



# Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français

Mémoire de recherche

présenté en vue de l'obtention du Master 2 Droit public fondamental

par

Élise Fraysse

Sous la direction de Madame Sylvie Caudal, Professeur de droit public à  
l'Université Jean Moulin Lyon 3

2012-2013



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## AVANT-PROPOS

L'Equipe de droit public de Lyon (EA 666), actuellement dirigée par le Professeur Philippe BLACHER, a décidé depuis quelques années de publier les meilleurs mémoires des M2 Recherche qui lui sont rattachés, et a donc lancé la collection des « *Mémoires de l'Equipe de droit public* ».

Le mémoire ici présenté a été rédigé par Madame Elise FRAYSSE et soutenu en 2013 dans le cadre du M2 Droit public fondamental aujourd'hui co-accrédité avec les Universités Lumière-Lyon 2 et Jean Monnet-Saint-Etienne.

Cette étude, intitulée « *Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français* » porte sur un thème qui, pour être classique n'en est pas simple pour autant. Car les frontières entre ces deux types d'intérêts apparaissent singulièrement fragilisées, si ce n'est brouillées. L'originalité de l'approche de Madame FRAYSSE est d'avoir tenté d'établir un lien entre les différentes conceptions de l'Etat (libéral, interventionniste, néolibéral, régulateur) et l'évolution des rapports entre intérêts publics et intérêts privés. Quant à la distinction de ces intérêts, Madame FRAYSSE montre qu'elle tend à se renouveler, notamment à travers la frontière entre intérêts politiques et économiques.

Les développements témoignent à la fois d'une très bonne maîtrise des concepts, intelligemment reliés aux grandes évolutions du droit administratif, et d'une solide connaissance de la jurisprudence administrative qui continue à jouer ici un rôle essentiel.

Ces qualités de Madame FRAYSSE ont en outre été récompensées par l'attribution d'un contrat doctoral par l'Ecole doctorale de droit : nous lui souhaitons un plein succès pour la suite de ses recherches !

Sylvie CAUDAL

Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3  
Co-responsable du M2 Droit public fondamental  
Directrice de l'Institut d'Études administratives



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Madame le Professeur Sylvie Caudal pour avoir dirigé mes recherches et pour sa disponibilité.

Que Monsieur le Professeur David Mongoin trouve l'expression de mes sincères remerciements pour avoir accepté de juger ce travail.

Je tiens à remercier mes ami(e)s et mes proches, pour leur présence, et plus particulièrement ma mère, phare dans la brume.

Qu'il me soit également permis de remercier Monsieur Guillaume Protière pour ses conseils, et pour avoir montré le Droit public sous un jour nouveau.

Mes remerciements s'adresseront aussi à l'ensemble des Professeurs du Master 2 Droit public fondamental pour cette année intellectuellement riche et épanouissante.





## LISTE DES ABREVIATIONS

AJDA	L'Actualité juridique. Droit administratif
AJDI	L'Actualité juridique. Droit immobilier
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Contra.	Contraire
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Dr. Adm.	Droit administratif
Ed.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'État
Ibid.	Ibidem
JCP	La Semaine juridique
JCP A	La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Op. cit.	Opus citatum
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Recueil Lebon)
Rec. T.	Tables du Recueil des arrêts du Conseil d'État
Réimp.	Réimprimé
Rev. Adm.	Revue Administrative
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif

RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
TC	Tribunal des conflits
V.	Voir
Vol.	Volume

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
<hr/>	
<b>TITRE 1. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : LE RENOUVELLEMENT DES DÉFINITIONS</b>	<b>13</b>
<hr/>	
<b>CHAPITRE 1. LA REMISE EN CAUSE DU CRITÈRE ORGANIQUE DE DÉFINITION, L'EMPREINTE DE L'ÉTAT INTERVENTIONNISTE</b>	<b>13</b>
SECTION 1. LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE LA DÉTENTION D'UN INTÉRÊT PRIVÉ PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE	13
SECTION 2. L'EXERCICE BANALISÉ D'UN INTÉRÊT PUBLIC PAR UNE PERSONNE PRIVÉE	26
<b>CHAPITRE 2. L'ADOPTION DU CRITÈRE FONCTIONNEL DE DÉFINITION, LA MARCHE VERS UN ÉTAT NÉOLIBÉRAL</b>	<b>37</b>
SECTION 1. L'USAGE DES INTÉRÊTS PUBLICS À FIN DE LÉGITIMATION DE L'ACTION ADMINISTRATIVE	37
SECTION 2. L'USAGE DES INTÉRÊTS PUBLICS À FIN D'ENCADREMENT DE L'ACTION ADMINISTRATIVE	52
<b>TITRE 2. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : L'AJUSTEMENT DES FRONTIÈRES</b>	<b>63</b>
<hr/>	
<b>CHAPITRE 1. LA RÉMANENCE DE LA FRONTIÈRE DES INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS, LES SÉQUELLES DE L'ÉTAT LIBÉRAL</b>	<b>63</b>
SECTION 1. LA FRONTIÈRE ENTRE INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS : LA SUPÉRIORITÉ INCONTESTABLE DES INTÉRÊTS PUBLICS SUR LES INTÉRÊTS PRIVÉS	63
SECTION 2. LES FRONTIÈRES ENTRE INTÉRÊTS PUBLICS : LA HIÉRARCHISATION A POSTERIORI DES INTÉRÊTS PUBLICS	75
<b>CHAPITRE 2. LA DÉSTABILISATION DE LA FRONTIÈRE DES INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS, LA MARCHE VERS UN ÉTAT RÉGULATEUR</b>	<b>85</b>
SECTION 1. DES FRONTIÈRES FRAGILISÉES	85
SECTION 2. DES FRONTIÈRES RENOUVELÉES	96
<b>CONCLUSION</b>	<b>109</b>
<hr/>	
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>113</b>
<hr/>	



## INTRODUCTION

Les premières lignes du *Contrat social* de Rousseau sont éloquentes. La philosophie des Lumières a éclairé l'homme ; elle l'a mis en lumière. Héritier de cette philosophie, Jean-Jacques Rousseau s'est attaché, pour rechercher « quelque règle d'administration légitime et sûre » à prendre « *les hommes tels qu'ils sont* et les lois telles qu'elles peuvent être »<sup>1</sup>. L'homme n'est plus ignoré, il n'est pas pour autant magnifié. Il s'agit alors, pour fonder le contrat social, d'allier « ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit »<sup>2</sup>. L'intérêt devient alors le moteur de ce nouvel ordre politique : ce dernier doit être construit sans brimer les intérêts des individus. Dès lors, chacun s'unit à tous mais n'obéit pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant<sup>3</sup>.

L'intérêt, moteur de l'action humaine, devient aussi celui de l'État. Cette volonté de construire un ordre politique en prenant les hommes tels qu'ils sont et non pas tels qu'ils devraient être, d'être davantage Racinien que Cornélien<sup>4</sup>, est présente chez un certain nombre d'auteurs réalistes de l'époque, de Spinoza à Hume. Il est vain, selon eux, pour construire une théorie politique, de nier la réelle nature de l'Homme qu'est de suivre ses intérêts propres. Le fondement de l'ordre politique n'est plus à trouver dans la Nature et les passions, mais bien dans les hommes *tels qu'ils sont*<sup>5</sup> et dès lors, leurs intérêts. En effet, ceux-ci dépassent les passions et sont empreints de raison. Le pouvoir de l'État n'est plus fondé sur un ordre transcendant et naturel mais sur une volonté rationnelle des hommes qui le composent. Cette pensée sera concrétisée par la Révolution de 1789, où la société se donnera comme but « non plus le Bien commun, mais l'intérêt général »<sup>6</sup>. Cela est loin d'être anodin ; il y a un renversement complet de paradigme. Le but de la société n'est plus quelque chose qui lui est extérieur, « abstrait et désincarné »<sup>7</sup> et dicté par la Nature – le Bien commun – mais quelque chose qui vient de la volonté même des individus, celle-ci étant dictée par la Raison – l'intérêt.

L'intérêt – défini classiquement comme « ce qui importe »<sup>8</sup> – devient donc le moteur de la société, de l'État, mais aussi celui du Droit. La relation entre intérêt et Droit est en effet très ténue. On s'accorde avec Maurice Hauriou pour reconnaître qu'« il n'y a pas de droit sans

---

<sup>1</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Flammarion, GF, [réimp. 2001], Livre I, p. 41 ; nous soulignons.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>4</sup> Nous paraphrasons ici les mots de La Bruyère à propos de Racine et Corneille : « Racine peint les hommes tels qu'ils sont, et Corneille, tels qu'ils devraient être ».

<sup>5</sup> A. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts, Justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, PUF, coll. « Quadrige », 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 22.

<sup>6</sup> M. CLEMENT, *Le sens de l'Histoire*, Nouvelles éditions latines, 1958, p. 42.

<sup>7</sup> J. CHEVALLIER, Le concept d'intérêt en science administrative, in OST (dir.), *Droit et intérêt*. Volume 1, Approche interdisciplinaire, Bruxelles, *Facultés universitaires Saint-Louis*, 1990, p. 141.

<sup>8</sup> Le Petit Robert, *Langue française*, Larousse, 1979, p. 1020.

intérêt : un droit est foncièrement un intérêt auquel sont venus s'adjoindre d'autres éléments »<sup>9</sup>. Pour d'autres, les droits subjectifs ne sont d'ailleurs que l'expression d'intérêts juridiquement protégés<sup>10</sup>. Quoiqu'il en soit, l'usage de la notion d'intérêt est très répandu en Droit (intérêt pour agir, intérêt patrimonial, intérêt général, intérêt particulier...) sans qu'une définition juridique n'en soit retenue. L'intérêt n'a pas d'essence, et l'on peine même à lui trouver un antonyme. Comme le notent MM. Cornu et Foyer, « l'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie, qu'on classe, mais qu'on ne définit pas »<sup>11</sup>. L'hostilité des juristes à l'égard de la notion d'intérêt, ou plutôt l'attitude paradoxale qu'ils tiennent à son égard est frappante : tout en y ayant largement recours, cette notion est rarement étudiée en tant que telle. Il semble pourtant nécessaire de s'y attarder quelque peu, afin de ne pas appréhender les « intérêts publics » et les « intérêts privés » comme des locutions classiques voire banales mais comme des expressions problématiques en soi.

Au-delà de de la connotation péjorative que l'on peut vouer à l'« intérêt »<sup>12</sup>, donner un sens juridique à cette notion va à l'encontre des préceptes positivistes qui imprègnent notre Droit. L'intérêt pourrait être qualifié de notion para-juridique ou encore métajuridique, se situant entre le droit et le non-droit<sup>13</sup>. Il s'inscrit en effet à l'encontre de la logique binaire du Droit, celle du « tout ou rien », qui voudrait que l'intérêt soit consacré sous la forme d'un droit subjectif, ou alors qu'il soit banni « dans les limbes du non-droit »<sup>14</sup>. L'intérêt en lui-même est exclu du droit car il ne prescrit aucun comportement – contrairement à une norme. Il se situe dès lors entre les faits et le Droit<sup>15</sup>, le *sein* et le *sollen*, il s'insère dans cet abîme longtemps considéré comme infranchissable<sup>16</sup>. Il joue une fonction de régulation, d'ajustement constant, de modération ; il brouille les frontières. Ainsi, il « semble avoir partie liée avec la réalité ; une réalité diverse et variable qui, faisant irruption *au creux des règles de droit*, en subvertit les caractères d'abstraction, de généralité et d'intemporalité qu'on se plaît généralement à leur reconnaître »<sup>17</sup>. L'intérêt a « toujours un but pratique parce qu'il apparaît toujours comme un moyen de satisfaire à un besoin »<sup>18</sup>. Ancré dans la réalité, dans la vie

---

<sup>9</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1910 [réimp. 2010], p. 32.

<sup>10</sup> R. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 1886, p. 351.

<sup>11</sup> G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 1958, p. 296.

<sup>12</sup> Dans l'Encyclopédie, d'Alembert et Diderot définissent l'intérêt comme « ce qui nous fait chercher nos avantages au mépris de la justice et de la vertu, et c'est une vile ambition ».

<sup>13</sup> F. OST (dir.), *Droit et intérêt. Volume 2, Entre droit et non-droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>15</sup> T. SCHULTZ, *Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt*, *Diritto & questioni pubbliche*, 2003, p. 302.

<sup>16</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 286.

<sup>17</sup> F. OST, *Droit et intérêt. Volume 2, op. cit.*, p. 13-14 ; nous soulignons.

<sup>18</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 32.

même, il peut ainsi conduire à aménager, modérer, des normes que l'on croyait « incorruptibles ».

Puisque les intérêts permettent de rétablir un équilibre entre les faits et le Droit et ainsi d'ajuster le Droit aux faits en présence, ils seront pris en considération par l'autorité politique ou administrative pour adopter une décision. Les intérêts ne sont pourtant pas inconnus du juge, amené de plus en plus à les prendre en considération. Auparavant, les intérêts n'étaient pris en compte qu'au stade de la prise de décision, par le pouvoir politique ou par l'Administration, c'est-à-dire au stade de la production du Droit. Pour cette dernière, c'est la faculté, lorsqu'elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire, de choisir une solution parmi d'autres, toutes étant conformes au droit en vigueur<sup>19</sup>. Classiquement, le juge administratif se limitait à constater une illégalité, c'est-à-dire de confronter les faits au droit positif. Cette équation, relativement simple, s'est complexifiée avec la réapparition du jeu des intérêts au stade du jugement. La prise en compte des intérêts par le juge permet de constater une illégalité sans même qu'une norme ne soit violée. Cette conception du rôle du juge a été initiée par l'*Interessenjurisprudenz*, en Allemagne, qui s'opposait alors la *Begriffsjurisprudenz* selon laquelle « l'activité du juge se résume à une recherche logique des normes applicables »<sup>20</sup>.

En droit français, la pesée des intérêts comme modalité de jugement pour le juge administratif est apparue dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique avec la fameuse jurisprudence de l'Assemblée du Conseil d'État en date du 28 mai 1971 dite *Ville Nouvelle-Est*<sup>21</sup>. Cette décision instaure ce que l'on appelle la technique du bilan coûts-avantages<sup>22</sup> : pour être déclarée d'utilité publique, une opération ne doit pas présenter plus d'inconvénients que d'avantages. Elle consiste plus concrètement en une pesée (ou balance) d'intérêts en comparant « les poids respectifs des effets opposés d'une même décision pour déterminer celui qui s'avère le plus important »<sup>23</sup>. Elle se distingue en cela du principe de proportionnalité<sup>24</sup>, qui apprécie « la valeur variable d'un élément pour déterminer la grandeur

---

<sup>19</sup> T. SCHULTZ, Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt, *op. cit.*, p. 307.

<sup>20</sup> M. BUERGISSE, J.-F. PERRIN, *Interessenjurisprudenz. Statut de la loi dans l'histoire du mouvement*, in OST (dir.), *Droit et intérêt. Volume 1, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 332.

<sup>21</sup> CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, *Rec.* p. 409.

<sup>22</sup> Aussi appelée « théorie du bilan coûts-avantages », nous préférons parler de « technique », le terme de « théorie » nous semblant ici impropre.

<sup>23</sup> B. SEILLER, *Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité...*, JCP A 2012, n° 38, p. 2316.

<sup>24</sup> *Contra*. A. VAN-LANG, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in *Le droit administratif : permanences et convergences*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1053 ; G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 297 ; M. GUIBAL, *De la proportionnalité*, *AJD-A* 1978, p. 477 ; J.-P. COSTA, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, *Economica-PUAM*, 1990, p. 36 ; J.-F. LACHAUME, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Thémis, 2007, p. 754.

d'un autre, de manière à ce que le rapport entre ces deux éléments reste égal »<sup>25</sup>. Si la technique du bilan permet de « comparer deux valeurs fixes pour déterminer celle qui l'emporte quantitativement »<sup>26</sup>, la proportionnalité ne met pas d'intérêts en balance mais compare les fins avec les moyens.

La technique de la balance des intérêts a eu tendance à prospérer en contentieux administratif français, dans l'optique d'un contrôle plus poussé du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, si bien que l'on a pu parler du « rayonnement de la théorie du bilan »<sup>27</sup>. Outre le domaine de l'expropriation et de la déclaration d'utilité publique, la balance des intérêts a été utilisée par le juge administratif concernant les dérogations aux règles d'urbanisme<sup>28</sup>, l'institution d'une zone de protection autour d'un site classé, les conditions du licenciement des salariés protégés<sup>29</sup>, l'appréciation de la condition d'urgence dans les référés<sup>30</sup>, la démolition d'un ouvrage public irrégulièrement implanté<sup>31</sup>, la modulation dans le temps de l'effet rétroactif d'une décision d'annulation<sup>32</sup>, la mesure de réintroduction d'une espèce protégée<sup>33</sup>, l'autorisation d'accès anticipé aux archives publiques<sup>34</sup>, les décisions de préemption<sup>35</sup>. C'est toutefois en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique que la jurisprudence est la plus fournie.

Accorder une place au jeu des intérêts en droit est porteur de sens ; cela révèle une nouvelle façon de voir le Droit et l'État lui-même. En prenant mieux en considération les aspirations des individus dans l'élaboration des décisions et en procédant ainsi à une certaine subjectivisation du Droit, il y a sans doute un signe de l'avènement d'un État de droit post-moderne<sup>36</sup>. Le recours accru à la balance des intérêts révèle l'évolution du droit administratif lui-même, où l'unilatéralisme et le caractère inégalitaire de la relation entre Administration et administrés s'estompent au profit d'un certain consensualisme et d'une revalorisation des individus<sup>37</sup>. En effet, l'intérêt porte le sceau de l'individualisme, contrairement au Bien

---

<sup>25</sup> B. SEILLER, Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité..., *op. cit.*, p. 2318.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> B. DACOSTA, L'office du juge : Rayonnement et diffusion de la théorie du bilan au-delà de l'expropriation, *Droit de la voirie et du domaine public*, 1 décembre 2011, p. 171.

<sup>28</sup> CE Ass. 19 juillet 1973, Ville de Limoges, *Rec.* p. 530.

<sup>29</sup> CE 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne et Ministre de l'agriculture c. Bernette, *Rec.* p. 232.

<sup>30</sup> CE 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, *Rec.* p. 29.

<sup>31</sup> CE 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, *Rec.* p. 21.

<sup>32</sup> CE 11 mai 2004, Association AC ! et autres, *Rec.* p. 197.

<sup>33</sup> CE 23 février 2009, Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne, *Rec.* p. 236.

<sup>34</sup> CE sect. 29 juin 2011, Rouzaud, n° 335072.

<sup>35</sup> CE 6 juin 2012, Société RD Machines-outils, n° 342328.

<sup>36</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 100.

<sup>37</sup> Il est à cet égard important de noter que les administrés sont devenus des citoyens administratifs et jouent ainsi un rôle actif, et non plus passif, vis-à-vis de l'Administration.



commun par exemple, empreint d'une dimension morale mais qui ne fait pas directement référence aux individus. On sait que traditionnellement, la subjectivité est bannie du droit public, comme l'illustre le recours pour excès de pouvoir, procès contre un acte et non contre une personne. Nombreuses ont alors été les réticences à reconnaître que les personnes publiques puissent avoir des intérêts, voire même des droits subjectifs<sup>38</sup>. On assiste pourtant, depuis quelques décennies à une « invasion des subjectivités »<sup>39</sup> en droit administratif et en contentieux administratif, « devenu de plus en plus un contentieux des intérêts »<sup>40</sup>. Dès lors, « un nouveau droit succède au droit abstrait, général et désincarné, jupitérien, exprimant la transcendance étatique ; ce droit nouveau est caractérisé par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir »<sup>41</sup>. La pesée des intérêts rompt alors avec le raisonnement syllogistique, propre au droit moderne : la norme devra être individualisée pour être adaptée à la situation d'espèce<sup>42</sup>. Né avec l'État moderne, l'intérêt prospère sous l'État post-moderne (ou néomoderne). Ce passage d'un paradigme à un autre trouve une certaine résonnance dans un autre champ ; celui de la dichotomie ancestrale entre la sphère publique et la sphère privée.

La distinction entre public et privé fait l'objet de nombreuses études, tant philosophiques que juridiques. Néanmoins, aucun critère de distinction n'a émergé – ce qui ne surprendra personne. Qui plus est, « autant le zonage public-privé impose la force de son évidence comme un fait toujours là, autant le repérage du tracé exact de la frontière s'avère une entreprise délicate »<sup>43</sup>. En effet, chaque esprit *ressent* la différence qui s'opère de façon générale entre ce qui est public et ce qui est privé, mais les mots manquent. Si l'on suit Boileau, qui considère que « ce qui se conçoit bien s'énonce clairement », la distinction public-privé ne se conçoit alors pas très bien.

De nombreux auteurs se sont essayés à définir le « public » et le « privé » de façon positive. Selon Hannah Arendt, auteur quelque peu iconoclaste en matière juridique, le public c'est « le monde qui est l'entre-deux objectif et permanent qui sépare et relie les hommes. C'est, rigoureusement parlant, "l'inter est", ce qui gît entre »<sup>44</sup>. Le public ne naît que

---

<sup>38</sup> Pour autant, certains auteurs ont récemment tenté d'introduire l'idée de droits subjectifs pour les personnes publiques. V. P. YOLKA, Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques, *AJDA* 2013, p. 313.

<sup>39</sup> J.-B. AUBY, La bataille de San Romano, *AJDA* 2001, p. 912.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>42</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », p. 31.

<sup>43</sup> J. CAILLOSSE, Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique, *Dr. Adm.* 20 décembre 1996, p. 957.

<sup>44</sup> A. AMIEL, *Hannah Arendt. Politique et événement*, PUF, 1996, p. 67.

s'il existe une pluralité d'Hommes ; ce sera dans les interstices qui les relient et les séparent que naîtra le public. Dès lors, ce qui est public ce n'est pas ce qui est commun à tous car alors un individu seul pourrait déterminer ce qui est public et ce qui ne l'est pas. Il n'existe pas – comme le pensait entre autres Adam Smith – de main invisible chargée de guider le comportement des hommes et ainsi d'harmoniser naturellement leurs intérêts contradictoires<sup>45</sup>. C'est justement le rôle du « public » d'harmoniser ou du moins de concilier les intérêts contradictoires.

Il ne faudrait pas se représenter le public et le privé comme deux blocs l'un à côté de l'autre mais plutôt comme des îlots de « privé » dans un océan de « public ». Mais à quoi ressemble l'eau qui remplit cet océan ? Pierre Legendre considère que du côté du public, « on range les choses sublimes, les buts sociaux les plus nobles, la fonction de désintéressement »<sup>46</sup> alors que du côté du privé « se règlent les rapports sociaux les moins purs ; tout ce dont l'État se décharge : l'argent et le sexe »<sup>47</sup>. Le public, c'est l'apparence : les activités humaines publiques sont celles qui deviennent « dignes de paraître en public »<sup>48</sup>, celles qui dépassent la subjectivité, l'expérience individuelle, l'intimité, pour s'exercer sous le regard des autres, pour être apparentes à tous<sup>49</sup>. Le privé, en revanche, c'est ce qui ne peut pas ou ne doit pas être montré ; il a davantage tendance à être tourné vers lui-même. Lorsque Hannah Arendt se demande ce qu'est le « privé », elle s'interroge de la façon suivante : « privé de quoi ? ». L'idée de base du domaine privé est donc celle de la privation, du manque<sup>50</sup>. La même idée est présente chez Hauriou pour qui la vie publique, « espace libre dans lequel on ne se sent pas enfermé », contraste avec la vie privée, « où on se sent bien vite irrémédiablement emprisonné »<sup>51</sup>.

La distinction public-privé renvoie directement, dans nos sociétés libérales, à la séparation entre l'État et la société civile<sup>52</sup>. S'il n'existe pas de frontière entre ce qui est public et ce qui est privé, l'État est inexistant – et c'est l'anarchie – ou l'État est partout – et c'est l'avènement du totalitarisme. Entre ces deux extrémités, l'État est républicain, c'est-à-dire

---

<sup>45</sup> J.-A. MAZERES, Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition, *RDJ* 2005, p. 1047.

<sup>46</sup> P. LEGENDRE, *Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Les éditions de Minuit, coll. « Critique », 1976, p. 167.

<sup>47</sup> J. CAILLOSSE, Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique, *op. cit.*, p. 958.

<sup>48</sup> H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, coll. « Evolution », p. 90.

<sup>49</sup> J.-A. MAZERES, Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 4.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>51</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 328.

<sup>52</sup> J. CHEVALLIER, *Public/privé*, CURAPP, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 2005, p. 7.

qu'il existe une *res publica*<sup>53</sup>, une chose publique, distincte de la sphère privée. On pourrait même aller jusqu'à dire que la division public-privé est la condition *sine qua non* de l'État, de sa réalité<sup>54</sup>, dans les sociétés occidentales. Le public comme le privé doivent exister ; l'océan ne doit pas englober les îlots. En effet, « si la frontière entre le public et le privé est formellement absolue, l'extension de leur domaine ainsi que leur contenu sont historiquement variables ; seule la réalité de l'État ne pourra jamais devenir privée »<sup>55</sup>. Les relations qu'entretiennent le public et le privé sont paradoxales : il n'y a pas d'identité entre les deux, sinon quoi l'État républicain n'existerait pas. Le public et le privé semblent alors s'exclure l'un l'autre, mais sont pourtant interdépendants dans la mesure où l'un ne peut exister sans l'autre. Il n'y a pas d'îles sans océan.

Reste alors à savoir quelle surface recouvre la sphère publique et la sphère privée. Car l'océan n'est pas calme ; la surface des îles et celle de l'océan varient largement. A l'évidence, la séparation entre ce qui est public et ce qui est privé n'est pas statique ; elle suit l'évolution de la société, et aussi celle de la relation entre l'État et l'individu, le Marché : « la frontière est toujours là, mais son tracé et son rôle bougent sans cesse »<sup>56</sup>. La modification du tracé entre ce qui relève du public et ce qui relève du privé est porteuse d'un sens plus profond ; elle révèle la figure de l'État. Il faut toujours avoir à l'esprit que « lorsque les murs bougent c'est que, dans les profondeurs, la terre tremble »<sup>57</sup>.

Il existe une correspondance intéressante entre la figure de l'État et le partage entre public et privé. L'un est tributaire de l'autre, et *vice versa*. Les auteurs qui se sont intéressés à la question ont distingué principalement trois phases dans l'histoire de l'État. La première est celle de l'État libéral, où le rôle de l'État est principalement cantonné au maintien de l'ordre public<sup>58</sup>, à l'exercice des pouvoirs régaliens. L'État est alors perçu comme un mal nécessaire, chargé de poser le cadre dans lequel les individus pourront disposer de leurs droits et libertés. On parle aussi d'État gendarme ou d'Administration de police<sup>59</sup>. État et société civile s'excluent l'un et l'autre. L'État est isolé des individus ; il ne peut pas, par exemple, intervenir sur le Marché. S'il le fait, à titre exceptionnel, on lui appliquera le droit privé. L'État est fort

---

<sup>53</sup> T. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir d'une république ecclésiastique et civile*, Folio, Essais, 1651 [réimp. 2000], chap. XIX, p. 195.

<sup>54</sup> C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, p. 2.

<sup>55</sup> J. FREUND, *L'essence du politique*, Dalloz, 1986 [réimp. 2008], p. 298.

<sup>56</sup> J. CAILLOSSE, Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique, *op. cit.*, p. 956.

<sup>57</sup> J. RIVERO, Droit public-droit privé : Conquête ou statu quo ?, *D. 1947*, chron. XVIII, p. 72.

<sup>58</sup> J. CHEVALLIER, *L'expropriation en question*, CNRS, 1977, p. 30.

<sup>59</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, in Ruegg J., Decoutère S., Mettan N., *Le partenariat public-privé: un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ?*, PPUR, 1994, p. 220.

mais peu étendu ; le public existe mais il est restreint et instrumental, ne servant qu'à l'épanouissement du privé.

L'entre-deux guerres voit naître une nouvelle figure de l'État, qui s'affirme peu à peu : celle de l'État interventionniste, qui correspond à une Administration de prestation<sup>60</sup>. L'État est investi d'un nouveau rôle, actif, et non plus uniquement passif : il est chargé de fournir des prestations aux individus afin de corriger les effets des inégalités<sup>61</sup>. C'est l'âge d'or du service public à la française. L'État garde de sa puissance et sa sphère d'intervention s'étend : le public prospère et le privé se réduit.

La troisième figure de l'État, celle que nous connaissons aujourd'hui, est celle de l'État néolibéral, post-moderne<sup>62</sup>, ou encore néomodernisme<sup>63</sup>, à laquelle correspond une Administration de gestion<sup>64</sup>. Sous l'État interventionniste, les mouvements entre État et société civile, public et privé s'étaient multipliés, mais la frontière entre les deux restait relativement nette : on savait quand l'État était là ou non. Avec l'État néolibéral, qui émerge à partir des années 1970, les frontières tendent à se brouiller de plus en plus : l'État n'est plus nécessairement dans une situation de domination quand il agit, il peut très bien se fondre dans la société civile et se soumettre aux règles de concurrence<sup>65</sup>. L'État peut être là sans être visible. Cela ne signifie pas que l'État intervient moins ; il intervient différemment. Selon Pierre Moor, ce changement de figure de l'État est dû au passage de l'opulence – qui caractérisait l'État interventionniste – à la rareté<sup>66</sup>. Les ressources doivent être utilisées de façon la plus rationnelle possible, c'est-à-dire de façon efficace et efficiente : cet axiome de fonctionnement s'applique de la même façon aux individus qu'à l'État. L'heure est donc à celle du rééquilibrage entre public et privé ; l'État n'est plus isolé. Ainsi, « quand autrefois quelques masses ordonnées se lovaient autour de l'imposante silhouette que nous appelions le Donjon, dans l'apparente sécurité des murs d'enceinte avait poussé une incroyable anarchie de volumes, avec ce qui semblait être des passerelles reliant tout un chacun entre ciel et terre »<sup>67</sup>.

Il ne faudrait pas croire, en analysant l'histoire de la figure de l'État, que ces trois « phases » se sont succédées les unes aux autres de façon linéaire et claire. Elles ne sont pas

---

<sup>60</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, *op. cit.*, p. 221.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2<sup>ème</sup> éd., 2004.

<sup>63</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2006, p. 224.

<sup>64</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, *op. cit.*, p. 223.

<sup>65</sup> CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *Rev.* p. 272.

<sup>66</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, *op. cit.* p. 224.

<sup>67</sup> F. SAUZEY, *L'anti-prince*, Perrin, coll. « Tempus », 2011, p. 25.

étanches les unes aux autres<sup>68</sup>. En l'absence de révolution, faisant table rase du passé (et même cela est discutable), l'histoire de l'État s'est construite tant dans la continuité que dans la réaction au passé. La figure de l'État actuel n'est que le résultat d'un empilement séculaire ; l'État néolibéral s'est développé en réaction à l'État interventionniste mais également à l'État libéral. Si l'Histoire se construit en réaction au passé, elle n'est pas pour autant réactionnaire ; elle ne fait pas marche arrière. Quoi qu'il en soit, la figure d'un État n'est jamais remplacée par une autre ; c'est le paradigme qui change.

On fait souvent répondre à la distinction entre le public et le privé une autre distinction, plus juridique, entre l'intérêt général et les intérêts privés. Classiquement, on considère que la sphère privée, ou société civile, guidée par les intérêts particuliers, se distingue par une cloison étanche de la sphère publique, incarnée par la figure emblématique de l'État, qui porte l'intérêt général<sup>69</sup>. Charles Eisenmann, qui se contentait selon certains de faire du « droit négatif »<sup>70</sup> – c'est-à-dire de déconstruire plutôt que de construire, s'est attelé quant à lui à la recension des critères inopérants de distinction. Au premier de ceux-là figure le critère quantitatif : le privé ne reflète pas l'intérêt d'un seul individu pas plus que le public refléterait l'intérêt de *tous* les membres d'une société. Admettre cela, ce serait reconnaître qu'une règle générale protège « en tout et pour tout l'intérêt d'un seul individu »<sup>71</sup>. L'intérêt général, s'il n'était que la somme des intérêts de chacun, ne serait finalement qu'un intérêt privé ; il a donc une essence nécessairement différente. Pour autant, et pour reprendre les mots de Siéyès « l'intérêt général n'est rien s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un »<sup>72</sup> : le public, d'emblée relié à l'intérêt général, a besoin, pour exister, de trouver un certain écho dans ce qui relève du privé.

Pendant longtemps, intérêt général et intérêt public ont été considérés comme des synonymes. Il semble pourtant important, dans le cadre de notre étude, de les distinguer. La raison principale – très pragmatique mais de loin la plus exacte – réside en ce qu'il est plus facilement concevable d'opposer et de comparer l'intérêt privé à l'intérêt public, plutôt qu'à l'intérêt général, qui garde de sa transcendance. Dans la conception traditionnelle française, l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts particuliers ; il est issu de la volonté générale qui transcende tous les intérêts individuels et ne peut s'affronter à eux directement, n'étant pas de la même essence. Il en va différemment pour l'intérêt public.

---

<sup>68</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2005, p. 88.

<sup>69</sup> J. CHEVALLIER, Le concept d'intérêt en science administrative, *op. cit.*, p. 141.

<sup>70</sup> Relaté par Jacques Caillousse in J. CAILLOSSE, Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit, *Droit et Société* n° 56-57, 2004, p. 23.

<sup>71</sup> C. EISENMANN, Droit public-droit privé, *RDJ* 1952, p.933.

<sup>72</sup> Cité dans G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2004, p. 33.

Un lien existe pourtant indéniablement entre l'intérêt public, l'intérêt général voire le Bien commun. Si ces notions peuvent paraître synonymes, elles se sont relayées au fil des siècles. Une filiation s'est ainsi opérée, du Bien commun au Bien public, du Bien public à l'intérêt général, de l'intérêt général à l'intérêt public. Ils ont tous à voir avec la *res publica*, « qui relie les hommes entre eux » et « forme la raison d'être de leur volonté de vivre ensemble »<sup>73</sup>. Mais bien qu'étant liées, ces notions ne peuvent être prises pour des synonymes ; le surgissement des mots garde un sens. Ainsi, « la vieille notion de bien commun éclata quand, avec la montée de l'individualisme, l'usage s'établit de le restreindre au bien public, à côté nécessairement d'un bien privé, et elle s'estompa encore plus quand du bien public, on passa à l'intérêt public »<sup>74</sup>.

Parler des intérêts publics et privés, c'est se placer doublement dans les interstices, doublement au milieu de catégories binaires bien établies. Le droit administratif français se fonde sur des classifications binaires de sorte que tout est pensé à travers le prisme du tout ou rien, du droit ou du non-droit, du public ou du privé. Il n'y a point de milieu<sup>75</sup>. Il faut bien se rendre compte qu'à l'heure de l'État post-moderne, où règnent complexité et dérèglement de la logique juridique<sup>76</sup>, cette méthode du « tiers exclu » – parce qu'elle oblige à tout ranger et ordonner dans un répertoire d'opposition binaire<sup>77</sup> – se trouve malmenée.

Comme le note Jacques Caillosse, « les oppositions du droit et du non-droit, du droit public et du droit privé [...] etc. laissent fatalement un reste »<sup>78</sup>. La notion d'intérêt, par elle-même, met à mal la division établie entre droit et non-droit alors que la dichotomie public-privé, pourtant bien établie dans nos esprits, montre de plus en plus ses faiblesses. Parler d'« intérêts publics » et d'« intérêts privés » pourrait donc mettre à mal deux divisions qui structurent nos esprits de juristes. C'est donc la logique du droit administratif, son architecture même, que l'on sera amené à examiner. L'un des écueils à éviter est celui de croire que tout doit être pensé à travers ces dichotomies, trop simplificatrices pour rendre compte de l'état du droit en la matière.

Par ailleurs, il ne faudra pas considérer les « intérêts publics » et les « intérêts privés » comme des notions statiques dans le temps. Ce que l'on percevait, par exemple, comme étant un « intérêt public » à l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle ne l'est pas forcément encore de nos jours. Il

---

<sup>73</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. « Précis », 2006, p. 3.

<sup>74</sup> *Ibid.* p. 9.

<sup>75</sup> G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 170.

<sup>76</sup> J. CAILLOSSE, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, *op. cit.*, p. 955.

<sup>77</sup> J. CAILLOSSE, Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?, *Rev. Adm.* 2002, n° 328, p. 351.

<sup>78</sup> *Ibid.*

s'agit là d'une précision simpliste, mais importante. Même si ces notions sont intrinsèquement évolutives, car tributaires de la figure de l'État, elles gardent toutefois une certaine cohérence et une certaine constance dans le temps. Elles s'inscrivent tant dans la rupture que dans la continuité. La notion, le contenu et la perception changent. Les intérêts publics sont de ce point de vue considérés comme un standard ; une notion fixe et stable dont le contenu varie avec le temps<sup>79</sup>. En effet, il n'y a pas d'intérêt public en soi, « mais seulement en fonction d'un monde de valeurs situées, ce qui explique les inflexions historiques de la notion »<sup>80</sup>. En dépit de ces fluctuations, il serait erroné d'affirmer que ces notions sont dépourvues de sens, faute de stabilité. Les intérêts publics ne seraient alors qu'une coquille vide, puisque leur contenu est vague et incertain, mais pourraient néanmoins garder une certaine unité fonctionnelle, fluctuants entre l'intérêt général et les intérêts privés.

Intérêts publics et intérêts privés entretiennent une relation ambiguë : bien qu'en franche opposition, ils sont largement dépendants l'un de l'autre. Dès lors, pour comprendre l'un des termes de l'opposition, il ne faut pas négliger la compréhension de l'autre. Plus encore, il ne faut pas négliger les rapports qu'entretiennent les intérêts publics et les intérêts privés car c'est cela qui explique l'instabilité des notions. En fonction des rapports qu'entretiennent les intérêts publics avec les intérêts privés, ce sont leur contenu, leur sens même qui change. C'est aussi la figure de l'État qui se modifie.

Comprendre ce que revêtent les intérêts publics et les intérêts privés, les rapports qu'ils entretiennent, renseigne sur les relations entre l'État et la société civile. En fonction des interactions entre les intérêts publics et les intérêts privés, c'est leur sens même de ces notions qui change. Ainsi, s'ils s'ignorent ou s'ils se rapprochent, c'est le sens même de ces notions qui varie. Dès lors, c'est non seulement « la relation, le partage qui s'était d'abord établi entre le public et le privé, mais aussi la signification intrinsèque de ces deux notions elles-mêmes »<sup>81</sup> qui changent. En d'autres termes, l'évolution de l'opposition des termes influence les termes mêmes de l'évolution. En effet, « au moment où la frontière entre les deux domaines public et privé se déplace, la nature même de ces domaines se trouve profondément transformée, ce qui change du même coup le sens de ce déplacement »<sup>82</sup>. S'interroger sur les intérêts publics et les intérêts privés, le sens qu'ils revêtent, les rapports qu'ils entretiennent, l'état de leur supposée opposition, permet en filigrane de mieux saisir l'évolution de la figure de l'État, par les rapports qu'il entretient avec la société civile notamment.

---

<sup>79</sup> R. HOSTIOU, Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, in *Un droit inviolable et sacré : la propriété*, ADEF, 1991, p. 30.

<sup>80</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, p. 56.

<sup>81</sup> J.-A. MAZERES, Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 1047.

<sup>82</sup> *Ibid.*

Saisir cette évolution par le prisme des intérêts publics et privés, c'est observer un processus sans fin, de réajustement constant des frontières entre intérêts publics et intérêts privés (Titre 2) face au renouvellement permanent des définitions (Titre 1).



# TITRE 1. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : LE RENOUVELLEMENT DES DÉFINITIONS

Les notions d'« intérêts publics » et d'« intérêts privés » surgissent souvent, dans les discours politiques ou juridiques, sans que l'on sache vraiment de quoi il s'agit. En donner une définition stable et immuable serait vain mais il est possible, dans l'identification des concrétisations des uns et des autres, de comprendre les critères opérants et ceux qui ne le sont pas. Si le passage de l'État interventionniste a profondément remis en cause le critère organique de définition des intérêts publics et privés (Chapitre 1), l'avènement du paradigme néolibéral semble prôner un critère fonctionnel de définition (Chapitre 2).

## Chapitre 1. La remise en cause du critère organique de définition, l'empreinte de l'État interventionniste

L'abandon du paradigme libéral au cours de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle a eu pour effet de brouiller les frontières entre le public et le privé, c'est-à-dire entre autres de remettre en cause le critère organique pour déterminer la nature d'un intérêt. Il faut néanmoins différencier l'exercice de la détention d'intérêts. S'il est désormais largement admis qu'un intérêt public soit *exercé* par une personne privée (Section 2), la *détention* d'un intérêt privé par une personne publique ne fait l'objet que d'une reconnaissance progressive (Section 1).

### *Section 1. La reconnaissance progressive de la détention d'un intérêt privé par une personne publique*

Les intérêts privés sont pluriels. De façon générale, ils ont rarement leur place à l'endroit des personnes publiques. Si les intérêts privés de la personne publique elle-même tendent vers une plus grande reconnaissance globale (Paragraphe 2), les intérêts privés des tiers ne font l'objet que d'une reconnaissance marginale dans l'action administrative (Paragraphe 1).

### Paragraphe 1. Les intérêts privés des tiers dans l'action administrative, une reconnaissance parcellaire

Si la promotion d'un État de droit a conduit à revaloriser les intérêts privés des tiers dans l'action administrative (A), la conception française de l'intérêt public, rattachée aux personnes publiques censées l'exercer, conduit à marginaliser la prise en considération de tels intérêts (B).

### A) L'État de droit, facteur de revalorisation des intérêts privés des tiers

C'est dans le courant des années 1950 que les prémisses d'un nouveau paradigme s'esquissent, suite à la Seconde Guerre Mondiale. La prise de conscience de la dangerosité d'un État trop fort et trop présent a œuvré pour l'avènement d'un État de droit, qui « s'inspire d'une méfiance de principe vis-à-vis d'un État dont on recherche à encadrer et à corseter la puissance pour éviter qu'elle ne devienne oppressive »<sup>83</sup>. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, signée en 1950, la fondation de l'Union européenne et le développement des instruments internationaux visant à la protection des droits de l'Homme permettent ainsi aux individus de se prémunir de la puissance de l'État et ainsi de rééquilibrer quelque peu les rapports entre eux. En effet, « l'État de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique »<sup>84</sup>. La protection des droits des individus ne peut plus uniquement se faire *via* l'État et la reconnaissance de droits collectifs. Ce nouveau paradigme ne s'est pas immédiatement concrétisé en France, puisque la reconstruction matérielle de la France est passée par une reconstruction de la légitimité étatique.

