



HAL
open science

**Théorie du bilan : 50 ans à l'est d'Eden, Dr. adm., 2021,
n° 7, Focus, alerte 97.**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Théorie du bilan : 50 ans à l'est d'Eden, Dr. adm., 2021, n° 7, Focus, alerte 97..
Droit administratif, 2021. hal-03742088

HAL Id: hal-03742088

<https://hal.science/hal-03742088v1>

Submitted on 13 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.

Théorie du bilan : 50 ans à l'est d'Éden

(Droit Administratif n° 7, Juillet 2021, alerte 97)

Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - directeur de l'EDPL (EA 666) - université Jean-Moulin – Lyon 3

Parmi les théories jurisprudentielles, la « théorie du bilan » issue de l'arrêt Ville Nouvelle-Est (CE, ass., 28 mai 1971, n° 78825) fait indubitablement partie des plus disséquées par la doctrine (V. J. de Gliniasty, *Les théories jurisprudentielles en droit administratif* : LGDJ, 2018). Accoutumée et par accoutumance, celle-ci s'est dès lors fidèlement invitée à fêter ses noces, de la perle trentenaire à l'or actuel, en passant par l'émeraude (*chronologiquement*, V. P. Wachsmann, *Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après*, in Mél. J. Waline : Dalloz, 2002, p. 733 ; Dr. voirie 2011, dossier, n° 157, p. 168 et s. – Ch. Otero, *Du contrôle de l'utilité publique en matière d'expropriation : 50 ans de l'arrêt Ville Nouvelle Est* : Dr. voirie 2021, n° 220, p. 108. – D. Labetoulle, *La jurisprudence Ville Nouvelle Est, cinquante ans après* : RFD A 2021, p. 299). À ces occasions, le propos n'en a pas moins régulièrement baigné dans une ambiance « *Un air de famille* », les règlements de compte s'enchaînant comme pour mieux témoigner l'amour vache inspiré par la domestication de ce – chien de – collier arithmétique. Laboratoire incarné de la tension entre légalité et opportunité, lors même que, apprend-on à son sujet, ni l'une ni l'autre n'existerait « *en soi* » (D. Labetoulle, *Le juge administratif et l'expropriation* : Rev. adm. 1975, p. 373, n° 166), la théorie du bilan verserait dans la littérature (« *au mauvais sens du terme* » ? : G. Braibant, *Le droit administratif français*, PFNSP : Dalloz, 3^e éd., 1992), cachant spécieusement derrière sa visée proportionnaliste, un contrôle restreint qui ne dit pas son nom. Ce faisant, la théorie du bilan a toujours constitué un caillou dans la chaussure des faiseurs de système, invitant à réviser son latin et à déjouer ses classiques (V. X. Domino et A. Bretonneau : AJDA 2013, p. 1046), pour mieux, peut-être, en saisir la portée politique (J. Caillosse, in *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative* : LGDJ, 2019, p. 363). C'est dire que, à l'âge où s'ouvrent pour elle les espoirs d'une deuxième vie, la théorie du bilan suscite encore l'attraction par toutes les facettes qu'elle donne à explorer, offrant – le pseudo-sulfureux en moins – cinquante nuances de près à mettre en perspective, qu'il s'agisse d'analyser ses novations, sa banalisation et ses déceptions.

Novation. – On mesure celle-ci en tout premier lieu à la qualité de sa « *mise en mots* » (J. Caillosse, *préc.*), quand bien même flirterait-elle avec la mise en page, voire la mise en cage. Portant la patte de son commissaire du Gouvernement (AJDA 1971, p. 473, concl. G. Braibant), devenue depuis lors une véritable « *griffe* » juridictionnelle, la littérarité de la théorie du bilan charme encore par la clarté de ses éléments constitutifs, la condensation de son expression, la désarmante simplicité de son équation. La formule devait encore réussir le tour de force de murmurer fermement à l'oreille des juges du fond (censurés dès lors qu'ils s'évadent du *Vade-Mecum*) tout en étant domptée par le profane, probablement parce qu'elle constitue l'une des meilleures illustrations du passage de témoin entre deux époques : encore marquée du sceau de la tradition (avec ses considérants ramassés, ciselés, évanescents), elle venait préfigurer les malcommodes considérants « *à tiroirs* » (trop remplis) de demain. Idéologiquement, nul doute qu'elle marqua pour le juge l'une des premières « *représentation(s) stylisée(s) et codifiée(s) de son propre discours* » (J. Caillosse, *préc.*), en même temps qu'elle acta un tournant utilitariste et performatif qui n'en finit pas d'étonner dans sa genèse, son

initiateur – le commissaire du Gouvernement – semblant regarder plein-phares à l'ouest, là où sa boussole personnelle semblait pourtant orientée à l'est .

