif ou judiciaire, puisse se saisir. Ainsi l'action sur les investissements, exercée par des organismes publics comme le Fonds de développement économique et social en France, s'exerce essentiellement à travers des mécanismes bancaires, voire des rapports informels entre fonctionnaires et professionnels du crédit, qui ne donnent que difficilement prise à une action contentieuse. Dans un tout autre domaine on retrouve une évolution semblable. La réglementation récente a tendance à ouvrir largement les possibilités pour l'Admi-

nistration de conclure de gré à gré les marchés publics : dans ces conditions le choix du partenaire ne peut plus guère être contesté. C'est finalement peut-être l'aspect le plus inquiétant de l'évolution récente des pratiques administratives.

*
* *

Cette situation comporte deux effets sur le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État. Elle le rend plus indispensable et plus difficile à la fois : plus indispensable eu égard à la généralité des responsabilités assumées par l'État, plus difficile en ce que le contrôle étant nécessairement lié aux formes mêmes de l'intervention économique, la diversification et la relative privatisation de celle-ci sont un obstacle à l'unité et à l'efficacité de ce contrôle.

II

Il est sans doute inutile de développer l'idée que l'effectivité et par suite l'efficacité du contrôle sont liées directement, et d'une manière en quelque sorte préalable à l'unité de l'autorité assumant cette fonction.

L'idéal serait que toute l'activité déployée par la puissance publique ou pour son compte dans le domaine en examen relève d'un seul et même juge qui aurait ainsi une vue d'ensemble des interventions économiques de l'État, malgré leur variété et leur diversité, et pourrait dès lors élaborer un corps de doctrine cohérent, efficace et nuancé. S'agissant au surplus d'interventions opérées par l'État, pour son compte et dans un but d'intérêt général dans un secteur qui met en cause des responsabilités étatiques importantes et d'un maniement délicat, il est permis d'estimer, sans pour autant sacrifier par trop aux principes français de répartition des compétences, que le juge le mieux adapté à ce type de mission est le juge administratif.

Cette situation ne se rencontre cependant dans aucun de nos États. La raison en est simple : il n'y a pas coïncidence entre les critères généraux de répartition des compétences et ceux relatifs aux interventions dont s'agit. La conséquence est que dans tous les États la connaissance des différends concernant l'intervention économique de l'État relève des tribunaux des deux ordres juridictionnels, le judiciaire et l'administratif, avec les différences de technique et de traditions que cela comporte.

Assez paradoxalement, il semble que l'État dans lequel le problème soit le plus sensible soit celui où l'unité de juridiction est la plus grande. Le rapport français pose en effet très clairement la question de l'évolution des critères de répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire afin de permettre au premier d'avoir ou de garder la vue d'ensemble nécessaire à l'efficacité du contrôle juridictionnel.

Cette situation n'est en fait qu'apparemment paradoxale. Il est naturel en effet qu'elle soit ressentie d'une manière particulière en France où le contrôle du juge administratif revêt sans doute le champ d'application traditionnellement le plus étendu et où normalement l'unité de juridiction est assez bien assurée. Qu'elles qu'aient pu être les critiques formulées par certaines fractions de la doctrine à l'égard de ce qui était estimé être une trop grande réserve du juge administratif en ce domaine, le contrôle de ce dernier s'est étendu normalement en France à l'ensemble des interventions de l'État dans la vie économique du pays et cela par l'application des critères traditionnels de répartition des compétences, tant que les interventions étatiques ont répondu grosso modo aux règles de détermination du contentieux administratif. L'apparition de nouvelles formes d'action de la puissance publique mettant en œuvre des procédés s'écartant parfois profondément des techniques auxquelles on était accoutumé, et des personnes dont le caractère public peut apparaître contestable, n'est pas sans conséquences du point de vue de la détermination du juge compétent.