Ce n'est que dans les années 1970 que ce nouveau paradigme fomenté au niveau de l'Europe voire de l'Occident tout entier est devenu également celui de la France. Il a en effet fallu attendre la crise de l'État providence pour que l'État de droit tel qu'il est entendu au niveau européen s'impose. Ce n'est donc pas un hasard si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme a été ratifiée en 1974, ou encore si la décision du Conseil constitutionnel constitutionnalisant de nombreux droits fondamentaux intervient en 1971<sup>85</sup>. Les droits fondamentaux des individus sont donc consacrés au niveau étatique, à un niveau relativement élevé de la hiérarchie des normes, ce qui témoigne de la revalorisation des droits subjectifs qui ne sont, selon certains, que des intérêts juridiquement protégés, qu'une variété d'intérêts<sup>86</sup>. Les intérêts privés, retranscrits en droit, ne doivent plus être brimés par la puissance étatique, par les personnes publiques. L'avènement d'un État de droit pose un cadre nouveau qui conduira à repenser les rapports entre personnes publiques et intérêts privés, intérêts publics et intérêts privés.

La reconnaissance des droits fondamentaux, il est vrai, ne date pas de la fin de la Seconde Guerre Mondiale. On sait que dès 1789, certains étaient reconnus en tant que droits de

---

<sup>83</sup> J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, coll. « Clefs politiques », 5<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 51.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>85</sup> CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, *Rec.* p. 22.

<sup>86</sup> F. OST, *Droit et intérêt. Volume 2, op. cit.*, p. 23.

l'Homme inaliénables et imprescriptibles dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Il semble toutefois que l'essence entre ceux-ci et ceux reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme, par exemple, diffère. En effet, ces derniers peuvent impliquer des mesures positives ; il ne s'agit plus seulement de se défendre contre la puissance étatique. Certains y voient un « mixage entre intérêts privés et publics »<sup>87</sup> puisque la satisfaction d'intérêts privés s'érige en tant qu'intérêt public, mission des personnes publiques mais surtout de l'État<sup>88</sup>. Plus précisément, on peut y voir l'implacable revalorisation des intérêts privés par les personnes publiques dans l'action administrative.

Si à l'origine le droit administratif se fondait sur une logique holiste, c'est-à-dire assurant la valorisation prioritaire de la collectivité au détriment des individus, les aspirations contemporaines révèlent une logique différente, d'essence individualiste où les intérêts privés tiennent une place beaucoup plus importante au sein de la sphère publique. En effet, l'État de droit contemporain est « le produit d'une philosophie individualiste libérale, alors que le droit administratif est imprégné de l'idéal républicain et privilégie le respect de l'intérêt général transcendant »<sup>89</sup>. En découle une indéniable « subjectivisation de l'intérêt général »<sup>90</sup> et du droit administratif<sup>91</sup>, relayée par des thèmes très en vogue tels que la sécurité juridique ou encore la citoyenneté administrative<sup>92</sup>. Les intérêts privés prennent de plus en plus de place.

Le droit administratif se voit directement affecté par cette « dynamique de subjectivisation [...] en intégrant de plus en plus les intérêts particuliers »<sup>93</sup>. Les droits créances ont alors envahi l'action administrative. Il suffira d'évoquer l'existence d'un « droit de l'usager *au service* »<sup>94</sup> ou encore d'un « droit des citoyens *à la qualité dans les services publics* »<sup>95</sup> pour le comprendre. Le service public devient le service *du* public. Ces nouveaux phénomènes permettent en effet de rééquilibrer la relation initialement inégalitaire entre l'Administration et l'administré. L'administré, individu passif à l'égard de l'Administration, peut désormais se prévaloir de ses intérêts privés, devenant ainsi un *citoyen* investi d'un rôle actif, même face à l'Administration. La technique des référés, introduite par la loi du 30 juin

---

<sup>87</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p. 147.

<sup>88</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>89</sup> G. LEBRETON, L'idéal républicain contre l'État de droit ? Le droit administratif français face aux droits fondamentaux de la personne humaine entre 1999 et 2000, in G. LEBRETON (dir.), *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine entre 1999 et 2000*, L'Harmattan, 2002, p. 118.

<sup>90</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>91</sup> P. FRAISSEIX, La subjectivisation du droit administratif, *LPA* 2004, n° 297, p. 12.

<sup>92</sup> F. MELLERAY, L'exorbitance du droit administratif en question(s), *AJDA* 2003, p. 1961.

<sup>93</sup> P. FRAISSEIX, La subjectivisation du droit administratif, *op. cit.*, p. 12.

<sup>94</sup> S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2001, p. 301.

<sup>95</sup> M. VOISSET, La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics, *RFDA* 1999, p. 743.

2000<sup>96</sup>, permet ainsi à un administré de suspendre une décision administrative, si ses droits s'en trouvent trop affectés. Le juge administratif, examinant la condition de l'urgence propre à suspendre une décision administrative, regardera si la personne publique n'a pas heurté significativement les intérêts privés des requérants<sup>97</sup>. Cette dynamique de subjectivisation, qui revalorise les intérêts privés au sein de l'action administrative, vient toutefois se heurter avec la conception traditionnelle de l'intérêt public à la française.

#### B) La conception française de l'intérêt public, facteur de marginalisation des intérêts privés des tiers

Selon la conception républicaine française de l'intérêt public, et de l'intérêt général, qui ne sont alors que des synonymes, celui-ci est distinct de la somme des intérêts individuels ; il existe en soi, au-delà des individus et jouit ainsi d'une certaine transcendance. Cette conception volontariste de l'intérêt général, « qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est [...] dans cette perspective l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »<sup>98</sup>. Dans la tradition française, intérêt général et intérêt public se confondent, car ce qui est public est nécessairement général. Il existe donc un intérêt public, distinct des intérêts privés, un intérêt public en soi ; « cet intérêt public, on pourrait aussi dire la chose publique, ce n'est rien d'autre que l'État. L'État est fait, non pas de la somme de tous les intérêts privés, mais seulement de la somme de tous les intérêts que les hommes ont décidé, par un acte de libre volonté, de mettre en commun »<sup>99</sup>.

Cette conception s'oppose à la conception utilitariste, plus pragmatique, qui perçoit l'intérêt général comme la somme des intérêts privés. Selon Adam Smith, les intérêts s'harmonisent seuls et spontanément, ou plutôt par le jeu de la fameuse main invisible. Il n'y a pas de volonté politique derrière la formulation de l'intérêt général et derrière celle de l'intérêt public ; « l'intérêt public n'est jamais mieux servi que lorsqu'on laisse, en réalité, les individus libres de travailler à satisfaire leurs intérêts égoïstes »<sup>100</sup>. C'est le rôle de la volonté politique, c'est-à-dire du gouvernement des idées, qui permet de distinguer l'une et l'autre de ces conceptions. En effet, « dans la théorie française, l'intérêt public ne se confond pas avec

---

<sup>96</sup> Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF* n°151 du 1 juillet 2000, p. 9948.

<sup>97</sup> V. par exemple : CE Sect., 16 mai 2001, M. et Mme Duffaut, *Rec.* p. 241, pour la suspension d'une décision menant à l'abattage d'un troupeau bovin.

<sup>98</sup> *Rapport public du Conseil d'État 1999*, Réflexions sur l'intérêt général, *EDCE* n° 50, 1999, p. 257.

<sup>99</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>100</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999*, *op. cit.*, p. 253.

la somme des intérêts privés ; c'est un choix politique, volontaire, fait de tous les intérêts mis en commun dans le contrat social. Le modèle républicain français se fonde sur une conception politique de l'intérêt public »<sup>101</sup>.

Cette conception de l'intérêt public, politique, a toutefois vécu et a été en proie à de nombreuses influences, comme celle de l'Union européenne, qui reflète une conception de l'intérêt général davantage utilitariste que volontariste<sup>102</sup>. Cela se comprend sans peine, compte tenu de la faible teneur politique des institutions de l'Union européenne. L'intérêt public (comme l'intérêt général) a alors été fortement critiqué, accusé de n'être « qu'une forme modernisée de la raison d'État »<sup>103</sup>, qu'une notion inconsistante et trompeuse. Il a donc fallu refonder la légitimité de l'intérêt public, c'est-à-dire l'action même des personnes publiques, dans les intérêts privés, dont il ne fait pas de doute qu'ils existent.

L'intérêt public tel qu'il était conçu, synonyme d'intérêt général et politique, vacille. A l'heure de l'État libéral (ou État gendarme), la césure entre le public et le privé était nette. De la même façon, les intérêts publics et les intérêts privés étaient clairement identifiables, voire exclusifs l'un de l'autre. L'État – et les personnes publiques en général – faisaient preuve d'une sorte d'indifférence bienveillante à l'endroit des personnes privées, de leurs intérêts et de leurs activités. Cette indifférence a été considérablement repensée avec l'avènement du paradigme de l'État interventionniste, où de nouveaux intérêts publics « dont la réalisation consiste à produire des prestations positives »<sup>104</sup> se sont constitués. Dès lors, ce qui était de l'ordre du « public » prospérait au détriment du « privé » afin de promouvoir une certaine solidarité sociale et de corriger les inégalités<sup>105</sup>. Nombre d'intérêts privés ont alors été hissés au rang de l'État et devenaient alors des intérêts publics. La première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle marque en effet l'ère de l'interventionnisme, qui semble exprimer « l'immixtion d'une personne dans les affaires qui ne sont pas les siennes, suggérant une ingérence de l'institution publique dans un domaine, l'économie, qui normalement ne serait pas le sien »<sup>106</sup>. Cela démontre la mainmise du « public » sur des intérêts initialement considérés comme privés et, conséquemment, leur mutation en intérêts publics.

Classiquement, on admet qu'une personne publique, dans le cadre de son action administrative, doit agir conformément à l'intérêt public. Les personnes privées, quant à elles,

---

<sup>101</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>102</sup> C. BOUTAYEB, Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire, *RTDE* 2003, p. 597.

<sup>103</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999*, *op. cit.*, p. 313.

<sup>104</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, *op. cit.*, p. 221.

<sup>105</sup> Cela explique notamment l'existence de grands monopoles dans le domaine des télécommunications, ou encore le développement de la sécurité sociale, d'accès à la culture...

<sup>106</sup> D. BUREAU, La réglementation de l'économie, *Archives de philosophie du droit*, 1997, n°41, p. 320.

agissent dans leurs intérêts privés. Il en résulte qu'une personne publique ne doit pas exercer des intérêts privés. Le critère organique joue dès lors un certain rôle dans la question de savoir si tel intérêt est public ou privé : dès lors qu'un intérêt est exercé par une personne publique dans le cadre de son action administrative, on présumera qu'il s'agit d'un intérêt public. Seul le juge peut renverser cette présomption et déclarer que l'intérêt en question était privé par le mécanisme du détournement de pouvoir.

Le détournement de pouvoir a pu prospérer lorsque le critère organique, dans l'identification de la nature des intérêts, jouait pleinement. L'existence d'un intérêt privé dans l'action administrative, océan d'intérêts publics, était facilement décelable et il pouvait être évincé par le mécanisme du détournement de pouvoir, apparu de fait de façon relativement précoce dans les années 1860<sup>107</sup>. Sa reconnaissance résulte de la prise de conscience de l'existence d'hommes – en proie à leurs intérêts privés – derrière l'État<sup>108</sup> – sanctuaire de l'intérêt public. C'est donc reconnaître que des hommes censés servir l'État puissent l'instrumentaliser pour servir des intérêts privés.

L'existence même du détournement de pouvoir, et sa pérennité – bien que contestée – atteste bien du fait que les personnes publiques ne doivent pas exercer d'intérêts privés. Dans le cadre de l'expropriation par exemple, l'opération qui vise à satisfaire exclusivement les intérêts de propriétaires sera censurée par le juge comme celle qui vise uniquement à faciliter l'accès à une propriété privée<sup>109</sup>, de permettre la création d'un centre hippique privé<sup>110</sup>. Si une opération ne peut pas tendre uniquement à favoriser un intérêt privé, elle ne doit pas non plus avoir pour seul objet d'y nuire<sup>111</sup>. Ainsi, est entachée de détournement de pouvoir l'expropriation ayant pour seul objet d'empêcher l'exercice par les anciens propriétaires, ou leurs ayants droit, de leur droit de rétrocession<sup>112</sup>. On pourrait y voir la ténacité du critère organique, dans la mesure où une personne publique, dans le cadre de son action administrative, ne pourra pas avoir pour principal dessein la satisfaction d'intérêts privés ; cette satisfaction pourra tout au plus être incidente<sup>113</sup>. Pourtant, le détournement de pouvoir n'est pas un moyen réservé aux personnes publiques, si bien qu'une personne privée exerçant un service public pourra voir un de ses actes entaché d'un tel vice.

---

<sup>107</sup> Plus précisément avec la décision de l'empereur Napoléon III en son Conseil du 25 février. 1864, *Lesbats*, *Rec.* p. 209.

<sup>108</sup> M. GROS, Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir, *RDJ* 1997, p. 1237.

<sup>109</sup> CE 22 octobre 1958, *Cts Moreau*, *Rec. T.* p. 918 ; CE 17 septembre 1999, *Nasica*, *AJDI* 2000, p. 131.

<sup>110</sup> CE 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie*, *Rec.* p. 157.

<sup>111</sup> CE 23 juillet 1909, *Fabrègue*, *Rec.* p. 727.

<sup>112</sup> CE 12 mai 2004, *Département des Alpes Maritimes*, *Rec. T.* p. 729.

<sup>113</sup> Voir *infra*. p. 24.

Né pour les personnes publiques, le détournement de pouvoir a toutefois évolué dans un contexte de mélange entre les personnes privées et les intérêts publics. Le critère organique, en ce cas, vacille, si bien que certains auteurs se sont demandé s'il n'était pas temps de signer l'acte de décès du critère organique<sup>114</sup>, les personnes publiques pouvant aussi détenir des intérêts privés.

## Paragraphe 2. Les intérêts privés des personnes publiques, une reconnaissance entamée

La pertinence du critère organique pour définir la nature d'un intérêt s'est trouvée érodée par la reconnaissance partielle d'intérêts privés détenus par des personnes publiques dans la jurisprudence (B), ceci étant le fruit d'une revalorisation structurelle de ceux-ci (A).

### A) La revalorisation structurelle des intérêts privés des personnes publiques

Il semble, au crépuscule du XX<sup>ème</sup> siècle, que les rapports entre l'État et la société civile se soient substantiellement modifiés. On assiste en effet à la crise de l'État providence et à l'avènement progressif du paradigme néolibéral. Margaret Thatcher et Ronald Reagan, guidés notamment par les écrits de Von Hayek, vont considérablement œuvrer en ce sens et influencer nombre d'États, dont la France. Face à la crise économique et sociale qui s'amorce à la fin des trente glorieuses, à l'explosion de la dette publique, c'est la figure même de l'État qui est repensée. L'État n'est plus perçu comme cette créature pure, au-dessus des contingences matérielles ; il est « descendu dans l'arène »<sup>115</sup>.

L'accroissement de la dette publique révèle la nécessité de désacraliser l'État, puisqu'il est confronté à des défis similaires à ceux des personnes privées. Dès lors, « États et entreprises étant confrontés aux mêmes défis, il semble logique que la gestion managériale, en vigueur dans les secondes où son efficacité instrumentale aurait été démontrée, soit également appliquée par les premiers »<sup>116</sup>. Confrontés à une dette publique croissante, les États décident de ne plus recourir aux moyens relevant de la puissance publique, comme la faculté de lever

---

<sup>114</sup> P.-B. SABOURIN, Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ?, *RDP* 1971, p. 589.

<sup>115</sup> MODERNE (Franck), Regards sur l'expropriation, *RDI* 1979, p. 150.

<sup>116</sup> F. DREYFUS, La Révision Générale des Politiques Publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État ?, *RFAP* n° 136, 2010, p. 859.

l'impôt, mais plutôt d'adopter un certain mimétisme à l'endroit des personnes privées, et notamment des entreprises (agir sur un marché, faire des économies...).

L'entreprise devient, au détour des années 1970 et l'avènement du néolibéralisme, l'entité de référence, la « puissance informante de la société »<sup>117</sup>. Cela annonce l'avènement du paradigme néolibéral, qui « procède à une sorte d'inversion de la poussée : l'énergie ne vient plus de l'institution, mais de l'entreprise, c'est-à-dire de la capacité de chacun à faire valoir ses intérêts »<sup>118</sup>. Ainsi, même l'État s'en inspire dans la façon de conduire son action administrative, c'est-à-dire institutionnellement. Certains ont dès lors pu parler d'un État-entreprise<sup>119</sup>. La Nouvelle Gestion Publique (ou New Public Management) prône ce rapprochement dans la mesure où l'action administrative doit, en plus d'être guidée par l'intérêt général, être axée sur la performance et viser à un meilleur usage des ressources publiques<sup>120</sup>.

La France a tardé dans l'incorporation politique et juridique de ces nouveaux standards. Les discours anti-étatiques largement répandus aux États-Unis dès les années 1970 étaient et demeurent irrecevables en France, en raison de son attachement séculaire à l'État. Les gouvernements français ont donc dû concilier cet attachement à l'État avec la nécessité d'engendrer une réforme de l'appareil étatique, justifiée notamment par le coût excessif de l'Administration<sup>121</sup>. Cette théorie s'est vue relayée en France notamment avec la Loi organique relative aux lois de finances (LOLF) de 2001, la Révision Générale des Politiques Publiques<sup>122</sup> (RGPP) de 2007, ou encore la Modernisation de l'Action Publique (MAP) de 2012. Ces différentes réformes s'inscrivent dans le même schéma de pensée : « faire mieux avec moins »<sup>123</sup>, instaurer efficacité et efficacité de l'action publique. Cela a pu se traduire concrètement par la réduction du nombre de fonctionnaires ou encore la fusion de différentes administrations. C'est ainsi que sont nées, par exemple, la Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement (DREAL)<sup>124</sup> ou encore la Direction générale des finances publiques<sup>125</sup>.

---

<sup>117</sup> M. FOUCAULT, *Naissance la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Le Seuil-Gallimard, coll. « Hautes études », 2004, p. 154.

<sup>118</sup> A. GARAPON, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, 2010, p. 24.

<sup>119</sup> X. MOLENAT, L'État, une entreprise comme une autre ? Le nouvel esprit de l'action publique, *Sciences Humaines* n° 228, 2011, p. 3.

<sup>120</sup> J. CHEVALLIER, L. ROUBAN, Introduction, *RFAP* n°105-106, 2003, p. 9.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>122</sup> F. DREYFUS, La révision générale des politiques publiques, une conception néolibérale du rôle de l'État ?, *op. cit.*, p. 857.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, *JORF* n°0050 du 28 février 2009, texte n° 1 qui procède à



Alors que l'action administrative était uniquement guidée par l'intérêt général, dans une logique complète de désintéressement, la transposition du modèle entrepreneurial à la gestion administrative a eu pour effet de multiplier les intérêts à prendre en compte. Les différentes réformes entreprises témoignent du fait que l'État ne s'inscrit plus dans une logique de désintéressement complet ; il daigne dorénavant se préoccuper d'intérêts moins « sublimes »<sup>126</sup> mais plus pragmatiques. La logique de la performance n'est plus étrangère au droit administratif, il est devenu un moyen à son service. En effet, « la rationalité managériale a pénétré dans l'administration, non pas en marge ou à côté du droit, mais en empruntant le canal juridique »<sup>127</sup>. Cette logique caractérise même, selon le Professeur Jacques Chevallier, le droit administratif de ce début de siècle<sup>128</sup>. La question qui se pose est donc celle de savoir si l'Administration et les personnes publiques exercent uniquement des intérêts publics, c'est-à-dire si le critère organique est valable pour caractériser la nature d'un intérêt.

Certains intérêts considérés initialement et par essence comme privés, car reliés à une dynamique du rendement<sup>129</sup>, ont rejoint la sphère publique et ont influencé structurellement l'Administration au risque d'une certaine banalisation de celle-ci<sup>130</sup>. Si les personnes publiques doivent évidemment agir en poursuivant un intérêt général, elles doivent également ne pas négliger d'autres intérêts, relatifs par exemple à l'utilisation efficace et efficiente des ressources financières ou humaines. S'agit-il d'un intérêt public – qui peut ainsi justifier une action administrative – ou d'un intérêt privé de la personne publique ?

Si l'on s'attache au critère organique, on considérera que dès lors qu'un intérêt est détenu par une personne publique, il devient automatiquement public. Ce critère présente d'une portée simplificatrice. Or, on s'en doute, « l'intérêt public ne se confond pas avec l'intérêt des personnes publiques »<sup>131</sup>, que l'on appelle l'intérêt du service. Si au contraire, on s'attache davantage au critère matériel ou fonctionnel, on se référera à la substance même de l'intérêt – peu importe alors la personne qui le détient – pour le qualifier. L'adoption du critère organique serait sans doute facteur d'incohérence dans la mesure où un même intérêt (c'est-à-dire substantiellement identique) pourrait être considéré comme public ou privé en fonction

---

la fusion des directions régionales de l'Environnement (DIREN), de l'Équipement (DRE) et de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE).

<sup>125</sup> Décret n° 2008-310 du 3 avril 2008 relatif à la direction générale des finances publiques, *JORF* n°0080 du 4 avril 2008, texte n° 92, qui procède à la fusion de la Direction Générale des Impôts (DGI) et la Direction Générale de la Comptabilité Publique (DGCP).

<sup>126</sup> P. LEGENDRE, *Jour du pouvoir*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>127</sup> J. CHEVALLIER, Le droit administratif vu de la science administrative, *AJDA* 2013, p. 402.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> J. CAILLOSSE, Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique, *op. cit.*, p. 962.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> D. TRUCHET, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre, *EDCE* n° 50, 1999, p. 370.

de la nature de la personne qui l'exerce. L'adoption du critère matériel serait quant à elle facteur de désordre, tant elle est contraire à notre conception française de l'Administration censée exercer uniquement l'intérêt général dans le désintéressement le plus complet, guidée par la « passion désintéressée de la chose publique »<sup>132</sup>.

L'exemple de l'intérêt financier d'une personne publique est particulièrement éloquent en la matière, puisque les auteurs divergent quant à sa classification en tant qu'intérêt public ou intérêt privé de l'Administration. Il est initialement considéré comme un intérêt privé, non tourné vers l'extérieur<sup>133</sup>. Le caractériser d'intérêt public, c'est rompre avec la conception traditionnelle du droit public et aussi, plus pragmatiquement, avec le principe de spécialité des personnes publiques<sup>134</sup>. Pour autant, le doyen Vedel se demandait déjà, en 1956, « en vertu de quelle idée peut-on admettre qu'un intérêt purement financier de l'État ne soit pas un intérêt public ? »<sup>135</sup>. Le regard que la doctrine porte sur l'intérêt financier est particulièrement révélateur de son intégration au sein du droit administratif : longtemps perçu comme antinomique de l'intérêt général<sup>136</sup>, il a ensuite été qualifié d'intérêt général « périphérique »<sup>137</sup> et enfin, dans certains cas, réellement intégré à l'intérêt général<sup>138</sup>. Il est en effet dur de trancher. Même si cet intérêt, caractérisé par une utilisation rationnelle des ressources, semble le même en apparence pour une personne publique que pour une personne privée, il est en réalité différent puisque les deniers que l'Administration utilise sont finalement ceux des administrés. Cela en ferait alors un intérêt public. Même si cette allégation est largement soutenable, l'alléguer équivaudrait à considérer l'intérêt public comme la somme ou le point de convergence des intérêts particuliers.

En réalité, si l'intérêt en question peut justifier une action administrative, on pourra le considérer comme public, sinon il ne s'agira que d'un intérêt privé de l'Administration. Il est difficile, tant pour nos esprits que pour le Conseil d'État, de classer l'intérêt financier d'une personne publique en intérêt public ou privé. De façon plus générale, un certain flou perdure quant à la classification et la prise en considération des intérêts privés des personnes publiques.

---

<sup>132</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>133</sup> C. LAVIALLE, Intérêt financier et intérêt général, note sous CAA Lyon, 10 octobre 1990, Roger Autard et autres, *JCP* 1991, II, n° 21761, p. 409.

<sup>134</sup> J.-L. DE CORAIL, Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative, in *Etudes de finances publiques : mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie Gaudemet, Economica*, 1984, p. 335 s. ; J.-C. DOUENCE, La spécialité des personnes publiques en droit administratif, *RDP* 1972, p. 764.

<sup>135</sup> G. VEDEL, Remarques sur la notion de clause exorbitante, in *L'évolution du droit public*, Etudes offertes à Achille Mestre, *Sirey*, 1956, p. 527.

<sup>136</sup> R. ALIBERT, Note sous CE 19 mai 1933, Blanc, *S.* 1933.III.86 : « L'intérêt public n'est pas l'intérêt financier. L'intervention publique ne doit jamais s'inspirer d'une pensée de lucre ou de gain ».

<sup>137</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, p. 295.

<sup>138</sup> C. LAVIALLE, Intérêt financier et intérêt général, *op. cit.*, p. 409.

## B) La prise en compte asymétrique des intérêts privés des personnes publiques

Si le critère organique ne peut pas jouer pleinement pour qualifier la nature d'un intérêt, c'est principalement, et avant toute chose, parce qu'une personne publique n'agit pas toujours dans le cadre de son action administrative, guidée par l'intérêt public. Une personne publique peut donc légalement détenir et exercer des intérêts privés, pour la gestion de son domaine privé par exemple, du moment que cela s'inscrit dans son action non-administrative<sup>139</sup>. L'intérêt privé, s'il trouve sa place dans l'action non-administrative d'une personne publique, voit sa place discutée lorsqu'il s'exerce dans l'action administrative de celle-ci. Il faut donc procéder à une certaine dissociation des personnes publiques, déjà pensée dans l'esprit de Grotius qui distinguait « les actes du Roi, considéré comme Roi, et les actes du Roi, considéré comme Particulier »<sup>140</sup>.

Quand les personnes publiques agissent en tant que personnes publiques, leur action administrative doit être conforme à l'intérêt public, et ce qu'elles agissent par voie de prescription – c'est-à-dire *au-dessus* du marché – ou par voie de prestation – c'est-à-dire *dans* le marché. L'intérêt financier fait l'objet d'une reconnaissance différenciée selon la fonction exercée.

Quand elles agissent *dans* le marché, aux côtés des entreprises privées, notamment par l'exercice d'un service public industriel et commercial – ce qui ne veut pas dire qu'elles agissent dans leur intérêt privé, l'intérêt financier peut nécessairement prendre plus de place. Dans certaines conditions, l'« intérêt financier seul vaut intérêt général »<sup>141</sup>. C'est le cas lorsqu'il s'agit de la prise en charge d'une activité complémentaire d'un service public existant. Dans ce cas, le service public et ainsi l'intérêt général étant reconnus, il est possible d'agir de façon complémentaire dans un intérêt financier<sup>142</sup>. Ce fut le cas dans l'arrêt *Société Unipain* du 29 avril 1970<sup>143</sup>, qui considéra que « l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est

---

<sup>139</sup> On a toutefois vu que cela pouvait être largement relativisé. V. M.-A. LATOURNERIE, *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, EDCE n° 38, 1987-1988, p. 14 s. qui démontre que le domaine privé peut être le siège d'activités administratives d'intérêt général.

<sup>140</sup> H. GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix*, Pierre de Cour, 1724, livre I, chap. XIV, § I, 3, p. 463, *cité dans* E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2011, p. 67.

<sup>141</sup> L. BALMOND, Y. LUCHAIRE, Note sous CE 15 décembre 1976, Sté Kaufman and Broad, *AJDA* 1978, p. 174.

<sup>142</sup> CE 18 déc. 1959, Delansorne, *Rec.* p. 692, relatif à l'exploitation d'une station-service à l'intérieur d'un parc de stationnement.

<sup>143</sup> CE 29 avril 1970, Société Unipain, *Rec.* p. 270. Guy Braibant considérait d'ailleurs à propos de cet arrêt que la juridiction administrative entendait « largement l'intérêt général puisqu'[elle] y incl[ait] l'intérêt financier de la collectivité publique » (*RDP* 1974 p. 571).

conforme à l'intérêt général ». Si l'activité complémentaire d'un service public peut être guidée par un intérêt financier, l'activité *principale* de service public ne peut l'être<sup>144</sup>. Le Conseil d'État s'assure que la personne publique désireuse d'intervenir sur le marché n'ait pas « agi exclusivement dans un intérêt financier »<sup>145</sup>.

Quand elles agissent *au-dessus* du marché, c'est-à-dire dans la puissance, les personnes publiques doivent nécessairement s'inscrire dans un réel désintéressement. En dépit des évolutions sociétales et économiques, il demeure une constante : l'intérêt financier ne peut justifier à lui seul une mesure administrative, que ce soit pour faire des économies<sup>146</sup> ou pour faire des bénéfices supplémentaires<sup>147</sup>. Deux mécanismes permettent toutefois d'introduire quelque peu l'intérêt financier dans la légalité administrative.

D'une part, l'intérêt financier peut exercer un rôle négatif ; il ne peut pas servir à justifier l'action d'une personne publique, mais uniquement à en sanctionner certaines. L'arrêt *Epoux Néel*, dès 1970, intégrait quelque peu l'intérêt financier à l'utilité publique, dans la mesure où « l'obligation [de joindre au dossier l'appréciation sommaire des dépenses] a pour objet de permettre à tous les intéressés de s'assurer que ces travaux ou ouvrages, compte tenu de leur coût total [...] ont un caractère d'utilité publique »<sup>148</sup>. Le lien entre intérêt financier et intérêt public naissait. Un an plus tard, il était entièrement consacré par la fameuse jurisprudence *Ville Nouvelle Est*<sup>149</sup>. Le Conseil d'État affirmait en effet qu'une « opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le *coût financier* et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »<sup>150</sup>. Il fondait alors la technique dite du bilan coûts-avantages et permettait de remettre en cause une déclaration d'utilité publique si celle-ci avait un coût financier trop élevé, c'est-à-dire si elle portait trop atteinte à un intérêt financier de l'Administration. Dès lors, « l'ensemble des coûts des actions doivent être évalués car la fin d'intérêt général peut être compromise si les moyens employés sont trop attentatoires à d'autres intérêts privés ou publics »<sup>151</sup>.

La technique du bilan est censée mettre en balance les différents avantages et inconvénients d'une opération, afin que celle-ci soit reconnue, ou non, d'utilité publique. Le

---

<sup>144</sup> C. LAVIALLE, Intérêt financier et intérêt général, *op. cit.*, p. 410.

<sup>145</sup> CE 10 mai 1985, SA Boussac Saint-Frères, *Rec.* p. 145.

<sup>146</sup> CE 12 novembre 1927, De Bellescize, *Rec.* p. 1048.

<sup>147</sup> CE 4 juillet 1924, Beaugé, *Rec.* p. 641.

<sup>148</sup> CE Ass. 23 janvier 1970, Epoux Néel, *Rec.* p. 44.

<sup>149</sup> S. BERNARD, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, p. 319.

<sup>150</sup> CE Ass., 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *Rec.* p. 409 ; nous soulignons.

<sup>151</sup> C. LAVIALLE, Intérêt général et intérêt financier, *op. cit.*, p. 410.

coût financier, en principe, ne peut jouer que du côté des inconvénients ; un coût trop élevé pourra faire annuler une déclaration d'utilité publique<sup>152</sup> mais jamais en principe un coût particulièrement bas sera considéré comme un avantage de nature à valider la déclaration d'utilité publique. Ainsi, une expropriation ne peut pas avoir lieu si la commune a pour unique objectif de retirer des profits importants de la revente d'une partie des terrains expropriés<sup>153</sup>, ou encore si le coût du projet doit tant au regard du trafic attendu que de la capacité financière de la commune est excessif au regard du faible intérêt de l'opération<sup>154</sup>. Il semble toutefois qu'un certain assouplissement s'opère dans la jurisprudence du Conseil d'État de sorte que l'intérêt financier gagnerait peu à peu le plateau des avantages dans la théorie du bilan. C'est ce qui ressort de façon sibylline de l'arrêt *Commune de Beauregard-de-Terrasson*<sup>155</sup>, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement, qui déclare que « le fait que le coût soit diminué par rapport au projet envisagé en 1996 ne nous paraît pas pouvoir être mis dans le plateau défavorable de la balance »<sup>156</sup>.

D'autre part, le jeu de la pluralité des motifs est de mise ; si utilité publique il y a, peu importe que l'opération ait permis à la ville de réaliser ses projets dans des conditions financièrement avantageuses<sup>157</sup>, de réaliser son objectif d'intérêt général au moindre coût<sup>158</sup>. La satisfaction de l'intérêt financier d'une personne publique n'évince pas nécessairement l'existence d'un intérêt public. Cela lui permet d'admettre la légalité d'un acte administratif « pris également dans un but financier, sans rechercher désormais si ce but financier est déterminant ou principal par rapport au but d'intérêt général »<sup>159</sup>.

S'il est difficile de (se) rendre compte de la situation exacte de l'intérêt financier entre intérêt public et intérêt privé, en revanche il est plutôt aisé de voir le mouvement qui s'opère. L'intérêt financier tend à s'extraire de plus en plus de la sphère des intérêts privés pour s'introduire progressivement, de façon timide ou assurée, dans la sphère des intérêts publics. Pendant longtemps, c'est la seule détention d'un intérêt financier par une personne publique

---

<sup>152</sup> CE Ass. 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne, *Rec.* p. 121.

<sup>153</sup> CE 20 octobre 1961, Cts White, *Rec. T.* p. 917.

<sup>154</sup> CAA Lyon 30 novembre 2006, n° 03LY00749, *AJDA* 2007, p. 390.

<sup>155</sup> CE 25 avril 2007, Commune de Beauregard-de-Terrasson, *Rec. T.* p. 895 : « si la modification [de la déclaration d'utilité publique] a pour effet de diminuer le coût financier de l'opération, il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard à l'existence de mesures compensatoires, que les inconvénients liés au changement de tracé, tenant aux atteintes portées à l'environnement, seraient à ce point excessifs qu'ils aient pour effet de retirer à la réalisation de cet équipement son caractère d'utilité publique ».

<sup>156</sup> E. PRADA-BORDENAVE, Conclusions sur CE 25 avril 2007, Commune de Beauregard-de-Terrasson, non publiées, citées par M. CANEDO-PARIS, Du faible contrôle juridictionnel opéré sur une déclaration d'utilité publique modificative, *AJDA* 2007, p. 2314.

<sup>157</sup> CE 24 juin 1970, Sté André Citroën, *Rec.* p. 431.

<sup>158</sup> CE 7 décembre 1983, Commune de Lauterbourg, *Rec.* p. 491.

<sup>159</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.* p. 616.

qui était déniée, car contraire à la conception désintéressée du droit public. Par la suite, la détention d'un intérêt financier a été reconnue, sans que cela se traduise par son exercice. Plus tard encore, la détention d'un intérêt financier par une personne publique acquise, c'est une partie de son exercice qui a été reconnue : l'intérêt financier peut jouer un rôle négatif dans l'action administrative. Nous en sommes là. Intérêt public périphérique<sup>160</sup>, « l'intérêt financier de l'administration n'est recevable que de manière indirecte, lorsqu'il permet de favoriser un intérêt général » avéré<sup>161</sup>. Il suffit de peu pour que l'intérêt financier devienne un intérêt public.

A cette reconnaissance progressive des intérêts privés des personnes publiques correspond l'exercice banalisé d'un intérêt public par une personne privée.

### *Section 2. L'exercice banalisé d'un intérêt public par une personne privée*

Les personnes privées ne sont plus exclues de l'action administrative ; elles ne détiennent pas intrinsèquement des intérêts publics, mais en exercent indéniablement, de façon directe (Paragraphe 1) ou indirecte (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1. L'exercice direct d'un intérêt public par une personne privée

La possibilité pour les personnes privées d'exercer directement un intérêt public est le résultat d'un double-mouvement : l'indéniable revalorisation des personnes privées pour exercer un intérêt public (A) et la chute subséquente du monopole des personnes publiques pour ce faire (B).

##### A) La revalorisation des personnes privées pour exercer un intérêt public

Les propos enflammés que tient Maurice Hauriou sous l'arrêt *Canal de Gignac*<sup>162</sup> sont particulièrement révélateurs de la conception de l'État et du droit public à l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle. A cette époque, le critère organique joue un rôle central : les personnes publiques – surtout l'État – exercent des intérêts publics et les personnes privées exercent des intérêts

---

<sup>160</sup> C. TEITGEN COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 216.

<sup>161</sup> C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *op. cit.*, p. 615.

<sup>162</sup> TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *Rev.* p. 731.

privés. Dès lors, il ne faut pas « incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public »<sup>163</sup> mais essentiellement d'intérêt collectif, c'est-à-dire économique et non politique. Par cette décision, le Tribunal des conflits reconnaissait que l'association syndicale du canal de Gignac, personne morale de droit privé, puisse réaliser des travaux d'utilité publique, être dotée de prérogatives de puissance publique et ainsi être déclarée par le juge comme étant un établissement public. Cette décision marque, dans la jurisprudence administrative, les prémices d'une évolution que nul ne semble pouvoir entraver : peu à peu, les personnes privées vont être amenées à exercer, à côté de leurs intérêts privés, des intérêts publics. Si cela est latent dans la société, le juge s'est attaché à le reconnaître de plus en plus. Ainsi, en 1899, le critère organique est encore relativement important dans la mesure où on ne reconnaît pas directement que la personne privée exerce un intérêt public ; on modifie son statut juridique pour que la nature de l'intérêt coïncide avec la nature de la personne<sup>164</sup>. Le paradigme libéral – où la césure entre public et privé est nette – est certes écorché, mais toujours de mise. Il ne va pas tarder à être largement ébranlé.

L'arrêt *Canal de Gignac* trouvera son prolongement dans l'arrêt *Etablissement Vézia* du 20 décembre 1935<sup>165</sup>, qui marque de façon plus prégnante le basculement qui s'opère, durant l'entre-deux-guerres, du paradigme libéral vers le paradigme interventionniste. En effet, dans cette décision, le Conseil d'État a admis que des sociétés privées de prévoyance réalisent des opérations présentant un « caractère d'intérêt public », justifiant ainsi le recours à l'expropriation à leur profit. Est alors amorcée « la dissociation entre le service public entendu comme institution, comme *organe* administratif, et le service public entendu comme mission, comme *fonction* »<sup>166</sup>. C'est donc le critère organique qui se délite pour qualifier un intérêt de public ou de privé ; la nature de la personne qui l'exerce n'est plus déterminante.

Les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie sous l'arrêt *Etablissement Vézia* sont particulièrement éloquentes et visionnaires ; l'insuffisance tant du critère organique que des logiques binaires est mise en exergue. Il est en effet démontré que l'on ne peut épuiser la liste des entreprises en disant que les unes, gérant une simple activité privée, sont des entreprises privées et les autres, préposées à un service public, constituent des établissements publics. Il faut donc insérer dans cette dichotomie un état intermédiaire : le

---

<sup>163</sup> M. HAURIUO, Note sous l'arrêt TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *J.* 1900.III, p. 49.

<sup>164</sup> V. dans le même sens : P. YOLKA (et autres), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, p. 158 : « De fait, avec la décision rendue le 7 décembre 1899, le Tribunal des conflits modifiait, en l'enrichissant potentiellement, le périmètre, c'est-à-dire la substance de l'État. Ce jour-là, le juge rectifiait, au bénéfice de la première, le tracé de la frontière où l'administration publique et l'entreprise se séparent ».

<sup>165</sup> CE 20 décembre 1935, Etablissements Vézia, *Rec.* p. 1212.

<sup>166</sup> M. LONG (et autres), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 321.

service d'intérêt public<sup>167</sup> ou encore les entreprises privées d'intérêt public<sup>168</sup>. Maurice Hauriou, déjà, distinguait l'administration publique de l'administration d'intérêt public<sup>169</sup>.

Une fois cela admis, la marche était moins haute pour reconnaître explicitement qu'un organisme privé puisse assurer une mission de service public, c'est-à-dire une mission sous-tendue par un intérêt public. C'est ce qui a été reconnu avec l'arrêt du Conseil d'État en date du 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*<sup>170</sup> : les caisses dites primaires, établissements privés, exercent le service public des assurances sociales et ce en dehors de tout système contractuel. Le pas est donc franchi ; une personne privée peut exercer, et par la volonté du législateur, un intérêt public.

Ces avancées jurisprudentielles consacrent l'avènement du paradigme interventionniste : au-delà du fait que l'État intervient davantage directement sur le Marché, c'est ce que l'on considère comme étant un intérêt public qui croit. Dans l'idéal interventionniste, l'État et les personnes publiques – en tant que vecteur d'un modèle social – assureraient eux-mêmes les intérêts publics. Mais comme le souligne le commissaire du gouvernement Latournerie, « la liste des intérêts publics auxquels il doit être pourvu par des mesures appropriées est loin d'être épuisée par ceux dont l'importance est telle qu'elle motive et justifie la création d'un service public »<sup>171</sup>. La loi foncière du 6 août 1953<sup>172</sup>, porteuse d'un « changement juridique décisif »<sup>173</sup>, a également œuvré dans ce sens puisqu'elle permet à l'expropriant de céder les terrains expropriés à des personnes de droit privé sous la seule condition que le bénéficiaire les utilise aux fins prescrites.

Ce que l'on considère comme étant un intérêt public s'est étendu puisque la loi, expression de la volonté générale et reflétant les besoins de la société toute entière, a été amenée à régir des domaines divers et variés. L'État reconnaît et déclare ce qui est d'intérêt public ; il ne peut pas, compte tenu de la pluralité des intérêts publics, tous les exercer lui-même. Les personnes publiques sont *in fine* toujours présentes derrière l'exercice d'un intérêt public, mais on accepte de plus en plus qu'elles soient médiatisées par une personne privée.

---

<sup>167</sup> M.-A. LATOURNERIE, Conclusions sur l'arrêt CE 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, RDP 1936, p. 119.

<sup>168</sup> D. BUREAU, La réglementation de l'économie, *Archives de philosophie du droit*, 1997, n°41, p. 335 ; J.-L. DE CORAIL, La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique, in *Études en l'honneur du Doyen Péquignot*, Montpellier, C.E.R.A.M., 1984, p. 143.

<sup>169</sup> M. HAURIUO, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 322.

<sup>170</sup> CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, *Rec.* p. 417.

<sup>171</sup> M.-A. LATOURNERIE, Conclusions sur l'arrêt CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, *D.* 1939.III.71.