Au-delà de la mise en mots, la théorie du bilan a surtout constitué une salutaire mise au point, le Conseil d'État s'en tenant jusqu'alors à un simple contrôle abstrait de l'intérêt général. L'on a déjà glosé sur les tenants et aboutissants de cette évolution, placée aux interstices de deux facteurs. Le premier, conjoncturel : les trente glorieuses drainent leurs projets d'aménagement, le recours à l'expropriation battant son plein. Le second, juridique : le crépuscule du détournement de pouvoir se fait jour, à mesure que l'interpénétration des intérêts publics et privés se raffermi, culminant, quelques jours après Ville Nouvelle- Est , par la décision Ville de Sochaux (*CE, 20 juill. 1971, n° 80804*). Il devenait donc urgent d'amortir le stock, un triple saut qualitatif invitant à glisser, par suite, vers les sables mouvants de l'opportunité. Le premier devait tenir tout entier dans le passage à une appréciation *in concreto* de l'intérêt général ; la démarche connaîtra son acmé 35 ans plus tard, au travers d'une improbable mission héliportée conduisant la 10e sous-section du Conseil d'État à voler *in situ*, au-dessus des Gorges du Verdon, pour mieux apprécier les ravages susceptibles d'être générés par la construction d'une ligne à haute tension (*CE, 10 juill. 2006, n° 288108, Assoc. interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix : JurisData n° 2006-070447*). Le second, relève du net *distinguo* opéré depuis lors entre l'intérêt général et l'utilité publique, quand bien même certaines décisions scelleraient encore ses abstraites expressions légales (*CE, 9 juill. 2018, n° 410917, Cne Villiers-le-Bâcle : JurisData n° 2018-012634*). Si le premier est toujours nécessaire pour entériner la seconde, il reste insuffisant. L'utilité publique se détache d'une vision volontariste, transcendante et hexagonale de l'intérêt général ; elle se découvre utilitariste, plurielle et d'ascendance anglo-saxonne. Reste enfin un troisième saut qualitatif dont paradoxalement la hauteur n'a jamais été pleinement homologuée. La théorie du bilan porte en son sein une publicisation des enjeux qui, certes, constitue sans doute la contrepartie de sa privatisation sur d'autres aspects (s'agissant de la finalité et des bénéficiaires de l'opération...). Depuis 1971, il s'agit en effet moins de dresser le bilan entre, d'un côté, les intérêts « *publics* » en cause et, de l'autre, la défense de la propriété privée, que de solder le conflit entre intérêts « *généraux* », la protection de la propriété privée en faisant partie intégrante. Cette dernière ne constitue donc pas (ou plus) un seul et unique plateau de la balance, quand bien même devrait-il s'incliner devant une utilité publique « *évidemment* » constatée (*DDHC, art. 17*) ; elle n'est qu'un poste – toujours plus dilué, au gré de l'intégration de nouvelles variables – parmi les coûts d'un bilan à la visée holistique... qui s'est peut-être délesté, chemin faisant, de ses repères « *naturels* ».

Banalisation. – Malgré cela, peut-être à cause de cela, la théorie du bilan a connu une destinée prestigieuse, à tel point que cette forme de contrôle serait devenue « *aussi banal(e) que l'air que l'on respire* » (*A. Questiaux, L'utilité publique des grands travaux d'infrastructure routière et ferroviaire, in Mél. G. Braibant : Dalloz, 1996, p. 597*). S'il faut se garder de confondre la marque publique avec ses contrefaçons, sa banalisation a contracté deux formes : intrinsèquement, au gré de quelques coups de crayons additifs, elle a perdu une part de son originalité jusqu'à gagner les rives sémantiques généreuses du contrôle de proportionnalité (*B. Seiller, Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... : JCP A 2012, 2316*) ; extrinsèquement, et *a minima*, son économie générale s'est exportée au-delà de l'expropriation.