Le rapport français souligne que le maintien et le renforcement de l'unité de juridiction dans ce domaine impliquent le développement de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits

qui tend à dissocier la compétence juridictionnelle de la qualité des personnes qui exécutent les interventions économiques au profit de la notion de service public d'intervention économique. Mais cette notion elle-même, et celle de contrat administratif doivent continuer à s'adapter à la réalité de l'intervention économique contemporaine. La notion de prérogative de personne publique ne saurait être ramenée à celle de procédés et de techniques propres au droit public; elle doit être complétée notamment par la prise en considération des sujétions auxquelles sont soumises les personnes ou les organismes dans l'exercice de leurs compétences et qui sont, tout autant que les premières, significatives de la mission de service public dont ils sont investis. De même la compétence du juge administratif pour connaître des litiges portant sur des contrats d'intervention est d'une certaine manière subordonnée à l'assouplissement voire à l'effacement de la règle qui lie la notion de contrat administratif et celle de clauses exorbitantes du droit commun, au profit du critère de la participation de co-contractant à l'exécution d'un service public.

Finalement il est permis de se demander si, comme le suggère le rapport français, la ligne de partage entre la compétence administrative et la compétence judiciaire ne doit pas être essentiellement « celle qui sépare l'intérêt général des intérêts particuliers et non la qualité des personnes en cause ou la nature des procédés employés ».

S'il est vrai que le maintien de l'unité de la juridiction appelée à contrôler l'intervention économique de l'État pose actuellement en France la nécessité d'une adaptation des critères de compétence traditionnellement reconnus, en conséquence de l'évolution des modalités de l'action économique de la puissance publique, cette évolution pose également aux autres États de délicats problèmes d'adaptation.

Ce problème est facilement discernable en ce qui concerne le droit allemand qui du point de vue de la répartition des compétences est finalement assez proche du droit français. Dans ce système juridique, qui fonde essentiellement la compétence du juge administratif sur la notion de « droit public », l'apparition de procédés d'intervention qui par leur nature relèvent du droit privé, crée le risque que les litiges ne soient répartis entre les juridictions administratives et judiciaires selon les critères ne reflétant pas toujours exactement la réalité des choses.

Aussi bien la délégation allemande note-t-elle que la jurisprudence administrative s'efforce de pallier ces conséquences par la « théorie des intérêts », qui n'est au fond que l'expression de l'idée de finalité d'intérêt général, déjà rencontrée à la racine de plusieurs des tendances de la jurisprudence française.

Il faut aussi noter l'importance donnée par le contentieux administratif allemand à la notion « d'actes détachables ». Elle constitue en effet une réponse possible à la privatisation des modes d'intervention de l'État, spécialement bien adaptée d'ailleurs lorsque l'intervention revêt la forme d'un contrat. Il n'est guère douteux que le juge français serait amené lui aussi à y recourir plus fréquemment s'il apparaissait qu'elle était seule de nature à lui permettre de faire face au développement des pratiques privatistes d'intervention économique.

Les systèmes juridiques dans lesquels la compétence du juge administratif est une compétence d'exception, ceux qui donnent aux tribunaux judiciaires la connaissance de tous les litiges ayant pour objet des droits subjectifs (1) pourraient, à première vue ignorer le problème qui vient d'être évoqué. Cependant la place tenue par la juridiction administrative dans le système juridictionnel de ces pays, la confiance qu'elle a su susciter de la part du législateur et des justiciables, l'adaptation du juge administratif à ce type de contentieux, fait apparaître là aussi l'opportunité de ne point amenuiser la compétence du juge administratif. D'où l'intérêt, encore plus grand peut être que dans d'autres systèmes, de la théorie des « actes détachables ». C'est elle qui permet en effet dans une opération complexe mais

(1) Dans bien des cas la notion de droit subjectif est entendue très largement. C'est ainsi qu'en Belgique et au Luxembourg un droit subjectif à l'obtention d'une subvention existera dans la personne du bénéficiaire « dès l'instant où les conditions d'octroi et le montant en sont déterminés par des dispositions légales ou réglementaires. Il en est de même, lorsqu'en l'absence de dispositions aussi formelles, la subvention a fait l'objet d'une décision administrative d'allocation ».

