

Tiers et droit public

Rapport français,
Camille Broyelle, professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas
mai 2015

Si le tiers est « tiers », en droit, c'est avant tout parce que le droit manifeste à son égard des signes de mise à l'écart. On perçoit juridiquement le tiers par la réaction de son milieu, qui le tient à distance d'une situation juridique au regard de laquelle il le considère comme étranger. En droit, le tiers, c'est l'intrus.

Lorsque l'on passe en revue les grands chapitres du droit public, on relève cette figure du tiers, celui qui est tenu à l'écart d'une situation juridique : c'est le cas du tiers en matière contractuelle, ou encore du tiers dans l'instance. Cette figure du tiers n'est cependant pas très fréquente. Du reste, le tiers ne constitue pas une grande notion du droit public. La raison est simple. Il n'existe pas, en droit public, de situation juridique exclusive, qui ne concernerait qu'un cercle restreint de personnes, à l'exclusion de toutes les autres. Les situations de droit public sont toujours mâtinées d'intérêt général. Et tout le monde étant intéressé au respect de l'intérêt général, c'est-à-dire au respect de la légalité (la légalité étant supposée cristalliser l'intérêt général), aucune situation n'échappe totalement au tiers. Plus précisément, à son contrôle et à sa capacité de contestation devant le juge.

Le droit public n'est pas hostile à l'égard du tiers, bien au contraire. Si l'on devait résumer le droit administratif sous sa forme moderne, on pourrait même dire que le tiers est l'agent du droit public, plus précisément de la soumission de l'administration au droit qui constitue le pilier de la conception française du droit public.

Etudier le tiers, en droit public, c'est donc examiner, sous un angle contentieux, la façon dont il a été érigé par le juge (et plus précisément par le Conseil d'Etat) en gardien de la légalité objective ; c'est examiner la politique jurisprudentielle menée pendant plus d'un siècle consistant, en ouvrant aux tiers l'accès au prétoire et en lui confiant toutes les armes contentieuses pour soumettre l'administration au droit, à instaurer un contrôle juridictionnel légaliste et disciplinaire. Armer le tiers : telle a été la condition indispensable à l'institution de l'Etat légal¹.

Le tiers constitue ainsi un très bon poste d'observation du droit administratif, tel qu'il a été conçu, mais aussi tel qu'il évolue. Au début des années 2000, la sécurité et la stabilité juridiques sont venues faire contrepoids à la défense dogmatique de la légalité, et le Conseil d'Etat s'est aperçu qu'il était sans doute allé trop loin dans la politique d'armement du tiers. Aussi, assiste-t-on à un progressif désarmement contentieux des tiers. Ce sont ces deux moments, celui de l'armement puis celui du désarmement, que je voudrais présenter.

¹ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992.

I – La politique d’armement du tiers

Initialement, quand le Conseil d’État est institué, il est chargé de statuer sur les affaires dites « *contentieuses* », c’est-à-dire sur les litiges dans lesquels les requérants se plaignent de la violation par l’administration d’un « droit » (on parle du « *contentieux des droits* »). Chaque fois en effet que l’administration était, en vertu des textes, en situation de compétence liée, lorsque les textes, donc, ne lui accordaient aucun pouvoir d’appréciation et lui dictaient sa conduite (par exemple, elle est tenue d’accorder une pension lorsque telles conditions sont réunies ; elle est tenue d’indemniser tel type de dommage de travaux publics), le juge estimait que les administrés disposaient de « droits » qu’ils pouvaient invoquer devant lui et qu’il était chargé de redresser en cas d’illégalité. En revanche, les administrés ne disposaient d’aucune voie d’action lorsqu’ils ne pouvaient se prévaloir d’aucun « droit ». Et le Conseil d’État considérait qu’aucun droit n’existait dans les situations où l’administration disposait d’un pouvoir discrétionnaire. C’est ainsi, par exemple, qu’étaient soustraits à tout recours les actes résultant de la mise en œuvre par l’administration de ses pouvoirs de la police, de son pouvoir disciplinaire, ou encore de son pouvoir de tutelle². Considérés comme des actes de « *pure administration* », c’est-à-dire des actes ne rencontrant aucun « droit », ils échappaient à tout recours³.