<sup>172</sup> Loi n°53-683 du 6 août 1953 dite foncière accordant des facilités supplémentaires pour l'acquisition de terrains nécessaires à la construction d'habitations et à l'aménagement de zones affectées à l'habitation ou à l'industrie, *JORF* du 7 août 1953 p. 6947.

<sup>173</sup> R. HOSTIOU, Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, *op. cit.*, p. 40.



Le fait que les personnes publiques délèguent de plus en plus par contrat (notamment via des contrats de délégation de service public) certaines de leurs missions d'intérêt public s'inscrit dans la même logique de revalorisation des personnes privées pour exercer des intérêts publics.

La logique entamée n'est pas totalement abandonnée par l'avènement du paradigme néolibéral. En effet, rompre avec le paradigme de l'État interventionniste, ce n'est pas transformer des intérêts publics en des intérêts privés. Les privatisations qui ont eu lieu en France à partir de 1986 ont en effet eu, en quelque sorte, « une conséquence paradoxale : la privatisation du public a conduit, de façon imprévisible, à une publicisation du secteur privé »<sup>174</sup>. Le changement de statut juridique du secteur public au secteur privé n'a pas eu pour effet de modifier la nature des intérêts dont ces entreprises avaient la charge. Les anciens grands monopoles du service public, bien qu'ayant pris la forme d'une société commerciale, comme Electricité de France<sup>175</sup>, Gaz de France<sup>176</sup>, La Poste<sup>177</sup> ou encore France Telecom<sup>178</sup>, exercent indéniablement des intérêts publics. En témoigne par exemple une décision en date du 2 mars 2012, par laquelle le Conseil d'État reconnaît « l'intérêt public qui s'attache à la couverture du territoire national par les réseaux de téléphonie mobile »<sup>179</sup>. En l'espèce, la société Orange France avait saisi le juge administratif d'un référé visant à la suspension de la décision d'opposition à une déclaration préalable de travaux relatifs à l'édification d'une antenne de téléphonie mobile. Sur la question de savoir si une quelconque urgence justifiait la suspension de cette décision, le Conseil d'État, procédant à une mise en balance des intérêts en présence, a implicitement mais indubitablement considéré que la société Orange France exerçait une mission d'intérêt public.

Le passage d'une entité du secteur public au secteur privé ne s'explique donc pas par la nature de l'intérêt exercé par elle (public ou privé) mais, de façon plus pragmatique, souvent pour des raisons d'économies. S'attacher à la nature de la personne qui *exerce* tel ou tel intérêt ne permet donc pas de savoir s'il s'agit d'un intérêt public ou privé. Néanmoins, il y a toujours une personne publique derrière l'exercice d'un intérêt public, qu'elle l'exerce directement ou qu'elle contrôle la personne privée qui l'exerce. C'est elle qui, en dernier

---

<sup>174</sup> C. IANELLO, L'« idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie, *AJDA* 2012, p. 2153.

<sup>175</sup> Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF* n°0034 du 10 février 2010, p. 2321.

<sup>178</sup> Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JORF* n°174 du 27 juillet 1996, p. 11398.

<sup>179</sup> CE 2 mars 2012, Sté Orange France, n° 352013.

ressort, le *détient*. Ainsi, pour certains, « l'intérêt public n'existe que dans la mesure où le droit en donne une expression organique et formelle »<sup>180</sup>.

Un même adjectif (« public ») recouvre alors des réalités différentes en fonction du nom auquel il est accolé : droit, personne ou intérêt. Si bien sûr, leurs sphères ne sont pas tout à fait étrangères les unes aux autres – elles peuvent même toutes les trois se superposer si un intérêt public est exercé par une personne publique soumise au droit public – il n'y a plus d'identité parfaite entre elles. Toutes les combinaisons sont possibles, d'où une certaine érosion de la pertinence de recourir uniquement au critère organique, ce qu'allègue également la chute du monopole des personnes publiques dans l'exercice d'intérêts publics.

### B) La chute du monopole des personnes publiques dans l'exercice d'un intérêt public

La personne privée, sous l'incitation étatique, devient digne d'exercer des intérêts publics. Dès lors, est récusée l'idée selon laquelle il existerait un monopole des personnes publiques dans la définition et la satisfaction de l'intérêt public<sup>181</sup> : « l'administration n'est plus la seule à avoir le droit de dire ce qu'est l'intérêt public ; elle a perdu le monopole qu'elle avait d'être le seul porte-parole autorisé de l'intérêt public »<sup>182</sup>. Si à l'origine, l'intérêt public pouvait être exercé par une personne privée que de façon exceptionnelle, il semble que ce cas de figure soit dorénavant bien plus répandu. Personnes publiques et personnes privées sont alors, dans bien des cas, à égalité<sup>183</sup>. En effet, l'action d'une personne privée pour exercer un intérêt public n'est pas nécessairement subsidiaire. L'arrêt bien connu *Commune d'Aix-en-Provence*<sup>184</sup> fournit une illustration de cela, puisqu'un festival d'art lyrique, créé à l'initiative de la comtesse Lily Paste, personne privée, a fait l'objet d'une reconnaissance en tant que service public *a posteriori*. Les personnes publiques peuvent donc reconnaître que certaines activités entreprises par des personnes privées présentent un intérêt public.

Les personnes publiques n'ont plus le monopole dans l'exercice des intérêts publics, d'où un certain chevauchement entre les activités des personnes publiques et des personnes privées. La jurisprudence administrative témoigne en effet d'espèces dans lesquelles une

---

<sup>180</sup> J.-L. DE CORAIL, La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique, *op. cit.*, p. 151.

<sup>181</sup> D. TRUCHET, La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif, in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Dalloz*, Clés pour le siècle, 2010, p. 451.

<sup>182</sup> P. MOOR, Intérêts publics et intérêts privés, in C.-A. MORAND, La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Bâle, *collection Genevoise*, 1991, p. 38.

<sup>183</sup> M. LONG (et autres), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 270.

<sup>184</sup> CE sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Rec.* p. 155.

certaine concurrence existe entre une personne publique et une personne privée pour exercer une activité similaire, reconnue d'intérêt public. C'est en matière d'expropriation que cette tendance est la plus prégnante. Dans la mesure où la déclaration d'utilité est acceptée par le juge, cela signifie que l'opération, en elle-même, présente un intérêt public. La question de savoir si l'administration peut substituer son projet à celui sensiblement identique de particuliers, dans le cadre d'une déclaration d'utilité publique, met en relief le fait qu'une personne publique et une personne privée peuvent exercer une activité d'intérêt public similaire.

Grâce aux prérogatives exorbitantes détenues par les personnes publiques, il est admis que « la puissance publique peut [...] contrarier l'initiative privée, ne serait-ce pour réaliser une opération identique à celle souhaitée par le destinataire »<sup>185</sup>. Du moment que la personne publique n'a pas initié le projet uniquement dans le but de contrarier l'initiative privée, elle est fondée à engager une procédure d'expropriation. C'est ainsi que certains projets d'initiative privée, comme la réalisation d'un lotissement<sup>186</sup>, la construction de logements sociaux<sup>187</sup>, la réhabilitation d'immeubles<sup>188</sup>, la création d'une base de plein air et de loisirs et l'aménagement d'un centre aéré<sup>189</sup>, l'aménagement d'un terrain de jeux et la construction d'une cité ouvrière<sup>190</sup>... ont pu se voir substituer par des projets initiés par une personne publique. Or, reconnaître que la personne publique puisse, dans le cadre de son action administrative, se substituer à une personne privée, c'est reconnaître qu'elles exercent une activité dont la teneur est similaire ; publique.

Si la personne publique ne dispose plus d'un monopole pour dire ce que sont les intérêts publics, elle en garde les séquelles. En matière d'expropriation, procédé largement exorbitant du droit commun, rien ne pourra faire obstacle à ce qu'une personne publique exerce l'intérêt public qui s'y attache directement. On ne pourra lui opposer l'absence de défaillance de l'initiative privée ; il y a substitution, et non concurrence. En ces cas, les personnes publiques ne sont plus un simple arbitre, agissant dans le creux de l'initiative privée. Dès lors, il ne craint pas d'utiliser l'expropriation pour mettre en œuvre ses activités qu'il substitue de plus en plus souvent à l'initiative privée<sup>191</sup>. L'État « cesse d'être perçu comme l'institution neutre

---

<sup>185</sup> R. HOSTIOU, Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié, *LPA* 1992, p. 22.

<sup>186</sup> CE 23 octobre 1963, Dame Veuve Musy, *Rev. Adm.* 1963, p. 461.

<sup>187</sup> CE 30 juin 1989, Cts Delerue, n° 46090.

<sup>188</sup> CAA Paris, Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique c. Epoux Néri, *Rev. T.* p. 983.

<sup>189</sup> CE 24 juillet 1981, n° 08224.

<sup>190</sup> CE 10 juillet 1968, Cts Troussier, n° 61775.

<sup>191</sup> *Ibid.*

qui incarne le bien commun et tire sa force d'une extériorité par rapport à la société civile dont elle arbitre les conflits »<sup>192</sup>.

Toutefois, dès lors que la personne publique n'agit plus dans le cadre de sa puissance, de ses prérogatives exorbitantes de droit commun, elle ne peut se substituer à l'initiative privée ; les règles de mise en concurrence s'appliquent pleinement. L'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>193</sup> offre une illustration de ce phénomène. Distinguer entre les intérêts publics, les puissants et ceux qui ne le sont pas, permet de savoir quels sont ceux qui pourront plus facilement céder sous le poids des intérêts privés. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure<sup>194</sup>, les personnes publiques désirant intervenir sur le marché devaient le faire en arguant d'un intérêt public se caractérisant uniquement par la carence de l'initiative privée. L'intérêt public se situait alors dans le creux de l'intervention des personnes privées ; il était subsidiaire à celle-ci. Dorénavant, depuis 2006, les personnes publiques peuvent intervenir si elles justifient d'un intérêt public se caractérisant *notamment* par la carence de l'initiative privée. L'intérêt public n'est donc plus dans le creux de l'initiative privée ; il lui est complémentaire. Si une personne privée intervient, cela ne fait pas obstacle à ce qu'une personne publique veuille également intervenir, mais en se soumettant, pour les activités économiques, aux règles de la libre concurrence. Dans tous les cas, l'une comme l'autre agira dans un intérêt public. Que faut-il en déduire ? La jurisprudence reconnaît qu'un intérêt public assumé par une personne publique doit être mis au même niveau qu'un intérêt public exercé par une personne privée. L'exercice direct par des personnes privées d'intérêts publics est alors largement admis, autant que leur exercice indirect.

## Paragraphe 2. L'exercice indirect d'un intérêt public par une personne privée

Il se peut qu'une personne privée contribue indirectement à la réalisation d'intérêts publics, c'est-à-dire qu'elle les satisfasse par ricochet (B), ce mouvement étant encouragé par l'incitation qui est faite aux personnes privées d'exercer des intérêts publics (A).

---

<sup>192</sup> J. CAILLOSSE, La jurisprudence Ville Nouvelle Est, *Droit et ville*, 1978, p. 230.

<sup>193</sup> CE Ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec.* p. 272.

<sup>194</sup> CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers*, *Rec.* p. 583.

### A) L'incitation faite aux personnes privées d'exercer des intérêts publics

Les personnes privées peuvent être amenées à exercer des intérêts publics malgré elles. En effet, un certain lien d'interdépendance est né entre les personnes publiques et les personnes privées. C'est leur action concertée qui est la mieux à même d'honorer l'intérêt public. Dès lors, nous l'avons dit, la détermination et la réalisation de l'intérêt public n'est plus le monopole des personnes publiques, sans qu'il ne soit pour autant question de l'abandonner aux seules mains des personnes privées. Du simple au complexe<sup>195</sup>, l'intérêt public appelle bien souvent une collaboration du secteur privé<sup>196</sup>. En effet, l'appareil étatique – de plus en plus contraint budgétairement – n'est souvent pas suffisant pour répondre de lui-même aux attentes des administrés. Dès lors, les personnes privées pourront être utilisées par l'État en guise de relais dans la société civile. Cette tendance s'observe tout particulièrement en matière d'emploi. L'État, face au chômage croissant, a dû adopter une politique de l'emploi, qui constitue, à n'en pas douter, un nouvel intérêt public. Or, indéniablement, les personnes publiques ne sont pas en capacité de satisfaire seules un tel intérêt. L'État – et les personnes publiques – devient davantage incitateur<sup>197</sup> qu'entrepreneur ; « il renonce à la contrainte pour exercer une influence douce sur les comportements, un pilotage indirect de ceux-ci »<sup>198</sup>.

L'État et les personnes publiques n'agissent plus directement, faute de moyens ; elles incitent les autres, personnes privées, à agir pour elles puisque ces dernières sont capables de satisfaire indirectement des intérêts publics même s'il ne s'agit pas de leur but initial. Cela explique d'abord la consécration de la liberté du commerce et de l'industrie par le Conseil d'État en tant que principe général du droit<sup>199</sup>. Cette volonté d'inciter les personnes privées à agir sur le marché en vue de la réalisation subséquente d'intérêts publics explique ensuite et surtout la consécration constitutionnelle de la liberté d'entreprendre<sup>200</sup>, concrétisée par des incitations financières et fiscales se déclinant sous des formes diverses<sup>201</sup>. Enfin, le principe de libre-concurrence entre les acteurs publics et privés<sup>202</sup>, qui tente de résorber l'inégalité entre ceux-ci quand ils agissent sur le marché, permet de ne pas décourager les personnes privées à agir.

---

<sup>195</sup> G. BRAIBANT, Du simple au complexe. Quarante ans de droit administratif, *EDCE* n° 45, 1994, p. 409.

<sup>196</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>197</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>199</sup> CE 22 juin 1951, Daudignac, *Rec.* p. 362.

<sup>200</sup> CC, Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, *Rec.* p. 18.

<sup>201</sup> D. BUREAU, La réglementation de l'économie, *op. cit.*, p. 324.

<sup>202</sup> CE sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *Rec.* p. 406.

L'État se fait garant d'un certain ordre public économique, qui permet aux personnes privées d'intervenir le plus facilement et le plus efficacement dans la sphère économique. La réalisation subséquente d'intérêts publics, tels que la baisse du chômage, sera ainsi favorisée. Il existe donc tout un arsenal juridique qui permet de protéger les libertés économiques, l'État de droit économique. L'État ne se contente pas d'arbitrer entre les différents joueurs ; il les incite à exercer une activité économique, dans le but final de satisfaire des intérêts publics. A l'origine, ces différentes libertés ne sont que des moyens œuvrant pour un certain bien-être économique et social, permettant par exemple de servir d'autres intérêts publics avérés comme la préservation de l'emploi. De plus en plus, le respect de ces libertés devient une fin en soi, notamment sous l'influence de l'Union européenne.

Les personnes privées sont parfois plus à même de réaliser certains intérêts publics, même si cela peut paraître paradoxal. En effet, les intérêts publics prospèrent en matière économique, comme le développement industriel d'une région. Pour les intérêts de ce type, les personnes privées, ancrées dans la société civile, sembleraient mieux à même de les satisfaire. L'élargissement de ce que l'on entend comme étant un intérêt public a donc permis l'intervention plus large des personnes privées, amenées à exercer par ricochet de nombreux intérêts publics.

#### B) L'exercice par ricochet d'intérêts publics par les personnes privées

Si les personnes privées peuvent exercer directement des intérêts publics, elles peuvent aussi les exercer indirectement, peu ou prou malgré elles. C'est dans ce dernier cas de figure que le mélange entre intérêts publics et intérêts privés est le plus prégnant, car une personne privée détiendra toujours des intérêts privés. Au-delà de la confusion qui s'opère entre ces deux types d'intérêts<sup>203</sup>, c'est le rôle du critère organique dans l'identification desdits intérêts qui se trouve affecté. L'illustration est puissante : au terme de l'arrêt de 1971, *Ville de Sochaux*, le Conseil d'État énonce que « si la déviation de la route en question procure à la société "Automobiles Peugeot" un avantage direct et certain, il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel *qui joue un rôle important dans l'économie régionale* »<sup>204</sup>. En l'espèce, l'administration avait entrepris la déviation d'une route nationale, qui auparavant traversait et gênait les entreprises Peugeot. Bien que cette nouvelle déviation allonge le parcours entre

---

<sup>203</sup> A. HOMONT, Note sous l'arrêt CE 20 juin 1971, *Ville de Sochaux*, *AJDA* 1972, p. 229.

<sup>204</sup> CE 20 juin 1971, *Ville de Sochaux*, *Rec.* p. 561.

Montbéliard et Sochaux, et qu'elle favorise une entreprise privée, le moyen fondé sur le détournement de pouvoir est écarté par le Conseil d'État. En effet, le fait que la société Peugeot stimule l'emploi de façon non-négligeable dans la région a été largement pris en compte.

Un nouvel intérêt public – voire général – se renforce au détour des années 1970, c'est-à-dire à la fin des Trente Glorieuses, caractérisées par la prospérité économique : la nécessité de lutter contre le chômage naissant et celle de stimuler l'emploi. Du fait de la hausse exponentielle du chômage, le recours aux personnes privées, aux entreprises, pour satisfaire cet intérêt, est nécessaire. Dès lors, indirectement, des personnes privées exerceront, avec l'appui de l'État, des intérêts publics. L'affaiblissement du critère organique pour déterminer la nature de l'intérêt en cause est donc indéniable.

La jurisprudence *Ville de Sochaux*, qui symbolise bien plus qu'une évolution de jurisprudence, mais bien la traduction contentieuse de l'évolution de la société toute entière<sup>205</sup>, fait naître la théorie – qui ne cessera de prospérer – de l'avantage direct et certain. En d'autres termes, peu importe qu'il ait fallu satisfaire les intérêts d'une personne privée pour atteindre un intérêt public. Il s'agirait, en quelque sorte, d'un mal nécessaire. Le juge administratif ne se cantonne plus uniquement à l'objet même, direct, de l'expropriation, il recherche si ses *effets*, à défaut de son objet, sont conformes à un intérêt public.

Les jurisprudences reconnaissant l'exercice indirect d'un intérêt public par une personne privée ont fait florès. Si un projet, bien qu'ayant pour « premier objectif » l'extension d'une usine appartenant à une société privée, permet également l'implantation ou l'agrandissement d'autres entreprises, il répond, selon le Conseil d'État, à un intérêt public caractérisé par des possibilités de développement industriel, économique et social de la région<sup>206</sup>. Le Conseil d'État, qui tente de s'ancrer au mieux dans la société et de prendre en considération les contingences et évolutions sociales, a donc permis aux personnes publiques d'aider certaines personnes privées dans la réalisation de leurs activités, celles-ci étant porteuses, indirectement, d'un intérêt public. Cela a dû inévitablement s'opérer au mépris du critère organique de définition entre les intérêts publics et les intérêts privés, de sorte qu'« il devient de plus en plus difficile de maintenir l'opposition entre un intérêt public et représenté par l'État, et des intérêts particuliers »<sup>207</sup>.

Dès lors, l'expropriation ayant pour objet la réalisation, aux côtés de l'édification d'une autoroute, d'une opération immobilière ne bénéficiant directement qu'à une société privée

---

<sup>205</sup> A. HOMONT, note sous l'arrêt CE 20 juin 1971, *Ville de Sochaux*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>206</sup> CE, 26 juin 1974, *Consorts Robert Léon Weyl*, *Rec.* p. 839.

<sup>207</sup> L. GEORGES, *L'utilité publique de l'expropriation, genèse, étendue, limites*, *LPA* 1991, n° 94, p. 17.

n'est pas entachée d'illégalité dans la mesure où celle-ci était « susceptible d'aboutir à la création d'un nombre important d'emplois tertiaires dans une région particulièrement menacée par le sous-emploi »<sup>208</sup>. De la même façon, n'est pas entachée de détournement de pouvoir la décision qui procurerait un avantage à une entreprise privée dans la mesure où elle emploie 1 500 salariés et joue un rôle essentiel dans l'économie communale<sup>209</sup>.

Ces nombreuses jurisprudences<sup>210</sup> interrogent sur l'identification par le juge administratif de ce que peut être un intérêt public. Il est admis qu'une expropriation ne peut être validée par ce dernier si elle présente une utilité publique, c'est-à-dire, peu ou prou, un intérêt public<sup>211</sup>. Or, reconnaître que l'activité d'une personne privée puisse bénéficier de l'expropriation, c'est reconnaître qu'elle présente un intérêt public. Il n'est pourtant pas question, comme c'était le cas au début du siècle, de nier le caractère privé de ces personnes en les transférant dans le secteur public. Il n'est pas question, par exemple, que Peugeot devienne une entreprise publique dans la mesure où elle exerce, indirectement, un intérêt public. Une dissymétrie, totalement assumée, s'opère, et se manifeste par une perte totale de repères. En effet, il n'est plus possible de dégager un principe (un intérêt public est assumé par une personne publique) et des exceptions (parfois, une personne privée peut exercer un intérêt public) ; tout se fait au cas par cas.

Opter pour le critère organique de définition des intérêts suppose nécessairement une exclusion réciproque entre les intérêts publics et les intérêts privés : une personne publique exerce uniquement un intérêt public, une personne privée des intérêts privés. Mais le critère organique ne disparaît jamais tout à fait : il est admis que les personnes publiques exercent des intérêts publics et privés et que les personnes privées exercent des intérêts privés et publics, sans que cela ne change leur nature.

Repérer les surgissements de l'intérêt public ne permet donc pas, du moins directement, de savoir où sont les personnes publiques. En réalité, c'est la distance entre la manifestation concrète de l'intérêt public et l'État qui s'est accrue, médiatisée par l'intervention de personnes privées. Sans doute ne suffit-il pas, comme le préconise Pierre Moor, de

---

<sup>208</sup> CE, 21 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Mamet*, *Rec.* p. 149.

<sup>209</sup> CE 9 novembre 1983, *Pandajopoulos*, *Rec.* p. 609.

<sup>210</sup> CE 22 décembre 1978, *Dame Leydet*, *Dr. adm.* 1979, n° 25 ; CE 23 mai 1979, SA « Les carrières de la Vallée-Heureuse et du Haut-Blanc », *Rec.* p. 228 ; CE 7 novembre 1979, *Ministre de l'Équipement c. Association « La renaissance du Vieux Metz »*, *Rec.* p. 613 ; CE 23 mars 1992, *M. Martin et autres*, *Rec.* p. 130 ; CE 2 juillet 1999, *Commune de Volvic*, *Rec.* p. 238.

<sup>211</sup> La différence entre intérêt public et utilité publique n'est jamais mise en lumière par les auteurs. Selon nous, le champ de l'« utilité publique » est propre au domaine de l'expropriation, alors que l'intérêt public revêt un champ plus large. Il s'agirait donc davantage d'une différence de forme qu'une différence portant sur le fond.



rassembler ces surgissements d'intérêts publics pour repérer la nappe étatique<sup>212</sup>, car celle-ci est sans doute bien plus profondément souterraine. Il y a toujours, derrière un intérêt public, une personne publique, mais elle peut être très éloignée.

Le critère organique d'identification de ce que sont les intérêts publics et privés, s'il garde une certaine vivacité, est épuisé : toutes les combinaisons sont devenues possibles suite à l'avènement du paradigme interventionniste. L'identification doit alors prendre un autre chemin, moins rectilignement tracé mais sans doute plus sûr : celui fondé sur leur fonction, leur finalité.

## Chapitre 2. L'adoption du critère fonctionnel de définition, la marche vers un État néolibéral

La diversité des intérêts publics et privés ne doit pas empêcher de comprendre leur sens ni de trouver une certaine unité et cohérence dans ce qu'ils revêtent. Les intérêts publics, bien que toujours sous l'influence (parfois puissante) des intérêts privés, gardent une unité fonctionnelle<sup>213</sup>. Leur fonction est double et presque paradoxale : ils servent tant à légitimer l'action administrative (Section 1) qu'à l'encadrer (Section 2).

### *Section 1. L'usage des intérêts publics à fin de légitimation de l'action administrative*

Les intérêts publics sont devenus un « formidable outil de légitimation et de promotion de la fonction comme du pouvoir administratifs »<sup>214</sup> car ils ne sont plus l'expression d'une transcendance : leur mode de *construction* suit une logique de proximité, leur immanence a renforcé leur légitimité (Paragraphe 1). De ce fait, s'agissant de la *constatation* de ce que sont les intérêts publics, l'espace public s'est élargi ; ils se sont multipliés (Paragraphe 2).

---

<sup>212</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>213</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>214</sup> J. CAILLOSSE, Le public du droit administratif, in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 394.

## Paragraphe 1. L'immanence des intérêts publics, facteur de légitimation de l'action administrative

Le système juridique et idéologique actuelle semble réfuter la transcendance, de plus en plus illégitime. Or, les intérêts publics sont immanents car ils s'insèrent, dans le cadre de la pesée des intérêts, sur le même plan que les intérêts privés (A) et non sur celui de l'intérêt général (B).

### A) L'indubitable rapprochement des intérêts publics et privés

La fameuse décision *Ville Nouvelle Est*<sup>215</sup> du Conseil d'Etat, bien plus que de créer une nouvelle technique juridique, a bouleversé la représentation de l'intérêt public. Actualisé par une décision non moins fameuse *Société civile Sainte Marie de l'Assomption*<sup>216</sup>, le Conseil d'État inaugurerait la technique du bilan coûts-avantages. Pour évaluer si une opération présente le caractère d'utilité publique, il faut donc mettre en balance les avantages et les inconvénients de l'opération. Les différents poids à répartir sur la balance sont clairement énoncés : la propriété privée, le coût financier, le coût social, les intérêts publics en présence. Si, à l'issue de la pesée, la balance penche davantage du côté des inconvénients, la déclaration d'utilité publique devra être annulée. Il y a là un élément important dans le raisonnement du juge.

D'une part, il ne s'agit pas de distinguer d'un côté les intérêts publics et de l'autre les intérêts privés, mais de répartir ceux-ci dans les avantages et les inconvénients. Dans le cadre de la technique du bilan, il n'y a pas de correspondance entre les avantages-inconvénients et la nature publique-privée des intérêts en cause. Dès lors, « il peut même arriver que les intérêts privés, qui bénéficieront de l'opération, pèsent plus lourd dans le processus de décision que les intérêts publics auxquels elle est susceptible de nuire »<sup>217</sup>. Ce que l'on recherche, ce n'est pas de savoir si le public prime sur le privé, mais si les avantages priment sur les inconvénients. Le cas échéant, l'opération sera déclarée d'utilité *publique*, alors même qu'il y a satisfaction d'intérêts *privés*. Le privé intègre alors le public et modifie ainsi sa définition. D'autre part, quand le juge est amené à annuler une déclaration d'utilité publique parce que les intérêts privés n'ont pas été pris en considération, le juge considère que cette atteinte *fait perdre* à l'opération son caractère d'utilité publique. Les intérêts privés sont donc intégrés dans l'utilité publique ; ils auraient dû être pris en compte pour la définir. La relation entre les intérêts publics et les intérêts privés est alors modifiée : ils ne font pas que s'opposer ; ils s'intègrent les uns aux autres.

---

<sup>215</sup> CE Ass. 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *Rec.* p. 409.

<sup>216</sup> CE 20 octobre 1972, Sté civile Sainte Marie de l'Assomption, *Rec.* p. 657, qui a rajouté dans la balance les « autres intérêts publics en présence ».

<sup>217</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *Rec.* p. 409.

Auparavant, le contrôle de la légalité d'une déclaration d'utilité publique s'opérait *in abstracto* ; le juge examinait s'il y avait ou non intérêt public, en substance. Le juge administratif, craignant de se faire administrateur, refusait de contrôler l'opportunité des moyens choisis pour réaliser ladite opération<sup>218</sup>. Mais trop abstrait, ce contrôle devenait inutile. En effet, seul le détournement de pouvoir pouvait permettre d'annuler la déclaration d'utilité publique<sup>219</sup>. Sous l'impulsion de Guy Braibant, alors commissaire du gouvernement, un tel contrôle a été substitué par un contrôle *in concreto* de la pesée des intérêts, qui postule « l'absence de solutions préétablies qui puissent s'appliquer indépendamment des circonstances concrètes »<sup>220</sup>. L'existence d'un intérêt public en soi ne suffit plus pour arguer de la légalité d'un acte. Dès lors, « les équilibres, les arbitrages, les compromis devront être élaborés en fonction de chacune des configurations individuelles pour lesquelles une décision devrait être prise »<sup>221</sup>. D'un tout, l'intérêt public devient partie puisqu'à la logique hiérarchique est supplantée la logique de la balance. Ainsi donc, « le 28 mai 1971, le Conseil d'État abandonnait la notion juridique et abstraite de l'utilité publique, définie telle un dogme, par la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt privé, sans égard aux circonstances de fait »<sup>222</sup>. Il y a l'idée qu'« il n'existe pas un intérêt public en soi qui se distinguerait des intérêts particuliers et s'opposerait à eux »<sup>223</sup>.

Ce changement de paradigme, où il n'est plus question de prestation mais de gestion des ressources<sup>224</sup>, s'explique, selon Pierre Moor, par la prise de conscience que ces dernières, tant naturelles qu'économiques, ne sont pas inépuisables. S'impose alors la nécessité, pour faire face à cette « pénurie », de recourir à une gestion rationnelle et judicieuse des biens<sup>225</sup>. Pour qu'une expropriation soit validée par le juge, la satisfaction des intérêts en présence doit être optimale. Il n'accordera « le feu vert que si le solde de l'opération lui apparaissent tous comptes faits positif »<sup>226</sup>. L'intérêt public, pour le devenir et le rester, doit s'inscrire dans son environnement, se construire avec les intérêts privés, immanents. Avec la technique du bilan, le juge administratif parvient donc à légitimer les opérations administratives. Le fait de « tester » l'intérêt public poursuivi, de le concilier avec d'autres intérêts s'inscrit dans l'élaboration d'un droit « post-moderne », négocié, où « la force de la règle de droit ne

---

<sup>218</sup> CE Ass. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur, *AJDA* 1961 p. 606.

<sup>219</sup> J. LEMASURIER, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, Tome II, LGDJ*, 1974, p. 565.

<sup>220</sup> P. MOOR, Intérêts publics et intérêts privés, *op. cit.*, p. 93.

<sup>221</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit, op. cit.*, p. 110.

<sup>222</sup> J. LEMASURIER, Bilan coût-avantages et nécessité publique, *Administration* 1979, p. 502.

<sup>223</sup> J.-M. PONTIER, Introduction, in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, PU Aix-Marseille, CRA, 2008, p. 67.

<sup>224</sup> *Ibid.*

<sup>225</sup> P. MOOR, Intérêts publics et intérêts privés, *op. cit.*, p. 94.

<sup>226</sup> J. WALINE, L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'un projet, *RDP* 1972, p.454 p. 460.

provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire [...] ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée »<sup>227</sup>.

C'est le droit administratif lui-même et sa logique visant une opposition entre l'État et la société qui s'en voyaient bouleversés. La décision *Ville Nouvelle Est* participe au mouvement latent d'avènement d'un nouveau droit succédant au droit abstrait, général et désincarné, « jupitérien » exprimant la transcendance étatique<sup>228</sup>. Il est en revanche caractérisé par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir.

La technique du bilan apparaît comme la recherche d'un équilibre entre les intérêts publics et privés, voire d'une certaine équité<sup>229</sup>. Ainsi, s'opère une certaine « égalité entre les parties en litige devant [le juge administratif], l'État ou une personne publique et une personne privée »<sup>230</sup>. Cela rompt avec la conception traditionnelle du droit administratif, par essence inégalitaire. L'intérêt public n'est plus la foudre qui vient s'abattre face aux impuissants intérêts privés. Il devient accessible et peut dès lors être remis en cause plus facilement. Plus proches, les intérêts publics deviennent ainsi plus légitimes puisque leurs manifestations ne sont plus imposées, mais consenties, par le biais d'une légitimité davantage procédurale. Intérêts publics comme intérêts privés participent, au même titre, à la formulation de l'intérêt général.

#### B) La nécessaire contribution des intérêts publics à la formulation de l'intérêt général

Il n'y a pas d'intérêts généraux ; il n'y a qu'un intérêt général. Qu'il soit l'expression de la volonté générale ou somme des intérêts particuliers, il est unique. Pendant longtemps, l'intérêt public était assimilé à l'intérêt général. En témoigne les dires de Didier Truchet en 1977, pour lequel « les termes : intérêt général, intérêt public, utilité publique [...] sont synonymes »<sup>231</sup> ; <sup>232</sup> et les écrits de certains auteurs contemporains<sup>233</sup>. Mais c'est en quittant la conception volontariste de l'intérêt général, héritée de Rousseau, pour rejoindre quelque peu

---

<sup>227</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> J.-M. PONTIER, Introduction, in J.-M. PONTIER (dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>230</sup> P. CABANES, P. LEGER, Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA* 1972, p. 576.

<sup>231</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>232</sup> Cette affirmation est renchériée quelques pages plus loin : « En réalité, l'intérêt public local ou l'intérêt communal ne présente pas de différence de nature, et encore moins de fonction, avec l'intérêt général... ».

<sup>233</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », p. 506.

une conception plus utilitariste, chère à Adam Smith, que l'intérêt public s'est dissocié de l'intérêt général.

Derrière la conception de l'intérêt général, c'est la place même de l'État qui est en jeu. Si la conception utilitariste « traduit une méfiance de principe envers l'État, [la conception volontariste] lui reconnaît à l'inverse une fonction éminente de définir l'intérêt général et de le mettre en œuvre »<sup>234</sup>. Dans la conception française de l'intérêt général, il ne peut y avoir de différence entre ce qui est général et ce qui est public. C'est pourquoi avant l'avènement d'un État néolibéral, doublée d'une démocratie libérale, les auteurs parlent indistinctement d'intérêt public ou d'intérêt général<sup>235</sup>. S'il est indéniable que le sens de ces mots converge, que les uns sont souvent amalgamés aux autres, il semble toutefois que chacun tende à trouver une certaine autonomie.

Contrairement à l'intérêt général, l'intérêt public n'est pas unique : il y a *des* intérêts publics ; « on ne peut plus parler de lui au singulier »<sup>236</sup>. Ceux-ci peuvent s'opposer ; ils composent l'intérêt général. Le bon sens suggère que « l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public partiel et contingent : on pourrait comparer des intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux »<sup>237</sup>. La technique du bilan a initié une nouvelle conception de l'intérêt général, moins transcendante sans pour autant se rallier à la conception purement anglo-saxonne de celui-ci. L'intérêt général, en France, admet la transcendance pourvu que les prémisses de sa formation soit les intérêts individuels, particuliers (publics ou privés)<sup>238</sup>. Cette nouvelle construction de l'intérêt général, par lutte des contraires, traduit selon Guylain Clamour une conception néomoderniste de l'intérêt général<sup>239</sup>, divisé en une multitude d'intérêts éparpillés<sup>240</sup>. Il y a alors deux constructions de l'intérêt général : celui, davantage transcendant, exprimé par la loi, et celui, résultant d'une lutte des contraires, immanent aux intérêts particuliers publics ou privés.

Traditionnellement, en France, l'intérêt général est uniquement compris comme l'expression d'une transcendance, reflétant la volonté générale, par le biais de la loi et du principe de légalité. L'intérêt général est la finalité de l'action administrative dans son entier. Lorsque le juge administratif déclare, par exemple, que telle expropriation présente un caractère d'utilité publique, il reconnaît en réalité son bien-fondé dans l'ordre juridique :

---

<sup>234</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999, op. cit.*, p. 261.

<sup>235</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 412 : « Tous ces services méritent également le nom de services d'intérêt public ou d'intérêt général » ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> éd., 1906, p. 316.

<sup>236</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit, op. cit.*, p. 102.

<sup>237</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, op. cit.*, p. 278.

<sup>238</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, op. cit.*, p. 761.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>240</sup> P. MOOR, *Intérêts publics et intérêts privés, op. cit.*, p. 24.

l'expropriation est légale et est conforme à l'intérêt général. « Le principe de légalité régit le champ administratif »<sup>241</sup> ; l'intérêt général s'inscrit comme la finalité de l'action administrative<sup>242</sup>. Il semblerait donc qu'il existe, traditionnellement, une certaine identité entre l'intérêt général et le principe de légalité : ce qui est légal est d'intérêt général, et inversement. Personne ne conteste l'idée selon laquelle la loi, expression de la volonté générale, est l'incarnation de l'intérêt général.

Examinant l'utilité publique d'une opération de construction d'autoroute, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Société civile Sainte Marie de l'Assomption*, a été amené à confronter deux intérêts publics : celui s'attachant à la construction de l'autoroute et celui d'une clinique dont une partie allait être sacrifiée par ce nouveau projet<sup>243</sup>. Véritable jugement de Salomon pour certains<sup>244</sup>, le Conseil d'État consacrait alors l'immanence des intérêts publics et leur possible opposition, à l'instar des intérêts privés. Un intérêt public peut se trouver du côté des inconvénients. Cela signifie que la personne qui assume un intérêt public peut s'opposer à un projet reconnu d'utilité publique. En d'autres termes, un intérêt public peut aller à l'encontre de l'intérêt général. La technique du bilan « a permis de prendre conscience de ce que l'intérêt général peut fréquemment être le produit de la confrontation de deux intérêts publics, voire davantage »<sup>245</sup>. Il y aura alors nécessairement des intérêts publics satisfaits par la réalisation de l'intérêt général, et d'autres brimés.

Mais si un intérêt public peut aller à l'encontre de l'intérêt général, où se situe l'intérêt public vis-à-vis du principe de légalité ? Si l'on admet qu'il n'est pas un synonyme de l'intérêt général mais seulement une de ses composantes<sup>246</sup>, alors l'intérêt public peut aller à l'encontre de la volonté générale et par là même du principe de légalité. Cela s'illustre particulièrement par le principe de sécurité juridique et notamment son application en matière de modulation dans le temps des effets d'une décision de justice<sup>247</sup>. Le juge pourra décider de ne pas faire

---

<sup>241</sup> D. GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit français*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2004, p. 406.

<sup>242</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999, op. cit.*, p. 271.

<sup>243</sup> CE 20 octobre 1972, *Sté civile Sainte Marie de l'Assomption*, *Rec.* p. 657.

<sup>244</sup> J. LEMASURIER, *Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan-coût-avantages, op. cit.*, p. 570.

<sup>245</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999, op. cit.*, p. 309.

<sup>246</sup> J. UNTERMAIER, *Représentation et pesée globale des intérêts en droit français de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement*, in C.-A. MORAND, *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, *collection Genevoise*, 1991, p. 136 : « L'intérêt général n'est qu'un. Le législateur ne manque pas d'identifier des intérêts publics, composantes de l'intérêt général ».

<sup>247</sup> CE 11 mai 2004, *Association AC!* et autres, *Rec.* p. 197 : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge

une application stricte du principe de légalité – qui postule l'application immédiate de la décision de justice – et de moduler dans le temps les effets de sa décision, après avoir pris en considération les intérêts publics et privés en présence. La prise en considération des intérêts publics ou privés peut permettre de prolonger une certaine illégalité dans le temps, en vertu du principe de sécurité juridique. Ainsi, la satisfaction de l'intérêt général ne s'épuise plus dans l'application stricte du principe de légalité, mais dans sa modulation en fonction des intérêts en présence. En ce cas, l'intérêt public permet alors de faire échec au principe de légalité, et à l'intérêt général entendu de façon transcendante. Il modère leur intransigeance.

De façon plus générale, le juge administratif a souvent recours aux intérêts publics et à la pesée des intérêts pour faire échec à l'application stricte du principe de légalité. La pesée des intérêts « aboutit donc à faire prévaloir l'utilité de la mesure sur sa légalité »<sup>248</sup>. Il ne suffit plus que l'intérêt général soit le reflet du principe strict de légalité pour être légitime ; la prise en considération des intérêts publics témoigne d'une volonté de renforcer la légitimité de l'action administrative. Lorsque les intérêts publics interviennent et que le juge s'attache à les mettre en balance avec les autres intérêts en présence, c'est que l'intérêt général transcendant, « avec ses gros sabots »<sup>249</sup>, n'est pas suffisant pour légitimer l'action administrative. « C'est pourquoi on a pu dire du Droit qu'il était une idéologie en déclin, ou proposer le terme de « légitimité » pour qualifier l'objet réel du contrôle juridictionnel des déclarations d'utilité publique »<sup>250</sup>.

En effet, la prise en considération des intérêts publics en présence via la technique du bilan permettra de choisir non pas l'opération la plus en conformité avec la légalité – car un projet est soit légal, soit illégal – mais de choisir celle qui est la plus légitime, le plus adéquat. L'intérêt public, souvent rapporté au local<sup>251</sup>, et surtout sa conciliation avec les intérêts privés, permet d'ancrer l'intérêt général dans le réel plutôt que de le laisser naviguer en eaux incertaines où il risquerait de faire naufrage. La technique du bilan consiste en réalité à choisir la solution la plus appropriée, qui fera le moins de mécontents possibles. Directement inspirée de l'optimum de Pareto, cette technique recouvre l'idée selon laquelle l'intérêt général ne peut être atteint si, sur son chemin, il cause trop d'entorses aux intérêts publics et/ou

---

administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - *de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation* ».

<sup>248</sup> B. CAVIGLIOGI, Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence, *AJDA* 2003, p. 645.

<sup>249</sup> D. TRUCHET, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre, *op. cit.*, p. 361.

<sup>250</sup> J. CAILLOSSE, La jurisprudence Ville Nouvelle Est, *Droit et ville* 1978, p. 225.

<sup>251</sup> J. CAILLOSSE, Le public du droit administratif, *op. cit.*, p. 392.

privés : une décision sera considérée comme « optimale » si elle permet d'accorder la compensation des pertes qu'elle induit<sup>252</sup>.

On cerne alors mieux où se situent les intérêts publics. Non affublés de la transcendance dont jouit encore quelque peu l'intérêt général, ils tendent à se rapprocher des intérêts privés. Leur immanence a permis de légitimer l'action administrative, ce processus étant en retour le moyen de les diversifier.

## Paragraphe 2. La légitimation de l'action administrative, moyen de diversification des intérêts publics

La pluralité des personnes exerçant des intérêts publics, c'est-à-dire majoritairement des autorités administratives, a entraîné une nécessaire pluralité des intérêts publics (A). Mais la grande pluralité de ces intérêts, leur diversification, semble nuire à la tentative de systématisation de leur fonction (B).