En Italie également le Conseil d'État n'est, sauf exceptions, compétent que pour connaître les litiges mettant en jeu des « intérêts légitimes » et non des « droits » qui sont entendus ici aussi d'une manière assez large.

qui pour l'essentiel relève de la compétence judiciaire, de saisir l'acte ou l'élément juridique relevant du juge administratif.

Ainsi la nécessité unanimement ressentie, semble-t-il, dans les pays du Marché Commun, de confier au juge administratif le contrôle des interventions économiques effectuées par l'État ou pour le compte de l'Etat dans un but d'intérêt général conduit-elle à une évolution de la jurisprudence administrative orientée dans deux directions apparemment opposées mais finalement complémentaires :

— la première tend à favoriser l'adaptation des critères de compétence de manière à refléter le plus fidèlement possible les éléments essentiels des responsabilités étatiques mises en jeu;

— la seconde consiste à saisir, dans les processus délicats et complexes d'intervention, tous les éléments juridiques relevant du contentieux administratif.

La première de ces tendances présente le grand avantage de permettre la constitution d'un « bloc de compétences » d'un maniement relativement facile pour le justiciable. La seconde, qui peut séduire par la subtilité et la finesse de l'analyse qui en est le support, est d'une mise en œuvre parfois délicate; au surplus du point de vue d'une administration rapide et peu coûteuse de la justice, elle est loin d'être totalement satisfaisante. On comprend dans ces conditions les tendances doctrinales et jurisprudentielles qui s'efforcent de limiter son champ d'application et lui préfèrent partout où cela est concevable l'évolution franche et directe des critères de répartition des compétences. Cependant la théorie des actes détachables a un mérite. Elle permet de préserver la compétence du juge administratif dans des hypothèses où il n'est pas compétent pour connaître de la totalité de l'opération en cours.

Cette évolution jurisprudentielle doit enfin être conduite dans le souci de dégager les techniques propres à limiter le nombre des interventions économiques qui ne trouvent pas de juge. L'unité de juridiction c'est aussi que le justiciable puisse saisir le juge.

III

Il est peu de domaines où l'intervention de l'État introduise un risque, une potentialité d'arbitraire plus grand que dans le secteur économique. C'est sans aucun doute le seul en effet où la puissance publique est assujettie à des règles permanentes et précises aussi peu nombreuses, et où par contre les dommages susceptibles d'être provoqués par une action illégale sont aussi étendus et profonds.

Si la condition première du maintien des interventions de l'État dans un cadre de stricte légalité est bien évidemment l'existence d'un juge habilité à trancher les différends nés de cette intervention, et si possible d'un seul et même juge appelé à connaître de tous ces litiges, l'efficacité du contrôle dépend des pouvoirs dont le juge est doté et de la manière dont il les met en œuvre. Cette efficacité, au demeurant, est liée non pas seulement à un contrôle approfondi de légalité externe et interne, mais bien aussi au problème de l'indemnisation et à celui de l'exécution des décisions juridictionnelles. Le secteur économique est sans doute en effet l'un de ceux où l'intérêt qu'il y a à doter le juge de moyens propres à contraindre l'Administration à exécuter la décision juridictionnelle est le plus évident. Quant à l'indemnisation, elle constitue en matière économique souvent le moyen le plus efficace de sanctionner l'illégalité commise; c'est parfois le seul dont disposera le juge.

*
* *

La nécessité d'un contrôle approfondi du juge sur les interventions économiques de l'État est donc reconnue par tous. Ce contrôle ne saurait cependant s'étendre au point de provoquer un déplacement des responsabilités. Le contrôle juridictionnel doit se tenir dans une zone d'équilibre, déterminée dans chaque cas par la nature et l'importance des intérêts en cause, publics et privés.

Les moyens mis en œuvre pour assurer le contrôle de la légalité des actes d'intervention économique ne sont pas d'une nature particulière. Ce sont les instruments traditionnels du contrôle de légalité,

au demeurant très comparables d'un État à l'autre. Leur examen systématique dépasserait le cadre de la présente rencontre. On se limitera donc à mettre en valeur les aspects juridiques propres au contrôle de la légalité de cette nature particulière d'actes juridiques que sont les actes d'intervention économique, et plus précisément les éléments suivants :

- la motivation des interventions économiques et son contrôle;
- l'application du principe d'égalité de traitement;
- la limitation par l'Administration elle-même du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose.

