



HAL
open science

Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif?. RT-DCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2021, 04, pp.980. halshs-03603994

HAL Id: halshs-03603994

<https://shs.hal.science/halshs-03603994v1>

Submitted on 30 Jun 2023

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

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

Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ?

J.-M. Pontier, *La balance des intérêts*, AJDA 2021. 1309

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Jean-Marie Pontier prend soin de distinguer la balance des intérêts de la proportionnalité. Cette dernière est un principe pour apprécier la première, à l'instar du principe de différence de situation qui justifie une différence de traitement (p. 1314). La proportionnalité s'applique autant à l'appréciation des pouvoirs de police qu'au bilan « coût-avantage », surtout dans la confrontation des intérêts privés aux intérêts publics comme peut l'illustrer la crise sanitaire qui a induit un recours massif au référé-suspension. Mais la balance des intérêts est plus large et vise l'équilibre entre les intérêts privés et publics (p. 1309-1310) où, traditionnellement, c'est l'intérêt général qui l'emporte (p. 1311). Pourtant, aujourd'hui, le bilan de la balance est plutôt en défaveur de l'État, sur fond de critique de l'existence de l'intérêt général et « de montée en puissance des intérêts des personnes » (p. 1315), particulièrement dans le contentieux de la responsabilité de l'État qui leur est de plus en plus favorable. Néanmoins, il persiste une difficulté propre, celle d'arbitrer entre deux intérêts publics. L'équilibre se traduit par des compromis et des conciliations. Ainsi, par exemple, entre l'énergie et l'environnement la hiérarchie est difficile au point que l'intérêt public n'est même plus identifiable (p. 1316). Sans cette identification, la balance ne paraît plus concevable.

Que nous apprend cette réflexion de droit administratif pour le droit civil ? Trois choses essentiellement.

D'abord, que la transposition du modèle de la balance va conduire à souffrir des mêmes ambiguïtés qui existent en droit administratif. Entre deux intérêts de nature différente (intérêt privé vs intérêt public) il était classique de faire prévaloir l'intérêt public. Mais entre deux intérêts publics (de même nature), le même raisonnement n'est plus possible. Il conduit le juge à devenir administrateur comme le reconnaît Jean-Marie Pontier du bout de la plume (« un peu administrateur » : p. 1315). Par analogie, entre deux intérêts privés, n'est-ce pas le même danger qui guette ? Le juge devient alors un législateur qui arbitre l'espèce à la place de la loi. L'arrêt pilote en la matière qui refuse d'annuler le mariage illicite de la belle-fille avec son ex-beau père l'a bien montré (Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud). Il a été démenti trois ans plus tard pour un cas semblable (Civ. 1^{re}, 8 oct. 2016, n° 15-27.201, D. 2017. 953, obs. I. Gallmeister, note F. Chénéde ; *ibid.* 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2017. 102, obs. J. Hauser) ce qui ajoute à la perplexité : s'agit-il d'une balance variable ou bien d'un retour à l'orthodoxie ? En effet, c'est cette fois la loi qui a arbitré entre les deux intérêts en présence. Les libertés fondamentales peuvent permettre de critiquer ce choix en général mais non de le réajuster pour chaque espèce ; ceci pour d'évidentes raisons de stabilité et de cohérence.

Ensuite, on peut remarquer que la balance des intérêts prime même le raisonnement fondé sur la proportionnalité lorsque l'intérêt privé se trouve face à l'intérêt public. En droit civil, cette hypothèse existe pour l'état des personnes. Or dans ce domaine, la volonté purement privée n'a cessé d'étendre son emprise. Désormais, la désignation du sexe à l'état civil est déclarative : le juge ne peut plus exiger des transformations médicales irréversibles (C. civ., art. 61-5). De même, dans les conflits d'intérêts privés, l'arbitrage paraît se faire *a priori*. Ainsi, la filiation est gagnée de façon croissante par le modèle de la filiation adoptive (v. cette chronique : RTD civ. 2019. 703). L'intérêt de l'enfant semble alors se réduire à l'intérêt d'être adopté. La balance penche toujours du même côté.

Enfin, et surtout, la coloration politique de la balance des intérêts est manifeste. Ceci est d'autant plus évident que son berceau est le droit administratif, une matière en si étroite relation avec la sphère politique que l'indépendance du juge administratif à l'égard de l'administration a été lentement acquise. L'histoire le montre. Les études ethnographiques le confirment (B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, 2002, chap. 1). Seulement, comment importer la logique de la balance en droit privé sans importer en même temps celle de l'appréciation politique ? Cela paraît difficile, sinon impossible. En effet, le contrôle fondé sur les droits de l'homme est intimement lié à la question de l'ingérence de l'État (F. Rouvière, Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? *Revue Justice Actualités*, n° 24, 2020. 37). Il faudrait alors décider d'un litige entre particuliers en ramenant la décision de justice à une ingérence étatique. C'est la conception inverse du modèle traditionnel qui voit le juge comme un tiers impartial et désintéressé. Ici, il paraît forcément intéressé (car il émane de l'État) et du coup peut sembler partial, un soupçon qu'il va laver en opérant un contrôle de proportionnalité. Aussi, il paraît plus raisonnable de considérer que la seule ingérence étatique concevable en droit privé est celle de la loi. Le contrôle de proportionnalité est alors forcément abstrait.

Pour résumer, cette comparaison entre droit administratif et droit civil nous montre qu'au moins deux voies se dessinent pour penser la figure du juge. Ou bien comme contrepois politique aux décisions publiques perçues comme contraires aux intérêts du citoyen - cette position suppose une balance active. Ou bien comme figure dépolitisée en le prenant comme garant de l'objectivité d'un droit déjà négocié politiquement - ce qui suppose de s'en tenir à la stricte balance de la loi. Ceci confirme une nouvelle fois que la balance des intérêts ne se réduit pas à un simple débat technique, mais engage une prise de position théorique et philosophique sur la place du juge dans la société contemporaine, et sans doute plus encore sur celle du rôle du droit.