Rapidement cependant, dès la première moitié du XIX^e siècle, la situation évolue. Le Conseil d’État étend sa juridiction aux actes de « *pure administration* »⁴. C’est ainsi que naît le recours pour excès de pouvoir, ouvert aux personnes qui ne peuvent invoquer la violation par l’administration d’aucun « droit ».

Un pas considérable est franchi, qui marque une distinction fondamentale entre l’action devant le juge administratif et le recours devant le juge judiciaire, mais une autre question reste à régler. Même s’il n’est pas nécessaire, pour saisir le juge, d’invoquer un « droit », un droit subjectif (un droit à pension ; un droit à indemnité), ne faut-il pas exiger du requérant qu’il soit, au regard de l’acte contesté, dans une situation juridique individualisée ? En d’autres termes, ne faut-il pas exiger de lui un intérêt strictement personnel et direct ?

C’est dans cette voie que le Conseil d’état s’était dans un premier temps engagé⁵, avant de changer radicalement de cap autour des années 1900. Même les personnes qui ne sont pas directement et personnellement concernées par l’acte peuvent le contester. Ainsi, le contribuable communal a intérêt à contester une décision qui engage les finances de la commune⁶ ; l’usager d’un service public peut demander l’annulation des mesures relatives à

² R. Dareste, *La justice administrative en France*, A. Durand, 1862, réimpression « La Mémoire du droit », coll. de la Faculté Jean Monnet (Sceaux, Univ. Paris XI), 2012, p. 222 et s.

³ Sur ce point, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. « Thémis », 1995, p. 156 et s.

⁴ Selon certains auteurs, l’arrêt fondateur est l’arrêt *Landrin*, rendu par le Conseil d’État le 4 mai 1826 (P. Sandevior, *Études sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964, p. 255-267), ce que certains auteurs contestent (par exemple, J.-L. Mestre, « L’arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », RFDA 2003, p. 211).

⁵ Initialement, l’intérêt à agir est réservé aux personnes nominativement désignées par l’acte ou à celles auxquelles l’acte impose des obligations. L’intérêt à agir devait être « individuel et privé » (CE, 21 juill. 1864, *Académie des Beaux-Arts*, Rec. 680, concl. Robert ; consultable sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57300275/f691>).

⁶ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333 ; S. 1901. III. 73. note M. Hauriou.

l'organisation du service⁷ ; un syndicat est autorisé à contester les décisions qui portent atteinte aux intérêts qu'il défend (une décision de nomination, par exemple)⁸ ; ou encore un élu du conseil municipal est recevable à contester les délibérations de ce conseil⁹.

C'est « le moment 1900 » (F. Melleray¹⁰), ce tournant du droit administratif où le Conseil d'État décide d'ouvrir son prétoire aux tiers, c'est-à-dire à ceux qui tout en étant extérieurs à la relation juridique qui se noue entre l'acte et ses destinataires directs sont néanmoins considérés comme suffisamment concernés pour le contester. Cette ouverture de l'accès au juge s'inscrit dans le cadre d'un projet (soumettre l'administration au droit) et correspond à une conception spécifique de l'office du juge administratif : ne comptant pas sur l'administration pour s'auto-contrôler, le Conseil d'État remet aux administrés la mission de gardien de la légalité¹¹. Toutes choses égales par ailleurs, la Cour de Justice procédera de la même façon lorsque, pour tenir en respect les États et les contraindre au respect du droit communautaire, elle a extrait des normes communautaires, qui ne devaient s'adresser qu'aux États, des droits au profit des particuliers, dont elle confiait simultanément la sauvegarde au juge national. Même s'il ne concerne pas l'intérêt à agir, mais l'invocabilité de la règle et son effet direct, le procédé est semblable : il s'agit d'élargir le champ des destinataires de la norme à ceux qui originellement lui étaient tiers.