1. *La motivation des interventions économiques et son contrôle.*

La portée du contrôle exercée par le juge est directement liée à la nature du pouvoir dont dispose l'Administration ou l'organisme agissant pour son compte. Lorsque celle-ci ou celui-ci n'ont qu'une compétence liée, le juge exercera pleinement son contrôle sur les faits économiques qui constituent la condition légale de l'intervention.

Mais d'une manière générale les interventions économiques ne sont pas subordonnées à des règles précises ; l'autorité dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire pour apprécier si elle doit ou non intervenir et dans quel sens. Ce sont essentiellement de ces décisions dont il sera question ici. Au surplus, les décisions prises sur « compétence liée » échappent dans un certain nombre de systèmes juridiques au juge administratif.

Le contrôle de la motivation des interventions économiques englobe à la fois un problème de légalité externe, le caractère obligatoire ou non de la motivation des actes d'intervention économique ou tout au moins de ceux faisant grief, et un problème de légalité interne, l'étendue du contrôle exercé par le juge sur la légalité de la motivation.

Ces deux questions sont délicates et les différences d'accents mises par les systèmes juridiques des États sur tel ou tel élément du problème en examen montrent qu'elles sont susceptibles de recevoir diverses réponses.

C'est en ce qui concerne l'obligation de motivation des actes d'intervention économique que les solutions retenues présentent les divergences les plus nettes. Deux tendances sont en présence :

— selon la première, l'obligation de motivation n'est pas un principe fondamental du droit; pour être exigée, elle doit avoir été prévue par un texte. Mais d'une manière générale, cette règle n'a pas pour effet, dans le domaine en examen, de dispenser l'Administration de justifier devant le juge sa décision, lorsque celle-ci enfreint le principe d'égalité de traitement. Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration n'est pas un pouvoir arbitraire. La jurisprudence tend à exiger d'une manière de plus en plus ferme que l'Administration fasse connaître d'une manière complète les faits et le raisonnement qui l'ont conduit à la décision critiquée. La réponse donnée par la délégation française au cas n° 1 expose d'une manière très significative le processus intellectuel de cette évolution ;

— la seconde tendance est marquée par des exigences plus étendues et plus strictes, exigences souvent d'autant plus précises que le pouvoir de décision est discrétionnaire. Non seulement l'Administration a le devoir d'informer complètement le juge sur le contexte économique et technique de la décision intervenue, mais elle doit motiver d'une manière précise la décision qu'elle est appelée à prendre de manière à éclairer l'intéressé sur le raisonnement qui l'y a conduite. Ainsi en droit allemand et italien la décision discrétionnaire relative à une subvention ou à un avantage économique sollicité par une personne privée doit dans la plupart des cas être motivée et cette motivation doit en outre être communiquée à l'intéressé. Il faut ajouter que le juge retiendra dans ce système les motifs qui ont servi de base à la décision et eux seuls.

On peut se demander si ces divergences de jurisprudence, ne sont pas dans la mise en œuvre du contentieux administratif, plus apparentes que réelles. Ce qui compte en effet, n'est-ce pas la convergence des points de vue quant à la nécessité et à l'obligation pour l'Administration de faire connaître au juge la motivation de sa décision? Or, sur ce point, la plupart des systèmes juridiques concordent (les réponses les plus réservées semblent moins déterminées par l'affirmation de principes juridiques bien définis que

par l'absence de jurisprudence dans le domaine en examen). Le raisonnement pour y parvenir n'est pas toujours identique; les conséquences en sont analogues. Cependant, s'il est possible de souscrire assez largement à cette proposition, il ne faut pas se dissimuler qu'une divergence sur le fondement d'une règle juridique a souvent une influence sur la vigueur avec laquelle le juge la met en œuvre et que dans cette mesure l'absence de concordance profonde sur la base de la motivation peut conduire à des divergences quant à l'ampleur du contrôle. C'est une question sur laquelle on reviendra plus loin.