### A) La dislocation des autorités administratives, indéniable pluralité des intérêts publics

L'intérêt général a pris l'État sur ses épaules. L'un et l'autre se sont construits et ont grandi ensemble ; ils se sont légitimés réciproquement. L'État était le garant de l'intérêt général et l'intérêt général la justification de l'État. D'une croyance générale, cette construction est devenue un doux mythe<sup>253</sup>, voire une idéologie<sup>254</sup>. La crise de l'intérêt général est allée de pair avec la crise de l'État. Souffrant lui-même d'une carence de légitimité et de représentation<sup>255</sup>, l'intérêt général n'est plus qu'associé à l'intérêt *de* l'État. Il donne l'impression de s'être « dissous, d'être devenu introuvable ou évanescant »<sup>256</sup>. Le lien est fort entre l'intérêt général et l'État ; et la crise de l'un se reflète dans la crise de l'autre. Le scepticisme ambiant à l'encontre de l'intérêt général, « accusé de n'être qu'une forme moderne de la raison d'État »<sup>257</sup>, a conduit à désacraliser celui-ci. Dès lors, le fait de fonder l'intérêt général dans la réalité, de le rendre plus immanent, a permis sa relégitimation. Elle a sans doute permis aussi de sauver l'État.

---

<sup>252</sup> J.-F. CALMETTE, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, *Dr. Adm.* 2006, n° 7, Etude 14, p. 13.

<sup>253</sup> B. OPPEIT, L'hypothèse du déclin du droit, *Droits*, n° 4, 1986, p. 9.

<sup>254</sup> J. CHEVALLIER, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1978.

<sup>255</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Points, Essais, 2010, p. 13.

<sup>256</sup> J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998 p. 327

<sup>257</sup> *Rapport public du Conseil d'État 1999, op. cit.*, p. 313.



Les intérêts publics n'ont-ils pas subi eux aussi, par ricochet, la crise de l'intérêt général ? Alors que l'intérêt général a perdu de sa superbe et de sa dimension sacrée, les intérêts publics ont prospéré. Ils sont en effet devenus le terreau, avec les intérêts privés, de l'intérêt général. Au fractionnement et à la désintégration<sup>258</sup> de l'intérêt général répond une structuration et une pluralité des intérêts publics. L'intérêt général n'est plus cet intérêt détaché des intérêts particuliers<sup>259</sup> – publics ou privés ; il n'est plus cette institution censée « dépasser, transcender et intégrer les particularismes »<sup>260</sup>. L'intérêt général est une mosaïque. Il devient en effet difficile « d'obtenir une vision unique de l'intérêt général, de projeter du commun là où règne le multiple »<sup>261</sup>. En revanche, les intérêts publics, eux, sont déjà fragmentés.

D'une part, la pluralité des intérêts publics répond à une extension horizontale, c'est-à-dire matérielle, de ceux-ci. L'élargissement matériel de la sphère publique a permis la diversification des intérêts publics. Sous l'empire libéral d'un État-gendarme, ils ne pouvaient naître que dans une sphère restreinte principalement à l'ordre public<sup>262</sup>. Le critère organique jouant, l'intérêt public s'assimilait à l'intérêt général<sup>263</sup> et celui-ci visait uniquement « à ce que les intérêts privés puissent librement se réaliser »<sup>264</sup>. Dans le cadre de l'expropriation, l'utilité publique – pendant de l'intérêt général – demeurait étroite, réservée aux grands travaux publics (routes, voies de chemin de fer...)<sup>265</sup>.

La marche vers un État interventionniste a permis d'élargir la sphère publique, dans lesquels les intérêts publics pouvaient naître et prospérer. Les missions des personnes publiques se sont diversifiées et ont pris de l'autonomie les unes par rapport aux autres : le service public et l'utilité publique – traditionnellement associées – prennent par exemple leur indépendance<sup>266</sup>. Cette segmentation se double d'une diversification des intérêts publics, initiée tant par le législateur que par le juge. Le domaine de l'expropriation pour cause d'utilité publique est particulièrement révélateur de l'évolution de la sphère publique et du jeu des intérêts.

---

<sup>258</sup> F. BEROUJON, Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ?, *RFDA* 2008, p. 449.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> J. CHEVALLIER, Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 12.

<sup>261</sup> F. BEROUJON, Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ?, *op. cit.*, p. 450.

<sup>262</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>263</sup> En effet, seul le législateur était compétent pour constater l'utilité publique de toutes les opérations présentant une certaine importance.

<sup>264</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>265</sup> R. HOSTIOU, Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, *op. cit.*, p. 35.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 40.

Le législateur, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, a permis l'expropriation (c'est-à-dire a ouvert la sphère publique) dans des buts de santé et d'hygiène publique<sup>267</sup>, historiques et scientifiques<sup>268</sup>, voire dans un but sportif<sup>269</sup>. Cette évolution législative a trouvé son écho dans la jurisprudence administrative, dès la fin de la Première Guerre Mondiale. Sont alors reconnus des intérêts publics relatifs aux loisirs<sup>270</sup> ou encore des intérêts historiques<sup>271</sup>, touristiques<sup>272</sup>, aux nouvelles technologies<sup>273</sup>... Le juge administratif ne s'est alors pas contenté de suivre l'œuvre du législateur ; il est allé plus loin dans l'élargissement de la sphère publique. En effet, il résulte selon lui « de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 23 octobre 1958 que l'utilité publique des opérations pouvant donner lieu à une expropriation n'est pas subordonnée à l'intervention d'un texte exprès conférant à ces opérations un tel caractère »<sup>274</sup>. Le juge, par sa proximité, est sans doute le mieux à même, dans une conception de plus en plus utilitariste de l'intérêt général, de dire ce que sont les intérêts publics.

L'avènement d'un État néolibéral, loin de réduire le champ de la sphère publique, a permis l'avènement de nouveaux intérêts publics. Le néolibéralisme, on l'a dit, n'est pas un ultralibéralisme, de sorte que la sphère publique ne se réduit pas nécessairement. Les intérêts publics nés (ou plutôt révélés, transformés) à partir des années 1970 sont relatifs à une gestion économe des ressources humaines, économiques ou naturelles. La protection de l'environnement, intégrée officiellement par le Conseil d'État dans la théorie du bilan depuis l'arrêt *Alsace Nature Environnement* de 2010<sup>275</sup>, en fait évidemment partie<sup>276</sup>. La multiplication

---

<sup>267</sup> Loi du 14 juillet 1856 sur le thermalisme ; lois du 14 décembre 1964 et 10 janvier 1970 pour l'expropriation visant la disparition des bidonvilles.

<sup>268</sup> Loi n°67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière, *JORF* du 3 janvier 1968, p. 3, sur la conservation des sites et monuments historiques.

<sup>269</sup> Loi n°1941-05-26 du 26 mai 1941 relative au recensement, à la protection et à l'utilisation des locaux et terrains de sport, des bassins de natation et des piscines.

<sup>270</sup> CE 10 août 1923, Giros, *Rec.* p. 684, pour l'installation d'une colonie de vacances ; CE 21 juillet 1989, Association de défense contre Astérix land, *Rec. T.* p. 729 ; CE 22 oct. 1975, Association des riverains de la route nationale n° 158 entre Le Mans et Mulsanne, *Rec.* p. 527, pour des travaux d'aménagement d'un circuit automobile.

<sup>271</sup> CE 3 mars 1993, Commune de St Germain en Laye, *Rec.* p. 54 ; CE 28 juillet 1993, Compagnie Rembrandt investissement, n° 137876 ; CAA Nantes 27 septembre 2005, Mme Savelli, n° 04NT00319 ; CE 11 avril 2008, Commune de La Chapelle sur Erdre, n° 287526.

<sup>272</sup> CE 20 décembre 1938, Cambieri, *Rec.* p. 962.

<sup>273</sup> CE 19 janvier 2004, Sté T-ONLINE France, n° 263012, qui reconnaît « l'intérêt public qui s'attache à un développement rapide en France des accès Internet à haut débit ».

<sup>274</sup> CE 4 novembre 1970, Société civile immobilière Les héritiers A. Caubrière, n° 72392.

<sup>275</sup> CE 17 mars 2010, Alsace Nature environnement, n° 314114.

<sup>276</sup> CE 25 juillet 1975, CFDT des marins pêcheurs de la rade de Brest, *Rec.* p. 1148 ; CE 9 décembre 1977, Weber, *Rec.* p.497 ; CE 26 mars 1980, Beau de Loménie, *Rec.* p. 171 ; CE 18 juin 1997, La chambrée, *AJDA* 1998, p. 267 ; CE 22 octobre 2003, SOS Rivières et environnement, *Rec.* p.417 ; CE 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de sainte croix, de son environnement, des lacs et sites du Verdon, *Rec.* p. 332 ; CE 16 avr. 2010, Assoc. Alcalý et autres, *RFDA* 2010, p. 215 ; CE 20 mai

des intérêts publics ne se limite pas, négativement, à une gestion économe des ressources. Elle touche aussi, positivement, le développement économique<sup>277</sup>, la sauvegarde de l'emploi<sup>278</sup>. Les intérêts publics reconnus vont jusqu'à protéger les individus, et leurs intérêts privés, contre eux-mêmes<sup>279</sup>. L'État ne doit pas « seulement obtenir que les gens respectent les interdits, il doit surtout faire en sorte qu'ils aient un comportement positif, orienté »<sup>280</sup>. La multiplication des intérêts publics, due à l'élargissement progressif et continu de la sphère publique, est alors directement liée à la figure de l'État. Les différentes étapes de son histoire ne doivent pas être vues comme une succession, mais davantage comme un empilement de strates de sorte que ce qui était valable sous l'empire du paradigme libéral l'est encore majoritairement aujourd'hui<sup>281</sup>.

D'autre part, la déstructuration de l'appareil administratif a également permis une diversification accrue des intérêts publics. Cela correspond à une extension verticale des intérêts publics, due à la diversification voire à la fragmentation<sup>282</sup> des « structures d'organisation de l'appareil étatique »<sup>283</sup>. De plus en plus de personnes, publiques ou privées, sont habilitées à exercer des intérêts publics mais il y a toujours, derrière un intérêt public, peu ou prou, l'État ou une personne publique<sup>284</sup>. Le *public* ne se limite plus à ce que fait le seul État, isolé dans sa tour d'ivoire. Si « dans la conception française traditionnelle, il ne pouvait guère exister d'autre personne pour définir et mettre en œuvre cet intérêt général que l'État »<sup>285</sup>, cette conception est aujourd'hui ébranlée. Au-delà des personnes privées, qui peuvent exercer des intérêts publics<sup>286</sup>, les personnes publiques elles-mêmes se sont

---

2011, Communauté d'agglomération du lac du Bourget, n° 325552, pour « l'intérêt public qui s'attache au maintien de la biodiversité et à la cessation de l'atteinte significative portée à l'unité d'un espace naturel fragile ».

<sup>277</sup> CE 26 octobre 1973, Grassin, *Rec.* p. 599 ; CE 25 mars 1994, Mme Lenormand, n° 124545 ; CE 2 octobre 2006, Communauté de communes du Pays du Lunel, *AJDA* 2006 p. 2123.

<sup>278</sup> CE 27 juillet 1979, Sté confiserie azuréeenne, *Rec.* p. 355.

<sup>279</sup> CE 7 mai 2008, Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire, *Rec.* p. 379, concernant la sécurité routière.

<sup>280</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public: une mission impossible ? in J. Ruegg, S. Decoutère, N. Mettan, *Le partenariat public-privé: un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ?*, PPUR, Lausanne, p. 225. Pierre Moor développe ensuite les exemples : les gens doivent économiser l'énergie, trier leurs déchets, utiliser les transports publics (protection de l'environnement). Les entreprises doivent investir. Les promoteurs doivent construire...

<sup>281</sup> De façon évidente, les intérêts qui se rattachent au maintien de l'ordre public sont encore considérés comme des intérêts publics. V. par exemple : CE 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de sainte croix, de son environnement, des lacs et sites du Verdon, *Rec.* p. 332, pour l'intérêt public qui s'attache à la sécurité du transport de l'électricité.

<sup>282</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>283</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>284</sup> Voir *supra*. p. 35.

<sup>285</sup> J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, *op. cit.* p. 330.

<sup>286</sup> Voir *supra*. p. 25 s.

diversifiées. L'État est devenu polycentrique<sup>287</sup> notamment avec la démultiplication des autorités administratives indépendantes. La décentralisation a également œuvré en ce sens : on parle d'intérêt local, national, communal... Les différentes clauses générales de compétences accordées aux collectivités territoriales leur permettent de s'approprier l'intérêt général pour en faire un intérêt public à leur échelon. On admet qu'« à partir du moment où l'on crée une personne publique, celle-ci poursuit un intérêt public qui la définit et l'identifie. C'est pourquoi à côté de l'intérêt communal, de l'intérêt départemental et de l'intérêt régional, le Code général des collectivités territoriales reconnaît l'existence d'intérêts "communautaires", ceux poursuivis par les [...] établissements publics de coopération intercommunale »<sup>288</sup>.

L'avènement de l'Union européenne et l'intégration qu'elle a entamé postulent l'existence d'un intérêt singulier, un « intérêt européen », non-privé. C'est ainsi que le Conseil d'État a reconnu « l'intérêt qui s'attache pour la Communauté européenne à l'application d'une directive »<sup>289</sup> puis « l'intérêt *public* qui s'attache au respect du droit communautaire »<sup>290</sup>. Au-delà de la pluralité des autorités administratives, c'est ainsi la pluralité des ordres juridiques, leur intégration réciproque, qui a eu pour effet d'étendre ce que sont les intérêts publics<sup>291</sup>.

L'extension horizontale – c'est-à-dire matérielle – et verticale – avec la démultiplication des entités répercutant des intérêts publics – des intérêts publics est indéniable. Ce sont autant d'intérêts avec lesquels le législateur et le juge doivent composer pour proclamer l'intérêt général. La tâche n'a jamais été aussi difficile, car tous les intérêts publics (et privés) doivent être conciliés. « Ce qui frappe, c'est la diversification : il n'y a jamais *un* intérêt public [...], il n'y a, bien au contraire, que des intérêts sectoriels, fragmentaires, éparpillés »<sup>292</sup> ce qui semble tendre vers une certaine incohérence<sup>293</sup>. Dès lors, donner une définition positive de ce qu'est l'intérêt public serait vain, tant ils sont pluriels. Toujours est-il possible d'avancer sur le chemin de l'identification ; l'intérêt public se situe entre l'intérêt général et l'intérêt privé mais sa fonction peine à se distinguer clairement.

---

<sup>287</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 206.

<sup>288</sup> J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, *op. cit.*, p. 331.

<sup>289</sup> CE 29 octobre 2003, n° 260768.

<sup>290</sup> CE 2 juillet 2010 n° 340699 ; nous soulignons.

<sup>291</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>292</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>293</sup> F. MODERNE, Regards sur l'expropriation en matière d'urbanisme, *RDI* 1979, p. 150.

## B) La diversification des intérêts publics, dislocation de leur fonction

Si les oppositions binaires laissent fatalement un reste<sup>294</sup>, peut-être faut-il convenir du fait qu'il existe entre les intérêts publics et les intérêts privés des intermédiaires. C'est alors l'État tout entier qu'il faut repenser, si le public n'est plus là pour s'opposer au privé. Il existe selon nous une phase d'hybridation des intérêts, car un intérêt privé ne devient pas public instantanément (ou inversement). Cette phase permet audit intérêt de rejoindre soit la sphère privée, soit la sphère publique. Il semble toutefois difficile de penser, l'Histoire évoluant, qu'un intérêt reste en eaux troubles indéfiniment ; il ne s'agirait que d'un passage. Quoiqu'il en soit, « de part et d'autre des grandes lignes de partage que dessine la pensée binaire, des phénomènes d'hybridation se propagent »<sup>295</sup>. L'hybridation des intérêts contribue à renforcer le flou sur ce que sont les intérêts publics et les intérêts privés. Ce processus est renforcé par la technique de la pesée des intérêts. En effet, alors que les règles s'opposent, les intérêts se concilient – et c'est là leur plus grand avantage ; nul n'est évincé. Le juge administratif préfère, dès qu'il le peut, manier et moduler les intérêts car l'apparence de justice et d'équité est préservée. La pesée des intérêts, c'est la fin du « tout ou rien ». C'est aussi intégrer tous les intérêts en présence, leur accorder un statut, même s'ils n'ont pas été expressément consacrés par le législateur. Intégrer un intérêt dans la balance ne préjuge pas de sa nature (publique ou privée), car tous les intérêts peuvent y participer. Mais en multipliant les zones de rencontre entre les intérêts publics et privés, ceux-ci se modifient indéniablement, et s'hybrident. Les intérêts publics se privatisent et les intérêts privés se publicisent<sup>296</sup>, ce qui rend toute systématisation difficile.

De nombreux intérêts, initialement privés, tendent ainsi à muter pour devenir des intérêts publics. Leur contenu matériel ne change pas ; c'est leur perception par la société qui change. C'est le cas par exemple de l'intérêt financier<sup>297</sup>, dont l'identification reste incertaine, considéré tantôt comme un intérêt public, tantôt comme un intérêt privé. Ce fut le cas de l'intérêt concurrentiel, désormais reconnu comme un intérêt public. Faisant son entrée officielle en droit administratif avec l'arrêt *Société Million et Marais*<sup>298</sup>, la concurrence est considérée comme une « composante de l'intérêt général »<sup>299</sup>, c'est-à-dire un intérêt public, selon les mots du Conseil d'État. Le commissaire du gouvernement Stahl lui-même, dans ses

---

<sup>294</sup> J. CAILLOSSE, Quel droit administratif enseigner ?, *op. cit.*, p. 351.

<sup>295</sup> J. CAILLOSSE, Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?, *op. cit.*, p. 352.

<sup>296</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>297</sup> Voir *supra*. p. 24 s.

<sup>298</sup> CE 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec.* p. 406.

<sup>299</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 2002, Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53, 2002, p. 388.

conclusions sous l'arrêt *Société EDA*<sup>300</sup> déclarait qu'il « faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec *les autres intérêts publics* dont l'administration a la charge »<sup>301</sup>. On voit le chemin parcouru par l'intérêt concurrentiel, devenu peu à peu un intérêt public. En 1995, Jacques Chevallier le considérait en effet comme se situant aux confins du public et du privé<sup>302</sup>.

La reconnaissance de nouveaux intérêts publics a pour effet d'élargir la sphère publique desdits intérêts, rendant plus difficile leur systématisation, et la recherche du lien qui les unit. En revanche, l'intégration de nouveaux intérêts « laisse intact, dans leur acuité et leur valeur, l'ensemble des intérêts publics les plus traditionnels ou les plus contemporains »<sup>303</sup>. Il n'existe pas *a priori* d'interdépendance entre les intérêts publics, si bien qu'un intérêt public n'est pas la composante d'un autre ; ils sont indépendants les uns des autres. La satisfaction de l'intérêt public concurrentiel ne nécessite pas *a priori* la satisfaction d'un intérêt public environnemental. En d'autres termes, les intérêts publics coexistent mais ne sont pas nécessairement convergents. Parfois même, les intérêts publics eux-mêmes peuvent s'opposer<sup>304</sup>. L'intérêt public tenant à la construction d'une voie routière s'oppose à l'intérêt public tenant, pour une école, à conserver une certaine tranquillité en ses murs et une certaine sécurité à ses abords<sup>305</sup>. La grande diversité des intérêts publics se perçoit ainsi dans leurs finalités, dans l'espace et dans le temps<sup>306</sup>.

La contractualisation de l'action publique, topique de l'État néolibéral (ou post-moderne), œuvre également dans le sens d'une hybridation des intérêts. « Le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur l'accord de volonté »<sup>307</sup> aboutit à la recherche perpétuelle d'un consensus, à la conciliation des intérêts en présence – dans la même logique que la technique du bilan. « C'est en effet dans le contrat que les échanges entre les deux secteurs [public et privé] trouvent leur expression la plus adéquate »<sup>308</sup> puisque le contrat inscrit des personnes « dans l'aire d'exercice du pouvoir d'autrui »<sup>309</sup>. La

---

<sup>300</sup> CE sect. 26 mars 1999, Sté EDA, *Rec.* p. 107.

<sup>301</sup> J.-H. STAHL, Conclusions sur CE sect. 26 mars 1999, Sté EDA, *AJDA* 1999 p. 427.

<sup>302</sup> J. CHEVALLIER (dir.), *Public/privé, op. cit.*, p. 13.

<sup>303</sup> C'est l'intérêt général qui se trouve modifié, pas l'intérêt public.

<sup>304</sup> CE Ass. 20 octobre 1972, Ste Marie de l'Assomption, *Rec.* p. 657.

<sup>305</sup> CE 26 juillet 1978, Association de défense des quartiers ouest du Relecq-Kerhuon, n° 03595.

<sup>306</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit, op. cit.*, p. 99.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>308</sup> J. CAILLOSSE, Quel droit administratif enseigner ?, *op. cit.*, p. 351.

<sup>309</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 172.

contractualisation « lie tous les pouvoirs »<sup>310</sup> et en cela, chaque cocontractant perd sa souveraineté ; la satisfaction de ses intérêts – quels qu'ils soient – est liée à celle de l'autre.

Ces différents phénomènes, juridictionnels ou structurels, entraînent une certaine hybridation entre intérêts publics et intérêts privés, qui se pose comme l'un des majeurs obstacles dans la recherche d'une définition ou d'une identification de ce qu'ils sont. La pluralité des intérêts publics ne conduit-elle pas à leur faire perdre leur essence, et ainsi à ruiner tout effort d'identification de ce que sont les intérêts publics, de leur fonction ? Qu'ont tous les intérêts publics en commun ? Certains auteurs ont argué de l'incohérence de la notion pour en déduire son caractère indéfinissable. En effet, l'intérêt public, en tant que standard, n'est pas une notion lisse et immuable dans le temps – rares sont celles qui le sont. L'intérêt public, insaisissable, s'apprécie, se ressent, sans pouvoir faire l'objet d'une réelle définition. Pierre Moor considère qu'« est d'intérêt public une tâche dont on pense généralement qu'il est légitime que l'État s'en occupe »<sup>311</sup> – même si, à l'arrivée, ce n'est pas lui qui s'en occupe. Son contenu varie en fonction des aspirations de la société dans laquelle il s'inscrit. Il est possible de considérer que l'intérêt public n'est qu'une coquille vide, qu'un concept creux destiné uniquement à légitimer l'action administrative et ainsi la force, mais alors on remet en cause l'existence même de l'État et de la société civile tels qu'ils sont. Ce fut peu ou prou le chemin emprunté par Léon Duguit, pour qui l'État n'est qu'une fiction occultant la distinction entre gouvernants et gouvernés ; il n'est qu'une coopération de services publics<sup>312</sup>. Les mots ont un sens, et « intérêt public » n'échappe pas à la règle. Mais comment un même mot peut-il garder le même sens si ce qu'il recouvre change ?

Les intérêts publics pourraient garder une fonction principale, celle de rester entre les deux remparts que sont les intérêts privés d'un côté et l'intérêt général de l'autre. Comme les intérêts privés, les intérêts publics sont des intérêts particuliers, immanents. Comme l'intérêt général, les intérêts publics conservent une fonction de *représentation* ; c'est ce qui les distingue des intérêts privés. Même s'ils sont des intérêts particuliers, ils gardent une certaine distance avec les intérêts privés. Ainsi, ils servent à légitimer l'action administrative, mais également à l'encadrer.

---

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> P. MOOR, Définir l'intérêt public : une mission impossible ?, *op. cit.*, p. 218.

<sup>312</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome II*, De Boccard, 1923, p. 54.

*Section 2. L'usage des intérêts publics à fin d'encadrement de l'action administrative*

Les intérêts publics font florès en jurisprudence ; ils permettent incontestablement d'encadrer l'action administrative. Pour autant, leur reconnaissance, encadrée par le juge administratif (Paragraphe 2), est nécessairement subordonnée aux circonstances dans lesquelles il s'inscrit (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. La reconnaissance d'un intérêt public subordonnée aux circonstances

Le juge s'attache réellement à de subordonner la reconnaissance d'un intérêt public aux circonstances (B), car cela semble nécessaire pour encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration (A).

A) Le nécessaire recours aux circonstances pour encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration

Dans la conception traditionnelle française, l'Administration n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif, son instrument. Elle n'est que les mains mettant à exécution ce que la tête – le pouvoir exécutif – décide. Dans un régime démocratique, il est en effet impensable de reconnaître un pouvoir là où il n'y a pas d'élection. Le pouvoir judiciaire, qui ne tire pas sa légitimité de l'élection, est d'ailleurs particulièrement amoindri par rapport aux deux autres pouvoirs classiques dans l'œuvre de Montesquieu<sup>313</sup> ; il est souvent considéré non comme un pouvoir mais comme une autorité. Cette conception instrumentale de l'Administration a été abandonnée. L'existence d'un pouvoir administratif, c'est-à-dire « l'influence autonome que l'administration parvient à exercer dans le système politico-administratif en marge de celle que les textes reconnaissent aux pouvoirs législatif et exécutif »<sup>314</sup>, n'est plus guère contestée. On sait qu'il existe et que « les bureaux obéissent plus souvent aux circulaires qu'aux décrets ou aux lois »<sup>315</sup>.

Dès lors, l'Administration « a cessé d'être la simple courroie de transmission du pouvoir politique pour acquérir une marge d'autonomie fondée sur la compétence »<sup>316</sup>. Mais trop fort

---

<sup>313</sup> M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 30<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 98.

<sup>314</sup> P. BON, Peut-on parler de pouvoir administratif ?, in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 385.

<sup>315</sup> O. BEAUD, La multiplication des pouvoirs, *Pouvoirs*, 2012 n° 143, p. 48.

<sup>316</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, op. cit.*, p. 13.



et bousculé par les nouveaux standards issus du *New Public Management*, le pouvoir administratif a été délégitimé. En effet, « la reconnaissance d'une technocratie parée des vertus de la rationalité et du désintéressement a perdu de son évidence dans une société plus lucide et plus éduquée »<sup>317</sup>. C'est le juge administratif qui va tirer profit de cette situation, développant de nouvelles techniques afin de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. La notion d'« intérêt général » lui sera d'un grand secours. Le jeu de l'intérêt général va dans un premier temps jouer un rôle considérable, chargé de limiter une compétence « trop » discrétionnaire<sup>318</sup>. Dans un second temps, ce sont les intérêts publics et privés eux-mêmes, composant l'intérêt général, auxquels va avoir recours le juge. En effet, « la fragmentation de l'intérêt général en une pluralité d'intérêts publics est née d'une nécessité d'assurer un contrôle plus fin de l'action administrative qui, parfois, mérite plus qu'un simple satisfecit de conformité à l'intérêt général abstraitement formulé »<sup>319</sup>. L'approfondissement du contrôle par le juge est alors allé de pair avec la fragmentation de l'intérêt général, l'un nourrissant l'autre.

Il n'est pourtant pas question de faire émerger des intérêts publics de nulle part ; de supplanter un pouvoir discrétionnaire par un autre pouvoir discrétionnaire. Le juge ancre alors son contrôle dans les faits qui lui sont soumis, *in concreto* : il procèdera à une « appréciation concrète des circonstances »<sup>320</sup>. Le juge s'attache à concrétiser des notions abstraites, au risque peut-être de quantifier des notions qui ne sont pas quantifiables. Outre l'utilité publique, décomposée par la technique du bilan, la notion d'urgence a fait l'objet du même traitement : son appréciation doit être concrète<sup>321</sup> et résulte d'une pesée des intérêts en présence<sup>322</sup>. S'est en effet imposée une « théorie du bilan de l'urgence »<sup>323</sup> : l'appréciation de celle-ci se fait au terme d'une « balance des intérêts - l'intérêt du requérant d'une part ; l'intérêt général, l'intérêt du défendeur, voire l'intérêt de tiers d'autre part »<sup>324</sup>. L'urgence ne s'apprécie

---

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>318</sup> D. TRUCHET, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre, *op. cit.*, p. 363.

<sup>319</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 719.

<sup>320</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 421.

<sup>321</sup> CE sect. 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, *Rec.* p. 29 : il incombe au juge des référés d'« apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de (la décision litigieuse) sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ».

<sup>322</sup> CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, Sté Sud-Est assainissement, *Rec.* p. 109 : il y a urgence « lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ».

<sup>323</sup> M. GUYOMAR, L'urgence doit-elle, pour l'application des nouvelles procédures de référé, être appréciée de manière objective ou subjective ?, *AJDA* 2011, p. 461.

<sup>324</sup> *Ibid.*

pas subjectivement, en fonction du ressenti du requérant quant à la nécessaire suspension d'un acte administratif (dans le cadre d'un référé-suspension), mais de façon objective. Le juge devra se demander si, en l'espèce, les intérêts du requérant et des tiers pèsent plus lourd que l'intérêt s'attachant à l'exécution de la décision dont la suspension est demandée. Il procède en ce sens à un « bilan des urgences » : celle s'attachant à l'exécution de la décision et celle s'attachant à sa suspension<sup>325</sup>.

C'est alors une nouvelle figure du juge administratif qui apparaît, notamment depuis la décision *Ville Nouvelle Est*. Le juge administratif, s'immisçant dans le champ du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, contrôle le « choix entre deux décisions dont l'une comme l'autre seraient conformes à la légalité »<sup>326</sup>. Récusant la qualification de « juge administrateur », le Professeur Gilli, n'hésitant pas à appeler les choses par leur nom, qualifiait le contrôle effectué d'un contrôle d'opportunité<sup>327</sup>. Le commissaire du gouvernement Morisot, dans ses conclusions sous l'arrêt *Société civile Sainte Marie de l'Assomption* déclarait quant à lui qu'« il ne faut pas se dissimuler que votre contrôle de légalité se situe aux confins de l'appréciation d'opportunité »<sup>328</sup>, et ce dans la mesure où le juge procède à la substitution de sa propre conception de l'intérêt public à celle que l'administration a fait prévaloir<sup>329</sup>. Guy Braibant, qui a initié la technique du bilan, appelait donc les juges à exercer ce contrôle « avec tact et mesure »<sup>330</sup>, conscient du jeu d'équilibrisme dont ils doivent faire preuve. Cette nouvelle technique rompt avec la « conception traditionnellement négative de la fonction [du juge administratif] de censeur des illégalités commises par l'administration »<sup>331</sup>. Le juge administratif joue un rôle positif, ses armes étant les intérêts en présence – notamment publics – et son but étant le contrôle plus poussé du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. En d'autres termes, l'extension du contrôle du juge et le recours accru aux intérêts en présence a fait reculer le domaine du pouvoir discrétionnaire en déplaçant la ligne de partage entre opportunité et légalité sans que la première englobe la seconde<sup>332</sup>. Nécessaire, le recours aux circonstances pour limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est devenu effectif.

---

<sup>325</sup> S. OVERNEY, Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge, *AJDA* 2001, p. 714, p. 721.

<sup>326</sup> M. WALINE, Note sous CE Ass. 11 mai 1973, Sieur Sanglier, *RDJ* 1973, p. 1752.

<sup>327</sup> J.-P. GILLI, Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation, *AJDA* 1973, p. 14.

<sup>328</sup> M. MORISOT, Conclusions sur CE 20 octobre 1972, Sainte Marie de l'Assomption, *Rec.* p. 661.

<sup>329</sup> *Ibid.*

<sup>330</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 421.

<sup>331</sup> D. BAILLEUL, Les nouvelles méthodes du juge administratif, *AJDA* 2004 p. 1628.

<sup>332</sup> P. DELVOLLE, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, Rapport du colloque des 21 et 22 janvier 1988, Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris, *LGDJ*, 1988, p. 292.

## B) L'effectif recours aux circonstances pour caractériser un intérêt public

Le juge administratif, dans son contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration, a de plus en plus recours à la pesée des intérêts en présence. Il se doit de récolter tous les intérêts présents, qui se rapportent à la décision litigieuse. Si cette entreprise est relativement aisée pour les intérêts privés, elle se corse indubitablement concernant les intérêts publics. Comment le juge fait-il pour reconnaître un intérêt public ? Si aucun critère précis n'est (évidemment) posé par la jurisprudence, il est toutefois notable que le juge recourt à certains indices pour caractériser un intérêt public. En tout état de cause, il n'existe pas d'intérêt public en soi mais seulement en fonction d'un monde de valeurs elles-mêmes variables<sup>333</sup>. Il s'agit d'une notion contingente si bien que le juge devra impérativement procéder à une « appréciation concrète des circonstances de l'espèce »<sup>334</sup> pour qualifier un intérêt d'intérêt public. Un intérêt, pour être qualifié de « public », doit revêtir une fonction particulière dans le contexte dans lequel il s'insère ; il est « conditionné par toute une série de circonstances de faits, de temps et de lieux »<sup>335</sup>. Le « public » a un ancrage dans le temps, mais surtout dans le territoire. C'est même, selon Maurice Hauriou, « l'assiette territoriale [qui] engendre la notion de ce qui est public »<sup>336</sup>.

La conséquence directe de cette relativité est qu'un même intérêt pourra être qualifié tantôt de « public », tantôt de « non-public » en fonction des circonstances. Le Conseil d'État peut refuser « de reconnaître la légitimité d'une opération déterminée dans une localité, alors qu'il reconnaît celle d'une opération semblable dans une autre commune »<sup>337</sup>. Il a ainsi pu considérer que la création d'un centre hippique à Saint-Médard-en-Jalles ne présentait pas un caractère d'utilité publique<sup>338</sup> – et ainsi un intérêt public – alors que l'extension de l'hippodrome de Cagnes-sur-Mer était valable<sup>339</sup>. Guy Braibant en conclut que « ce qui est valable à Cagnes-sur-Mer ne l'est pas à Saint-Médard-en-Jalles »<sup>340</sup>. Il y a donc l'idée, même avant 1971, que l'intérêt public ne peut être apprécié *in abstracto*. Ainsi, « aucun projet, fut-il voisin de ceux jadis reconnus d'utilité publique, ne peut bénéficier *a priori* de cette qualité »<sup>341</sup>.

---

<sup>333</sup> R. HOSTIOU, De l'utilité publique à l'utilité privée, JCP A n° 8, 21 Février 2011, 2072.

<sup>334</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 421.

<sup>335</sup> P. JOSSE, Conclusions sur CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S. 1931.III.77.

<sup>336</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>337</sup> J. WALINE, L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'un projet, RDP 1972, p. 454.

<sup>338</sup> CE 4 mai 1964, Dame Veuve Borderie, *Rec.* p. 157.

<sup>339</sup> CE 10 février 1958, Bô et autres, *Rec. T.*, p. 918.

<sup>340</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 421.

<sup>341</sup> J. CAILLOSSE, La jurisprudence Ville Nouvelle Est, *op. cit.*, p. 232.

Les circonstances de fait, de temps et de lieu doivent être prises en compte pour savoir si l'intérêt retenu correspond à une réalité, s'il peut être qualifié de public. Il le sera si, en considération de ces divers éléments, il reflète le *besoin* d'une population. Le « public » est dès lors assimilé à ce qui est ressenti comme nécessaire, utile, pour une population donnée ; l'intérêt public est en quelque sorte un intérêt général circonstancié<sup>342</sup>. Si une opération répond à « un besoin exprimé par des demandes reçues à la mairie »<sup>343</sup> et « présente un intérêt général *pour les habitants de cette localité* »<sup>344</sup>, ladite opération présentera un intérêt public. C'est pour cela que l'intérêt public est souvent considéré comme un « intérêt général local »<sup>345</sup>.

La référence aux besoins de la population concernée pour justifier d'un intérêt public est particulièrement présente dans la jurisprudence administrative. L'intérêt public d'une opération sera dénié si celle-ci ne répond pas aux besoins réels des habitants, si « elle n'apporte pas une amélioration de leur qualité de vie »<sup>346</sup>. Le juge administratif fait référence à « l'augmentation de la population intéressée » pour reconnaître l'intérêt public s'attachant à la construction d'un terrain de football<sup>347</sup>, au fort taux de chômage de la région pour caractériser l'intérêt public s'attachant à la construction d'une opération immobilière créatrice d'emplois<sup>348</sup> ou plus simplement aux « besoins de la population »<sup>349</sup> voire « aux besoins réels des milieux économiques de la région »<sup>350</sup>. Il ne s'agit plus d'examiner l'opération en tant que telle, en dehors de son contexte, mais au contraire de la contextualiser pour alléguer son caractère d'intérêt public<sup>351</sup>. L'intérêt pour les habitants de la commune doit être « direct »<sup>352</sup>. Une décision récente semble avoir consacré l'immanence de l'intérêt public, où la destination d'un

---

<sup>342</sup> Dans le même sens v. C. BOUTAYEB, *Le contrôle de l'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation*, *RDP* 1997, p.1385.

<sup>343</sup> CE 20 février 1987, *Ville de Lozanne c. Epoux Fishnaller*, *RFDA* 1987, p. 533.

<sup>344</sup> *Ibid.* Nous soulignons.

<sup>345</sup> J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, *op. cit.*, p. 333 ; J. CAILLOSSE, *Le public du droit administratif*, *op. cit.*, p. 392.

<sup>346</sup> C. BOUTAYEB, *Le contrôle de l'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation*, *op. cit.*, p. 1418.

<sup>347</sup> CAA Nancy 24 juin 1999, *Mme Coignard*, n° 96NC02472.

<sup>348</sup> CE 21 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Sieurs Mamet et autres*, *Rec.* p. 149.

<sup>349</sup> CE 23 mars 1994, *Commune de Bourdeilles*, n° 112828 ; TA Versailles 21 juin 1994, *Maison Lagasse*, *LPA* 24 mai 1995, p. 8 ; CE Sect. 1er avril 1977, *Dame Grignard*, *Rec.* p. 177.

<sup>350</sup> CE sect. 26 octobre 1973, *Sieur Grassin*, *Rec.* p. 599.

<sup>351</sup> Par exemple, le Conseil d'État examinant l'utilité publique d'une ligne haute tension, déclare que « si l'utilité publique de la ligne à très haute tension doit être appréciée en tenant compte du rôle que cette ligne électrique est appelée à jouer dans le transport d'électricité de la future installation nucléaire de base Flamanville 3, elle n'a pas, en revanche, à tenir compte de l'utilité publique de l'installation elle-même » (CE Ass. 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT*, n° 342409).

<sup>352</sup> R. SCHWARTZ, *Notion d'intérêt communal*, *AJDA* 1995 p. 834.

projet d'urbanisme présentait « un intérêt public *tiré de sa contribution à la satisfaction d'un besoin collectif* par la production d'électricité vendue au public »<sup>353</sup>.

Cette appréciation nouvelle de ce qu'est l'intérêt public, plus immanente que transcendante, est particulièrement révélatrice de la place et de la conception de l'Administration. Elle tend à éroder la tradition républicaine française, qui « ne doute pas un instant de l'existence d'un intérêt public en soi »<sup>354</sup>, contrairement à la conception utilitariste de l'intérêt public. L'intérêt public n'est plus une certitude immuable en dépit des circonstances. Ni l'Administration, ni le juge ne peuvent s'en prévaloir pour justifier d'une décision sans examiner les circonstances d'espèce. La défiance de l'administré-citoyen à l'égard des institutions publiques et leurs démembrements est donc latente ; l'intérêt public ne doit pas servir de prétexte pour imposer une quelconque décision. La preuve de l'existence d'un intérêt public doit être rapportée, sa consécration législative (par exemple) ne suffit plus. L'intérêt public ne deviendrait-il donc pas l'intérêt *du* public ? Il semblerait en tout cas que l'influence du juge en ce sens ait été déterminante.

## Paragraphe 2. La reconnaissance d'un intérêt public encadrée par l'action du juge

L'influence du juge administratif dans la définition ou du moins l'identification des concrétisations de l'intérêt public a été déterminante (A). En retour, c'est le jeu des intérêts publics et privés, par le biais de la technique de la balance des intérêts, qui a modifié le rôle du juge lui-même (B).

### A) L'influence du juge sur la notion d'intérêt public

Le rôle du juge est considérable dans l'évolution de la notion et de la perception de l'intérêt public. Encore faut-il préciser de quel juge il s'agit. D'emblée, l'on pense que l'intérêt public est une notion qui relève du champ du droit administratif, et ainsi du juge administratif. Cette proposition est majoritairement vraie. Pour autant, le juge judiciaire n'est pas en reste. Il est en effet également amené à connaître de certains intérêts publics car tous ne sont pas sous l'égide du droit administratif<sup>355</sup>. De même, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ont elle aussi leur place dans la détermination de l'intérêt général, notamment en ce qui concerne les lois de

---

<sup>353</sup> CE 13 juillet 2012, Association Engoulevent, n° 345970 ; nous soulignons.

<sup>354</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 11.

<sup>355</sup> Voir *infra*. p. 96 s.

validation. C'est toutefois le juge administratif qui tient une place prépondérante dans l'évolution de l'intérêt public.

En s'attachant uniquement au rôle du jeu des intérêts publics et privés sur le rôle du juge administratif, quelques tendances se dégagent. S'il est possible de reconnaître des fonctions exercées par les intérêts publics, aucune définition claire et précise n'est envisageable, tant cette notion, fluctuante, varie en fonction des aspirations et besoin d'une population donnée. Mais l'absence de définition précise ne doit pas empêcher de *comprendre* ce que reflètent les intérêts publics. Il faut, là encore ne pas confondre l'intérêt général et les intérêts publics. L'intérêt général, notamment sous le prisme de l'expropriation, recouvre depuis 1971 un caractère quasi-utilitariste. En effet, le juge administratif s'est efforcé de donner une certaine couleur à l'intérêt général ; celle de l'utilité. Cela est particulièrement perceptible avec la technique du bilan, qui consiste selon le commissaire du gouvernement Guy Braibant à « mettre en balance les inconvénients [de l'opération] avec ses avantages, son coût avec son rendement, ou, comme diraient les économistes, *sa désutilité avec son utilité* »<sup>356</sup>. Ainsi, « le juge fait de la rentabilité socio-économique d'un projet déclaré d'utilité publique la condition même de sa validité »<sup>357</sup>. En empruntant davantage à l'économiste qu'au juriste, l'intérêt général devient synonyme de ce qui est rentable.

Si cette conception de l'intérêt général est particulièrement visible et expresse dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique, elle apparaît en réalité en filigrane dans de nombreux autres cas. Souvent, « le juge administratif recherche la maximisation de l'utilité sociale »<sup>358</sup> ; en réalité « il le fait à chaque fois qu'il apprécie la légalité au regard de l'intérêt général, c'est-à-dire souvent »<sup>359</sup>. Les évolutions que subit l'intérêt général depuis une trentaine d'années sont édifiantes. Elles révèlent la nouvelle sensibilité économique d'un droit dont la teneur fut d'abord fondamentalement politique<sup>360</sup>. En effet, l'intérêt général n'est plus appréhendé comme l'expression d'une volonté politique. Dès lors, « une décision publique est donc considérée légale par le juge si elle génère un surplus de bien-être collectif suffisant pour compenser les pertes »<sup>361</sup>.