Probablement encouragé par l'euphémisation standardisée des méthodes de contrôle, le juge administratif se décida en effet à battre la mesure sur un rythme ternaire (*CE, 19 oct. 2012, n° 343070, Cne Levallois-Perret : JurisData n° 2012-023337*), même s'il fut par intermittence happé par des valse à quatre temps (c'est beaucoup moins dansant), en faisant quelques détours préalables du côté du principe de précaution (*CE, ass., 12 avr. 2013, n° 342409, Assoc. coordination inter-régionale Stop THT : JurisData n° 2013-006762 ; Dr. adm. 2013, comm. 60, note F. Le Bot*) ou, plus récemment, de la liberté de culte (*CAA Marseille, 20 oct. 2020, n° 18MA0511121, Cne Nice*). Reste

qu'habituellement, après avoir déterminé si l'opération entend satisfaire un intérêt général (contrôle de l'adéquation), puis vérifié que la collectivité ne disposait pas des terrains nécessaires pour assurer l'opération (contrôle de nécessité ; ici, de subsidiarité), le juge s'attèlera dans un troisième et dernier temps au bilan *stricto sensu*. Ce faisant, le contrôle de l'utilité publique s'est drapé dans les habits du triple-test de proportionnalité, perdant son atour originel. Embrassant ses formes, il en a logiquement épousé aussi les mauvais plis : outre que certains contentieux se prêtent mal à la mécanique, l'on note, ici comme ailleurs, des confusions ou aller-retour entre les différentes étapes (*V. CAA Nancy, 30 oct. 2008, n° 07NC01399, Millet*).

Entamée par cette perte d'ADN, la théorie du bilan en est paradoxalement sortie revigorée, s'exportant dans l'ensemble du contentieux administratif (*contra, V. S. Roussel, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative : AJDA 2021, p. 780*). Eu égard à ses adhérences propriétairestes, c'est logiquement que l'emprunt devait trouver sa forme la plus aboutie dans le cadre de la démolition des ouvrages publics mal plantés (*CE sect., 29 janv. 2003, n° 245239, Cne Clans : JurisData n° 2003-064826 ; Dr. adm. 2003, comm. 92, note C.M.*) ; restructuré, le contentieux lié au (vil) prix de vente des biens publics s'en rapproche également sensiblement, un bilan positif devant apparaître entre les rabais consentis d'une part, le caractère approprié, réaliste et suffisant des contreparties d'intérêt général, d'autre part (*CE, 14 oct. 2015, n° 375577, Cne Chatillon-sur-Seine ; Dr. adm. 2016, comm. 9, note G. Eveillard*). Pêle-mêle, on le retrouve au sujet de dérogations aux règles nationales d'urbanisme (*CE, ass., 18 juill. 1973, n° 86275, Ville de Limoges*) ; de l'établissement de certaines servitudes (*CE, ass., 24 janv. 1975, n° 72868, Gorlier et Bonifay*) ; d'arrêtés de protection des espèces végétales (*CE, 15 avr. 2016, n° 363638, Synd. Mixte du Piémont des Vosges*) ; du principe de mutabilité (*CE, 16 janv. 1991, n° 116212, FNAUT*) ; ou du contrôle des concentrations au travers d'un « bilan concurrentiel » (*CE, 13 févr. 2006, n° 279180, Fiducial Expertise : Dr. adm. 2006, comm. 72, note M. Bazex et S. Balzy*). À cela, et même si la finalité est toute autre (puisqu'il s'agira, ici, de laisser subsister une illégalité), il est assez unanimement admis – par les conseillers d'État eux-mêmes (*B. Dacosta, L'office du juge : rayonnement et diffusion de la théorie du bilan au-delà de l'expropriation : Dr. voirie 2011, n° 157, p. 171*) – que la logique du bilan irrigue l'ensemble du contentieux contractuel, en même temps qu'elle canalise, par exemple, la condition d'urgence dans le cadre du référé-suspension, celle-ci étant appréhendée au regard de l'ensemble des intérêts publics et privés en présence.

Déception. – Non-exhaustif, ce listing suffirait à convaincre des bénéfiques sans équivalent présentés par le bilan ; ce dernier n'a pourtant, on le sait, jamais fait vraiment recette à l'université. D'un point de vue statistique, le « bilan du bilan » serait d'abord famélique (*P. Wachsmann, art. préc.*). Ce constat serait amplifié par une estampille jacobine indélébile, le monopole de l'État sur l'expropriation concentrant les réserves contentieuses lorsqu'il s'agit de projets d'intérêt national dont le Palais Royal aurait au surplus, en amont et dans le cadre de ses fonctions consultatives, contribué à solidifier les coutures. En définitive, le bilan filtrerait le moustique (local) pour mieux laisser passer la caravane de chameaux (étatiques), les quelques arbres du Ténéré subsistants (par ailleurs survendus : l'autoroute transchablaisienne, la LGV Poitiers-Limoges...) masquant mal un paysage désertique dont seuls les « éléphants blancs » auraient été braconnés (*V. Ch. Otero, préc.*). La formule du bilan ressemblerait au final à ces étranges règlements de compte à balles blanches. Fardée de rhétorique, elle confinerait au « simulacre » de contrôle, voire même à « l'alibi » (*F. Rouvillois : RFDA 1997, p. 752*) : une fois passés au shaker, les ingrédients disparates qui le composent formeraient un cocktail détonnant dont les amateurs de « taste-test » peinent à reconnaître les saveurs et les dosages, le juge n'ayant jamais pris soin de dévoiler la hiérarchisation, la pondération et la méthode de notation de chacun d'entre eux. D'aucuns, enfin, stigmatisent le refus du juge de s'aventurer vers un contrôle « extrinsèque », lequel devrait l'amener à opérer une « comparaison des comparaisons » au gré des alternatives en cause (*B. Seiller, Pour un contrôle extrinsèque de l'utilité publique : AJDA 2003, p. 1742*).