Convergence de fait quant à la nécessité pour le juge d'être pleinement informé des raisons qui ont conduit l'Administration à la décision critiquée, cette convergence se retrouve largement quant aux règles de contrôle de la validité de ces motifs. Au-delà des différences de terminologie, voire d'approche, le juge s'efforce toujours de sanctionner ce que le droit français nomme erreur de fait, erreur de droit, erreur manifeste d'appréciation. Mais plus encore que la convergence dans les principes du contrôle, ce qu'il convient de souligner c'est la convergence des problèmes que pose ce contrôle. Le juge administratif, conscient de ses limites et soucieux d'éviter un nouveau « gouvernement des juges », ne va-t-il pas faire preuve d'une trop grande timidité en relâchant dans le domaine de l'interventionnisme économique le contrôle de la légalité interne des actes? Cette préoccupation est exprimée d'une manière plus ou moins latente dans de nombreux rapports.

Là aussi, on pourrait être tenté de regrouper autour de deux tendances les positions jurisprudentielles exprimées par les rapports ou les réponses aux deux « cas ».

Dans certains systèmes juridictionnels — ceux-là même en général qui sont parvenus pratiquement au terme de leur évolution jurisprudentielle quant à l'obligation pour l'Administration de mettre le juge en mesure de vérifier la légalité de la décision critiquée — le contrôle de légalité apparaît de plus en plus comme un contrôle approfondi du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Cependant, le juge veille soigneusement à ne pas substituer son appréciation à celle de l'Administration. La terminologie utilisée est à cet égard significative (erreur manifeste d'appréciation en droit français; motivation contradictoire en droit italien, etc.).

D'autres au contraire demeurent d'une grande prudence dans l'appréciation de la valeur des motifs économiques avancés par l'Administration. Seuls les cas éclatants d'illégalité seront retenus et sanctionnés.

En fait, il semble ressortir des documents transmis par les délégations que les nuances voire les divergences dans la portée du contrôle exercé sont en général, et comme on pouvait s'y attendre d'ailleurs, imputables moins à des différences fondamentales de conception juridique qu'à des appréciations différentes relatives à l'opportunité et à la possibilité, « technique » en quelque sorte, pour le juge de pratiquer un contrôle approfondi.

Au demeurant quelle que soit l'étendue et la finesse du contrôle juridictionnel exercé, il apparaît clairement que par nature ce contrôle constitue pour le juge administratif un sujet de préoccupation et que l'équilibre à tenir pour éviter de tomber dans l'écueil du contrôle superficiel et dans celui de la substitution de responsabilité est difficile à trouver, en l'absence d'un système cohérent définissant avec une certaine précision et une certaine permanence les caractères, les limites, et les principes de l'intervention étatique dans le domaine économique, exigences dont au demeurant il n'est guère contestable qu'elles soient à un certain degré, franchement contraires à la réalité économique.

2. *L'application du principe de l'égalité de traitement.*

L'un des points les plus délicats de ce contrôle porte sur la notion d'égalité de traitement. Ce principe, sous une forme ou une autre, constitue l'une des bases du droit administratif contemporain. Mais comment va-t-il recevoir application dans le domaine économique?

L'action de l'État dans ce secteur n'a-t-elle pas en effet précisément pour objet d'y porter atteinte? La liberté du commerce et de l'industrie, et plus généralement le libre jeu de l'initiative humaine ne sont-ils pas incompatibles par principe avec l'interventionnisme économique? Dès lors et à partir du moment où un texte valablement pris par les autorités compétentes fait échapper tel secteur de l'activité économique ou tel aspect de cette activité au jeu des principes qui viennent d'être rappelés, une présomption

de légalité ne s'attache-t-elle pas aux décisions administratives d'intervention? N'appartiendra-t-il pas à l'intéressé d'établir l'absence de validité de la violation de la règle de l'égalité de traitement? De même l'entreprise ou la personne concurrente défavorisée par les agissements de l'Administration devra-t-elle établir l'illégalité du traitement discriminatoire dont elle est victime? Les différents rapports dont le colloque est saisi font apparaître la difficulté du problème et l'absence d'une position claire et commune aux différents droits en examen.