Une fois admis au prétoire, le tiers « intéressé » reçoit toutes les armes contentieuses. Il peut faire feu de tout bois pour obtenir l'annulation de l'acte, notamment invoquer contre l'acte une norme qui n'est pas spécialement destinée à sa protection. Par exemple, une association de protection du patrimoine architectural conteste un permis de construire. C'est à ce titre qu'elle se voit reconnaître un intérêt à agir. Devant le juge, elle est autorisée à invoquer tous les moyens qu'elle souhaite, non seulement la méconnaissance d'une règle garantissant l'esthétique de la construction (par exemple, une règle relative à l'aspect extérieur des façades), mais n'importe quelle autre règle (la compétence de l'auteur du permis ou encore la méconnaissance d'une règle de procédure). Dans le procès, le tiers n'est donc absolument pas

⁷ CE, 21 déc. 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli*, Rec. 962, concl. Romieu.

⁸ CE, 28 déc. 1906, *Synd. des patrons-coiffeurs de Limoges*, Rec. 977, concl. Romieu.

⁹ CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon*, Rec. 324.

¹⁰ F. Melleray, « À propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif, le "moment 1900" et ses suites », AJDA 2014. 1530.

¹¹ Pour autant, n'importe qui n'est pas recevable à critiquer n'importe quoi. Pour protéger le fonctionnement de l'administration, et éviter d'être submergé de recours, le juge a rejeté le système de l'action populaire. Il exige du requérant qu'il montre non seulement que la décision litigieuse lui porte tort (de façon plus ou moins intense) mais aussi qu'il se trouve, par rapport à cette décision, dans une situation particulière, dans laquelle ne se trouve pas l'ensemble de la population. En somme, pour se voir reconnaître un intérêt à agir, le requérant doit faire partie du cercle des personnes « concernées » par l'acte. Bien sûr, c'est au juge qu'il appartient de délimiter ce cercle. Et à ce stade, entrent évidemment en jeu des considérations d'opportunité. Par exemple, pour préserver l'autorité hiérarchique, le Conseil d'État estime que les agents publics ne sont pas, en tant que tels, intéressés par les décisions d'organisation et de fonctionnement du service, alors même que ces mesures affectent directement leur vie quotidienne (CE, 11 déc. 1903, *Lot*, Rec. 780). Ainsi, une association de fonctionnaires n'a pas intérêt à contester la nomination d'un directeur (CE, ass., 26 oct. 1956, *Assoc. générale des administrateurs civils*, Rec. 391), ou encore la création d'une délégation au sein d'un ministère (CE, sect., 4 juin 1982, *Assoc. des administrateurs civils du ministère des affaires culturelles*, n° 18811, Rec. 210). Dans le même sens, les usagers du service public n'ont pas intérêt à agir une décision de nomination (par ex., sect., 29 oct. 1976, *Rouillon*, Rec. 433, concl. Massot, ou encore, CE, ass., 20 nov. 1981, *Schwartz*, n° 24981, Rec. 437).

handicapé par sa qualité de tiers. Il est doté exactement des mêmes attributs que ceux de la personne directement et personnellement affectée par l'acte.

Voilà donc la force de frappe dont sont dotés les tiers. Par leur intermédiaire, les recours ont afflué devant le juge administratif qui a pu assujettir l'administration au respect du droit objectif et se placer en supérieur hiérarchique. C'est cette politique qui est remise en cause depuis les années 2000. Désormais, il s'agit de désarmer le tiers.

II – Le désarmement du tiers

Désarmer le tiers, affaiblir sa puissance, une donnée essentielle explique la mise en œuvre de ce projet : l'effectivité des décisions du juge administratif que le Conseil d'État parvient à instaurer.

Reconnaître de façon libérale aux tiers le pouvoir d'obtenir l'annulation des actes de l'administration ne présentait en effet guère de risque à une époque où l'intervention du juge était relativement platonique. Et jusque dans les années 1990, elle l'était. Un requérant obtenait, en tant que contribuable local, l'annulation d'une décision engageant les finances de la commune (par exemple, la délibération décidant de la construction d'un stade). Mais entre le moment où la décision litigieuse est prise et la date de son annulation, trois ans, cinq ans se sont écoulés. Le stade a été construit et en vertu du principe selon lequel les ouvrages publics irrégulièrement implantés ne se détruisent pas, il n'y avait plus rien à faire. Le pouvoir de nuisance des tiers était avant tout doctrinal et le rôle du juge administratif disciplinaire : il s'agissait seulement de faire « les gros yeux » à l'administration et de pointer un acte transgressif. Les conséquences concrètes de la sanction ne constituaient pas l'horizon du juge.