À l'analyse aucune de ces objections n'apparaît dirimante. S'il convient de lire parfois entre les lignes, le Conseil d'État donne déjà des gages de son ralliement au contrôle extrinsèque (V. CE, 11 avr. 2008, n° 407153. – CE, 28 déc. 2009, n° 311831 – CE, 11 avr. 2018, n° 401753 – CE 13 mars 2019, n° 423751). Il ne faudrait pas non plus en cacher les dangers ; bientôt, il pourrait jouer à front renversé en venant justifier non le meilleur, mais le moins mauvais des scénarios, lequel ferait toujours aussi peu d'heureux et beaucoup de déçus ; à ce stade, il n'est donc pas forcément regrettable que le juge ne s'engage pas plus avant, sauf à vouloir conforter le phénomène « Nimby » (*Not in my backyard*). Les statistiques pourront quant à elles être relativisées, en pointant le caractère préventif et dissuasif du bilan, ses préceptes participant en amont d'une « *maïeutique administrative* » (*L'intérêt général, Rapp. public du Conseil d'État, 1999, p. 309*) dont la motivation juridictionnelle témoigne sans doute encore trop peu. Dit autrement, le bilan révèle mal la fabrique de l'utilité publique, celle-ci s'étant construite par l'enquête publique, un cortège d'études socio-économique, une évaluation environnementale, autant que par les compensations en tout genre rançonnés auprès des maîtres d'ouvrage : « *si des compromis ont été élaborés en cours de procédures, l'utilité publique ne peut être appréciée comme s'il ne s'était rien dit* » ; peut-être conviendrait-il de l'exposer davantage dans les motifs. Il resterait enfin à démystifier le bilan et à en atténuer les effets polarisants. D'une part, l'on constate une difficulté toujours plus intense à mener à bout de grands projets, quoi que l'on pense de leurs bienfaits respectifs (Notre-Dame des Landes, Europa City, Barrage de Sivens...). Par essence, le contentieux de l'expropriation embrase, au gré des multiples foyers susceptibles d'être allumés, avant (insuffisance des éléments du dossier d'enquête, partialité du commissaire-enquêteur, contentieux de la DIG...) comme après (arrêté de cessibilité, ordonnance de transferts, indemnisation...) le contrôle de l'utilité publique, le château de cartes menaçant jusqu'à la fin de s'effondrer ; liées, les prescriptions environnementales ou urbanistiques servent encore de produits inflammables (CE, 18 oct. 2018, n° 410111, SEM pour le développement orléanais). De ce point de vue, l'on comprendra peut-être mieux la volonté d'ignifuger le contentieux de l'utilité publique. D'autre part, l'attraction qu'exerce la théorie du bilan obère sans doute l'attention qui devrait être portée sur d'autres points : le dualisme juridictionnel continue d'apporter son lot de contrariétés ; l'indemnisation du préjudice moral des expropriés, de son côté, reste le parfait inconnu de l'équation financière.

Au-delà, sans savoir de quoi le prochain cinquantenaire sera fait, il reste sans doute à repenser une théorie qui, originellement, trouva sa défensive légitimité dans le cadre d'une économie et d'une idéologie de la croissance qui n'a plus cours ; nul doute que l'élévation du seuil « *positif* » de l'utilité publique pourrait être mûrie. Témoignage des sociétés complexes, par le creuset d'intérêts divers qu'elle entend agglomérer puis traiter, la théorie du bilan reste paradoxalement manichéenne dans sa finalité. Lovée dans le contentieux de l'excès de pouvoir, elle dérive sans nuances entre le noir et le blanc, là où le sujet commanderait sans doute des pouvoirs juridictionnels moins étriqués ; de quoi peut-être songer, demain, à la voie de la réformation, ce pouvoir ayant déjà fait montre de sa capacité à être exercé, autant que les autres voire plus, « *avec tact et mesure* » (G. Braibant, *concl. préc.*).