Ainsi, on l'a dit, la balance effectuée pour déclarer un projet d'utilité publique ne sépare pas, d'un côté, les intérêts publics et de l'autre, les intérêts privés. Elle distingue plutôt, d'un côté, l'utilité, c'est-à-dire les intérêts – publics ou privés – allant dans le sens de la décision, et

---

<sup>356</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 419 ; nous soulignons.

<sup>357</sup> J. CAILLOSSE, Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA* 1999 p. 195.

<sup>358</sup> L. RICHER, Le juge économiste ?, *AJDA* 2000 p. 703.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> J. CAILLOSSE, Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA* 1999 p. 195.

<sup>361</sup> J.-F. CALMETTE, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, *op. cit.*, p. 13.

de l'autre, sa désutilité, c'est-à-dire les intérêts – publics ou privés – allant à l'encontre de la décision litigieuse. Les intérêts publics ne sont pas toujours du côté des avantages, de l'utilité, c'est-à-dire de l'intérêt général. Or, si un intérêt public peut s'opposer à l'intérêt général, cela signifie qu'un intérêt public peut se ranger du côté de la désutilité. Il en était ainsi dans l'arrêt *Société civile Sainte Marie de l'Assomption* où l'intérêt public touchant à la bonne marche de l'hôpital était contrarié par ladite opération. Il en est de même lorsqu'une opération porte atteinte à l'intérêt social ou à l'intérêt public qu'est la protection de l'environnement<sup>362</sup>.

L'intérêt public ne peut donc être défini par le seul prisme de l'utilité puisque, en fonction des circonstances, il pourra soit rejoindre le camp des avantages, soit celui des inconvénients. Pourtant, l'intérêt public ne s'inscrit pas tout à fait en dehors de cette logique économique. En effet, l'avènement de la technique du bilan et d'une conception davantage utilitariste de l'intérêt général a eu pour effet de transformer la perception des intérêts publics : de l'ordre du ressenti, ils rejoignent l'ordre de l'évaluable. Ainsi, on a pu se demander si « l'évaluation des coûts sociaux opérée par le juge administratif n'instille pas une dose de subjectivité dans ce contentieux, le coût social étant plus difficilement quantifiable qu'un coût économique »<sup>363</sup>. Puisqu'il faut peser l'utilité et la désutilité, répartir les intérêts – publics ou privés – au sein de ces catégories, ces derniers doivent nécessairement être comparables, évaluable. Le danger menace « de réduire la pondération des intérêts à un simple calcul, à un bilan coûts-bénéfices, qui ne prendrait en compte que des valeurs quantifiables, ou qui forcerait tout type d'intérêt à se décliner sous forme monétaire »<sup>364</sup>. Il y a ici incontestablement le sceau du néolibéralisme, qui s'attache plus aux résultats, « sous formes de mesures chiffrées de l'efficacité et de mise en place d'objectifs quantitatifs »<sup>365</sup>, qu'aux moyens ou procédures. Le progrès de la culture économique au sein de l'action publique a donc nécessairement eu un impact sur la notion même d'intérêt public qui en est, peu ou prou, une émanation.

### B) L'influence du jeu des intérêts publics sur le rôle du juge

En principe, il appartient au seul législateur, représentant de la nation, de déterminer ce qu'est l'intérêt général. Cette mission appartient, au plan local, aux instances élues telles que le maire, les conseils régionaux ou généraux. Le juge se contente alors de vérifier que

---

<sup>362</sup> CE 20 mai 2011, Communauté d'agglomération du Lac du Bourget, *AJDA* 2011 p. 1057.

<sup>363</sup> J.-F. CALMETTE, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, *op. cit.*, p. 13.

<sup>364</sup> F. OST (dir.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 438.

<sup>365</sup> X. MOLENAT, Le nouvel esprit de l'action publique, *Sciences humaines*, 2011, n° 228.

l'administration agit conformément au droit positif<sup>366</sup>, qui traduit l'intérêt général. Dans cet ordre des choses, le juge n'a aucun rôle politique ; il n'est que la bouche de la loi. De même, l'intérêt public ne peut exister au dehors du droit : il n'existe « que dans la mesure où le droit en donne une expression organique et formelle. C'est la loi qui, plus ou moins explicitement, définit l'intérêt public qui est propre à certaines activités et il appartient éventuellement au juge d'exercer sa fonction d'interprétation »<sup>367</sup>.

Mais l'avènement de la pesée des intérêts comme technique de jugement a conduit à relativiser cette proposition. Même si l'intérêt général reste l'expression de la volonté générale, que seul, dans une démocratie, le législateur peut déterminer, il nécessite dorénavant un ancrage factuel, à travers les intérêts particuliers publics ou privés. Si le juge tient une place non négligeable dans la détermination – ou plutôt la découverte – de l'intérêt général, celle-ci est d'autant plus importante dans la détermination de l'intérêt public. En effet, dans la mesure où l'intérêt public est une notion contingente, reliée à la réalité et aux faits plutôt qu'une vérité transcendante, le juge serait plus à même de le déterminer ce qu'est l'intérêt public. D'ailleurs, il est souvent présenté comme celui devant concilier les intérêts publics et privés dans le cadre d'un litige. Il est donc légitime de se demander qui du juge ou du législateur joue un rôle prépondérant dans la détermination de la nature – publique ou privée – des intérêts.

L'implication du juge administratif dans la délimitation des intérêts publics est particulièrement notable concernant l'intérêt public concurrentiel. La concurrence a fait son entrée en droit français principalement avec l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>368</sup>. On peut alors estimer que c'est à cette date que le pouvoir politique a introduit la volonté de soumettre les personnes au droit de la concurrence. Pour autant, le juge administratif n'a pas immédiatement consenti à faire de l'intérêt concurrentiel un intérêt public, c'est-à-dire à admettre que le droit de la concurrence pouvait s'appliquer aux activités des personnes publiques<sup>369</sup>. Ce n'est qu'avec l'arrêt *Société Million et Marais*<sup>370</sup> que le juge administratif n'a entrepris la réception du droit de la concurrence dans le bloc de légalité auquel sont soumis les actes administratifs<sup>371</sup>, sans qu'aucune loi supplémentaire n'intervienne. Le juge administratif a donc une marge de manœuvre indéniable dans la reconnaissance de ce que

---

<sup>366</sup> *Rapport public du Conseil d'État de 1999, op. cit.*, p. 307.

<sup>367</sup> J.-L. DE CORAIL, La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique, in *Études en l'honneur du Doyen Péquignot*, Montpellier, C.E.R.A.M., 1984, p. 151.

<sup>368</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773.

<sup>369</sup> CE 23 juillet 1993, Cie générale des eaux, *Rec.* p. 226 ; CE 29 juillet 1994, CAMIF, *Rec.* p. 365 ; CE 22 janvier 1997, Sté BC, n° 116416.

<sup>370</sup> CE sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *Rec.* p. 409.

<sup>371</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence, op. cit.*, p. 259.



sont les intérêts publics ; il est amené à faire de « véritables choix de *politique* jurisprudentielle »<sup>372</sup>.

Si le juge – plutôt que le législateur – peut déterminer ce qu'est l'intérêt public, cela signifie soit que le juge est une autorité politique chargée de transformer les demandes sociales en Droit, soit que la détermination de ce qu'est l'intérêt public n'est plus une fonction politique. Les choses, on le sait, sont rarement aussi tranchées ; est-ce encore la volonté politique qui décide si tel ou tel intérêt sera public ou privé, comme le préconisait Julien Freund<sup>373</sup> ? Le juge joue alors en quelque sorte un rôle d'homologation de l'intérêt public. On le sait, en l'absence d'une prédétermination juridique, c'est le juge qui est chargé de dire ce qui relève du public et ce qui relève du privé<sup>374</sup>. En effet, « les méthodes qu'il applique, l'évolution qu'il leur fait subir sont autant d'indications précieuses sur la façon dont, dans une société déterminée, à un moment déterminé de son histoire, le *public* est pensé »<sup>375</sup>.

C'est le juge, peut-être plus que l'État, qui fabrique le public. Le Professeur Jacques Caillosse dénote ainsi deux modèles principaux pour la construction du public<sup>376</sup>. L'un, traditionnel, où la notion de « public » se définit « contre » (les intérêts privés). Selon l'autre modèle, issu de la décision *Ville Nouvelle Est*, le public s'entend d'un rapport plus subtil et contingent. L'intérêt public peut donc, alternativement, soit s'opposer aux intérêts privés, soit être composé de ceux-ci. C'est ce qui fait sa complexité. Si la première construction relève davantage du législateur, ou des autorités élues, la seconde, qui tend à prospérer, est née de l'initiative du juge dans le but de dépasser les frontières des juridictions. En effet, le juge « indique aux autorités administratives la démarche à suivre dans leurs décisions relatives aux déclarations d'utilité publique »<sup>377</sup>, pour qu'elles respectent les standards de la bonne administration, ou encore qu'elles soient exemplaires en matière de rationalisation des choix budgétaires. Le juge administratif s'érige alors comme un tuteur dans l'identification des intérêts publics et privés.

---

<sup>372</sup> J.-H. STAHL, Conclusions sur CE sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *RFD/A* 1997 p. 1228 ; nous soulignons.

<sup>373</sup> J. FREUND, *L'essence du politique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1986, p. 286.

<sup>374</sup> J. CAILLOSSE, Le public du droit administratif, *op. cit.*, p. 389.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> P. WACHSMANN, Un bilan du bilan en matière d'expropriation, La jurisprudence Ville Nouvelle-Est, trente ans après, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 737.

Les intérêts publics, sous le joug des intérêts privés, ont vu leur définition évoluer. L'avènement d'un État interventionniste a rendu le critère organique relativement inopérant. L'État néolibéral a quant à lui renforcé le critère fonctionnel d'identification. Intérêt général circonstancié, les intérêts publics, nombreux et hétérogènes, sont des intérêts particuliers qui conservent une fonction de *représentation*. Cela leur permet tant de légitimer l'action administrative que de l'encadrer. L'on sait alors où placer les intérêts publics sur le fil qui se tend entre l'intérêt général et les intérêts privés. Pour autant, l'évolution des rapports entre les intérêts publics et privés tend à modifier constamment le tracé et la consistance de la frontière qui s'érige entre eux.

## TITRE 2. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : L'AJUSTEMENT DES FRONTIÈRES

Les frontières qui s'établissent entre les intérêts publics et privés ne sont pas immuables et l'avènement d'un État (et d'un juge) régulateur ne fait que déstabiliser ladite frontière (Chapitre 2). Pour autant, elles ne disparaissent pas et les séquelles de l'État libéral, où la séparation entre le public et le privé est plus tranchée, permettent d'arguer de leur rémanence (Chapitre 1).

### Chapitre 1. La rémanence de la frontière des intérêts publics et privés, les séquelles de l'État libéral

Les intérêts publics et privés, même s'ils peuvent converger, ne se confondent pas : la frontière de l'identité demeure entre eux et leurs rapports se soldent par une supériorité incontestable des intérêts publics sur les intérêts privés (Section 1). Mais le nombre de frontières ne cesse de se développer, notamment entre les intérêts publics eux-mêmes, particulièrement hétérogènes, et se solde davantage par une hiérarchisation *a posteriori* de ceux-ci (Section 2).

#### *Section 1. La frontière entre intérêts publics et privés : la supériorité incontestable des intérêts publics sur les intérêts privés*

Si la supériorité des intérêts publics sur les intérêts privés ne fait pas de doute et est constamment réaffirmée (Paragraphe 2), cette supériorité a toutefois été largement remodelée, adaptée aux contingences actuelles (Paragraphe 1).

#### Paragraphe 1. La supériorité remodelée des intérêts publics sur les intérêts privés

Pour s'imposer aux intérêts privés, les intérêts publics ont rejeté le moyen de l'autorité (A) pour adopter celui de l'indifférence (B).

##### A) Le rejet de l'autorité pour s'imposer aux intérêts privés

Les intérêts publics ne sont plus dans une tour d'ivoire, inaccessibles aux intérêts privés. La frontière étanche et largement sécurisée qui s'établissait entre les intérêts publics et les intérêts privés est encore debout, mais il lui arrive de vaciller. Cette frontière demeurera tant qu'un État républicain – où il existe une *res publica* – existera. De même, tant qu'il existera, les

intérêts publics auront une certaine préséance – bien que non-absolue – sur les intérêts privés, sans quoi l'existence de l'État n'a pas de sens. Il ne faudrait pas « prendre pour une disparition ce qui n'est que modification (même profonde) de frontière »<sup>378</sup>.

Il ne s'agit donc pas de savoir si la frontière existe ou non, ou encore si les intérêts publics prévalent sur les intérêts privés, mais plutôt de savoir comment les intérêts publics priment sur les intérêts privés, comment le rapport de force entre eux a évolué. La relation entre les intérêts publics et les intérêts privés repose-t-elle encore sur l'idée d'inégalité des intérêts en conflit, propre au droit public, comme le préconisait Gaston Jèze<sup>379</sup> ? L'heure n'est plus à l'autorité ; un intérêt public ne peut plus s'imposer envers et contre tous les intérêts privés. Le « public », s'il peut encore être considéré comme le « pouvoir de domination portant sur des hommes libres »<sup>380</sup>, c'est-à-dire sur le privé, a changé ses moyens d'action. C'est le droit administratif lui-même, moyen privilégié d'expression des intérêts publics, qui s'est modifié. Plusieurs phénomènes expliquent le changement de leur mode d'expression ; ils s'inscrivent dans l'avènement d'un droit négocié, par « l'association des destinataires au processus d'élaboration des normes »<sup>381</sup>, c'est-à-dire l'association des intérêts privés à la formation de l'intérêt public, fin ultime des actions administratives. « La force de la règle de droit ne provient plus de ce qu'elle s'énonce comme un ordre obligatoire, auquel tous sont tenus de se soumettre ; elle dépend désormais du consensus dont elle est entourée »<sup>382</sup>. Le consensus devient alors synonyme d'intérêt public<sup>383</sup> ; il le réduit à une somme quantitative d'intérêts convergents.

Si auparavant, le fait qu'un intérêt public satisfasse un intérêt privé était considéré comme anormal, il semblerait aujourd'hui que la tendance s'oppose si bien que la réalisation subséquente d'intérêts privés légitimerait davantage l'intérêt public en question. Cela s'illustre notamment avec le renforcement de la démocratie administrative, où les intérêts privés sont recherchés pour appuyer la réalisation d'un intérêt public. Les enquêtes publiques ou la consultation, par exemple, permettent de prendre en considération certains intérêts privés afin d'ajuster une décision<sup>384</sup>, reflétant un intérêt public. Elles rapprochent les intérêts publics

---

<sup>378</sup> D. TRUCHET, La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif, *op. cit.*, p. 448.

<sup>379</sup> G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome II, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1930 [réimp. 2004], p. 4.

<sup>380</sup> P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, Tome I, p. 119, cité par M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>381</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>382</sup> *Ibid.*

<sup>383</sup> J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998, p. 332.

<sup>384</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 760.

et privés<sup>385</sup>. En effet, « les intérêts privés pouvant aussi être, plus ou moins directement, partie de l'un ou de l'autre des intérêts publics, il n'y a plus aucune raison qui justifie de les exclure des processus de décision »<sup>386</sup>. La loi relative aux citoyens dans leur relation avec les administrations<sup>387</sup> relève également de cette volonté de donner un statut actif aux administrés vis-à-vis de l'Administration, c'est-à-dire de les transformer en « citoyens ». Dès lors, les intérêts privés de ces derniers ne sont plus brimés par la puissance publique, ils sont sollicités (ou tendent à l'être). En effet, « si l'administré est citoyen de l'administration, cette dernière ne peut lui être supérieure et exogène »<sup>388</sup>. Cet attachement aux particularismes rompt avec la conception jacobine française, pour laquelle la généralité est fondée sur « l'arrachement aux forces de la particularité »<sup>389</sup>. L'on tend même vers une certaine subjectivisation du droit administratif, celui-ci risquant d'être « réduit à un produit de consommation de masse dont chacun s'emploie à user (voire abuser) au mieux de ses intérêts »<sup>390</sup>. Cette évolution, qui tend vers une certaine banalisation du droit administratif<sup>391</sup> modifie la conception de l'intérêt public. Il le sera indubitablement s'il est au plus proche des intérêts privés en présence, s'il ne s'impose pas transcendentale à ceux-ci. Dès lors, « l'administration ne peut souvent agir que si elle a réussi à convaincre »<sup>392</sup>. Ainsi, l'intérêt public n'a plus besoin, pour s'imposer, d'être tout à fait étranger à la satisfaction d'intérêts privés : la réalisation d'un intérêt public peut satisfaire un intérêt privé, sans que sa qualité de « public » ne soit remise en cause.

Le développement des contrats, notamment entre les personnes publiques et privées, a également eu pour effet de multiplier les points de rencontre entre intérêts publics et intérêts privés. Le phénomène de contractualisation de l'action publique n'est pas une chimère ; l'État évolue réellement d'un État producteur de normes et garant d'un droit national vers un État négociateur. Il ne s'agit plus, comme avec l'acte administratif unilatéral, d'imposer un intérêt public aux intérêts privés. On « met en valeur la négociation plutôt que la contrainte »<sup>393</sup> ; on

---

<sup>385</sup> L. RICHER, Service public et intérêt privé, *Archives de philosophie du droit, Le public et le privé*, Tome n°41, Sirey, 1997, p. 296.

<sup>386</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>387</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n°88 du 13 avril 2000, p. 5646.

<sup>388</sup> G. DUMONT, La loi DCRA dans la construction d'une conception juridique de la citoyenneté administrative, p. 24, *in* S. SAUNIER (dir.), La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations... Dix ans après, Actes de Colloques de l'IFR n° 13, *LGDJ*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2012.

<sup>389</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, p. 290

<sup>390</sup> FRAISSEIX, La subjectivisation du droit administratif, *op. cit.*, p. 13.

<sup>391</sup> J. CAILLOSSE, Le manager entre dénégation et dramatisation du droit, *in* Droit et management public, vol. 11 n° 4, 1993, p. 88.

<sup>392</sup> C. DEBBASH, Le droit administratif face à l'évolution de l'Administration française, *in* *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Tome II, *LGDJ*, 1974, p. 343.

<sup>393</sup> S. BERNARD, *La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *op. cit.*, p. 269.

recherche le consensus plutôt que l'autorité<sup>394</sup>, dans un but d'universalisation. Il s'agit d'ajuster l'intérêt public à l'intérêt privé puisque le contrat est fondé sur un accord de volonté, sur une relation plus égalitaire. Pour se nouer, la relation contractuelle nécessite une convergence des intérêts en présence. L'action publique, notamment avec le contrat, devient alors le « produit d'interactions entre des acteurs multiples, publics et privés, dont on cherche à concilier les stratégies et à harmoniser les intérêts »<sup>395</sup>.

Il n'y a plus d'exclusion systématique entre les intérêts publics et les intérêts privés, loin de là. La frontière, longtemps infranchissable, devient poreuse et le rapport de force semble pour le moins apaisé. La frontière entre intérêts publics et intérêts privés ne peut plus être aussi infranchissable qu'elle ne l'était auparavant, lorsque l'État restait hors de la sphère économique, qu'il était exclusif du marché et de la société civile. Cela transparait largement dans la jurisprudence administrative, qui a révélé une technique utilisée par l'Administration – et validée par le juge – pour imposer la réalisation d'un intérêt public sans avoir recours à l'autorité. Le meilleur moyen pour cela est d'associer les intérêts publics et privés, c'est-à-dire de soumettre la réalisation d'un intérêt public à celle d'un intérêt privé.

Pour reprendre l'espèce de l'arrêt *Ville de Sochaux*<sup>396</sup>, en soi, la construction d'automobiles – activité principale de la société Peugeot – ne présente pas directement un caractère d'intérêt public. Pour autant, la société le réalise de façon indirecte puisqu'elle permet de stimuler l'économie régionale, l'attractivité, et ainsi l'emploi. Dès lors, l'intérêt privé de la société Peugeot est conforme à l'intérêt public<sup>397</sup> ; elle l'exerce par ricochet. Le Professeur Domestici-Met parle à cet égard de « simultanéité égalitaire » entre ces deux types d'intérêts. En effet, intérêts publics et intérêts privés sont alors poursuivis de façon simultanée, et « la satisfaction de l'intérêt privé lui-même peut aussi apparaître comme un moyen privilégié de satisfaire l'intérêt public »<sup>398</sup>. La satisfaction de l'intérêt privé entraîne dans le même temps satisfaction de l'intérêt public ; « il est d'intérêt public que les entreprises privées prospèrent, réalisent des bénéfices qui peuvent être imposés, créent des emplois »<sup>399</sup>. Le brouillage des frontières entre intérêts publics et intérêts privés a donc eu pour effet de changer la façon dont les intérêts publics s'imposent ; plutôt que l'autorité, c'est la conciliation qui est recherchée, considérée comme plus efficace et plus légitime. La recherche permanente de la conciliation a toutefois ses limites : parfois, pour s'imposer, les intérêts publics doivent cultiver une certaine indifférence à l'endroit des intérêts privés.

---

<sup>394</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 126.

<sup>395</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 127.

<sup>396</sup> CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux, Rec.* p. 561.

<sup>397</sup> A. HOMONT, Note sous l'arrêt CE 20 juin 1971, *Ville de Sochaux, AJDA* 1972, p. 229.

<sup>398</sup> M.-J. DOMESTICI-MET, *Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation, D.* 1981, p. 233.

<sup>399</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques, op. cit.*, p. 146.

## B) L'adoption de l'indifférence pour s'imposer aux intérêts privés

L'émergence du « public », et donc de l'État, n'a pu se faire que par opposition au privé. Il existe, entre le public et le privé, un rapport paradoxal d'interdépendance et d'exclusion, qui sert à distinguer l'État de la société civile. Il existe traditionnellement une exclusion entre le public et le privé si bien que le public ne peut l'être que s'il est tout à fait étranger au privé. Dès lors, « rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques »<sup>400</sup>. En effet, l'intérêt privé vicie la pureté de l'intérêt public ; il ne peut être qu'opposé à lui. La frontière entre intérêts publics et intérêts privés est alors, sous l'empire de l'État libéral, rigide<sup>401</sup> : seuls les premiers peuvent justifier une activité administrative. Dès lors, si l'une d'elle répondait entre autres à un but d'intérêt privé (financier par exemple), elle était illégale. En effet, le but financier – et *a fortiori* les autres buts d'intérêt privé – est « exclusif de tout autre »<sup>402</sup>. L'exclusion entre intérêts publics et intérêts privés est alors fortement marquée ; il n'existe pas de zones intermédiaires. Pour s'imposer, les intérêts publics doivent se démarquer profondément des intérêts privés, montrer leur détachement.

La modification de la figure de l'État – plus interventionniste – et de la conception que l'on se fait de lui et de l'Administration – davantage *au service de* la population<sup>403</sup> – a eu pour effet de modifier la façon dont les intérêts publics peuvent s'imposer. La frontière entre intérêts publics et intérêts privés, rigide et imperméable, devient poreuse. La distinction entre intérêts publics et intérêts privés demeure mais le pragmatisme, le réalisme<sup>404</sup>, l'emportent sur le dogmatisme : le public, pour exister et s'imposer, ne doit pas nécessairement s'opposer aux intérêts privés. Plutôt qu'une exclusion entre les deux sphères, le Conseil d'État admet une cohabitation. Il n'était plus possible de faire autrement, l'État étant descendu dans l'arène<sup>405</sup>, les personnes publiques étant de plus en plus nombreuses et immergées au sein de la société civile, et les personnes privées étant revalorisées pour exercer des intérêts publics<sup>406</sup>.

---

<sup>400</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>401</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>402</sup> S. BERNARD, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *op. cit.*, p. 312.

<sup>403</sup> En témoigne par exemple les débats parlementaires lors de l'adoption de la loi DCRA. Le député M. François COLCOMBET y déclare que la loi vise à améliorer « les relations entre les citoyens et les administrations qui, faut-il le souligner, sont *leurs* administrations », JO déb. Parl. Ass. Nat., 23 novembre 1999, 2<sup>ème</sup> séance.

<sup>404</sup> R. HOSTIOU, *Expropriation et préemption : aménagement, urbanisme, environnement*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 40.

<sup>405</sup> F. MODERNE, Regards sur l'expropriation en matière d'urbanisme, *RDI* 1979, p. 152.

<sup>406</sup> Voir *supra*. p. 25 s.

Dans la mesure où l'intérêt public ne recouvre plus uniquement l'ordre public classique, mais également un « ordre public économique »<sup>407</sup>, qui intègre à la légalité administrative les soucis de « productivité, de l'utilitarisme, du rendement »<sup>408</sup>, la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés ne peut plus être aussi facilement identifiable. Certains ont même parlé de « confusion des intérêts publics et privés »<sup>409</sup>. Si le juge administratif adoptait la même attitude qu'auparavant, toutes les activités administratives ou presque seraient annulées. C'est pourquoi naît la *théorie du motif déterminant* selon laquelle « la simple présence d'un intérêt particulier ne remet pas en cause la physionomie de l'institution, dès lors que l'intérêt public occupe le devant de la scène »<sup>410</sup>. Cela « revient à couvrir l'illégalité de la décision qui résulterait du détournement de pouvoir par la reconnaissance de la supériorité d'un autre motif, considéré, lui, comme légitime »<sup>411</sup>. Le juge administratif doit alors scruter l'« esprit » – s'il en est – de l'Administration afin de déterminer quel était le but déterminant de son action. Était-ce de favoriser ou de nuire l'intérêt d'une entreprise ou d'un particulier, à son propre intérêt financier ou à un intérêt public ? Par exemple, l'arrêté de reconduite à la frontière dont le but fondamental et déterminant était d'empêcher un mariage pourra être annulé<sup>412</sup>.

Mais la hantise, pour le juge administratif, de scruter les esprits, a conduit à adopter une méthode plus objective que celle du motif déterminant, qui fragilise un peu plus la frontière entre intérêts publics et intérêts privés : celle de la *pluralité des motifs*. Le juge se contente alors de repérer l'existence d'un intérêt public, peu importe le nombre d'intérêts privés satisfaits, que ce soient ceux d'une entreprise, d'un particulier voire même les siens, lorsque l'Administration procède par exemple à un désenclavement qui avantage un riverain<sup>413</sup> ou qu'elle satisfait son intérêt financier<sup>414</sup>.

Au-delà du brouillage de la frontière entre intérêts publics et intérêts privés, c'est la question de savoir comment s'impose l'intérêt public qui importe. Auparavant, afin de s'imposer, l'intérêt public devait se distinguer clairement de l'intérêt privé. A présent, l'imbrication des personnes publiques et de la société civile ne permet plus une distinction

---

<sup>407</sup> J. LEMASURIER, Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « Bilan-coûts-avantages », *op. cit.*, p. 560.

<sup>408</sup> *Ibid.*

<sup>409</sup> A. HOMONT, Note sous l'arrêt CE 20 juin 1971, Ville de Sochaux, *AJDA* 1972, p. 229.

<sup>410</sup> M.-J. DOMESTICI-MET, Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation, *op. cit.*, p. 233.

<sup>411</sup> C. BALLANDRAS-ROZET, Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir, *AJDA* 2007 p. 2236.

<sup>412</sup> CE 29 juill. 2002, Préfet du Languedoc-Roussillon, préfet de l'Hérault, *Rec. T.* p. 605.

<sup>413</sup> CE 27 mai 1964, Groupement de défense de l'Ilot de Firminy-Centre, *Rec.* p. 299 ; CE 15 juillet 1964, Ville de Lisieux, *Rec.* p. 425.

<sup>414</sup> CE 30 octobre 1942, Compagnie générale des eaux, *Rec.* p. 302.



aussi claire. Ainsi, si l'intérêt public veut s'imposer, il doit cultiver une certaine indifférence vis-à-vis des intérêts privés : peu importe que la satisfaction d'un intérêt public doive passer par celle d'un intérêt privé. Le brouillage de la frontière entre intérêts publics et intérêts privés a donc pour effet paradoxal de renforcer l'indifférence dont doit faire preuve l'intérêt public à l'égard de l'intérêt privé pour se réaliser. Le rejet du modèle de l'exclusion entre intérêts publics et privés aurait donc renforcé l'indifférence des premiers, pour pouvoir s'imposer, envers les seconds. La supériorité des intérêts publics sur les intérêts privés s'est donc modifiée – elle ne passe plus uniquement par l'autorité – mais elle est sans cesse réaffirmée.

## Paragraphe 2. La supériorité réaffirmée des intérêts publics sur les intérêts privés

Si la supériorité des intérêts publics sur les intérêts privés ne doit pas, de façon générale, être remise en cause – sous peine de condamner l'État républicain – elle ne s'impose pas d'elle-même. Même si les intérêts publics n'ont pas trop à craindre face aux intérêts privés (A), ils ne doivent pas leur nuire intentionnellement, ce qui relativise leur puissance (B).

### A) La faible vulnérabilité des intérêts publics face aux intérêts privés

La frontière a beau être plus poreuse qu'auparavant, les intérêts publics ont beau avoir l'air plus accessibles, moins indétrônables, la réalité des choses est plus nuancée. Le rapport de force entre intérêts publics et intérêts privés, s'il est apaisé, n'est donc pas aussi méconnaissable que ce que l'on aurait pu croire. La force et la légitimité de l'intérêt public se recompose, se remodèle : à une légitimité fondée sur la Raison, incarnée par l'État et les personnes publiques succède une légitimité fondée davantage sur la réflexivité, sur l'existence d'un examen concret.

La technique du bilan a intégré l'intérêt privé dans la balance des intérêts, que ce soit dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>415</sup>, de la démolition des ouvrages mal bâtis<sup>416</sup>, de l'appréciation de l'urgence dans les référés<sup>417</sup>... L'intérêt privé a alors plus de chance de renverser l'intérêt public : si, par exemple, une opération porte une atteinte trop importante à la propriété privée d'un administré, si de fait les inconvénients de l'opération

---

<sup>415</sup> CE Ass., 28 mai 1971, « Ville nouvelle Est », *Rec.* p. 409.

<sup>416</sup> CE sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *Rec.* p. 21.

<sup>417</sup> CE 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, *Rec.* p. 29.

pèsent plus lourd que ses avantages, l'opération pourra être annulée. L'intérêt public est donc, en théorie, plus vulnérable. Ainsi, les intérêts du voisinage peuvent prévaloir sur l'intérêt s'attachant à l'édification d'une éolienne<sup>418</sup>, l'important préjudice économique subi par un tiers peut empêcher l'exécution immédiate du retrait d'un permis de construire<sup>419</sup>...

Pour autant, de façon générale, la technique du bilan n'a pas eu l'effet escompté de sorte que le bilan est quasiment toujours positif. Cela est d'autant plus vrai lorsque les avantages correspondent à des intérêts publics et les inconvénients à des intérêts privés<sup>420</sup>. De façon générale, « si l'intérêt privé contredit un intérêt public, le bilan sera vraisemblablement défavorable au demandeur »<sup>421</sup>. La balance des intérêts opérée dans le cadre de l'appréciation de l'urgence dans les référés suit la même logique : l'urgence sera globalement déniée lorsque sera menacé un intérêt de santé publique<sup>422</sup>, d'ordre public<sup>423</sup>, de sécurité routière<sup>424</sup>, de mise en service de l'euro<sup>425</sup> ou encore d'environnement<sup>426</sup>. Ainsi, par exemple, l'intérêt public qui s'attache à la protection contre une atteinte non justifiée d'une zone naturelle ne pourra pas être remis en cause par l'atteinte aux intérêts d'un entrepreneur voulant y implanter une éolienne<sup>427</sup>.

Dans le cadre de la technique du bilan, les inconvénients ne pèsent jamais très lourd, ce qui se traduit par un nombre impressionnant de décisions de rejet. Il y a donc, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, une « présomption quasi-irréfragable de légalité »<sup>428</sup> ; la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, plus symbolique que réelle<sup>429</sup>, « frappe peu »<sup>430</sup>, ce qui est déploré ou simplement constaté par de nombreux auteurs<sup>431</sup>. Les conseils de Guy

---

<sup>418</sup> CE 7 juillet 2004, Ministre de l'équipement, des transports et de l'aménagement du territoire, n° 258051.

<sup>419</sup> CE 14 octobre 2002, SARL DETROIT, n° 246583.

<sup>420</sup> Nous avons en effet vu qu'il n'existait pas de correspondance automatique entre avantages-inconvénients et intérêts public-intérêts privés de sorte que certains intérêts publics peuvent se trouver du côté des inconvénients, et certains intérêts privés du côté des avantages.

<sup>421</sup> B. CAVIGLIOGI, Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence, *AJDA* 2003, p. 645.

<sup>422</sup> CE 2 avril 2001, Communauté d'agglomération de Laval, n° 231874 ; CE 30 novembre 2001, SA Kerry, n° 233327, *AJDI* 2002, p. 232.

<sup>423</sup> CE Ord. réf. 12 avril 2002, n° 242979.

<sup>424</sup> CE 10 décembre 2001, Ministre de l'intérieur c. Perignon, *Rec. T.* p. 1070.

<sup>425</sup> CE 13 septembre 2001, Syndicat CFDT des syndicats de banques, *Dr. adm.* 2001, n° 260.

<sup>426</sup> CE 21 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes c. Société Sud-Est Assainissement, *Rec. p.* 109.

<sup>427</sup> CE 25 novembre 2002, Astoul, *Rec. T.* p. 862.

<sup>428</sup> R. HOSTIOU, *Expropriation et préemption : aménagement, urbanisme, environnement, op. cit.*, p. 42.

<sup>429</sup> B. SEILLER, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, *AJDA* 2003, p. 1472.

<sup>430</sup> B. PACTEAU, Note sous l'arrêt CE 20 février 1987, Ville de Lozanne, *RFDA* 1987, p. 534.

<sup>431</sup> M. ROUGEVIN-BAVILLE, Conclusions sur CE, 19 octobre 1979, Association de sauvegarde du pays de Rhuys, *AJDA* 1980, p. 111 ; B. SEILLER, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, *AJDA* 2003, p. 1472 ; P. BON, Bilan négatif en matière d'expropriation, *D.* 1990, p. 20 ; HOSTIOU, De l'utilité publique à l'utilité privée, *JCP A* n° 8, 21 Février 2011, 2072 ; P. WACHSMANN, Un bilan du bilan en matière d'expropriation, La jurisprudence Ville Nouvelle-Est, trente ans après, *op. cit.*, p. 742.

Braibant dans ses conclusions sous l'arrêt *Ville Nouvelle Est* ont été suivis avec zèle par le juge administratif, utilisant cette nouvelle technique « avec tact et mesure »<sup>432</sup>, voire davantage. En effet, « plus l'utilité publique est définie extensivement, plus sont rares les cas où une opération risque de perdre ce caractère d'utilité publique »<sup>433</sup>.

Ce n'est pas que les intérêts publics ne s'imposent plus aux intérêts privés, c'est qu'il s'imposent différemment. En témoigne la faible proportion des bilans négatifs dans le cadre de l'expropriation, pourtant propice au renversement d'un intérêt public par un intérêt privé (ou public). Les auteurs relèvent de surcroît que les grandes opérations, d'envergure nationale, ne sont jamais censurées par le juge administratif. Ils citent, en contre-exemple, l'arrêt rendu par le Conseil d'État en 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*<sup>434</sup> où un projet d'autoroute reliant Annemasse à Thonon-les-Bains a été considéré par le juge administratif comme dépourvu du caractère d'utilité publique. La technique du bilan aurait enfin fonctionné...

Mais les apparences sont parfois trompeuses. A en bien lire la décision susvisée, le Conseil d'État n'opère pas un réel bilan coûts-avantages ; c'est le projet en lui-même qu'il analyse, sans même le confronter aux intérêts en présence. Le juge opèrerait alors un « pseudo-bilan »<sup>435</sup>, s'attachant prioritairement à l'intérêt que présente en soi l'opération. Or, en l'espèce, « l'intérêt que présente l'opération apparaît, dans les circonstances de l'espèce, comme limité »<sup>436</sup>. En effet, l'autoroute devait à l'origine se prolonger jusqu'en Suisse et en Italie, si bien qu'elle avait une « vocation internationale »<sup>437</sup>. Or, ce prolongement initialement prévu n'avait finalement que de « faibles probabilités de se réaliser »<sup>438</sup>. Compte tenu du coût important du projet – intérêt privé de l'Administration – le projet a perdu sa qualité d'utilité publique. Il est donc plus facile pour un intérêt privé de désarçonner un intérêt public « limité » voire « très limité »<sup>439</sup> qu'un intérêt public établi. La technique du bilan apparaît ici

---

<sup>432</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 409.

<sup>433</sup> P.CABANES et P. LEGER, Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA* 1972, p. 576.

<sup>434</sup> CE Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, *Rec.* p. 121.

<sup>435</sup> F. ROUVILLOIS, L'annulation d'un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une autoroute, Note sous CE Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, *RFDA* 1997 p. 748.

<sup>436</sup> *Ibid.*

<sup>437</sup> M. DENIS-LINTON, L'annulation d'un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une autoroute, Conclusions sur CE Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, *RFDA* 1997 p. 739.

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> CE 22 février 1993, *Ville de Courbevoie c. Cts Sance*, n° 109893.

comme un simulacre pour ne pas heurter l'Administration : elle aboutira à l'annulation du projet si l'intérêt public qu'il présente lui-même est incertain<sup>440</sup>.

Mais au-delà de cette technique jurisprudentielle, il faut s'interroger sur la signification même de cet « intérêt public limité ». Un moindre intérêt privé contraire pourrait le faire vaciller. Or, dans la mesure où il existe toujours un ou plusieurs intérêts privés s'opposant à un intérêt public, peut-on dire qu'il s'agit encore d'un réel intérêt public, capable de justifier n'importe quelle action administrative ? Il serait en réalité à mi-chemin entre les intérêts publics véritables – rarement remis en cause – et les intérêts privés. Ils ne peuvent à eux seuls justifier une activité administrative mais ne sont pas considérés comme des intérêts privés. On le sait, « de l'intérêt public à l'intérêt privé, il y a une infinité de nuances »<sup>441</sup>.

Mis à part cet « intérêt public limité », les intérêts publics sont de façon générale assez peu vulnérable, mais leur puissance, quant à elle, semble décroître.

#### B) La puissance relativisée des intérêts publics vis-à-vis des intérêts privés

Classiquement, on considère que les intérêts privés ne peuvent être affublés de l'habit de la puissance. La puissance, l'exorbitance, n'appartient qu'à ce qui est public puisqu'elle signifie la « supériorité du pouvoir politique »<sup>442</sup>, la possibilité d'un commandement. Les évolutions actuelles ne permettent pas d'accorder systématiquement la puissance aux intérêts publics et de l'exclure pour les intérêts privés. Les chemins se sont croisés et les rapports de force se sont modifiés.

D'une part, certains intérêts privés peuvent être affublés de l'habit de la puissance, de l'exorbitance. Pour autant, cette puissance privée ne peut s'imposer que sur les choses, et non sur les Hommes libres<sup>443</sup> et elle est nécessairement consentie, à un moment où à un autre<sup>444</sup>. D'autre part, certains intérêts publics ne semblent pas revêtir une quelconque exorbitance. Cela signifie que leur réalisation n'appelle pas des moyens « excessifs » par rapport aux intérêts privés. Il y a donc une certaine dissociation des intérêts publics, entre ceux qui nécessitent une certaine exorbitance, et ceux qui, au contraire, en sont dépourvus. L'arrêt *Ordre*

---

<sup>440</sup> CE 22 février 2002, Société pétrole Shell, *Rec.* p. 59 ; CE 19 octobre 2001, Société Capral, req. n° 238204.

<sup>441</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>442</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>443</sup> X. DUPRE DE BOULOIS, Puissance publique, puissance privée, in *La puissance publique*, LexisNexis, Coll. « Travaux de l'AFDA », 2012, p. 65.

<sup>444</sup> *Ibid.*, p. 66.

*des avocats au barreau de Paris*<sup>445</sup> offre une illustration de ce phénomène. Opérer une distinction au sein des intérêts publics, entre les puissants et ceux qui ne le sont pas, permet de savoir quels sont ceux qui pourront plus facilement céder sous le poids des intérêts privés. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement D. Casas distingue ainsi les activités « nécessaires à la réalisation des missions de service public »<sup>446</sup>, qui « bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique », des « activités économiques », qui doivent s'exercer « dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence »<sup>447</sup>.

La réalisation des intérêts publics économiques doit donc s'exercer dans les mêmes conditions selon que la personne qui les assume est publique ou privée. Les autres intérêts publics, dont la réalisation est jugée « nécessaire », plutôt d'essence politique, ont la capacité de s'imposer aux intérêts privés par l'exercice de prérogatives de puissance publique. Le critère de la nécessité entre donc en ligne de compte pour savoir si tel intérêt public implique pour sa réalisation une certaine exorbitance. En d'autres termes, pour que la réalisation d'un intérêt public jouisse de la puissance, il faut qu'elle soit *nécessaire*, c'est-à-dire qu'elle ne nuise pas à d'autres intérêts privés. Si l'intervention de la personne publique dans le domaine économique n'est plus subsidiaire, son intervention *exorbitante* l'est. Les intérêts publics ne sont donc pas nécessairement enclins à s'imposer par la puissance, ils devront parfois le faire après mise en concurrence avec d'autres personnes pouvant également les assumer.

Dans le cadre de l'expropriation, les intérêts publics ne peuvent s'imposer que par le biais de la puissance, car c'est un procédé substantiellement autoritaire, que seules certaines personnes publiques peuvent utiliser. Aucune mise en concurrence avec des personnes privées n'est imaginable. Pour autant, le critère de la nécessité de la réalisation des intérêts publics est présent. Une opération, bien qu'elle présente un intérêt public, devra être annulée par le juge administratif si cette opération avait pu être réalisée en portant moins atteinte aux intérêts privés, la collectivité disposant déjà de terrains qui auraient permis la réalisation du projet contesté. Cette position est définitivement entérinée par le juge dès 1980<sup>448</sup>, après de nombreuses tergiversations jurisprudentielles<sup>449</sup>. Il a alors eu l'occasion de censurer certains

---

<sup>445</sup> CE 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec.* p. 272.

<sup>446</sup> Nous soulignons.

<sup>447</sup> D. CASSAS, *Conclusions sur CE 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFD* 2006, p. 1048.