Or, tout change dans les années 90. Sous l'effet de la concurrence du juge judiciaire (à qui le législateur confie le contentieux de décisions d'autorités administratives), et des exigences européennes, le juge s'occupe de l'effectivité de son intervention : c'est ainsi qu'il obtient du législateur, un pouvoir d'injonction (loi du 8 février 1995), des procédures de référé efficaces (loi du 30 juin 2000), et remet en cause l'un après l'autre tous les dogmes qui neutralisaient son intervention (par exemple, celui selon lequel un ouvrage public mal implanté ne se détruit pas¹²). L'annulation des décisions administratives n'était donc plus platonique. La sécurité et la stabilité juridiques, ainsi que le fonctionnement de l'administration s'en sont trouvés profondément ébranlés. Il faut alors contenir la capacité de nuisance des tiers. C'est ce à quoi s'applique le juge.

L'exemple le plus manifeste est fourni par le contentieux des contrats. Jusqu'à une décision *Tarn-et-Garonne* d'avril 2014¹³, les tiers au contrat n'avaient pas la possibilité de contester devant le juge la validité du contrat. Même si l'on relevait déjà quelques immixtions de sa part, qui révélaient la spécificité du contrat administratif (les tiers ayant la possibilité de contester les « clauses réglementaires » du contrat ainsi que les contrats de recrutement d'agents publics¹⁴), en principe le recours contre le contrat était réservé aux parties. Rien d'étonnant à cela : le contrat, c'est la chose des parties ; il ne produit pas d'effet à l'égard des

¹²CE, sect., 29 janv. 2003, *Synd. dptal de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Cne de Clans*, n° 245239, Rec. 21, concl. Maugué ; CE, sect., 14 oct. 2011, *Cne de Valmeinier*, n° 320371, Rec. 490.

¹³ CE, ass., 4 avr. 2014, *Dpt de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, Rec.

¹⁴ CE, sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, Rec. 375, concl. Stahl.

tiers. Ne se résignant cependant pas à soustraire totalement les contrats au regard des tiers, le Conseil d'Etat avait ouvert à ces derniers, dès 1905, le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat, par exemple, la délibération par laquelle l'administration décide de conclure un contrat¹⁵. L'intervention des tiers était d'autant mieux tolérée, et encouragée, qu'elle était totalement platonique. L'annulation de l'acte détachable était totalement dépourvue d'effet sur la validité du contrat, qui ne pouvait être remise en cause que par les parties au contrat, le cas échéant, devant le juge du contrat, ce que dans la pratique elles ne faisaient pas.

Dans les années 1990, dans le cadre plus général du combat en faveur de l'effectivité des décisions du juge administratif, la situation évolue. Les parties au contrat peuvent être contraintes, par le juge de l'exécution¹⁶ de saisir le juge du contrat¹⁷. L'immixtion des tiers n'était donc plus platonique. Elle pouvait mettre être dévastatrice puisque la saisine du juge de l'exécution n'est encadrée dans aucun délai : une délibération est annulée en 1995 ; en 2010 le juge de l'exécution ordonne aux parties de remettre en cause le contrat, qui doit être considéré comme n'ayant jamais existé. On imagine les difficultés susceptibles d'en résulter.

Aussi, au nom de la stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'État a purement et simplement fermé aux tiers la voie du recours contre l'acte détachable du contrat (arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014¹⁸). En contrepartie, il leur a ouvert un recours en contestation de validité du contrat, dont l'exercice est enserré dans un délai de recours contentieux strict.

Apparemment, reconnaître aux tiers la possibilité de remettre en cause la validité du contrat constitue le stade ultime de la « pulvérisation » du tiers, c'est-à-dire de l'abolition de toute distinction entre le tiers et les parties. Apparemment seulement. Leur statut de tiers ressurgit en effet à un double niveau, ce qui a pour conséquence de réduire considérablement leur pouvoir de nuisance. Au stade de l'intérêt à agir tout d'abord, la recevabilité du recours des tiers¹⁹ est subordonnée à la preuve d'un intérêt lésé de « *façon suffisamment directe et certaine* » par la passation du contrat ou ses clauses²⁰. La condition est bien plus restrictive que celle (très libérale) qui commandait l'intérêt à agir des tiers lorsqu'ils pouvaient contester les actes détachables du contrat. Par exemple, sauf contrat ayant une incidence financière significative, la simple qualité de contribuable ne suffira plus, alors qu'elle permettait d'attaquer l'acte détachable²¹. La sélection des tiers autorisés à saisir le juge est plus sévère.