On peut cependant noter que la jurisprudence la plus récente tend à admettre qu'il ne peut être porté au principe de l'égalité de traitement que des atteintes justifiées soit par des différences de situation, soit par des raisons d'intérêt général correspondant à la finalité de la législation appliquée, l'analyse de ces justifications fournissant d'ailleurs, on l'a vu, la base du contrôle de légalité de la motivation.

Plus timide semble être par contre la position prise par la jurisprudence à l'égard de l'action exercée par un justiciable à l'encontre d'une décision d'intervention prise au profit d'un concurrent direct. La recevabilité de l'action n'est pas reconnue partout. Même recevable, les possibilités de l'admission au fond d'une telle action paraissent d'une manière générale faire l'objet d'une appréciation très prudente.

3. *Limitation par l'Administration elle-même du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose.*

On a déjà relevé que la difficulté du contrôle juridictionnel de l'activité économique de la puissance publique était liée à l'absence de règles précises et concrètes fixant à l'Administration le cadre de son action. La raison de cet état de chose réside dans le caractère extrêmement mouvant des conditions générales de l'activité et de la situation économiques et dans la nécessité d'adapter l'intervention de l'Etat à ces variations.

Les autorités chargées de prendre les mesures concrètes et individuelles d'intervention, soucieuses elles-mêmes d'échapper au reproche d'arbitraire et de faciliter leur action, se donnent souvent à elles-mêmes des règles et un cadre précis d'action. Tel est l'objet de nombreuses dispositions de circulaires ou instructions générales adressées par le ministre à ses services. Ces mesures présentent l'avantage de pouvoir être rapidement modifiées lorsque les circonstances l'exigent; elles apportent aux administrés la garantie qu'ils ne seront pas victimes de discriminations non justifiées par l'objectif économique poursuivi; elles constituent, enfin, pour le juge, le moyen d'exercer sur la légalité des mesures d'intervention un contrôle beaucoup plus approfondi parce qu'il pourra prendre appui sur les règles de fond contenues dans ces textes.

La plupart des systèmes juridiques paraissent admettre la possibilité pour l'Administration de se lier ainsi. Deux rapports — le rapport français et luxembourgeois — tout en soulignant l'intérêt de ce mode mineur de réglementation exposent cependant l'obstacle constitutionnel identique contre lequel butte sa prise en considération par le juge : en principe les ministres ne détiennent aucun pouvoir réglementaire si ce n'est pour l'organisation de leurs services et pour l'exécution des lois sous réserve dans ce dernier cas de ne pas ajouter aux conditions prévues par la loi; c'est ainsi que si un ministre dispose du pouvoir d'instituer une procédure d'octroi de subvention il n'a aucune compétence pour édicter les règles de fond selon lesquelles ces subventions seront attribuées. La conséquence de cette situation sera que le juge ne pourra prendre en considération les termes de la circulaire ou de l'instruction pour apprécier la légalité des mesures d'intervention prononcées.

Cependant le rapprochement des contributions fournies par les différentes délégations fait apparaître que ce problème de droit n'est pas fondamentalement différent de celui qui se pose dans d'autres systèmes juridiques, en droit belge, par exemple. Le pouvoir réglementaire appartient en principe au Roi; les ministres ne détiennent que celui d'organiser leurs services. Or, la jurisprudence belge reconnaît ces circulaires ou instructions, en contrôle la légalité et considère qu'elles lient l'Administration sans pour autant d'ailleurs avoir force réglementaire ou obligatoire pour les particuliers.

La solution retenue par le droit belge, valable *mutatis mutandis* semble-t-il dans les autres droits, est assez proche de la solution suggérée par le rapport français : ce serait de reconnaître aux ministres le pouvoir de définir les critères en fonction desquels seront prises les décisions individuelles d'intervention, sous réserve éventuellement, comme le reconnaît le juge italien, de dérogations exceptionnelles prises par le ministre dans un intérêt général justifié.