<sup>448</sup> CE 16 avril 1980, *Maliar*, *Rec. T.* p. 756 ; CE 3 avr. 1987, *Cts Métayer et Épx Lacour*, *Rec.* p. 121 ; CE 16 janvier 2008, *Communauté de l'agglomération de Maubeuge-Val de Sambre*, *Rec. T.* p. 777 ; CE 23 décembre 2010, *Commune de Levallois-Perret*, n° 331134.

<sup>449</sup> A l'origine, le juge de l'excès de pouvoir avait admis qu'il lui appartenait de rechercher si les terrains déjà possédés par l'expropriant auraient permis de réaliser dans des conditions équivalentes l'opération envisagée (CE 20 novembre 1974, *Épx Thony et Épx Hartmann-Six*, *Rec.* p. 1009). Puis, il avait adopté l'attitude inverse en considérant que la légalité d'une déclaration d'utilité publique ne pouvait être subordonnée à la preuve que

projets sur ce fondement, qu'il s'agisse d'un camp militaire<sup>450</sup>, de la réalisation de nouvelles lignes de TGV<sup>451</sup> ou de l'implantation de centrales nucléaires<sup>452</sup>, de l'extension d'une zone artisanale<sup>453</sup>... Le juge sera ainsi amené à vérifier si les terrains qui appartiennent déjà à la collectivité permettraient de réaliser ces opérations « dans des conditions équivalentes »<sup>454</sup>. Le contrôle de la nécessité de l'expropriation doit prendre place avant toute mise en balance des intérêts via la technique du bilan<sup>455</sup>.

Le juge administratif veille donc à ce que la réalisation d'un intérêt public ne nuise pas plus que nécessaire aux intérêts privés en présence. Cette exigence, nous souffle René Hostiou, n'est pas neutre : « on voit en quoi [...] elle est de nature à contribuer à entretenir l'idée d'un juge administratif protecteur de la propriété privée et tout à fait apte à se poser en concurrent de son alter ego judiciaire »<sup>456</sup>. Cette exigence, nous soufflerait à son tour Bertrand Seiller, n'est par ailleurs pas pleinement assumée par le juge, puisqu'il n'exerce pas un contrôle de légalité « extrinsèque »<sup>457</sup>, et ce depuis longtemps<sup>458</sup>. En effet, le juge « ne peut apprécier l'opportunité qu'il y aurait eu, pour la commune, à exproprier d'autres terrains que ceux qui ont fait l'objet de la déclaration »<sup>459</sup>. En adoptant un contrôle extrinsèque de légalité, le juge administratif donnerait un peu plus de force aux intérêts privés puisque le projet finalement retenu serait celui qui, parmi tous ceux qui pourraient supposément exister, porterait le moins atteinte aux intérêts privés (et publics) en présence. Il s'agirait alors, dans le cadre de la technique du bilan, non seulement d'établir un équilibre entre avantages et inconvénients, mais que « cet équilibre [doive] être le meilleur possible »<sup>460</sup>.

La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés, si elle est constamment déplacée, n'anéantit pas la supériorité des premiers sur les seconds : intérêts publics et intérêts privés sont hiérarchisés *a priori*. Ce n'est pas le cas pour les intérêts publics entre eux, dont il

---

l'expropriant ne disposait pas sur son domaine des terrains nécessaires (CE 19 janv. 1979, Leclert, *Rec. T.* p. 758).

<sup>450</sup> CE 7 mars 1975, Association des amis de l'abbaye de Fontevraud et groupement de défense interdépartemental de la forêt de Fontevraud, *Rec.* p. 179.

<sup>451</sup> CE 21 janvier 1977, Peron-Magnan et autres, *Rec.* p. 30.

<sup>452</sup> CE 11 janvier 1980, Société civile Groupement foncier agricole des falaises de Flamanville, *Rec.* p. 8.

<sup>453</sup> CE 2 juillet 1999, Commune de Volvic, *Rec.* p. 238.

<sup>454</sup> P. DONDOUX, Conclusions sur CE, 29 juin 1979, Ministre de l'Intérieur c. Malardel, *Rec.* p. 294.

<sup>455</sup> CE 19 octobre 2012, Commune de Levallois-Perret, *AJCT* 2013, p. 102.

<sup>456</sup> R. HOSTIOU, De la « nécessité » de recourir à l'expropriation, note sous CE 23 décembre 2010, Commune de Levallois-Perret, *RDI* 2011, p. 156.

<sup>457</sup> B. SEILLER, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique, *AJDA* 2003, p. 1472.

<sup>458</sup> CE Ass. 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur, *Rec.* p. 452.

<sup>459</sup> CE 23 décembre 2010, Commune de Levallois-Perret, n° 331134.

<sup>460</sup> D. LABETOULLE, Conclusions sur CE 20 novembre 1974, Épx Thony et Épx Hartmann-Six, *Rec.* p. 1009.

ressort d'une étude empirique – et seulement empirique – qu'ils peuvent être hiérarchisés entre eux.

*Section 2. Les frontières entre intérêts publics : la hiérarchisation a posteriori des intérêts publics*

Il est entendu qu'un intérêt public en vaut un autre, en principe. Pour autant, l'examen de la jurisprudence montre à quel point les intérêts publics peuvent être hiérarchisés entre eux, *a posteriori* (Paragraphe 2), même si cela ne se fait pas sans résistance (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Les résistances à l'établissement d'une hiérarchie entre les intérêts

Il est théoriquement impossible, dans un État républicain, d'établir une hiérarchisation *a priori* des intérêts publics (A) ce qui a pour corollaire de réfuter l'existence d'intérêts publics ou privés irréductibles (B).

A) L'impossibilité d'établir une hiérarchisation *a priori* des intérêts publics

Intérêts et normes n'appartiennent pas au même système de valeurs, voire à un système de valeurs radicalement opposé. A la souplesse des intérêts correspond la rigidité des normes. Les intérêts sont les nuages ; les normes sont les horloges<sup>461</sup>. Le juge ne peut pas raisonner de la même manière lorsqu'il a à manier des normes, hiérarchisées, ou des intérêts. Avec ces derniers, « la solution ne procède plus d'une déduction *a priori*, mais d'un équilibre progressif, d'un droit ajustement continu d'intérêts sans cesse redéfinis »<sup>462</sup>. Le jeu des intérêts permet une constante adaptation au réel, ce qui exclut toute hiérarchisation *a priori* des intérêts. Peut-être y a-t-il aussi une dimension anthropologique sous-jacente à l'impossibilité de construire une telle hiérarchie. Les intérêts, emprunts de subjectivité, se rattachent directement aux personnes, lorsqu'ils ne sont pas retranscrits expressément dans la loi. Hiérarchiser les intérêts *a priori* reviendrait alors à hiérarchiser les personnes (publiques ou privées) qui les détiennent, ce que l'égalité républicaine proscriit. La prohibition de la hiérarchisation *a priori* des intérêts s'illustre notamment entre les intérêts publics. Devenus

---

<sup>461</sup> M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, coll. « Librairie du XXI<sup>ème</sup> siècle », 1989, p. 3.

<sup>462</sup> F. OST, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 433.

pluriels, les frontières entre eux sont nées et la question se pose de savoir comment les ordonner.

La technique du bilan permet de mettre en balance plusieurs intérêts, les répartissant entre avantages et inconvénients<sup>463</sup>. Elle consiste en réalité à pondérer les intérêts en présence, le résultat étant « l'établissement d'une *hiérarchisation réaliste, pragmatique, car a posteriori, des intérêts* »<sup>464</sup>. Lorsque ce sont des intérêts publics et privés qui s'opposent, cette technique ne pose pas vraiment problème ; souvent, les intérêts privés cèderont sous le poids des intérêts publics. En revanche, lorsque ce sont des intérêts publics qui s'opposent, les uns étant du côté des avantages et les autres du côté des inconvénients, les réticences se sont fait sentir à l'idée d'une quelconque pondération. Pourtant, cela a été reconnu expressément par la jurisprudence par l'arrêt *Société civile Sainte Marie de l'Assomption*<sup>465</sup> où la construction d'une autoroute, visant à l'amélioration de la sécurité routière menait à la destruction d'une partie d'un hôpital psychiatrique, protégeant la santé publique. Le juge administratif est alors amené à concilier et pondérer les deux intérêts publics en présence ; il déclare une partie seulement de l'opération comme dépourvue d'utilité publique, en ce qu'elle nuirait « gravement aux conditions d'hospitalisation »<sup>466</sup>. Partout où la technique du bilan s'est répandue, le juge a été amené à confronter des intérêts publics. Dans le cadre des dérogations d'urbanisme, le juge administratif confronte et hiérarchise *a posteriori* l'intérêt public s'attachant au respect du plan local d'urbanisme et l'intérêt public s'attachant à la dérogation<sup>467</sup>. Dans le cadre des référés-suspension, le juge procède au même exercice entre l'intérêt public s'attachant à l'exécution de la décision et l'intérêt public s'attachant à sa suspension, qu'il soit environnemental<sup>468</sup>, relatif à la préservation d'un site naturel<sup>469</sup>, social...

La pondération de deux intérêts publics conduit finalement à faire prévaloir l'un sur l'autre<sup>470</sup> ; à établir une hiérarchie entre eux. En effet, la volonté de concilier les intérêts en présence sans opérer de contrôle extrinsèque de la légalité entraîne souvent l'amputation des deux ouvrages<sup>471</sup> dans le cadre de l'expropriation, l'un étant souvent plus amputé que l'autre. L'heure n'est plus dans la prise de position pour la sauvegarde de l'un ou l'autre des intérêts

---

<sup>463</sup> A. VAN-LANG, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1060.

<sup>464</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 236 ; nous soulignons.

<sup>465</sup> CE 20 octobre 1972, Sté civile Sainte Marie de l'Assomption, *Rec.* p. 657.

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> CE Ass. 18 juillet 1973, Ville de Limoges, *Rec.* p. 530 ; CE 15 décembre 1976, Sté Kaufman and Broad, *Rec.* p. 1127.

<sup>468</sup> CE 13 novembre 1998, Association de défense des riverains du projet de l'autoroute A 20, *Rec.* p. 420.

<sup>469</sup> CE 5 novembre 2001, Commune de Cattet des Maures, n° 234396.

<sup>470</sup> P. CABANES et P. LEGER, Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA* 1972, p. 579.

<sup>471</sup> *Ibid.*



publics – quitte à ce que l'Administration, après la censure, réalise autrement l'intérêt public « brimé ». L'heure est à la conciliation entre les intérêts publics en présence<sup>472</sup>. Cela n'est pas sans poser problème, car ces deux intérêts publics, aussi respectables l'un que l'autre, peuvent être si fondamentalement différents « qu'on se saurait logiquement les comparer, ni établir, *a fortiori*, quelconque hiérarchie entre eux »<sup>473</sup>. Pourtant, il semblerait que ce soit bel et bien le cas. Jean Waline déjà, en 1974, admet l'existence d'une « hiérarchie entre plusieurs intérêts publics »<sup>474</sup>. Toutefois, si elle existe, celle-ci ne peut être réalisée qu'*a posteriori*.

Outre le fait que la nature même des intérêts – notamment publics – empêche toute hiérarchisation *a priori*, la hiérarchisation des intérêts publics butte devant leur contingence ; l'absence d'intérêts publics irréductibles.

### B) L'absence d'intérêts publics ou privés irréductibles

Nul ne sait si un intérêt considéré comme public aujourd'hui le sera encore demain. L'existence d'intérêts publics (ou privés) irréductibles postule une certaine immuabilité : tel intérêt a toujours été et sera toujours public (ou privé). Si tel était le cas, la hiérarchisation des intérêts serait plus aisée : l'on saurait alors ceux qui transcendent les autres, ceux situés en haut (voire au-dessus) et en bas (voire en deçà) de l'échelle de gradation. Mais ce serait alors nier le caractère contingent de la nature des intérêts ; ce serait adopter un regard métaphysique voire dogmatique des choses : il n'y a pas d'intérêt public (ou privé) *par nature*. Pour autant, il est indéniable que certains intérêts publics (ou privés) semblent, au fil des siècles, se cristalliser comme tels. Il existerait alors des noyaux durs d'intérêts publics et privés, moins facilement privatisables ou publicisables. La question qui se pose est donc celle de savoir si, en dépit du mouvement de publicisation des intérêts privés et de privatisation des intérêts publics<sup>475</sup>, certains restent immuables.

Il n'est pas exclu qu'un intérêt *x*, aujourd'hui caractérisé comme « privé » ne devienne pas un jour « public ». On observe d'ailleurs, depuis plusieurs décennies, un rétrécissement de la sphère privée. Déjà Hannah Arendt soulignait le rétrécissement de la sphère privée qui n'est

---

<sup>472</sup> Le commissaire du gouvernement Morisot déclare en effet qu' « il n'existe guère de possibilités de remédier aux inconvénients du projet sans en modifier fondamentalement l'économie ». Pour autant, il ne préconise pas son annulation.

<sup>473</sup> J. LEMASURIER, Vers un nouveau principe général du droit ?, *op. cit.*, p. 570.

<sup>474</sup> J. WALINE, Le rôle du juge dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, Tome II*, LGDJ, 1974, p. 826.

<sup>475</sup> P. MOOR, L'opposition entre droit public et droit privé : un état de la question, un état de la question, in *L'homme et l'État, Mélanges Thomas Fleiner*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 2003, p. 657.

plus, comme sous l'Antiquité, le foyer, mais l'individu lui-même<sup>476</sup>. Ainsi, le « privé ne correspond plus au collectif que justifie la nécessité vitale et qu'organise l'autorité paternelle, mais à la juxtaposition de volontés individuelles prétendues libres et égales »<sup>477</sup>. Il y a un repli du privé sur l'intime<sup>478</sup>. Le noyau dur des intérêts privés regrouperait pour l'heure ce qui a trait à la famille, au sexe<sup>479</sup>, voire à la propriété<sup>480</sup>. Les intérêts relatifs à l'argent font également en principe partie des intérêts privés. Pour autant, on l'a vu<sup>481</sup>, l'intérêt financier tend à devenir un intérêt public ; l'argent ne fait plus partie de ces choses qui doivent demeurer cachées, en témoigne par ailleurs la lutte contre les conflits d'intérêts et la publication des relevés bancaires des ministres : ils rendent ainsi public ce qui était du domaine du privé. Le temps est alors aux incertitudes : il n'existe pas d'intérêts privés en soi. En témoigne l'évolution de la jurisprudence sur la nature de certains intérêts : la qualification d'intérêt public s'attachant à l'édification d'un théâtre, déniée par l'arrêt *Astruc*<sup>482</sup> en 1916, sera finalement reconnue quelques décennies plus tard par le Conseil d'État avec l'arrêt *Léoni*<sup>483</sup>.

De la même façon, il n'est pas exclu qu'un intérêt considéré aujourd'hui comme « public » ne devienne un jour « privé ». Pour autant, le mouvement de la nature publique vers la nature privée est moins évident ; il existe des remparts contre ce déferlement. Certains intérêts publics semblent en effet protégés, hors de menace ; ce sont ceux qui touchent à l'exercice de la souveraineté. La réalisation de certains intérêts publics ne peut pas être assumée par des personnes privées, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas se mêler à des intérêts privés : ils doivent rester purs<sup>484</sup>. Qui plus est, toutes les personnes publiques ne sont pas habilitées à exercer de tels intérêts ; seul l'État l'est. Le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel sont donc parfois amenés à censurer des dispositifs réglementaires, contractuels ou législatifs qui auraient pour effet de nuire à la pureté de certains intérêts publics. Le Conseil constitutionnel, depuis 2011<sup>485</sup>, fonde cette censure sur l'article 12 de la

---

<sup>476</sup> J.-A. MAZERES, Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 1053.

<sup>477</sup> *Ibid.*

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 1060.

<sup>479</sup> P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>480</sup> La propriété, bien qu'elle soit souvent présentée comme étant au cœur des intérêts privés, conserve une dimension sociale. « La propriété a perdu sa valeur d'usage privé, qui était déterminée par son emplacement, pour prendre une valeur exclusivement sociale déterminée par sa perpétuelle mutabilité » H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>481</sup> Voir *supra*. p. 21 s.

<sup>482</sup> CE 7 avril 1916, *Astruc et société du théâtre des champs Elysées*, *Rec.* p. 163.

<sup>483</sup> CE 21 janvier 1944, *Léoni*, *Rec.* p. 26.

<sup>484</sup> On a vu en effet que des intérêts publics peuvent être assumés et exercés par des personnes privées mais, en ce cas, la personne privée gardant toujours ses intérêts privés, le mélange est indéniable.

<sup>485</sup> CC Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JORF* 15 mars 2011, p. 4630.

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen<sup>486</sup> qui pose l'exigence d'une « force publique » pour garantir les droits de chacun.

Les fondements du Conseil d'État sur ce point sont quant à eux beaucoup plus fluctuants. Concernant la police administrative et l'interdiction bien connue qui est faite aux collectivités de déléguer ce pouvoir à d'autres personnes, le Conseil le justifiait, dans son arrêt *Commune de Castelnaudary* de 1932, par la *nature* même de l'activité<sup>487</sup>. Au crépuscule du XX<sup>ème</sup> siècle, ce fondement « principal »<sup>488</sup> était sur le point d'être abandonné. Dans l'arrêt *Commune d'Ostricourt*, l'interdiction de déléguer la surveillance des voies publiques n'est plus censurée sur le fondement de la *nature* de l'activité, mais sur un fondement beaucoup plus pragmatique : « ces activités relèvent [...], dans les communes, de la police municipale »<sup>489</sup> et doivent revêtir un caractère unilatéral. Mais dix ans plus tard, le pragmatisme du Conseil d'État se serait évaporé, celui-ci renouant avec le critère de la nature de l'activité dans son arrêt de 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*. Le Conseil d'État y déclare en effet que « lorsque les collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, *dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle*, décider de confier sa gestion à un tiers »<sup>490</sup>. Il y a là l'idée d'un noyau dur d'intérêts publics, dont le caractère régalien empêche toute privatisation.

Le noyau dur des intérêts publics – s'il existe – tend depuis quelques décennies à se réduire si bien que l'on peut se demander si, à l'avenir, son érosion se prolongera ou si elle pourra encore prospérer sans remettre en cause la structure républicaine étatique. Les juges acceptent largement la délégation des activités « matérielles » de police, la passation de marchés avec des opérateurs privés portant sur la conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires<sup>491</sup>, la délégation des activités de sécurité dans les aéroports<sup>492</sup> ou les stades<sup>493</sup>... Cette évolution révèle à quel point la frontière n'est pas si opaque et infranchissable entre les intérêts publics *purs*, et ceux pouvant être confiés à des personnes privées, et ainsi, dans une moindre mesure, privatisables.

Selon Elodie Saillant, si les activités matérielles de police peuvent être confiées à des personnes privées, c'est qu'elles ne revêtent pas un caractère politique, c'est-à-dire qu'elles ne

---

<sup>486</sup> « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique. Cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de chacun ».

<sup>487</sup> « La police rurale, par sa nature, ne saurait être confiée par des agents de police municipale ».

<sup>488</sup> L. RICHER, *Présence du contrat*, *AJDA* 1999, p. 35.

<sup>489</sup> CE 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Rec.* p. 969.

<sup>490</sup> CE sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Rec.* p. 155 ; nous soulignons.

<sup>491</sup> CC Décision n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *Rec.* p. 204.

<sup>492</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JORF* n°266 du 16 novembre 2001, p. 18215.

<sup>493</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* n°66 du 19 mars 2003, p. 4761.

nécessitent pas l'usage de prérogatives de puissance publique<sup>494</sup>. Il faudrait donc distinguer, au sein des intérêts publics, les intérêts publics politiques des autres ou bien distinguer entre les intérêts politiques et les autres<sup>495</sup>. S'il est impossible d'établir une hiérarchie théorique des différents intérêts publics, il est toutefois possible, au fil de la jurisprudence, d'établir une certaine gradation empirique de ceux-ci.

## Paragraphe 2. La possibilité d'établir une gradation empirique des intérêts publics

Ce sont souvent aux abords des frontières – physiques, politiques, idéologiques – que les conflits ont lieu. Les frontières symbolisent l'existence d'une différence, d'une divergence. Au sein de l'ordre international, les États sont égaux entre eux : nul État ne peut juridiquement prétendre à une quelconque supériorité. Pourtant, dans les faits, il en est bien autrement. Dès lors la puissance d'un État ne peut pas se comprendre abstraitement, à la seule lecture des textes internationaux par exemple ; elle doit se comprendre à la lumière des faits. Il en est de même avec les intérêts publics : des frontières existent entre eux car tous ne revendiquent pas la même chose, tous n'ont pas la même identité. De même, si aucune hiérarchisation des intérêts publics n'est possible abstraitement, l'analyse de la jurisprudence révèle l'existence d'une gradation empirique des intérêts publics, fondée notamment sur le critère territorial (A) et économique (B).

### A) La gradation des intérêts publics en fonction du critère territorial : une gradation quasi-absolue

La territorialité de l'intérêt public en question peut permettre de comprendre leur gradation. L'intérêt public national, qui contraste avec les intérêts publics locaux des collectivités territoriales, cède rarement – si ce n'est jamais, sous le poids des autres intérêts en présence. Dans le cadre de la technique du bilan, cette affirmation trouve un écho concernant les grandes infrastructures. Il s'ensuit en effet une « dissymétrie dans l'application de la théorie du bilan entre les projets de grande envergure et les opérations de portée limitée »<sup>496</sup>. Même la décision *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*<sup>497</sup>, souvent présentée comme celle où un projet de grande envergure a vacillé sous le poids des autres

---

<sup>494</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public, op. cit.*, p. 580.

<sup>495</sup> Voir *infra*. p. 94 s.

<sup>496</sup> M. GHEZA, L'expropriation à l'épreuve de ses juges, JCP A 2009, n° 38, p. 2222.

<sup>497</sup> CE Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, *Rev.* p. 121.

intérêts en présence, n'y fait pas réellement exception. Le projet, en lui-même, présentait un intérêt public limité<sup>498</sup>. Il en est de même pour une autre décision du Conseil d'État, dans laquelle ce dernier a annulé une déclaration d'utilité publique concernant un projet de grande envergure, à savoir le barrage de la Trézence. Son intérêt a été lui-même considéré comme limité<sup>499</sup>. Les grandes opérations nationales et *a fortiori* internationales ont ainsi toujours été validées par le juge, qu'elles concernent les voies routières et autoroutières<sup>500</sup>, la construction de TGV<sup>501</sup>, la politique nucléaire<sup>502</sup>, la construction d'aéroports à vocation internationale<sup>503</sup>...

Lorsqu'un intérêt public national ne coïncide pas avec un intérêt public local, c'est ce dernier qui doit céder. Cela s'explique sans doute par le fait que l'intérêt public national est celui qui se rapproche le plus de l'intérêt général<sup>504</sup> ; sa territorialité lui donne une légitimité supplémentaire. En effet, l'intérêt public local « est un intérêt public qui doit être subordonné à l'intérêt public national, comme s'il existait un présupposé de départ selon lequel il existe une hiérarchie entre les intérêts publics, et qu'aucun intérêt public local, si défendable qu'il puisse être, ne peut "valoir" l'intérêt national »<sup>505</sup>. Cela relève, pour nombre d'auteurs et pour le juge, de l'évidence car « du point de vue de leur nature et de leur portée, intérêts locaux et intérêts nationaux ne sont évidemment pas comparables »<sup>506</sup>. Ainsi, si le juge se défend de toute éventuelle hiérarchisation *a priori*, peut-être que les choses sont, dans les esprits, moins évidentes que cela ; il y aurait une « présomption d'utilité publique »<sup>507</sup>.

Cette prévalence incontestable de l'intérêt public national dans la jurisprudence administrative est sans doute une séquelle de notre histoire<sup>508</sup>, d'une conception statocentrée à la française. Les réticences à l'encontre des collectivités territoriales, dont le pouvoir est parfois considéré comme concurrent à celui de l'État, sont encore présentes et se reflètent

---

<sup>498</sup> Voir *supra*. p. 68.

<sup>499</sup> CE, 22 oct. 2003, Association SOS Rivières et environnement, *Rec.* p. 417.

<sup>500</sup> CE 19 février 1993, Association de défense de l'avenue Duvergier-de-Hauranne, n° 105091 ; CE 20 octobre 1995, Comité de défense entre l'autoroute A64, Mme Bordes-Larrègles, n° 1072104 ; CE Ass. 3 mars 1993, Commune de Saint-Germain-en-Laye, *Rec.* p. 54 ; CE 22 novembre 2002, Comité fédératif pour la mise à deux fois deux voies de la nationale 60, n° 200294.

<sup>501</sup> V. par exemple : CE 3 décembre 1990, Ville d'Amiens, *Rec.* p. 345 ; CE 17 novembre 1995, Union juridique Rhône-Méditerranée, *Rec.* p. 412 ; CE 12 novembre 2007, EARL Le Cabri et autres, n° 297698 ; CE 12 novembre 2007, Commune de Folschviller, n° 296880 ; CE 14 novembre 2008, Commune d'Ambarès-et-Lagrave, n° 297557.

<sup>502</sup> V. par exemple : CE 16 octobre 1991, Société pour la protection de la nature et de l'environnement du département de la Vienne, n° 64708 ; CE 10 mars 1982, Lutte anti-nucléaire de Basse Normandie, *Rec.* p. 416 ; CE Ass. 12 avril 2013, Association coordination interrégionale stop THT, n° 342409.

<sup>503</sup> CE 27 janvier 2010, Commune de Vigneux-de-Bretagne, n° 319241.

<sup>504</sup> J.-M. PONTIER, *L'État et les collectivités locales*, LGDJ, 1978, p. 150.

<sup>505</sup> J.-M. PONTIER, *Les états intermédiaires en droit administratif*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>506</sup> C. BOUTAYEB, Le contrôle de l'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation, *op. cit.*, p. 1415.

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> J.-M. PONTIER, *Les états intermédiaires en droit administratif*, *op. cit.*, p. 70.

dans les décisions du Conseil d'État. D'ailleurs, l'intérêt local a longtemps été considéré comme un intérêt privé<sup>509</sup>. « Tous les autres intérêts publics, fussent-ils poursuivis par des personnes publiques, sont suspectés de porter atteinte à l'intérêt national »<sup>510</sup>. Le fait de considérer l'intérêt public national comme hors d'atteinte en pratique révèle peut-être leur teneur politique. L'essence politique d'un projet d'envergure nationale est plus perceptible que celle d'un projet d'envergure locale. Le juge s'attache, lors de l'examen de l'utilité publique d'un tel projet, à ménager le pouvoir politique. En effet, ces opérations « reposent sur des orientations et des choix dont le bilan de l'opération dépasse le cadre juridique imparti aux juges et doit être tranché par les politiques »<sup>511</sup>.

### B) La gradation des intérêts publics en fonction du critère économique : une gradation relative

L'intérêt public local ne fait pas le poids face à l'intérêt public national ; la tâche du juge est alors relativement aisée. Mais comment procède le juge lorsque deux intérêts publics de la même échelle territoriale s'opposent ? Il est alors dans une situation où il n'existe pas d'*a priori* car les personnes (hors de l'État) ne sont pas, entre elles, hiérarchisées. Il faut donc « recourir à d'autres critères pour savoir quel est l'intérêt qui doit l'emporter sur l'autre »<sup>512</sup>. L'analyse de la jurisprudence ne permet non pas d'établir une hiérarchie *a priori*, mais plutôt une certaine « hiérarchisation des valeurs »<sup>513</sup>, ou du moins de saisir empiriquement quels sont les intérêts publics qui, généralement, priment.

Il semblerait que les intérêts publics à teneur économique soient ceux qui bénéficient d'une certaine prévalence, ou du moins soient les plus protégés par le juge administratif. Cette inclinaison qui tend à favoriser les intérêts d'ordre économique était déjà contenue en germe dans la décision *Ville Nouvelle Est*<sup>514</sup> et les conclusions de Guy Braibant par l'emploi de notions plus économiques que juridiques – l'utilité du projet et sa désutilité<sup>515</sup>. Dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique, sera légale l'opération qui est économiquement utile. « Désormais la légalité tend à ne plus pouvoir être mesurée sans

---

<sup>509</sup> Le député Thouret, lors de la séance de l'Assemblée nationale constituante du 9 août 1791 a en effet déclaré que « ce qui n'est que communal n'est pas public, de telle sorte que les communes ne doivent être considérées que comme des individus et comme chose privée et non pas comme chose publique appartenant à l'organisation générale », *cité par* D. BORDIER, Les chassés croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, *AJDA* 2007, p. 2188.

<sup>510</sup> J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, *op. cit.*, p. 331.

<sup>511</sup> P. GODFRIN, *Droit administratif des biens*, Masson, 4<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 322.

<sup>512</sup> J.-M. PONTIER, Les états intermédiaires en droit administratif, *op. cit.*, p. 70.

<sup>513</sup> A. HOLLEAUX, La jurisprudence du bilan, *Rev. Adm.* 1980, p. 603.

<sup>514</sup> CE Ass. 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », *Rec.* p. 409.

<sup>515</sup> G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, *Rec.* p. 409.

référence à des critères de rentabilité »<sup>516</sup> écrivait Jacques Caillosse à la fin des années 1970. Ce mode de pensée s'est traduit dans la pondération des intérêts publics : les intérêts publics à fort plus-value économique étaient rarement mis à mal, contrairement à ceux relativement étrangers aux considérations économiques – notamment le coût social et la protection de l'environnement.

Pendant longtemps, les considérations sociales ou environnementales, bien qu'intégrées à la techniques du bilan, étaient particulièrement ignorées par le Conseil d'État. Le plateau des avantages économiques des projets d'aménagement pèse en effet « quasiment toujours plus lourd que celui des inconvénients, notamment sociaux et environnementaux »<sup>517</sup>. En témoigne l'arrêt rendu en 1987, *Ville de Lozanne*<sup>518</sup>, où l'expropriation de parcelles tendant à la construction de logements sociaux, dans la mesure où elle empêchait l'extension d'un hôtel, a été considérée comme dépourvue d'utilité publique. En effet, l'extension de l'hôtel présentait pour la commune un intérêt économique et touristique en créant des emplois, chose que la construction de logements sociaux ne pouvait évidemment pas satisfaire. Une telle position serait-elle encore tenable aujourd'hui ?

Aujourd'hui, ce sont moins les conflits entre les intérêts publics économiques et sociaux que les conflits entre les intérêts publics économiques et environnementaux qui font débat. Pendant longtemps, les intérêts publics environnementaux ne pesaient que peu dans la balance. D'ailleurs, ils n'étaient pas expressément cités dans le fameux considérant issu de la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*. Mais comme le note Nicole Questiaux au crépuscule du XXI<sup>ème</sup> siècle, « un fait marquant de notre époque est la montée des préoccupations environnementales »<sup>519</sup>. Il semble en effet que la prise de conscience quant à la protection de l'environnement, renforcée et relayée juridiquement par l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement en 2005, ait quelque peu inversé la tendance jurisprudentielle. En 2010, les intérêts publics environnementaux, jusqu'alors intégrés dans les « intérêts d'ordre social », affirment leur indépendance<sup>520</sup>. Alors que les censures, jusque dans les années 2000, des

---

<sup>516</sup> J. CAILLOSSE, La jurisprudence « Ville Nouvelle Est », *op. cit.*, p. 237.

<sup>517</sup> G. IACONO, P. JANIN, Les 40 ans de l'arrêt Ville Nouvelle Est, *Droit de l'environnement*, 2011, p. 3.

<sup>518</sup> CE 20 février 1987, Ville de Lozanne c. Epoux Fishnaller, *RFDA* 1987, p. 533.

<sup>519</sup> N. QUESTIAUX, L'utilité publique des grands travaux d'infrastructure routière et ferroviaire, in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'État de droit*, Dalloz, 1996, p. 597.

<sup>520</sup> CE 17 mars 2010, *Alsace Nature environnement*, n° 314114 : « Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la protection et de la valorisation de l'environnement et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » ; nous soulignons.

projets portant atteinte à l'environnement étaient rarissimes<sup>521</sup>, elles se sont multipliées – sans pour autant atteindre des sommets<sup>522</sup>.

Deux affaires portées devant le Conseil d'État en 2003 et en 2006 révèlent en effet une certaine revalorisation des intérêts publics environnementaux dans la technique du bilan. Dans l'arrêt de 2003, *Association SOS Rivières et environnement*<sup>523</sup>, le Conseil d'Etat a annulé la déclaration d'utilité publique du projet de barrage de la Trézence, projet d'envergure relativement importante, bien que non nationale. Ce ne sont pas les intérêts environnementaux à eux seuls qui ont fait échouer le projet, « c'est en tout premier lieu le coût de l'opération »<sup>524</sup>, projet qui, en soi, ne présentait qu'un « intérêt limité ». Pour autant, les atteintes à l'environnement, auparavant ignorées par le juge<sup>525</sup>, s'adjoignent ici au coût financier élevé pour faire annuler la déclaration d'utilité publique. Cet arrêt, dans la progression des considérations environnementales dans la jurisprudence administrative, serait alors « à marquer d'une pierre blanche »<sup>526</sup>.

Le Conseil d'État a continué sa progression en ce sens, quelques années plus tard, avec l'arrêt *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon*<sup>527</sup>. En l'espèce, la déclaration d'utilité publique portait sur un projet de ligne électrique traversait le site des gorges du Verdon, classé comme « site remarquable » selon le Code de l'urbanisme, appartenant au réseau Natura 2000 et au parc naturel régional du Verdon. Toutes les conditions étaient alors réunies pour retirer au projet son caractère d'utilité publique, compte tenu de son atteinte à la protection de l'environnement. Les inconvénients d'ordre environnementaux doivent ainsi être relativement nombreux pour faire déchoir le projet.

Sans s'inverser, la tendance semble toutefois évoluer vers un rééquilibrage du poids des différents intérêts publics de sorte que l'intérêt public environnemental n'est plus un « sous-

---

<sup>521</sup> CE 25 juillet 1975, Syndicat CFDT des marins-pêcheurs de la rade de Brest, *Rec. T.* p. 1148 ; CE 9 décembre 1977, Ministre de l'Équipement c. Weber, *Rec.* p. 497 ; CE 26 mars 1980, Premier ministre c. Mme veuve Beau de Loménie, *Rec.* p. 171 ; CE 12 avril 1995, Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, *Rec.* p. 162.

<sup>522</sup> Bien souvent, les atteintes à l'environnement que portent les projets n'ont aucune incidence sur leur caractère d'utilité publique. V. par exemple : CE 24 mars 2010, Commune de Quincy-Basse, n° 300852 ; CE 2 juin 2003, Association non au passage de l'axe routier à grand gabarit, n° 249321 ; CE 26 janvier 2011, Association de défense contre la déviation au nord de Maise, n° 307317 ; CE 15 novembre 2006, Société Placoplâtre, n° 285658 ; CE 24 janvier 2007, Société civile immobilière Clément Lebrun, n° 284475.

<sup>523</sup> CE 22 octobre 2003, Association SOS Rivières et environnement, *Rec.* p. 117.

<sup>524</sup> R. HOSTIOU, La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement, *AJDA* 2004 p. 1193.

<sup>525</sup> CE Ass. 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres, *Rec.* p. 121 : « sans qu'il y ait lieu de rechercher si les atteintes à l'environnement seraient excessives ».

<sup>526</sup> R. HOSTIOU, La théorie du bilan à l'épreuve de la protection de l'environnement, *AJDA* 2004 p. 1193.

<sup>527</sup> CE 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, des lacs et sites du Verdon, *Rec.* p. 332.



intérêt ». En dépit de cela, certains auteurs considèrent que « la théorie du bilan conduit de manière assez générale à un bilan défavorable pour l'environnement face aux intérêts économiques »<sup>528</sup>.

La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés a su perdurer, en dépit de l'abandon du paradigme libéral, même si elle a dû se remodeler. Par ailleurs, les frontières au sein même des intérêts publics se sont multipliées, d'où une certaine hiérarchisation *a posteriori* de ceux-ci. Rémanentes ou émergentes, ces frontières n'ont pourtant de cesse d'être déstabilisées.

## Chapitre 2. La déstabilisation de la frontière des intérêts publics et privés, la marche vers un État régulateur

Les frontières qui existent entre les intérêts publics et les intérêts privés résistent, mais elles ont parfois tendance à perdre de leur pertinence juridique. Fragilisées par le progrès du processus de conciliation des intérêts (Section 1), elles doivent nécessairement être renouvelées (Section 2).

### *Section 1. Des frontières fragilisées*

La frontière fondée sur la nature des intérêts s'est érodée, les passages d'une sphère à l'autre s'étant multipliés. Cela est dû, horizontalement, à l'extension des intérêts conciliables (Paragraphe 1) autant que, verticalement, à l'intensification de la conciliation (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1. L'extension des intérêts conciliables

Le juge administratif procède, face aux divers intérêts en présence, à un ajustement permanent d'une pluralité d'exigences de même valeur et se transforme ainsi peu à peu en « régulateur global »<sup>529</sup>. En prenant en compte tous les intérêts en présence, la conciliation de ceux-ci ne fait que s'étendre (A), cette extension ayant pour effet d'affaiblir le moyen du détournement de pouvoir, cher à la conception française de l'intérêt public (B).

---

<sup>528</sup> C. CANS, Le principe de conciliation, in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, p. 562.

<sup>529</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 764.

A) La prise en considération de tous les intérêts en présence, facteur d'extension de la conciliation

La technique du bilan a quelque peu fait abstraction de la césure public/privé, en répartissant les intérêts non selon leur nature (publique ou privée), on l'a dit, mais selon qu'ils constituent des avantages ou des inconvénients au projet. Au début des années 1970, cette nouvelle technique se cantonnait à la déclaration d'utilité publique. Mais tel le Golem, elle n'a pas tardé à grandir plus rapidement que son créateur ne l'aurait imaginé. La technique du bilan n'a cessé de conquérir de nouveaux domaines<sup>530</sup>.

Mais plus que cela, la technique du bilan n'a cessé de s'enrichir : relativement superficielle, elle s'est approfondie. Il s'agit dorénavant d'une pesée *globale* des intérêts<sup>531</sup> : tous les intérêts en présence devront être placés sur la balance afin d'être pondérés, peu importe leur caractère public ou privé. Rares sont les intérêts qui sont par nature exclus d'une telle balance. La nécessité d'opérer une pesée globale des intérêts a été expressément affirmée par le Conseil d'État pour l'appréciation de l'urgence dans les référés<sup>532</sup> ; elle est patente dans les autres cas d'application de technique du bilan.

Mais ce n'est pas dans ce qui est le plus visible que réside l'essentiel. Il existe, à bien y observer, une progression sous-terrainne de la pesée globale des intérêts, qui ne dit pas nécessairement son nom. Le progrès de l'idée de conciliation des intérêts s'est notamment trouvé consacré par l'article 6 de la Charte de l'environnement, selon lequel « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social »<sup>533</sup>. Ces lignes consacrent en réalité le principe de conciliation. Le constituant guide alors le législateur et le juge dans la recherche d'un meilleur équilibre entre les différents intérêts et l'incite à opérer, en matière d'environnement, une conciliation des intérêts en présence plutôt qu'une confrontation de différentes normes, dont seule l'une d'entre elles vaincrait.

Le juge administratif a alors accepté de contrôler la légalité d'une déclaration d'utilité publique au regard du principe de conciliation<sup>534</sup>, qui n'est rien de plus que

---

<sup>530</sup> Voir *supra*. p. 4.

<sup>531</sup> J. UNTERMAIER, Représentation et pesée globale des intérêts en droit français de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement, in C-A MORAND (dir.), *Pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>532</sup> CE 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes c. Société Sud-Est assainissement, *Rec.* p. 109.

<sup>533</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697.

<sup>534</sup> CE 17 mars 2010, Association Alsace Nature Environnement, n° 314114 ; CE 16 avr. 2010, Association Alcaly, n° 320667.

l'approfondissement de la technique du bilan, un « gradient » supérieur de celle-ci<sup>535</sup>. En effet, il s'entend comme « la conciliation d'intérêts divergents et, plus précisément encore, la conciliation de politiques publiques convergentes »<sup>536</sup>. Technique du bilan et principe de conciliation sont en tout état de cause liés, le Conseil d'État maintenant la première tout en créant un lien logique entre les deux notions<sup>537</sup> ; l'article 6 de la Charte serait en quelque sorte « absorbé par [le] contrôle du bilan et son sort en dépend »<sup>538</sup>.

L'approfondissement et l'enrichissement de la technique du bilan ne s'est pas arrêté là puisque le principe de précaution, posé par l'article 5 de la Charte de l'environnement<sup>539</sup>, a lui aussi intégré la technique du bilan, de façon plus explicite par l'arrêt très récent *Association Coordination interrégionale stop THT et autres*<sup>540</sup>. Avec cette décision, le contrôle du respect du principe de précaution devient autonome, alors qu'il était intégré à la technique du bilan auparavant<sup>541</sup>. Le Conseil d'État prend alors acte de la densification du principe de précaution<sup>542</sup> qui s'est opérée avec l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement. Deux pesées s'opèrent alors. Le juge doit ainsi opérer une certaine coordination matérielle<sup>543</sup> des différents intérêts afin de montrer le chemin à l'Administration. Il y a là l'idée que tous les intérêts doivent pouvoir être mis en balance, quelle que soit leur nature ; que chaque intérêt peut compter. Le droit de l'environnement semble donc être un terrain propice à l'approfondissement de la théorie du bilan, puisqu'il est avant tout « affaire de compromis, plus que de protection »<sup>544</sup>.

L'approfondissement de la conciliation, particulièrement observable en matière d'environnement, semble également prospérer en matière de la concurrence. En effet,

---

<sup>535</sup> C. CANS, *Le principe de conciliation*, *op.cit.*, p. 561.

<sup>536</sup> *Ibid.*, p. 552.

<sup>537</sup> Y. AGUILA, *La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement*, *Constitutions* 2010, p. 433.

<sup>538</sup> A. COURREGES, *Conclusions sur CE 16 avril 2010, Association Alcaly*, *AJDA* 2010, p. 1018.

<sup>539</sup> Article 5 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n°51 du 2 mars 2005, p. 3697 : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

<sup>540</sup> CE Ass. 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT*, n° 342409.

<sup>541</sup> CE 28 juillet 1999, *Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension »*, *Rec. T.* p. 435 ; CE 13 décembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l'environnement et la promotion de Saint-Léger-en-Bray et autres, Commune d'Allonnes et autres*, *Rec. T.* p. 963 ; CE 2 juin 2003, *Association Bouconne-Val-de-Save*, n° 249321 ; CE 12 nov. 2007, *Société EARL Le Cabri*, n° 297698.

<sup>542</sup> X. DOMINO, BRETONNEAU (Aurélien), *Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux*, *AJDA* 2013 p. 1046.