¹⁵ CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. 768.

¹⁶ Le juge de l'exécution est le juge administratif saisi par les parties, après le prononcé d'un jugement, auquel il est demandé d'ordonner les mesures d'exécution nécessaires.

¹⁷ CE, sect., 7 oct. 1994, *Lopez*, n° 124244, Rec. 430, concl. Schwartz.

¹⁸ Avant cela, pour amoindrir les effets de l'annulation de l'acte détachable, le Conseil d'État avait posé que l'annulation de l'acte détachable n'entraînait pas nécessairement la nullité du contrat (CE, 10 déc. 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n° 248950, Rec. 501 ; CJEG 2004. 246, concl. Piveteau, sensiblement amendé par CE, 21 févr. 2011, *Sté Ophrys*, n° 337349, Rec. 54 ; v. également, CE, 10 déc. 2012, *Sté Lyonnaise des eaux*, n° 355127, Rec. T.)

¹⁹ Du moins, celle des tiers « ordinaires » (c'est-à-dire tous, excepté le préfet et membres des organes délibérants des collectivités locales)

²⁰ V. dans le même sens, en matière de référé pré-contractuel, CE, sect., 3 oct. 2008, *Smirgeomes*, n° 305420, Rec. 324.

²¹ Sur ce point, B. Dacosta, « L'accès des tiers au juge du contrat » (table ronde), RDP 2014. 1162.

Une fois admis, les tiers voient également leur pouvoir de destruction affaibli, ces tiers ne pouvant, en principe, invoquer que des vices qui leur ont porté tort²². Par exemple, une association de protection de la nature ne sera autorisée à invoquer que des vices qui ont porté atteinte aux intérêts qu'elle défend : la méconnaissance de règles imposant une étude d'impact, par exemple²³.

J'ai pris l'exemple du contentieux des contrats, mais cette politique de désarmement des tiers s'observe dans d'autres domaines²⁴. Dans le contentieux de l'urbanisme, par exemple, le requérant qui exerce un recours contre un permis de construire ne peut se prévaloir que d'un intérêt « urbanistique » : le projet de construction doit porter atteinte aux « *conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien* » occupé par le requérant (C. urb., L. 600-1-2). Son pouvoir de nuisance est également contenu, puisque désormais le juge peut lui interdire d'invoquer des moyens nouveaux, à l'expiration du délai qu'il fixe²⁵, et le requérant est susceptible de faire l'objet de conclusions reconventionnelles pour abus de droit d'agir²⁶, ce qui est en principe interdit dans l'excès de pouvoir.

Dans le traitement qu'il accorde au tiers, un système juridique révèle tout ou presque tout de la conception de la légalité qu'il retient. Lorsqu'il valorise le tiers, il promeut le respect de la légalité objective ; lorsqu'il s'en méfie et manifeste, à son endroit, des signes d'hostilité, il indique que le respect de la légalité n'est pas une fin en soi, et qu'il doit être concilié avec d'autres considérations (notamment la stabilité des relations de droit). C'est la voie que prend depuis peu le droit public qui, après avoir exalté le tiers, a pris conscience de sa nocivité.

²² Plus précisément, ils ne peuvent « *invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* », arrêt Dpt de Tarn-et-Garonne, préc.

²³ Sur ce point, L. Janicot et J.-F. Lafaix, « La nouvelle place du tiers dans le contentieux des contrats administratifs », RDP 2014. 1175.

²⁴ Plus généralement, constatant une restriction de l'intérêt à agir, E. Langelier, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le contentieux de l'annulation », AJDA 2012, p. 417.

²⁵ C. urb., R. 600-4, issu du décret du 1^{er} octobre 2013.

²⁶ C. urb., L. 600-7, issu de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013.