*
* *

Les considérations qui précèdent n'ont pas la prétention d'épuiser la matière. Elles tendent simplement à mettre l'accent sur certains problèmes juridiques ou certains aspects du contrôle de légalité, spécifiques aux interventions économiques. Leur intérêt nous a paru ressortir de ce qu'ils conditionnent l'efficacité du contrôle juridictionnel dans le secteur en examen. Mais au-delà des problèmes de technique juridique, l'élément fondamental du contrôle qui se dégage des rapports et exposés présentés par les différentes délégations apparaît bien être la volonté du juge d'aller aux limites de ce qui lui est possible, dans le cadre défini par l'ensemble des facteurs socio-politiques qui déterminent sa place dans le système institutionnel national.

IV

Le contrôle de légalité débouche sur l'annulation. Mais l'impact d'une décision d'intervention économique illégale peut être d'une portée assez grave pour que se pose, dans ce domaine, d'une manière particulière, le problème général des pouvoirs du juge de pénétrer plus profondément dans les relations entre la puissance publique et les administrés, par voie de réformation de la décision attaquée, d'injonctions à l'Administration, d'indemnisation du préjudice subi.

Ici, nous retrouvons, très profonde et quasi déterminante, l'influence de l'économie générale des systèmes juridiques. Autant l'examen des règles de contrôle de la légalité des actes d'intervention a fait apparaître une convergence assez étonnante dans la manière d'appréhender les problèmes et dans les solutions retenues, autant le domaine qui est abordé ici est régi par des règles disparates dont les fondements sont à la racine même des systèmes juridiques.

C'est évidemment dans le domaine du contentieux de la responsabilité économique de la puissance publique que les solutions, dans leur essence tout au moins, sont les plus proches. Tous les systèmes juridiques connaissent la responsabilité quasi-délictuelle de l'État pour faute de l'autorité publique et la responsabilité contractuelle de la puissance publique comme moyen privilégié de contrôle des subventions économiques réalisées par contrats. Mais dans la plupart d'entre eux la mise en jeu de la responsabilité de l'État relève non du juge administratif, mais bien du juge judiciaire. Ce ne sera que dans des circonstances très exceptionnelles que le premier sera compétent pour statuer et, selon les cas, ordonner ou proposer — car dans ces hypothèses nous rencontrons parfois le mécanisme de la justice retenue — l'indemnisation appropriée. C'est ainsi que le Conseil d'État belge n'est compétent pour accorder l'indemnisation du préjudice subi que dans les cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes et lorsque le dommage revêt un caractère exceptionnel. Normalement en Belgique comme au Luxembourg les tribunaux judiciaires apprécieront d'après les règles du droit commun si la responsabilité de l'État est engagée à la suite d'une violation de ses obligations contractuelles ou d'une faute commise par ses agents. Il en est de même en Allemagne et en Italie. Le droit français est finalement le seul à reconnaître au juge administratif une compétence générale dans ce domaine.

L'impossibilité pour le juge administratif d'engager la responsabilité de la puissance publique ne fait pas seulement échec sur un point particulièrement important à l'unité de juridiction dont on a dit précédemment qu'elle paraissait être un élément important de l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'Administration, spécialement en matière économique; elle risque d'avoir un effet direct sur les possibilités pratiques de mise en jeu de cette responsabilité. Et certaines des contributions nationales vont jusqu'à admettre que l'annulation d'une décision administrative ne constituera que difficilement un titre à dédommagement.

En revanche, alors que le droit français n'ouvre aux justiciables, à titre de complément et de sanction de l'annulation, que la mise en jeu de la responsabilité de l'État, certains ordres juridiques nationaux tel le droit allemand ou italien, ouvrent au juge ou au justiciable des voies de droit originales et efficaces.