<sup>543</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>544</sup> C. CANS, *Le principe de conciliation*, *op. cit.*, p. 568.

l'intérêt public concurrentiel s'intègre lui aussi à la technique du bilan<sup>545</sup>. En matière de modulation des effets d'une annulation contentieuse, le Conseil d'État a d'ailleurs accepté d'écarter la rétroactivité de celle-ci au nom du « développement de la concurrence sur les marchés de nouveaux services de télécommunication »<sup>546</sup>. En la matière, la pesée globale des intérêts permet le passage d'un droit public économique au droit public de l'économie de marché. Il ne s'agit plus, en effet, « d'agencer l'économie dans tel ou tel sens décidé par le pouvoir politique, mais d'assurer la protection des structures concurrentielles »<sup>547</sup> et de concilier l'intérêt public concurrentiel avec les autres intérêts en présence.

Les intérêts à prendre en considération se sont donc multipliés et ils ont favorisé le recours à la pesée des intérêts, seul moyen de les concilier. Mais ce processus de conciliation, ainsi renforcé, agrège par là même de nouveaux intérêts. Un processus s'enrange alors. L'accroissement du nombre d'intérêts à prendre en considération, allant de l'intérêt purement privé recouvrant la propriété privée à l'intérêt public désintéressé qu'est la protection de l'environnement en passant par l'intérêt social ou encore concurrentiel, a eu pour effet de modifier la tâche de l'administrateur, voire du juge. Celui-ci devra faire œuvre de conciliation et non de confrontation. Ces récentes évolutions sont particulièrement révélatrices de l'évolution du Droit, d'un droit nouveau qui abolit les frontières, qui remplace l'indépendance par l'interdépendance. Il ne s'agit plus de mettre en balance l'intérêt public énoncé par la loi avec les intérêts privés que sont les droits des individus. Il s'agit d'ordonner un certain pluralisme<sup>548</sup> où tous les mondes s'enchevêtrent : la sphère économique et la sphère environnementale, le global et le local... Ce nouveau modèle de conciliation des intérêts, qui vise l'équilibre et l'harmonie, érode incontestablement un pilier de notre paysage juridictionnel qu'est le détournement de pouvoir.

#### B) L'extension de la conciliation, facteur d'affaiblissement du détournement de pouvoir

Reconnaître l'existence du détournement de pouvoir, c'est reconnaître qu'il y a des hommes derrière l'État, que ceux-ci ont des intérêts qui peuvent différer – voire l'emporter – sur l'intérêt public. Le détournement de pouvoir, contrôle de la moralité administrative<sup>549</sup>, semble être l'instrument clé pour empêcher que les intérêts privés ne s'expriment en lieu et

---

<sup>545</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 780.

<sup>546</sup> CE 25 février 2005, France Télécom, Rec. p. 175.

<sup>547</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 786.

<sup>548</sup> V. M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit II, Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, 303 p.

<sup>549</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 142.

place des intérêts publics<sup>550</sup>. Mais il est également l'instrument permettant qu'un intérêt public ne se substitue pas à un autre<sup>551</sup> dans la prise d'une décision administrative. Derrière chaque acte administratif doit se trouver l'intérêt correspondant.

Mais le détournement de pouvoir n'est pas au beau fixe. Difficile à prouver en raison de la présomption de légalité du but poursuivi par l'Administration<sup>552</sup>, affaibli d'une dimension morale indéniable<sup>553</sup>, c'est également en raison de l'élargissement de la notion d'intérêt public et des rapports de plus en plus « cordiaux » entre intérêts publics et intérêts privés que le détournement de pouvoir décline, réellement et formellement.

D'une part, la théorie du motif déterminant et celle de la pluralité de motifs a permis de couvrir certains intérêts privés qui, à eux seuls, auraient emporté l'illégalité de l'acte administratif concerné. En effet, « même si l'Administration a poursuivi en partie une fin distincte de celle qui devait normalement justifier son intervention, sa décision n'est pas entachée de détournement de pouvoir dès lors qu'elle visait aussi un but correspondant à ses pouvoirs »<sup>554</sup>. Dans l'espèce *Ville de Sochaux*, où l'expropriation procurait à l'entreprise privée Société Peugeot un « avantage direct et certain »<sup>555</sup>, le détournement de pouvoir n'a pas été retenu par le Conseil d'État car l'activité de ladite société répondait également, indirectement, à un intérêt public<sup>556</sup>. Cette espèce est loin d'être isolée<sup>557</sup>. C'est alors le mélange des intérêts publics et privés, la difficulté de saisir la frontière entre les deux<sup>558</sup>, qui a entre autres *réellement* affaibli le détournement de pouvoir. Dès lors, « bien des actes qui eussent été censurés par une annulation pour détournement de pouvoir ne le sont plus parce qu'un intérêt public paraît se joindre à l'intérêt privé »<sup>559</sup>.

D'autre part, le développement d'autres moyens de contrôle de la légalité administrative, faisant concurrence au détournement de pouvoir, ont entraîné son affaiblissement *formel*. Le juge utilise le moyen du détournement de pouvoir comme arme ultime<sup>560</sup>, si aucun autre

---

<sup>550</sup> CE 14 mars 1934, Dlle Rault, *Rec.* p. 337 ; CE 20 oct. 1961, Consorts White, *Rec.* p. 1063 ; CE 4 mars 1964, Dame Vve Borderie, *Rec.* p. 157.

<sup>551</sup> CE 26 novembre 1875, Pariset, *Rec.* p. 934.

<sup>552</sup> V. sur ce point : J. LEMASURIER, La preuve dans le détournement de pouvoir, *RDP* 1959, p. 36.

<sup>553</sup> V. sur ce point : C. BALLANDRAS-ROZET, Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir, *AJDA* 2007 p. 2236.

<sup>554</sup> M. LONG (et autres), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, *op. cit.*, p. 32.

<sup>555</sup> CE 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, *Rec.* p. 561.

<sup>556</sup> Voir *supra*.

<sup>557</sup> CE 7 décembre 1983, Commune de Lauterbourg, *Rec.* p. 491 ; CE 11 janvier 1957, Louvard, *Rec.* p. 27 concernant la poursuite concomitante d'un intérêt financier.

<sup>558</sup> R. HOSTIOU, Utilité publique et intérêts privés : théorie du bilan et détournement de pouvoir, note sous CE 2 octobre 2006, SCI « Les fourneils », *AJDI* 2007 p. 144.

<sup>559</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>560</sup> M. LONG (et autres), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 35.

moyen ne lui permet de sanctionner l'illégalité. Pour autant, peut-être mieux vaut-il s'attacher aux faits plutôt qu'aux paroles, car bien souvent, le faire est révélateur de l'être. Bien qu'il ne le dise pas, le juge administratif a recours en filigrane au détournement de pouvoir, qu'il objectivise. En effet, le juge administratif « préfère parfois ne pas qualifier le détournement de pouvoir tout en le retenant »<sup>561</sup>. Ainsi, déclin formel du détournement de pouvoir n'est pas *a priori* synonyme d'un mélange exacerbé entre les intérêts publics et privés. Le contrôle des motifs, la technique du bilan et la mise en concurrence ont permis de prévenir d'éventuels détournements de pouvoir sans le dire.

Dans un premier temps, le contrôle des motifs a permis de sanctionner objectivement un détournement de pouvoir. En sanctionnant l'inexistence matérielle ou juridique des motifs, ce contrôle englobe la théorie du détournement de pouvoir<sup>562</sup>. Il s'agit alors uniquement de ne pas afficher l'existence d'un détournement de pouvoir, mais la méthode exercée est la même : intérêts publics et intérêts privés seront clairement dissociés. Mais là n'est pas l'essentiel pour notre étude.

Dans un deuxième temps, le juge administratif va s'attacher à sanctionner d'éventuels détournements de pouvoir mais en adoptant une méthode nouvelle : plutôt que de séparer strictement les intérêts publics et les intérêts privés, il s'agira de les concilier. La technique du bilan et *a fortiori* le principe de conciliation œuvrent en ce sens<sup>563</sup>. Ils incitent l'Administration à prendre en considération certains intérêts privés, son intérêt financier, et non à les exclure. En effet, les intérêts privés étant intégrés à l'intérêt général, cette « osmose » contribue parfois à rendre « particulièrement flous les contours du détournement de pouvoir »<sup>564</sup>. Il devient en effet « difficile pour le juge de discerner l'intérêt financier ou privé dans un ensemble d'intérêts, la recherche d'un intérêt particulier pouvant être assimilée à la poursuite d'un intérêt général »<sup>565</sup>. Technique du bilan et détournement de pouvoir entretiennent donc des liens étroits, voire consubstantiels. Une affaire récente<sup>566</sup>, jugée par la Cour administrative d'appel de Lyon, en témoigne. En l'espèce, une déclaration d'utilité publique avait pour objet d'étendre une zone industrielle, portant ainsi atteinte à la propriété privée d'un entrepreneur et l'empêchant de développer son entreprise, alors même que la zone industrielle n'était pas

---

<sup>561</sup> M. GROS, Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir, *RDP* 1997, p. 1244.

<sup>562</sup> R. VIDAL, L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, *RDP* 1952, p. 304.

<sup>563</sup> V. pour des détournements de pouvoir masqués par la technique du bilan : CAA Lyon 13 janvier 2011, Bounchada, *RDI* 2011, p. 215 ; CE 2 octobre 2006, SCI « Les fournels », *AJDI* 2007, p. 144 ; CE 17 sept. 1999, Delle Nascia, *AJDI* 2000, p. 131 ; CE 19 janvier 1994, Commune de Chailley, n° 112868.

<sup>564</sup> R. HOSTIOU, *Expropriation et préemption : aménagement, urbanisme, environnement, op. cit.*, p. 39.

<sup>565</sup> C. BOUTAYEB, Le contrôle de l'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation, *RDP* 1997, p. 1406.

<sup>566</sup> CAA Lyon 13 janvier 2011, Bounchada, *RDI* 2011, p. 215.

saturée. Le juge a déclaré l'opération comme dépourvue d'utilité publique sans examiner un éventuel détournement de pouvoir. Pour autant, selon René Hostiou, ce dernier moyen était parfaitement envisageable<sup>567</sup>.

Dans un troisième temps, il semblerait que l'application du droit de la concurrence permette aussi de sanctionner en amont tout éventuel détournement de pouvoir. Lorsqu'elle veut conclure une délégation de service public et *a fortiori* un marché public, une collectivité publique doit nécessairement procéder à une mise en concurrence des différents candidats. S'il apparaît que la collectivité a favorisé tel ou tel candidat, la procédure de passation devra être annulée<sup>568</sup>. En d'autres termes, l'intérêt public de la collectivité ne doit pas se confondre avec l'intérêt privé du candidat. La mise en concurrence permet donc de prévenir en amont tout éventuel détournement de pouvoir.

Annihilé, le détournement de pouvoir s'épuise par d'autres moyens, au premier rang desquels figure l'extension des intérêts pris en considération. Ce mouvement se trouve d'autant plus renforcé par l'intensification de la conciliation des intérêts.

## Paragraphe 2. L'intensification de la conciliation des intérêts

La fragilité de la frontière fondée sur la nature des intérêts en présence se manifeste également par l'intensification de la conciliation des intérêts, initialement utilisée pour légitimer les pouvoirs discrétionnaires (A) puis davantage dans un dessein d'universalisation des règles (B).

### A) La conception initiale de la conciliation : la légitimation des pouvoirs discrétionnaires

Le contrôle fondé sur la technique du bilan est parfois présenté par les auteurs comme un contrôle maximum, au-delà du contrôle normal. Si cette présentation nous semble erronée, puisque le contrôle normal consiste déjà à effectuer un contrôle entier de la décision<sup>569</sup>, elle révèle toutefois quelque chose : la technique du bilan permet un contrôle renouvelé de la décision administrative. D'une certaine façon, le juge ne contrôle pas seulement la décision prise, mais plutôt la *façon* dont elle a été prise. Et il n'est pas anodin que

---

<sup>567</sup> R. HOSTIOU, Du défaut d'utilité publique d'un projet d'extension d'une zone industrielle : détournement de pouvoir et théorie du bilan, note sous l'arrêt CAA de Lyon, 13 janvier 2011, Bounechada, *RDI* 2011 p. 215.

<sup>568</sup> V. par exemple : CE 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP), n° 348909.

<sup>569</sup> P. WACHSMANN, Un bilan du bilan en matière d'expropriation, La jurisprudence Ville Nouvelle-Est, trente ans après, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 742.

cette technique soit apparue en matière d'expropriation, domaine qui illustre parfaitement les pouvoirs exorbitants de l'Administration<sup>570</sup>. Ce qui est exorbitant, c'est non seulement ce qui sort du commun, mais cela de façon *excessive*<sup>571</sup>. Hauriou, à propos de l'expropriation, dira qu'il s'agit d'un pouvoir exorbitant puisqu'elle « entraîne des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers »<sup>572</sup>. En effet, l'expropriation entraîne la déposition définitive d'un propriétaire, une atteinte grave à son droit de propriété, pourtant protégé par de nombreux textes fondamentaux.

Les pouvoirs exorbitants de l'État étant de plus en plus contestés à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, la technique du bilan est apparue nécessaire pour légitimer l'expropriation. En effet, « plus le pouvoir reconnu à la puissance publique est grand, plus le juge doit se montrer exigeant »<sup>573</sup>. Le parallèle peut être fait avec les pouvoirs de police, eux aussi largement exorbitants, qui sont soumis au contrôle de proportionnalité<sup>574</sup>. A vrai dire, ce n'est pas le seul caractère exorbitant de l'expropriation qui a entraîné l'avènement de la technique du bilan ; c'est l'existence d'un pouvoir exorbitant *et* discrétionnaire – ce dernier désignant une faculté de choix de l'Administration « pour adopter la solution la plus pertinente parmi celles qui sont légalement envisageables »<sup>575</sup>. La conjonction de ces deux éléments pourrait en effet confiner à l'arbitraire. Il est d'ailleurs indéniable que « la jurisprudence du bilan a été imaginée pour encadrer le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration dans le choix du contenu de sa décision, en somme pour éviter qu'elle n'en fasse un usage arbitraire ou déraisonnable »<sup>576</sup>. Il y a l'idée que plus le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est grand, plus le contrôle du juge doit être poussé, dans les éléments contrôlés *et/ou* dans l'intensité du contrôle. La technique du bilan a permis au juge de contrôler un peu plus le pouvoir discrétionnaire de l'Administration d'abord dans un domaine particulièrement exorbitant – l'expropriation, mais par la suite dans d'autres domaines, moins exorbitants.

Selon de nombreux membres de la doctrine, le juge administratif est amené à contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, risquant ainsi de se faire administrateur lui-même. En réalité, le juge n'opère pas un contrôle *du* pouvoir discrétionnaire mais seulement

---

<sup>570</sup> Il est déjà présenté comme tel à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle : T. Ducrocq, *Cours de droit administratif, Tome II*, Thorin, 6<sup>ème</sup> éd., 1881, n° 808, p. 4.

<sup>571</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public, op. cit.*, p. 5.

<sup>572</sup> M. HAURIUO, *Droit administratif*, in L. BEQUET, *Répertoire du droit administratif*, tome XIV, Dupont, 1897, n° 17, p. 5.

<sup>573</sup> P.CABANES et P. LEGER, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA* 1972, p. 576.

<sup>574</sup> CE 19 mai 1933, Benjamin, *Rec.* p. 541.

<sup>575</sup> D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 215.

<sup>576</sup> A. VAN-LANG, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1058.



un « contrôle des actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire »<sup>577</sup>. La question de savoir si le juge se fait administrateur ou non, largement abordée, semble éclipser la question de savoir exactement comment procède le juge pour contrôler un tel pouvoir. Il opère une balance globale des intérêts, qu'ils soient publics ou privés. A partir de cela, le juge tisse le raisonnement que l'Administration aurait dû adopter et le compare à celui qu'elle a réellement adopté.

Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'Administration n'est pas transféré au juge car ce dernier se découvre en réalité de propres limites. En s'imposant d'effectuer une pesée globale des intérêts, il transforme en quelque sorte un pouvoir discrétionnaire en une compétence liée, il « découvre des conditions légales »<sup>578</sup>. Il y a donc un réel « pouvoir jurisprudentiel de créer ou reconnaître de nouveaux cas de compétence liée »<sup>579</sup>. Dès lors, ce n'est pas le juge qui acquiert un pouvoir discrétionnaire, c'est l'Administration qui le perd. Cette tendance, déjà observée par Duguit<sup>580</sup>, s'est accrue avec la balance des intérêts, qui permet de repousser les limites d'un tel pouvoir<sup>581</sup>, de rationaliser la prise des décisions. La recherche de l'efficacité est une composante majeure de ce contrôle<sup>582</sup>.

Le domaine de l'expropriation est resté quasiment le seul cas d'école de la technique du bilan pendant de longues années. Son esprit conquérant n'était encore pas aiguisé ; seules les décisions de licenciement des salariés protégés<sup>583</sup> avaient bénéficié de son rayonnement. La pesée des intérêts, leur conciliation, reste alors cantonnée à certains domaines où le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est de mise.

#### B) La conception renouvelée de la conciliation : l'universalisme des règles

Le rayonnement de la technique du bilan en contentieux administratif est indéniable ; elle s'est étendue, depuis les années 2000, à l'exécution d'une décision juridictionnelle constatant

---

<sup>577</sup> A. DE LAUBADERE, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, op. cit.*, p. 533.

<sup>578</sup> *Ibid.*, p. 535.

<sup>579</sup> *Ibid.*

<sup>580</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, De Boccard, 1921, p. 401 : « Ce n'est pas seulement la loi qui a créé des cas de compétence liée ; mais sous l'action des besoins pratiques, suivant la tendance de plus en plus nette de donner à l'administré des garanties solides contre l'arbitraire administratif, notre jurisprudence du Conseil d'État accroit de plus en plus le nombre des cas où les administrateurs ne peuvent exercer qu'une compétence liée ».

<sup>581</sup> A. BERNARD, Conclusions sur l'arrêt CE sect. 26 octobre 1973, Sieur Grassin, *AJDA* 1974, p. 38.

<sup>582</sup> A. VAN-LANG, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1058.

<sup>583</sup> CE 5 mai 1976, SAFER d'Auvergne et Ministre de l'Agriculture c. Bernette, *Rec.* p. 232.

l'irrégularité de l'implantation d'un ouvrage public<sup>584</sup>, d'une décision de préemption<sup>585</sup>, à la modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse<sup>586</sup> ou encore à l'appréciation de l'urgence dans les référés... Dans ces cas, il s'agit de savoir s'il est possible d'échapper au respect strict du principe de légalité, en tant que cela ne porte pas trop atteinte aux intérêts en présence. S'agissant par exemple d'un ouvrage public implanté irrégulièrement, le juge pourra décider de ne pas le faire démolir après avoir effectué une balance des intérêts en présence.

Mais la technique du bilan telle qu'elle est entendue par l'arrêt *Ville Nouvelle Est* est-elle la même que celle développée dans ces jurisprudences récentes ? Il s'agit toujours de peser des intérêts publics et des intérêts privés, mais l'« idéologie » qui soutient la « jurisprudence du premier bilan »<sup>587</sup> semble être différente de celle qui sous-tend le bilan du second type. En effet, alors que la première affichait pour objectif la limitation de l'arbitraire administratif, le fondement de la seconde se trouve dans la recherche de la sécurité juridique<sup>588</sup>. Il y a là l'influence incontestable du droit de l'Union européenne pour laquelle le principe de sécurité juridique – empreint d'une conception plus individualiste du droit – est particulièrement important<sup>589</sup>. Le but est alors, plus que jamais, de concilier les intérêts particuliers – publics ou privés – touchés par ladite mesure sans pour autant trop écorcher l'intérêt public tel qu'il résulte du principe de légalité.

Le but de la technique du bilan n'est alors plus de repousser les limites d'un pouvoir discrétionnaire, mais de parvenir à la décision la moins contestable possible c'est-à-dire d'arriver à un optimum : nul n'est gagnant, nul n'est perdant ; chacun peut tirer une satisfaction (même *a minima*) de la décision prise. Il s'agit d'un jeu d'équilibriste pour le juge, chargé de concilier les intérêts en présence, mais également d'un moyen efficace puisque « la technique du bilan a toutes les chances de servir d'alibi conférant une légitimité quasi-scientifique et de ce fait presque irrécusable, à des choix pour le moins contingents »<sup>590</sup>.

Malgré l'extension de la technique du bilan, le juge n'exerce pas davantage un contrôle confinant à l'opportunité ou, pour le dire autrement, un rôle politique. Bien au contraire : il tend à extraire la dimension politique des choix faits par l'Administration. En effet, le

---

<sup>584</sup> CE sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *Rec.* p. 21.

<sup>585</sup> CE sect. 26 février 2003, M. et Mme Bour, *Rec.* p. 59.

<sup>586</sup> CE 11 mai 2004, Association AC !, *Rec.* p. 197.

<sup>587</sup> Comprendre : « celle initiée par l'arrêt *Ville Nouvelle Est* ». A. VAN-LANG, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, *op. cit.*, p. 1073.

<sup>588</sup> A. VAN-LANG, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, *op. cit.*, p. 1072.

<sup>589</sup> F. MELLERAY, L'exorbitance du droit administratif en question(s), *AJDA* 2003, p. 1961.

<sup>590</sup> J. CAILLOSSE, Le manager entre dénégation et dramatisation du droit, *op. cit.*, p. 94.

politique<sup>591</sup> c'est le conflit (et non l'affrontement), qui postule de choisir son camp, de prendre parti<sup>592</sup>. Le juge administratif, en usant la technique du bilan et en incitant l'Administration à en faire de même, évince cette dimension politique de la prise de décision administrative. Les choix que l'Administration fait ne doivent plus être dictés par le pouvoir politique, mais par une méthode rationnelle et rationalisée.

Il y a là un indice révélateur de la nouvelle figure du juge, qui a quitté le modèle de « Jupiter » – où la logique hiérarchique domine, délaissé le modèle d'« Hercule » – où le juge est entraîneur – pour se rapprocher du modèle d'« Hermès », où le juge opère comme un régulateur entre les différentes sources et aspirations<sup>593</sup>. Hermès, dieu des voyageurs et de la communication, « illustre cette nouvelle logique régulatoire propre aux réseaux hybrides [...] : il ne s'agit plus de trancher à l'aide d'une loi ou de décider sur la base d'un plan fixé *a priori*, mais d'ajuster un ensemble virtuellement infini d'intérêts concurrents »<sup>594</sup>. Peu importe alors la nature des intérêts en cause, publique ou privée.

On pourrait déduire de l'expansion de la pesée des intérêts, encouragée par la nécessité d'adoucir l'application brutale et uniforme du principe de légalité, un certain affaiblissement de la norme juridique, qui doit s'adapter à toutes les situations, en fonction des intérêts en présence. Gérard Timsit en déduit plutôt la garantie d'une véritable universalité de la norme, par sa mise en œuvre différenciée, contextualisée, proportionnalisée<sup>595</sup>. Chaque situation est unique et doit être traitée de façon différente. Le Conseil d'État le rappelle dès qu'il le peut<sup>596</sup>. La pesée des intérêts sert à donner un contexte à un litige afin d'aboutir à une situation optimale pour tous les intérêts en présence. Pour décider de différer ou non les effets d'une annulation contentieuse, le juge devra rechercher la solution optimale, celle qui nuit le moins aux intérêts en présence.

D'une certaine façon, les destinataires de ladite décision deviennent quelque peu ses auteurs ; le processus de décision est endogénéisé<sup>597</sup>. « Le monde extérieur sert de partenaire au for intérieur »<sup>598</sup>. En effet, si chaque intérêt en présence est pris en considération, alors chacun aura participé au processus d'élaboration de la décision, celle-ci s'en trouvant

---

<sup>591</sup> Nous ne parlons pas ici de *la* politique, mais *du* politique, c'est-à-dire des liens entre les hommes vivant ensemble.

<sup>592</sup> P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>593</sup> L. CADIET (et autres), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 698.

<sup>594</sup> *Ibid.*, p. 700.

<sup>595</sup> G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>596</sup> Dans ses décisions, il rappelle en effet fréquemment qu'il exige, pour prendre une décision, « l'examen des circonstances de chaque affaire » (CE Ass. 23 décembre 1959, Freyssinet, *Rec.* p. 706), « l'appréciation complète des circonstances de l'espèce » (CE décembre 1962, *Ministre de la Santé c. Constantin*, *Rec.* p. 683)...

<sup>597</sup> G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>598</sup> F. JULLIEN, *Le détour et l'accès, Stratégie du sens*, Fayard, 1995, p. 124.

renforcée : il ne s'agit plus de se soumettre à une règle passivement, mais de participer activement à son élaboration. « Ainsi fonctionne une auto-normativité qui, fondée sur l'endogénéité de la règle, en garantit aussi, par son ajustement exact à chacune des situations concrètes, la véritable universalité »<sup>599</sup>. La pesée des intérêts vise incontestablement cette universalité, puisqu'elle permet d'ajuster chaque décision en fonction du contexte dans lequel elle s'inscrit. La technique du bilan, « panacée de tous les problèmes dont souffre actuellement le droit public »<sup>600</sup> ? En tout état de cause il semblerait qu'elle ait de beaux jours devant elle.

Ce mouvement de conciliation globale a indéniablement mis à mal la frontière entre les intérêts publics et privés. Fragilisées, les frontières n'en appellent qu'à être renouvelées.

## *Section 2. Des frontières renouvelées*

La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés ne permet pas de tout expliquer ; souvent, elle n'explique pas l'absence, le refus de conciliation entre deux intérêts (Paragraphe 1). Elle explique encore moins les différences de régimes juridiques applicables (Paragraphe 2). Ces deux lacunes incitent à découvrir d'autres frontières aux vertus explicatives.

### Paragraphe 1. De nouvelles frontières justifiant l'absence de conciliation

Certains intérêts, en l'état actuel du droit, ne se concilient pas. Pour autant, la frontière de la non-conciliation des intérêts ne suit pas celle érigée entre les intérêts publics et les intérêts privés, qui voit ainsi sa fonction affaiblie (A). En revanche, la frontière qui s'érige entre les intérêts économiques et politiques semble plus encline à expliquer cette absence de conciliation des intérêts (B).

---

<sup>599</sup> G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>600</sup> R. SCHWARTZ, L'autorisation d'équipement commercial doit prendre en compte le droit de la concurrence, Conclusions sur CE 30 juillet 2003, SA Caen Distribution, *AJDA* 2003, p. 2036.

A) La frontière entre intérêts publics et intérêts privés : une fonction juridique affaiblie

Le rôle de l'État est d'établir un équilibre entre le public et le privé<sup>601</sup>, entre les intérêts publics et les intérêts privés, mais également entre les intérêts publics eux-mêmes. C'est à lui, s'il veut survivre, de conserver une telle frontière. La figure de l'État peut se comprendre à l'observation des rapports qui sont institués entre les intérêts publics et privés. De même, la figure du juge révèle souvent celle de l'État dans lequel il s'insère. Or, jamais le juge administratif n'a autant eu recours aux intérêts publics et privés, non pour opposer de façon intransigeante les premiers aux seconds, mais plutôt pour les concilier. Cette tendance, qui caractérise un juge régulateur<sup>602</sup>, se retrouve également chez l'État. Certains ont ainsi parlé d'un « État régulateur »<sup>603</sup> dont la fonction est de préserver les grands équilibres économiques et politiques, publics et privés.

Plus modeste, l'État régulateur fait suite à l'État interventionniste qui avait élargi la sphère publique par le biais de nationalisations d'entreprises privées, d'un interventionnisme économique poussé, puis d'une collaboration entre le public et le privé. Avant l'avènement d'un tel paradigme interventionniste, schématiquement, les intérêts publics, de teneur politique, s'opposaient aux intérêts privés, de teneur économique. Aujourd'hui encore, on oppose les intérêts publics et les intérêts privés, mais leur teneur respective n'est plus la même. A l'époque de Maurice Hauriou, c'est-à-dire au début du XX<sup>ème</sup> siècle, « les intérêts privés même sous forme collective sont essentiellement d'ordre économique. Ils ont trait à la production ou à la répartition des richesses, sans se préoccuper des répercussions que leur poursuite peut avoir sur la chose publique. Les intérêts publics, même d'ordre collectif, sont, au contraire, des intérêts à caractère politique, c'est-à-dire touchant à ce qu'on peut appeler, au sens large, la *police de la cité* »<sup>604</sup>.

Ce qui s'opère, sous l'État interventionniste, c'est d'une part le déclin de la pertinence juridique de la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés. Il n'y a plus d'exclusion *a priori* entre un intérêt public et un intérêt privé ; ils sont tous, en soi, conciliables. La question paraîtra alors naïve : à quoi sert encore de distinguer les intérêts publics et les intérêts privés ? Quelle est la fonction de la frontière qui est censée les séparer ? Il semblerait que la frontière entre intérêts publics et intérêts privés, souvent présentée comme la ligne de séparation propre à distinguer l'État de la société civile, propre à reconnaître l'existence ou non d'un État républicain, existe encore, mais qu'elle ait perdu de sa pertinence. En effet, la

---

<sup>601</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002, p. 59.

<sup>602</sup> G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 765.

<sup>603</sup> J. CHEVALLIER, L'État régulateur, *RFAP* 2004 n° 111, p. 473.

<sup>604</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 59.

frontière de l'inconciliation ne correspond plus à celle établie entre le public et le privé, qui demeure. La frontière de l'inconciliation est tortueuse ; elle ne se trace pas entre d'un côté les intérêts conciliables et de l'autre, les intérêts non-conciliables. En soi, tous les intérêts sont conciliables ; seules certaines combinaisons, en droit positif, ne sont pas admises. Il n'y a plus de certitudes, tout est affaire de circonstances.

D'autre part, s'opère un certain déphasage entre la frontière public/privé et la frontière politique/économique. En d'autres termes, la satisfaction d'intérêts économiques peut désormais correspondre à un intérêt public. La sphère économique, qui se superposait à la sphère privée, tend alors à se déplacer pour se situer tant sur la sphère publique que sur la sphère privée. Le jeu des intérêts économiques, leur revalorisation, a contribué à rapprocher les intérêts publics et privés. En effet, « à partir du moment où le public se trouve assis sur des valeurs économiques et marchandes, il cesse, logiquement, d'être opposé aux intérêts privés »<sup>605</sup>. Pour reprendre le cas de l'expropriation, elle a pu, notamment avec la loi du 6 août 1953<sup>606</sup>, être mise au service de préoccupations économiques et non politiques, qu'il s'agisse de lotissements<sup>607</sup> ou de défense de l'emploi<sup>608</sup>, voire de l'installation d'un parc d'attraction comme Eurodisneyland<sup>609</sup> et ce « non sans risque de confusion entre intérêts publics et intérêts privés »<sup>610</sup>. Les deux frontières – public-privé et politique-économique – se déphasent. De multiples combinaisons sont alors possibles : des intérêts publics politiques, des intérêts publics économiques, des intérêts privés économiques et même des intérêts privés politiques<sup>611</sup>.

Les frontières se sont alors multipliées au sein des deux catégories d'intérêts publics et d'intérêts privés, donnant naissance à des intérêts dits collectifs, qui sont ceux d'un « groupement d'individus organisés ou non, plus ou moins larges, distincts des intérêts particuliers des membres qui le composent »<sup>612</sup>. Alors que Didier Truchet avoue ne pas avoir trouvé de réponse satisfaisante pour distinguer l'intérêt collectif de l'intérêt public<sup>613</sup> – ce qui argue de leur proximité – Maurice Hauriou le considère indubitablement comme un intérêt privé. Il en est de même pour l'intérêt social, qui correspond pour Maurice Hauriou, à un

---

<sup>605</sup> J. CAILLOSSE, *Le public du droit administratif*, *op. cit.*, p. 393.

<sup>606</sup> Loi n°53-683 du 6 août 1953 dite foncière accordant des facilités supplémentaires pour l'acquisition de terrains nécessaires à la construction d'habitations et à l'aménagement de zones affectées à l'habitation ou à l'industrie, *JORF* du 7 août 1953 p. 6947.

<sup>607</sup> CE 30 novembre 1966, *Ménager*, *Rec.* p. 994.

<sup>608</sup> CE 5 juin 1981, *Epx Dudois*, *Rec. T.* p. 771.

<sup>609</sup> CE 23 mars 1992, *Martin*, *Rec.* p. 130.

<sup>610</sup> F. BOUYSSOU, *Droit de l'urbanisme et développement économique et commercial*, *AJDA* 1993 p. 161.

<sup>611</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 543.

<sup>612</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, p. 302.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 303.

intérêt privé<sup>614</sup>, alors qu'il s'apparente à un intérêt public pour Didier Truchet<sup>615</sup>. Hauriou avait en effet une conception pure de l'intérêt public, qui ne pouvait revêtir qu'un caractère politique : tout intérêt d'ordre économique était privé. Or, rien ne fait désormais obstacle, et ce depuis le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, à ce qu'un intérêt économique soit érigé en intérêt public<sup>616</sup>. Maurice Hauriou n'y verrait que des intérêts collectifs, non-publics. Le déphasage des frontières public-privé et politique-économique a donc eu pour conséquence de mettre à jour des types d'intérêts hybrides, difficilement classables.

Il semble que l'avènement d'un État régulateur ne revienne pas sur la recherche de conciliation constante entre les intérêts publics et intérêts privés, à en voir, par exemple, comment prospère la contractualisation entre les deux sphères. En revanche, il semblerait que, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la frontière entre les intérêts d'ordre économique et ceux d'ordre politique trouve une nouvelle naissance.

#### B) La frontière entre les intérêts économiques et politiques : une fonction rafferme

L'action de l'État régulateur se caractérise par une prise en considération de tous les intérêts en présence afin d'obtenir la meilleure décision, la moins contestable, la plus universelle. Toutes les parties prenantes à une décision devront être consultées, leurs intérêts conciliés. Afin d'opérer une telle conciliation, le conciliateur a dû être isolé : « il est nécessaire que la régulation incombe à des instances neutres et objectives, [...] déconnectées du reste de l'appareil, et de ce fait capables de définir les conditions d'un juste équilibre entre les intérêts sociaux de toute nature, intérêts publics compris »<sup>617</sup>. Le régulateur ne doit pas être une instance neutre, désintéressée quand il régule le marché : il ne doit pas y détenir d'intérêts. Or l'État a de « nombreuses casquettes »<sup>618</sup> sur le marché, ou du moins il en avait. Jusqu'à une période assez récente, il pouvait le réglementer tout en y agissant en tant qu'opérateur – comme propriétaire ou actionnaire. La fonction de réglementation correspond à un intérêt d'ordre politique, visant le vivre-ensemble<sup>619</sup> alors que l'action en tant qu'opérateur répond davantage à un intérêt économique. Pour autant, les deux intérêts sont publics.

S'il n'est question ici que d'intérêts d'ordre politique ou économique, le rapprochement peut être fait avec la séparation des pouvoirs économique et politique telle qu'elle a été

---

<sup>614</sup> M. HAURIOU, Note sous CE 25 novembre 1927, Société des établissements Arbel, *S.* 1938.III p. 17.

<sup>615</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 290.

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>617</sup> J. CHEVALLIER, La régulation juridique en question, *Droit et société*, n°49, 2001, p. 827.

<sup>618</sup> C. MALECKI, L'Etat actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques, *D.* 2005, p. 1028.

<sup>619</sup> M. HAURIOU, Note sous TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *S.* 1900.III.49.

théorisée par Maurice Hauriou. Les intérêts se situent en effet en amont des différents pouvoirs ; ils sont le « fondement même de la séparation des pouvoirs » qui organise « selon une distribution rationnelle et ouverte des fonctions, la réalisation des intérêts de la communauté et des individus »<sup>620</sup>. Il n'y a pas correspondance absolue entre la réalisation d'intérêts et l'existence d'un pouvoir. Pour autant, il y a, à la source de tout pouvoir, des intérêts qui s'expriment. Le pouvoir économique réside dans la faculté de procurer autour de soi la subsistance ; le pouvoir politique dans la faculté de créer des situations juridiques avantageuses en vue de la satisfaction des besoins <sup>621</sup>. Le pouvoir économique, relayant les intérêts du même nom, agit directement sur le marché alors que le pouvoir politique se situe davantage au-dessus du marché ; il le supervise et agit à l'aide de moyens exorbitants.

L'influence de l'Union européenne et l'influence du paradigme néolibéral a conduit à redessiner des frontières gommées : non pas celle entre les intérêts publics et les intérêts privés, mais plutôt celle entre les intérêts économiques et les intérêts non-économiques, c'est-à-dire politiques. L'idée selon laquelle l'État « cumule des fonctions qui peuvent donner naissance, en son sein, à des intérêts contradictoires, et donc à des conflits entre ces intérêts »<sup>622</sup> prospère. Il faut séparer l'État actionnaire (ou propriétaire) de l'État régulateur-puissance publique<sup>623</sup>. Ainsi, certains intérêts publics peuvent s'opposer et entrer en conflit, notamment lorsqu'ils sont pris en charge *par une même entité*. Dans certains cas, le droit positif prohibe en effet la possibilité pour une même personne, physique ou morale, d'assumer certains intérêts concurrentement.

La résurgence de la frontière entre les intérêts d'ordre économique et les intérêts d'ordre politique est particulièrement perceptible dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Selon elle, soit « l'intervention publique dans le capital de l'entreprise bénéficiaire poursuit un *objectif économique* qui pourrait également être poursuivi par un investisseur privé », soit « elle est justifiée par la poursuite d'un objectif d'intérêt public et doit être considérée comme une forme d'intervention de l'État *en tant que puissance publique* »<sup>624</sup>. En d'autres termes, soit l'État agit dans un intérêt économique, soit il agit dans un intérêt public *en tant que puissance publique*. Or, on sait que l'action en tant que puissance publique caractérise, selon Elodie Saillant, la spécificité du pouvoir politique<sup>625</sup>.

---

<sup>620</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>621</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>622</sup> J.-D. DREYFUS, Le conflit d'intérêts en droit public. Aspects non contentieux, *LPA* 17 juin 2002, p. 5.

<sup>623</sup> CJCE, 14 septembre 2004, aff. C-278/92 : « il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique ».

<sup>624</sup> Trib. UE, 15 déc. 2009, aff. T-156/04, EDF c. Commission, *Rec. UE* p. II 4503; nous soulignons.

<sup>625</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 16.



La dissociation opérée ne suit donc pas la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés, mais plutôt entre les intérêts politiques et les intérêts économiques. Ce que l'on veut éviter, en séparant les divers intérêts, c'est qu'une même entité les exerce tous, politiques et économiques. On veut en quelque sorte conserver leur pureté, éviter qu'ils ne se mélangent. Les intérêts propres à l'expression de la souveraineté – qualifiés de politiques – et ceux propres à la propriété – qualifiés d'économiques – doivent demeurer séparés<sup>626</sup>. Les intérêts publics et privés ne subissent pas le même traitement ; ils sont conciliés, harmonisés, mélangés autant que possible. Il y a là l'illustration que la frontière de l'inconciliation n'est pas identique à celle qui sépare les intérêts publics des intérêts privés.

L'État, suivant la jurisprudence de l'Union européenne, va alors se fragmenter selon ses différentes fonctions, selon les différents intérêts qu'il entend satisfaire. Tous sont des intérêts publics : réglementer ou réguler un marché, être propriétaire ou actionnaire d'une entreprise opérant sur le marché. Pour autant, ces différents intérêts vont être répartis dans différentes structures. C'est le cas par exemple du marché de l'électricité et du gaz, où les grandes entreprises nationales (Electricité de France et Gaz de France) ont acquis la forme d'une société commerciale<sup>627</sup>, mais où l'actionnariat public demeure, et où la fonction de régulation du marché a été confiée à une autorité administrative indépendante, la Commission de Régulation de l'Énergie. Procéder à une telle séparation des divers intérêts ne restaure pas la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés, mais plutôt à réactualiser la frontière entre les intérêts économiques et les intérêts politiques. Cette frontière permet de mieux comprendre, en l'état actuel du droit, où se situe la frontière de l'inconciliation, et aussi certainement les différences de régimes juridiques applicables.

## Paragraphe 2. De nouvelles frontières justifiant les différences de régimes juridiques applicables

La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés ne permet plus d'expliquer pleinement les différences de régimes applicables à la réalisation de ceux-ci (A) d'où la recherche d'autres frontières, plus à même de comprendre pourquoi deux intérêts ne seraient pas conciliables (B).

---

<sup>626</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 295.

<sup>627</sup> Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* n°185 du 11 août 2004, p. 14256.

### A) La frontière entre intérêts publics et privés : une frontière insuffisante

La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés permet traditionnellement de savoir où se situe la frontière entre le droit public et le droit privé<sup>628</sup>. Elle est alors conçue comme fondatrice de catégories juridiques : les intérêts publics et privés sont censés se retranscrire, en droit positif, respectivement en droit public et en droit privé. Cette distinction est déjà présente chez l'Ulpien pour lequel « l'étude du droit a deux domaines : le droit public et le droit privé. Le droit public envisage tout ce qui a rapport à l'État romain, le droit privé ce qui concerne les intérêts privés »<sup>629</sup>.

L'intérêt public a même été posé comme le critère finaliste du droit administratif par Jean Rivero, qui dans un fameux article considère que « les règles du droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits »<sup>630</sup>. Le lien est étroit entre l'application du droit administratif et l'existence d'un intérêt public, celui-ci justifiant l'application de règles exorbitantes<sup>631</sup>. Mais la frontière qui sépare le droit public du droit privé se confond-elle encore avec celle qui sépare les intérêts publics des intérêts privés ?

La publicisation des intérêts privés et la privatisation des intérêts publics, qui a eu pour effet de brouiller la frontière entre eux, n'a pas laissé la frontière entre droit public et droit privé de marbre. Pour autant, les deux frontières ne se sont pas déplacées de concert ; un certain déphasage s'est là encore s'est opéré. S'il est certain que partout où il y a droit public, il existe un intérêt public, le contraire n'est pas vrai : le droit privé peut s'appliquer à la réalisation d'un intérêt public.

Ce processus s'est intensifié sous l'influence du droit de l'Union européenne, dont la vision et la construction du droit diffèrent de celle des États. L'Union européenne n'est pas un État ; elle n'a pas eu à se construire par opposition à la société civile. En effet, « le tracé de la frontière [entre public et privé], ses modes de gestion, tout cela ne prend sens que dans l'histoire singulière de la construction d'un État »<sup>632</sup>. De fait, l'Union européenne ignore

---

<sup>628</sup> V. par exemple : F. TERRE, *Introduction au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 9<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 86.

<sup>629</sup> Cité et traduit par M. DE VILLIERS (dir.), *Droit public général*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 32.

<sup>630</sup> J. RIVERO, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, *RDP* 1953, p. 294.

<sup>631</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>632</sup> J. CAILLOSSE, *Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique*, *op. cit.*, p. 963.

largement la séparation entre le public et le privé dans son droit<sup>633</sup> et pourtant, son ordre juridique s'intègre largement à l'ordre interne, où la *summa divisio* prospère. Nécessairement, sa conception du droit aura une influence sur les droits internes. En effet, « il s'agit moins ici pour le droit de l'Union européenne de se doter d'une *summa divisio* propre que de perturber ou faire évoluer la *summa divisio* telle qu'elle existe dans les différents droits nationaux »<sup>634</sup>.

L'Union européenne a « brouillé la frontière entre Public et Privé au profit d'une logique du marché »<sup>635</sup>. Ainsi, elle ne parle pas de « service *public* » mais de « service d'intérêt économique général », de « service d'intérêt général non-économique » ou encore de « service universel ». Il ne s'agit pas alors de créer une distinction entre ce qui est public et ce qui est privé, mais entre ce qui est économique et ce qui est non-économique. Il y a là l'idée que « la notion de service public recouvre des réalités trop différentes pour avoir encore un sens ; elle n'a plus guère de valeur juridique explicative »<sup>636</sup> ; « ses conséquences juridiques propres sont de plus en plus réduites »<sup>637</sup>. Cela est dû à la conception particulièrement extensive du service public, intégrant des activités économiques comme le préconisait Léon Duguit, les services publics étant pour lui « toutes choses maintenant indispensables à la vie nationale »<sup>638</sup>. C'est la question de savoir ce qui est *public*, par rapport au privé, de savoir où se situe la frontière entre les deux qui a perdu de sa pertinence juridique, puisque l'on n'attache plus un régime particulier ni à l'un, ni à l'autre. Cela manifeste une « évidente crise des concepts juridiques par lesquels se définissent les espaces juridiques de l'Etat et du marché »<sup>639</sup>.

La logique est la même pour ce qui concerne la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés. Les uns comme les autres étant largement diversifiés, les régimes juridiques diffèrent au sein même des catégories. Si la distinction entre intérêts publics et intérêts privés demeure, elle tend toutefois à devenir inopérante pour savoir quel sera le régime juridique applicable. En effet, certains intérêts publics peuvent se voir appliquer majoritairement le droit privé, s'ils sont concrétisés par un service public à caractère industriel et commercial<sup>640</sup>. Dès 1921, une dissociation s'opère entre la nature de l'intérêt poursuivi et le régime juridique applicable : certains « services sont de nature privée » mais il importe [pour

---

<sup>633</sup> J.-S. BERGE, La *summa divisio* droit public-droit privé et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? Une question pour quoi ?, in B. BONNET (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 48.

<sup>634</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>635</sup> A. WINCKLER, Public et privé : l'absence de préjugé, *Archives de philosophie du droit, Le privé et le public* n° 41, 1997, p. 302.

<sup>636</sup> D. TRUCHET, Renoncer à l'expression « service public », *AJDA* 2008 p. 553.

<sup>637</sup> J.-B. AUBY, La bataille de San Romano, *AJDA* 2001, p. 912.

<sup>638</sup> L. DUGUIT, *Leçons de droit public général faites à la faculté de Droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février, mars 1926*, De Boccard, 1926, p. 150.

<sup>639</sup> *Ibid.*

<sup>640</sup> TC 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, *Rec.* p. 91.

l'État] de les assurer dans un intérêt public<sup>641</sup>. La réalisation d'un intérêt public peut donc se faire sous l'égide du droit privé. De même, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État de 1938, *Caisse Primaire « Aide et Protection »*, le commissaire du gouvernement Latournerie distingue les services publics – régis par le droit public – des services d'intérêt public – régis par le droit privé.

D'autres intérêts publics se verront uniquement appliquer le droit public, parce qu'ils se concrétisent dans une activité politique, non-économique, et nécessitent, pour leur réalisation, de prérogatives de puissance publique. Ces activités sont dites essentielles ; elles reflètent des intérêts publics non-économiques. Selon Elodie Saillant, il n'y a pas, par essence, des intérêts non-économiques, c'est-à-dire politiques. En effet, « ce ne sont pas la nature, les caractéristiques, de l'activité [...] qui en font une activité politique, loin s'en faut, mais uniquement le constat que, lorsque l'État l'exerce, il le fait à la manière de l'État »<sup>642</sup>. D'autres intérêts publics encore se verront appliquer le droit de la concurrence, parce qu'ils sont d'essence économique, parce que l'État n'a pas voulu adjoindre, pour leur réalisation, des moyens exorbitants.

Ainsi, reconnaître qu'un intérêt fait partie de la sphère publique, c'est-à-dire qu'il est un intérêt public, ne donne pas beaucoup d'indications sur le régime juridique qui lui sera applicable. Distinguer les intérêts d'ordre politique et ceux d'ordre économique ne revient pas à « tracer la frontière entre activité publique et activité privée, mais elle sert à délimiter de nouvelles frontières à l'intérieur du secteur public, soit – plus rarement – à l'intérieur du secteur privé »<sup>643</sup>. Aux intérêts publics répondent une kyrielle de régimes juridiques. Les frontières relatives aux régimes juridiques applicables (droit public ou droit privé) ne correspondent donc pas à celle qui délimite les intérêts publics des intérêts privés.

#### B) La frontière entre les intérêts économiques et politiques : une frontière pertinente

Comme le note Pierre Moor, « dans la mesure où les intérêts publics et les intérêts privés s'entrecroisent et tendent à se confondre, la distinction entre le droit privé et le droit public devient de plus en plus difficile à faire. Le critère de l'intérêt étant devenu largement inopérant, on a recours à un autre critère, celui du rapport de subordination, du rapport de

---

<sup>641</sup> P. MATTER, Conclusions sur TC 22 janvier 1921, S. 1924.3, p.34.

<sup>642</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, op. cit., p. 543.

<sup>643</sup> L. RICHER, Service public et intérêt privé, *Archives de philosophie du droit*, p. 297.

puissance publique que l'État établit »<sup>644</sup>, ce qui pourrait se traduire par la séparation entre le politique – ou puissance publique – et l'économique.

On se rappelle de la façon dont Maurice Hauriou s'insurgeait, en 1899, dans sa note sous l'arrêt *Canal de Gignac*<sup>645</sup>, qui reconnaissait la qualité d'établissement public à des associations syndicales. Cette décision du Conseil d'État mettait déjà à mal, selon lui, l'antinomie qui devait exister entre le public et le privé, le politique et l'économique : l'État, personne publique, ne devait pas incorporer des associations syndicales en son sein, car celles-ci étaient intrinsèquement mues par un but économique, non-politique. « L'État n'est pas une association pour travailler ensemble à la production de richesse »<sup>646</sup> et si son activité peut apporter au pays un enrichissement et créer une plus-value, ce n'est qu'indirectement, qu'une « arrière-pensée »<sup>647</sup>. Avec l'arrêt *Canal de Gignac*, cela change, car on considère qu'économie et public ne sont pas nécessairement antinomiques. En faisant l'amalgame entre les intérêts économiques et la chose publique, toujours selon Maurice Hauriou, « c'en est fini de l'égalité » qui fonde le régime d'État puisque les intérêts économiques sont « foncièrement différentiels et inégalitaires »<sup>648</sup>.

Hauriou a eu beau s'insurger, le fil de l'Histoire n'a pas suivi ses préconisations ; l'État interventionniste a eu pour effet, on l'a dit, de mêler le public, le politique et l'économique. En effet, « la diffusion des prérogatives de puissance publique dans l'activité économique a fait perdre de son acuité à la distinction autorité-gestion »<sup>649</sup>. Il y a l'idée qu'« à tous les actes de l'État et de ses démembrements se mêle une notion d'intérêt public, une idée de puissance publique impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun »<sup>650</sup>. Ainsi, peu importe que l'État agisse dans un intérêt économique, il reste l'État et dispose à ce titre de moyen exorbitants.

Mais le droit de l'Union européenne pourrait consacrer un certain retour à cette distinction perdue entre actes de gestion et actes d'autorité, c'est-à-dire entre la concrétisation des intérêts économiques et des intérêts politiques. La Cour de justice de l'Union européenne semble alors particulièrement sensible à la distinction entre le politique et l'économique<sup>651</sup> ;

---

<sup>644</sup> P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>645</sup> M. HAURIOU, Note sous l'arrêt TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *J.* 1900.III, p. 49.

<sup>646</sup> *Ibid.*

<sup>647</sup> *Ibid.*

<sup>648</sup> *Ibid.*

<sup>649</sup> L. RICHER, Service public et intérêt privé, *op. cit.*, p. 296.

<sup>650</sup> G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, La mémoire du droit, 1906 [réimp. 2009], p. 172.

<sup>651</sup> P. YOLKA (et autres), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Dalloz, 2012, p. 158.

L'Union européenne procède même à une sorte de « réactivation »<sup>652</sup> de la représentation du monde exposée par Hauriou et les auteurs classiques. Si la distinction entre l'économique et le non-économique semble favorisée au sein de l'Union européenne, c'est parce qu'elle recouvre une réalité plus claire que celle entre public et privé. Se voulant pragmatique, le droit de l'Union européenne n'attache pas de valeur métajuridique à ce que peut être le « public ». En effet, même si les termes « public » et « privé » peuvent se retrouver dans le droit de l'Union européenne, « l'opposition des deux termes n'a pas la fonction structurante qu'elle revêt dans le droit national »<sup>653</sup>. Ses catégories structurantes sont d'une autre nature<sup>654</sup>. Ainsi, ce qui est considéré comme « public » par l'Union européenne ne le sera pas nécessairement dans l'ordre interne, et inversement. De même, quand la Cour de justice utilise la notion d'« intérêt public », le « public » ne fait pas référence aux mêmes schèmes de pensée que lorsqu'elle est utilisée par les juridictions administratives<sup>655</sup>.

L'enjeu de la séparation entre le politique et l'économique aujourd'hui n'est plus tellement de savoir si l'on appliquera le droit public ou le droit privé, mais plutôt si on appliquera ou non le droit de la concurrence. En effet, « pour définir le champ d'application des règles de concurrence les organes d'application doivent dire si une activité a ou non le caractère d'une entreprise, sachant que même une activité gérée par un État peut être une entreprise »<sup>656</sup>. Le droit de l'Union européenne s'attache davantage à une conception fonctionnelle des choses : une entreprise, en droit de l'Union européenne, est une « entité exerçant une activité économique *indépendamment du statut juridique de cette entité* »<sup>657</sup>. L'État peut être considéré comme une entreprise s'il poursuit un intérêt économique. Dès lors, on lui appliquera le droit de la concurrence. Il semble d'ailleurs que le Conseil d'État ait également adopté cette distinction, si l'on en suit l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>658</sup> où il distingue les activités de service public nécessitant l'emploi de procédés exorbitants des « activités économiques » – ces dernières requérant l'application du droit de la concurrence.

Selon Elodie Saillant, lorsque l'on applique le droit privé ou le droit de la concurrence à la réalisation d'intérêts publics, c'est que ceux-ci sont davantage économiques que politiques<sup>659</sup> ; ils ne nécessitent pas l'autorité, la puissance qui s'attache au droit public. Les

---

<sup>652</sup> *Ibid.*

<sup>653</sup> L. AZOULAI, Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne, *RTDE* 2011, p. 842.

<sup>654</sup> *Ibid.*

<sup>655</sup> Cette dernière y a recours principalement pour faire échapper à une institution l'application d'une règle, comme la communication de documents administratifs.

<sup>656</sup> L. RICHER, Service public et intérêt privé, *op. cit.*, p. 296.

<sup>657</sup> CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser / Macrotron, C-41/90, *Rev. UE* p. I-1979 ; nous soulignons.

<sup>658</sup> CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *Rev.* p. 272.

<sup>659</sup> E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 535.

intérêts politiques sont affublés de l'exorbitance ; seuls ceux-ci *nécessitent*, en l'état actuel du droit des moyens exorbitants du droit commun. Le pouvoir de commandement devient en effet « une nécessité liée aux intérêts politiques d'un groupe social [...] ; l'État »<sup>660</sup>. Il y a là la séquelle d'un temps révolu, mais qui marque encore le droit administratif contemporain à savoir que celui-ci est un droit politique, « au sens où ses différentes règles, des plus essentielles à certaines d'apparence plus anodine, reposent, plus ou moins directement, sur un substrat idéologique, sur une conception du rôle de l'Etat, du champ de son intervention et de ses rapports avec les administrés »<sup>661</sup>.

---

<sup>660</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>661</sup> F. MELLERAY, L'exorbitance du droit public en question(s), *AJDA* 2003, p. 1961.





## CONCLUSION

Etudier les intérêts publics et les intérêts privés, c'est-à-dire tant ce qu'ils représentent mais aussi les rapports qu'ils entretiennent entre eux, c'est se rendre compte que ce n'est pas une faille qui les sépare, ni même un monde. C'est se rendre compte qu'ils font partie du même monde, qu'il n'y a pas une unique frontière. Etudier les intérêts publics et les intérêts privés, c'est comprendre la complexité du monde juridique.

Deux mouvements s'opèrent en effet simultanément, et sont indissociables l'un de l'autre. D'une part, les définitions, ou plutôt l'identification des concrétisations de ce que sont les intérêts publics et les intérêts privés, se renouvellent sans cesse. Mais plus que cela, c'est leur critère de définition qui change. Le critère organique, à l'art simplificateur, semble déchoir : de plus en plus, on reconnaît que les personnes publiques puissent détenir des intérêts privés. Parallèlement, il est aujourd'hui acquis que les personnes privées exercent des intérêts publics, même si elles ne les *détiennent* pas.

Le critère fonctionnel, fondé sur la fonction qu'exercent les intérêts publics et les intérêts privés, moins pur mais sans doute plus commode, a permis de comprendre à quoi servaient les uns et les autres, quels étaient leur fil d'Ariane. Exclue de toute idée de transcendance, les intérêts publics servent en premier lieu à légitimer l'action administrative. En effet, les intérêts publics ne sont pas synonymes d'intérêt général ; ils le composent. Bien que l'amalgame soit souvent fait, tant par la doctrine que par le juge, il semble que l'intérêt général et les intérêts publics trouvent un sens autonome. Ils ne sont pas non plus synonymes d'intérêts privés. Ils se situent entre l'un et les autres.

L'intérêt général est le monde où les îlots d'intérêts privés émergent parmi les mers d'intérêts publics. Et les mers semblent recouvrir un certain nombre d'îles : les intérêts publics ne cessent de se multiplier, en intégrant l'intérêt concurrentiel, environnemental ou encore, selon certains, l'intérêt financier. Sans établir une quelconque définition, l'on pourrait toutefois se risquer à cela : *un intérêt public est un intérêt général circonstancié ; un intérêt particulier qui conserve une fonction de représentation*. Principalement maniés par le juge administratif, les intérêts publics servent en second lieu à encadrer l'action administrative. Leur identification par le juge est en effet très pragmatique, celui-ci recourant largement aux circonstances d'espèce, abandonnant toute identification *in abstracto*. C'est alors davantage le juge que le législateur qui peut reconnaître l'existence des intérêts publics.

D'autre part, les frontières qui séparent les intérêts publics et les intérêts privés s'ajustent perpétuellement. Plus que l'identification ou encore la formation des intérêts publics et privés, c'est la vie, c'est-à-dire les rapports qu'ils entretiennent qui sont source de complexité. La frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés demeure et la supériorité des

premiers sur les seconds n'est pas remise en cause, même si leur façon de s'imposer est moins fondée sur l'autorité que sur la négociation. A la frontière traditionnelle entre les intérêts publics et privés s'ajoutent celle entre les intérêts publics eux-mêmes : deux intérêts publics peuvent s'opposer et, au fil du temps, une certaine hiérarchisation *a posteriori* a pu s'établir entre eux. Si les frontières demeurent, il est incontestable qu'elles se déplacent constamment du fait de la conciliation de plus en plus large et de plus en plus poussée des intérêts entre eux, quels qu'ils soient. Les frontières demeurent, mais ne sont plus aussi infranchissables qu'auparavant et elles semblent plus difficiles à repérer ; l'on tend vers l'harmonisation des intérêts, leur mise en balance constante. A trop se déplacer, elles semblent perdre de leur signification et de leur pertinence. Fragilisées, les frontières entre les intérêts se renouvellent pourtant, notamment à travers la frontière entre les intérêts économiques et politiques, dont elle est l'héritière mais dont elle s'est désolidarisée.

Comprendre ce que sont les intérêts publics et les intérêts privés ainsi que les rapports qu'ils entretiennent entre eux, c'est s'apercevoir que tout change dans la continuité. Observer le sens dans lequel la frontière se meut permet de mieux cerner la figure de l'État, son évolution. Des séquelles de l'État libéral – où la frontière entre les intérêts publics et privés était relativement bien perceptible et étanche – restent : le détournement de pouvoir existe encore et la frontière entre intérêts publics et intérêts privés n'a en tout état de cause pas disparu. L'État interventionniste a laissé son empreinte, en brouillant la frontière entre les intérêts publics et privés, en élargissant la sphère des intérêts publics et en rompant quelque peu le lien organique qui permettait d'identifier la nature d'un intérêt.

C'est à présent une nouvelle figure de l'État qui prospère, davantage régulateur et influencé par le néolibéralisme ; un État néo-moderne. Le droit qui le régit procède à un « mixage entre les intérêts publics et privés »<sup>662</sup> ; il vise une certaine harmonisation des intérêts, l'universalisme des règles et une conception fonctionnelle des choses, inspirée par le droit de l'Union européenne. L'intérêt général, qualifié de « néomoderne », se décompose en une pluralité d'intérêts publics et privés. Ainsi, paradoxalement, si la frontière tend à se brouiller entre les intérêts publics et les intérêts privés, ceux-ci recouvrent de plus en plus une certaine utilité dans le travail juridictionnel puisqu'ils donnent une certaine immanence à l'intérêt général.

Il n'est pas question que la frontière entre les intérêts publics et les intérêts privés disparaisse tant que nous vivons sous l'égide d'un État républicain. Pour autant, au-delà de cette nécessité symbolique, force est de constater que, en droit administratif, la frontière entre

---

<sup>662</sup> C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 146.

les intérêts publics et les intérêts privés n'a plus une grande utilité : elle ne sert plus à expliquer les différences de régimes applicables ni même l'absence de conciliation entre deux intérêts.

Cette frontière pourrait toutefois retrouver une certaine pertinence dans un domaine voisin ; le droit constitutionnel. La problématique des conflits d'intérêts a en effet remis en lumière la frontière qui devait exister entre les intérêts publics et les intérêts privés d'un individu. Elle ressurgit afin d'œuvrer en faveur d'une meilleure déontologie des agents exerçant une mission d'intérêt public. La lutte contre les conflits d'intérêts consiste à éviter toute interférence entre cet intérêt public et un intérêt privé<sup>663</sup>. Il y aurait alors la volonté de faire ressurgir cette frontière entre les intérêts publics et privés, que l'on peine à déterrer. La question se pose toutefois de savoir s'il s'agit réellement de fortifier ladite frontière : la lutte des conflits d'intérêts telle qu'elle est préconisée incite plutôt à rendre transparent l'existence de tout potentiel conflit d'intérêts, c'est-à-dire à transformer un intérêt privé, personnel, en un intérêt visible de tous, apparent dans la sphère publique. La frontière entre intérêts publics et intérêts privés, que ce soit en droit administratif ou en droit constitutionnel, est alors face à de nombreux défis.

---

<sup>663</sup> Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Rapport « Pour une nouvelle déontologie publique »*, La documentation française, Bibliothèque des rapports publics, 2011.



## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages généraux

DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, La Mémoire du droit, coll. « Bibliothèque Léon Duguit », 1913 [réimp. 1999], 285 p.

GAUDEMET (Yves), *Droit administratif des biens, Traité de droit administratif, Tome 2*, Paris, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2011, 686 p.

HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, 734 p.

LACHAUME (Jean-François), *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, Thémis, 2007, 908 p.

VEDEL (Georges), DELVOLLE (Pierre), *Précis de droit administratif, Tome 1*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 11<sup>ème</sup> éd., 1990, 708 p.

GONOD (Pascale), MELLERAY (Fabrice), YOLKA (Philippe), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, 841 p.

### Ouvrages spécialisés

BERNARD (Sébastien), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001, 362 p.

BONNET (Baptiste) (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, 297 p.

CHEVALLIER (Jacques) (dir.)

- *L'expropriation en question*, Paris, C.N.R.S, 1977, 110 p.
- *Public/privé*, CURAPP, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 2005, 230 p.

CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2<sup>ème</sup> éd., 2004, 226 p.

CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2006, 1044 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, Paris, La documentation française, EDCE n° 50, 1999, 449 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *L'utilité publique aujourd'hui*, Paris, La documentation française, Les études du Conseil d'État, 1999, 166 p.

FOULQUIER (Norbert), *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, 805 p.

FREUND (Julien), *L'essence du politique*, Paris, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1986 [réimp. 2008], 867 p.

HIRSCHMAN (Albert), *Les passions et les intérêts : justifications politiques du capitalisme avant son apogée*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2<sup>ème</sup> éd., 2001, 135 p.

HOSTIOU (René), *Expropriation et préemption : aménagement, urbanisme, environnement*, Paris, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, 457 p.

KADA (Nicolas), *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2009, 224 p.

LEMASURIER (Jeanne), *Le droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, 686 p.

MOOR (Pierre), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2005, 271 p.

MORAND (Charles-Albert)

- *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, collection Genevoise, 1991, 229 p.
- *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, 224 p.

OST (François) (dir.)

- *Droit et intérêt. Volume 1, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 361 p.
- *Droit et intérêt. Volume 2, Entre droit et non-droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 201 p.
- *Droit et intérêt. Volume 3, Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 457 p.

RIALS (Stéphane), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1980, 564 p.

ROSANVALLON (Pierre), *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Editions du Seuil, Points, 2008, 367 p.

ROUAULT (Marie-Christine), *L'intérêt communal*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1991, 444 p.

ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, Paris, Flammarion, GF, 1762 [réimp. 2001], 255 p.

SAILLANT (Elodie), *L'exorbitance en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2011, 662 p.

TEITGEN-COLLY (Catherine), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Paris, Economica, 1981, 536 p.

TIMSIT (Gérard), *Archipel de la norme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, 252 p.

TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1977, 394 p.

## Articles

AUBY (Jean-Bernard)

- Conflits d'intérêts et droit administratif, *Dr. Adm.* 2010 n° 12, étude 24.
- La bataille de San Romano, *AJDA* 2001 p. 912.
- Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, *in Mélanges offerts à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 3.

BAILLEUL (David), Les nouvelles méthodes du juge administratif, *AJDA* 2004 p. 1626.

BON (Pierre), Le bilan négatif en matière d'expropriation, *D.* 1990 p. 20.

BORDIER (Dominique), Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, *AJDA* 2007 p. 2188.

BOULOUIS (Jean), Supprimer le droit administratif ?, *Pouvoirs* 1988, n°46, p. 5.

BOUTAYEB (Chahira), Le contrôle de l'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation, *RDP* 1997, p. 1385.

BOUYSSOU (Fernand), Droit de l'urbanisme et développement économique et commercial, *AJDA* 1993 p. 161.

BUREAU (Dominique), La réglementation de l'économie, *Archives de philosophie du droit*, 1997, n°41, p. 317.

CAILLOSSE (Jacques)

- La jurisprudence Ville Nouvelle Est, *Droit et ville* 1978, p. 221.
- Sous le droit administratif, quelles administrations ?, in *Mélanges en l'honneur de Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 71.
- Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique, *Dr. Adm.* 1996, p. 955.
- Le droit administratif contre la performance publique ?, *AJDA* 1999 p. 195.
- Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? *Rev. Adm.* 2002, n° 328, p. 323
- Le public du droit administratif, in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, p. 383.

CALMETTE (Jean-François), L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, *Dr. Adm.* 2006, n° 7, Etude 14.

CANS (Chantal), Le principe de conciliation, in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, p. 547.

CAVIGLIOLI (Benoît), Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence, *AJDA* 2003 p. 642.

DACOSTA (Bertrand), L'office du juge : Rayonnement et diffusion de la théorie du bilan au-delà de l'expropriation, *Droit de la voirie et du domaine public*, 1 décembre 2011, p. 13.

DE CORAIL (Jean-Louis)

- La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique, in *Études en l'honneur du Doyen Péquignot*, Montpellier, C.E.R.A.M., 1984, p. 143.
- Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative, in *Études de finances publiques. Mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul Marie Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 335.

DE LANVERSIN (Jacques), Le contrôle juridictionnel de l'utilité publique, *AJPI* 1974, p.790

DE LAUBADERE (André), Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 531.

DEBBASCH (Charles), Le droit administratif face à l'évolution de l'Administration française, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 343.



DELARUE (Jean-Marie), Puissance publique ou impuissance publique ?, *AJDA* 1999 p. 108.

DESWARTES (Marie-Pauline), Intérêt général, Bien commun, *RDP* 1988, p. 1289.

DOMESTICI-MET (Marie-José), Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation, *D.* 1981, p. 231.

DOUENCE (Jean-Claude), La spécialité des personnes publiques, *RDP* 1972, p. 753.

DREYFUS (Jean-David), Le conflit d'intérêts en droit public (aspects non contentieux), *LPA* 2002, n° 120, p. 5.

DUPRE DE BOULOIS (Xavier), Puissance publique, puissance privée, in *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, « Travaux de l'AFDA », 2012, p. 65.

EISENMANN (Charles), Droit public, droit privé, *RDP* 1952, p. 903.

FRAISSEIX (Patrick), La subjectivisation du droit administratif, *LPA* 2004, n° 297, p. 12.

FUCHS (Olivier), La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence, *AJDA* 2006 p. 746.

GANDOLFI (Alain), Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir, *JCP G* 1964, p. 1835.

GEORGES et SLEIMAN, L'utilité publique de l'expropriation, genèse, étendue, limites, *LPA* 1991, n° 94, p. 10.

GHEZA (Marc), L'expropriation à l'épreuve de ses juges, *JCP A* 2009, n° 38, p. 2222.

GILLI (Jean-Paul), Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation, *AJDA* 1973, p. 13.

GROS (Manuel), Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir, *RDP* 1997 p. 1237.

HOLLEAUX (André), La jurisprudence du bilan, *Rev. Adm.* 1980, n° 188, p. 594.

HOSTIOU (René)

- De l'utilité publique à l'utilité privée, *JCP A* 2011, n° 8, p. 2072.
- Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique, in *Un droit inviolable et sacré : la propriété*, Paris, ADEF, 1991, p. 30.
- L'évolution du contrôle juridictionnel, *AJPI* 1973, p.877.
- Référé-suspension, droit des enquêtes publiques et office du juge administratif : quand l'intérêt général l'emporte sur la loi, *JCP A* 2012, n° 37, p. 2295.

- Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié, *LPA* 1992, n° 87, p. 21.
- Utilité publique, développement local et intérêts privés. Détournement de pouvoir en matière d'expropriation, *Etudes foncières* 1990, p. 6.

IACONO (Geneviève), Les tensions paradoxales dans la fabrique de l'utilité publique et ses conséquences sur le contrôle du juge, *Droit de la voirie et du domaine public*, 2011, p. 157.

IANNELLO (Carlo), L'« idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie, *AJDA* 2012 p. 2150.

JANIN (Patrick), La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ?, *Droit de l'environnement*, 2001, p. 318.

LAZZARIN (Guillaume), Le juge administratif et la doctrine de François Gény - Réflexions sur la méthode de la « balance des intérêts », *JCP A* 2011, n° 25, p. 2222.

LEBRETON (Gilles), L'idéal républicain contre l'Etat de droit ?, in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 17.

LEMASURIER (Jeanne)

- Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 560.
- Bilan coût-avantages et nécessité publique, *Administration* 1979, p. 502.

MAZÈRES (Jean-Arnaud), Public et privé dans l'œuvre d'Hannah Arendt : de l'opposition des termes aux termes de l'opposition, *RDP* 2005 n° 4, p. 1047.

MELLERAY (Fabrice), L'exorbitance du droit administratif en question(s), *AJDA* 2003, p. 1961.

MODERNE (Franck), Regards sur l'expropriation en matière d'urbanisme, *RDI* 1979, p. 150.

MOOR (Pierre)

- Définir l'intérêt public: une mission impossible ? in J. RUEGG (dir.), *Le partenariat public-privé: un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement ?*, Lausanne, PPUR, 1994, p. 217.
- L'opposition entre droit public et droit privé : un état de la question, in *L'homme et l'État, Mélanges Thomas Fleiner*, Fribourg, Editions Universitaires Fribourg, 2003, p. 639.

OGIER-BERNAUD (Valérie), Le référé-suspension et la condition d'urgence, *RFDA* 2002, p. 284.

PONTIER (Jean-Marie)

- L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998 p. 327.
- Introduction, in *Les états intermédiaires en droit administratif*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2008, p. 1.

QUESTIAUX (Nicole), L'utilité publique des grands travaux d'infrastructure routière et ferroviaire, in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, p. 597.

RICHER (Laurent)

- Service public et intérêt privé, *Archives de philosophie du droit, Le public et le privé*, Tome n° 41, Paris, Sirey, 1997, p. 239.
- Le juge économiste ?, *AJDA* 2000, p. 703.

RIVERO (Jean), Droit public et droit privé : conquête, ou statu quo ?, *D.* 1947, p. 18.

SAUVIGNON (Edouard), La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de excès de pouvoir, *AJDA* 1971, p. 200.

SCHULTZ (Thomas), Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt, *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, p. 299.

SEILLER (Bertrand), Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité..., *JCP A* 2012, n° 38, p. 2316.

TIFINE (Pierre), Droit de l'expropriation, dix ans de jurisprudence (1992-2002), *JCP A* 2003, n°8.

TRUCHET (Didier)

- L'État et le marché, *Archives de philosophie du droit, L'esthétique et le droit*, Tome n°40, 1996, p. 314.
- L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre, *EDCE* n° 50, 1999, p. 361.
- La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif, in *Université Panthéon-Assas (Paris II), Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 443.

VALLET (Odon), La fin du droit public ?, *Rev. Adm.* 1992, p. 5.

VAN-LANG (Agathe), De l'usage du bilan dans l'après-jugement, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1053.

VENEZIA (Jean-Claude), Puissance publique, puissance privée, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 363.

VIDAL (Roger), L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, *RDP* 1952, p. 275.

WACHSMANN (Pierre), Un bilan du bilan en matière d'expropriation, La jurisprudence Ville Nouvelle-Est, trente ans après, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 742.

WALINE (Jean)

- L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'un projet, *RDP* 1972, p. 454.
- Le rôle du juge dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p. 811.

#### Notes d'arrêts et conclusions des commissaires du gouvernement

AGUILA (Yann), Quand un bilan négatif aboutit à l'absence d'intérêt public, Conclusions sur l'arrêt CE 2 octobre 2006, SCI « Les Fournels », *AJDA* 2006, p. 2123.

BERNARD (Antoine), Conclusions sur l'arrêt CE sect. 26 octobre 1973, Sieur Grassin, *AJDA* 1974, p. 34.

BRAIBANT (Guy), Conclusions sur l'arrêt CE 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, *Rec.* p. 417.

CABANES (Pierre) et LEGER (Philippe)

- Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA* 1972, p. 576.
- Chronique sous l'arrêt CE Ass. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, *AJDA* 1971, p. 404.

DELARUE (Jean-Marie), L'erreur manifeste d'appréciation a-t-elle une place dans le contentieux des déclarations d'utilité publique ? Conclusions sur les arrêts CE Ass., 28 mars 1997, Malafosse et Fédération des comités de défense contre le tracé Est de l'autoroute A 28, *RFDA* 1997 p. 754.

DENIS-LINTON (Martine), L'annulation d'un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une autoroute, Conclusions sur l'arrêt CE Ass., 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres, *RFDA* 1997, p. 739.

DEVYS (Christophe), La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative, Conclusions sur l'arrêt CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, *RFDA* 2004, p. 454.

DOMINO (Xavier), BRETONNEAU (Aurélie), Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux, *AJDA* 2013, p. 1046.

DUFAU (Jean), Le Conseil d'État et la remise en cause de la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public, note sous l'arrêt CE 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *JCP A* 2003, n° 15, p. 480.

GILBERT (Simon), L'expropriation pour cause d'utilité publique. Chronique de jurisprudence 2009-2010. Phase administrative, *AJDI* 2011, p. 26.

GUYOMAR (Mattias) et COLLIN (Pierre), L'urgence doit-elle, pour l'application des nouvelles procédures de référé, être appréciée de manière objective ou subjective ?, *AJDA* 2001, p. 461.

HAURIOU (Maurice)

- Note sous l'arrêt TC 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *S.* 1900.III.49.
- Note sous CE 25 novembre 1927, Société des établissements Arbel, *S.* 1938.III p. 17.

HOMONT (André), note sous l'arrêt CE 20 juin 1971, Ville de Sochaux, *AJDA* 1972, p. 227.

HOSTIOU (René)

- Note sous l'arrêt CE 7 décembre 1983, Commune de Lauterbourg, *D.* 1984, p. 583.
- Utilité publique et intérêts privés : théorie du bilan et détournement de pouvoir, note sous l'arrêt CE 2 octobre 2006, n° 281506, *AJDI* 2007, p. 144.
- De la « nécessité » de recourir à l'expropriation, note sous l'arrêt CE 23 décembre 2010, Commune de Levallois-Perret, *RDI* 2011, p. 156.
- Du défaut d'utilité publique d'un projet d'extension d'une zone industrielle : détournement de pouvoir et théorie du bilan, note sous l'arrêt CAA de Lyon, 13 janvier 2011, Bounechada, *RDI* 2011, p. 215.

JOSSE (Philippe), Conclusions sur CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *S.* 1931.III.77.

JOUGUELET (Jean-Pierre), GIPOULON (Jean-François), CADENAT (Patrick), BARROS (Jean-Claude), PIETRI (Jean-Paul), L'administration peut-elle substituer son projet à celui sensiblement identique de particuliers, dans le cadre d'une déclaration d'utilité publique ?, *AJDA* 1994, p. 808.

LATOURNERIE (Marie-Aimée), Conclusions sur l'arrêt CE 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », *D.* 1939.III.71.

LAVIALLE (Christophe), Intérêt financier et intérêt général, note sous CAA Lyon, 10 octobre 1990, Roger Autard et autres, *JCP* 1991, II, n° 21761.

LOMBARD (Martine), La modulation des effets dans le temps des annulations, note sous CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, *Dr. Adm.* 2004, n° 7, comm. 115.

MORISOT (Michel), Conclusions sous l'arrêt CE 20 octobre 1972, Sainte Marie de l'Assomption, *Rec.* p. 657.

PACTEAU (Bernard), Note sous l'arrêt CE 20 février 1987, Ville de Lozanne, *RFDA* 3(4) juillet-août 1987, p. 534.

PACTEAU (Bernard), Note sous l'arrêt CE 3 avril 1987, Consorts Métayer, *RFDA* 3(4) juillet-août 1987, p. 532.

ROUVILLOIS (Frédéric), L'annulation d'un décret déclarant d'utilité publique la construction d'une autoroute, Note sous Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres, *RFDA* 1997 p. 748.

# TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>VII</b>
<b>LISTE DES ABRÉVIATIONS</b>	<b>IX</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>XI</b>

<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
---------------------	----------

<b>TITRE 1. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : LE RENOUVELLEMENT DES DÉFINITIONS</b>	<b>13</b>
---	-----------

<b>CHAPITRE 1. LA REMISE EN CAUSE DU CRITÈRE ORGANIQUE DE DÉFINITION, L'EMPREINTE DE L'ÉTAT INTERVENTIONNISTE</b>	<b>13</b>
---	-----------

SECTION 1. LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE LA DÉTENTION D'UN INTÉRÊT PRIVÉ PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE	13
--	----

Paragraphe 1. Les intérêts privés des tiers dans l'action administrative, une reconnaissance parcellaire	13
---	----

A) L'État de droit, facteur de revalorisation des intérêts privés des tiers	14
---	----

B) La conception française de l'intérêt public, facteur de marginalisation des intérêts privés des tiers	16
--	----

Paragraphe 2. Les intérêts privés des personnes publiques, une reconnaissance entamée	19
---	----

A) La revalorisation structurelle des intérêts privés des personnes publiques	19
---	----

B) La prise en compte asymétrique des intérêts privés des personnes publiques	23
---	----

SECTION 2. L'EXERCICE BANALISÉ D'UN INTÉRÊT PUBLIC PAR UNE PERSONNE PRIVÉE	26
--	----

Paragraphe 1. L'exercice direct d'un intérêt public par une personne privée	26
---	----

A) La revalorisation des personnes privées pour exercer un intérêt public	26
---	----

B) La chute du monopole des personnes publiques dans l'exercice d'un intérêt public	30
---	----

Paragraphe 2. L'exercice indirect d'un intérêt public par une personne privée	32
---	----

A) L'incitation faite aux personnes privées d'exercer des intérêts publics	33
--	----

B) L'exercice par ricochet d'intérêts publics par les personnes privées	34
---	----

<b>CHAPITRE 2. L'ADOPTION DU CRITÈRE FONCTIONNEL DE DÉFINITION, LA MARCHÉ VERS UN ÉTAT NÉOLIBÉRAL</b>	<b>37</b>
---	-----------

SECTION 1. L'USAGE DES INTÉRÊTS PUBLICS À FIN DE LÉGITIMATION DE L'ACTION ADMINISTRATIVE	37
--	----

Paragraphe 1. L'immanence des intérêts publics, facteur de légitimation de l'action administrative	38
---	----

A) L'indubitable rapprochement des intérêts publics et privés	38
B) La nécessaire contribution des intérêts publics à la formulation de l'intérêt général	40
Paragraphe 2. La légitimation de l'action administrative, moyen de diversification des intérêts publics	44
A) La dislocation des autorités administratives, indéniable pluralité des intérêts publics	44
B) La diversification des intérêts publics, dislocation de leur fonction	49
SECTION 2. L'USAGE DES INTÉRÊTS PUBLICS À FIN D'ENCADREMENT DE L'ACTION ADMINISTRATIVE	52
Paragraphe 1. La reconnaissance d'un intérêt public subordonnée aux circonstances	52
A) Le nécessaire recours aux circonstances pour encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'Administration	52
B) L'effectif recours aux circonstances pour caractériser un intérêt public	55
Paragraphe 2. La reconnaissance d'un intérêt public encadrée par l'action du juge	57
A) L'influence du juge sur la notion d'intérêt public	57
B) L'influence du jeu des intérêts publics sur le rôle du juge	59

## **TITRE 2. INTÉRÊTS PUBLICS ET INTÉRÊTS PRIVÉS : L'AJUSTEMENT DES FRONTIÈRES** **63**

### **CHAPITRE 1. LA RÉMANENCE DE LA FRONTIÈRE DES INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS, LES SÉQUELLES DE L'ÉTAT LIBÉRAL** **63**

#### SECTION 1. LA FRONTIÈRE ENTRE INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS : LA SUPÉRIORITÉ INCONTESTABLE DES INTÉRÊTS PUBLICS SUR LES INTÉRÊTS PRIVÉS **63**

##### Paragraphe 1. La supériorité remodelée des intérêts publics sur les intérêts privés **63**

- |  |    |
|--|----|
| A) Le rejet de l'autorité pour s'imposer aux intérêts privés       | 63 |
| B) L'adoption de l'indifférence pour s'imposer aux intérêts privés | 67 |

##### Paragraphe 2. La supériorité réaffirmée des intérêts publics sur les intérêts privés **69**

- |  |    |
|--|----|
| A) La faible vulnérabilité des intérêts publics face aux intérêts privés       | 69 |
| B) La puissance relativisée des intérêts publics vis-à-vis des intérêts privés | 72 |

#### SECTION 2. LES FRONTIÈRES ENTRE INTÉRÊTS PUBLICS : LA HIÉRARCHISATION A POSTERIORI DES INTÉRÊTS PUBLICS **75**

##### Paragraphe 1. Les résistances à l'établissement d'une hiérarchie entre les intérêts **75**

- |   |    |
|---|----|
| A) L'impossibilité d'établir une hiérarchisation <i>a priori</i> des intérêts publics | 75 |
| B) L'absence d'intérêts publics ou privés irréductibles                               | 77 |

##### Paragraphe 2. La possibilité d'établir une gradation empirique des intérêts publics **80**



A) La gradation des intérêts publics en fonction du critère territorial : une gradation quasi-absolue	80
B) La gradation des intérêts publics en fonction du critère économique : une gradation relative	82
<b>CHAPITRE 2. LA DÉSTABILISATION DE LA FRONTIÈRE DES INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS, LA MARCHÉ VERS UN ÉTAT RÉGULATEUR</b>	<b>85</b>
SECTION 1. DES FRONTIÈRES FRAGILISÉES	85
Paragraphe 1. L'extension des intérêts conciliables	85
A) La prise en considération de tous les intérêts en présence, facteur d'extension de la conciliation	86
B) L'extension de la conciliation, facteur d'affaiblissement du détournement de pouvoir	88
Paragraphe 2. L'intensification de la conciliation des intérêts	91
A) La conception initiale de la conciliation : la légitimation des pouvoirs discrétionnaires	91
B) La conception renouvelée de la conciliation : l'universalisme des règles	93
SECTION 2. DES FRONTIÈRES RENOUVELÉES	96
Paragraphe 1. De nouvelles frontières justifiant l'absence de conciliation	96
A) La frontière entre intérêts publics et intérêts privés : une fonction juridique affaiblie	97
B) La frontière entre les intérêts économiques et politiques : une fonction rafferme	99
Paragraphe 2. De nouvelles frontières justifiant les différences de régimes juridiques applicables	101
A) La frontière entre intérêts publics et privés : une frontière insuffisante	102
B) La frontière entre les intérêts économiques et politiques : une frontière pertinente	104
<b>CONCLUSION</b>	<b>109</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>113</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b>	<b>123</b>



## Collection des mémoires de l'Équipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
- Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
- Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
- Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
- Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
- Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
- Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**

Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**

Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breuer, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**

Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**

Mélanie Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**

Julia Gudefin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**

Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**

Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**

Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**

Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.

- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**

Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.

- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**

Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.

- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**

Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.

- **N° 19 Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques.**

Lucien Breteau, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.

- **N° 20 Les contrats entre personnes publiques.**

Hugo Devillers, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Bertrand Dacosta, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.

- **N° 21 La légitimation du système français de justice constitutionnelle.**

Aïda Manouguian, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Stéphane Caporal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.





**Imprimé par le Service Édition  
de l'Université Jean Moulin Lyon 3**