Le juge administratif allemand ne peut en principe réformer un acte de la puissance publique. Mais l'entreprise qui entend s'attaquer à une décision lui refusant le bénéfice d'une mesure d'intervention économique peut non pas critiquer cette décision pour excès de pouvoir, ce qui ne pourrait conduire qu'à son annulation mais former un « recours tendant à obtenir de l'Administration un acte administratif ». Cette voie de droit autorise le juge à adresser à l'Administration une injonction, et sous des conditions déterminées, à obliger celle-ci à prendre la décision que lui demande le requérant.

En Italie, les dispositions législatives qui règlent la procédure d'exécution relative à la chose jugée autorisent le Conseil d'Etat, au cas où, après annulation, l'Administration ne procéderait pas à l'exécution de la décision juridictionnelle, à prendre les mesures les plus appropriées. En règle générale, il impartira à l'Administration un délai à peine de mise en jeu de la responsabilité civile voire pénale des fonctionnaires compétents. Mais rien n'empêcherait le Conseil de prendre une décision se substituant à la mesure administrative annulée. Le juge allemand dispose lui aussi d'un moyen de pression analogue sur l'Administration : il peut ordonner l'exécution de sa décision sous peine d'astreinte prononcée à l'encontre du chef de service intéressé.

Les divergences de solution qui viennent d'être relevées dans l'ensemble de ces domaines font obstacle à une véritable confrontation des techniques juridiques mises en œuvre par le juge administratif; plus précisément leur rapprochement ne semble pas de nature à porter des fruits immédiats. Au surplus, elles se rattachent plus à l'examen des principes généraux des systèmes juridiques en présence qu'aux règles propres au contrôle juridictionnel de l'interventionnisme économique.

Il a paru cependant utile d'en faire un rapide inventaire : elles contribuent à caractériser le contrôle exercé; l'intérêt de certaines de ces techniques est considérable; les réflexions qu'elles peuvent suggérer sont enfin de nature à ouvrir la voie à un rapprochement ultérieur des systèmes juridiques.

*
* *

Au demeurant, ces dernières considérations ne doivent pas conduire à négliger les éléments de rapprochement, actuels et virtuels, contenus dans les techniques de contrôle juridictionnel de l'intervention économique de l'État.

L'examen auquel il vient d'être procédé fait apparaître tout d'abord une très grande similitude dans les actions engagées par la puissance publique ou pour son compte, dans chacun des États membres de la Communauté économique européenne, pour influencer l'évolution de l'activité économique.

Comme la nature de ces interventions conditionne étroitement celle du contrôle juridictionnel qui peut leur être imposée, les bases d'une assez grande convergence dans les conditions de ce contrôle sont réunies.

De fait, si l'on fait abstraction de l'influence — dont il serait vain évidemment de se dissimuler qu'elle est très profonde — qu'exerce sur les solutions apportées par le juge administratif aux divers problèmes que pose le contrôle juridictionnel des interventions économiques de la puissance publique, l'économie générale des systèmes juridiques en vigueur dans ces États, et notamment les principes qui régissent la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, on est frappé par la similitude dans la manière d'aborder les problèmes de légalité et par la convergence générale des solutions.

Cette similitude et cette convergence mêmes rendent particulièrement intéressant le rapprochement des points de vue différents, voire opposés, qui peuvent apparaître sur tel ou tel aspect du contrôle juridictionnel : même divergents, ces points de vue trouvent leur source dans des principes juridiques analogues ou, à tout le moins, comparables ; ainsi peut apparaître la relativité de telle solution dont le bien fondé semblait jusqu'alors reposer sur des fondements solides; ainsi le juge peut-il mesurer, avant même de s'y engager, les implications et les effets de telle construction mise en œuvre dans un système juridique voisin.

Ecole de modestie et d'imagination, la confrontation des systèmes juridictionnels de contrôle de l'interventionnisme économique, est aussi une école de perfectionnement et d'harmonisation, et par voie de conséquence, un instrument de nature à apporter une contribution précieuse, dans un secteur particulièrement délicat, au rapprochement des règles qui gouvernent le contentieux administratif dans des États entre lesquels les relations économiques et par conséquent juridiques sont appelées à un développement croissant.