Nancy-Université
Université Nancy 2

Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion

LE TIERS EN DROIT ADMINISTRATIF

THESE

En vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Doctorat nouveau régime – Droit public, mention Droit administratif)

Présentée et soutenue publiquement le 13 juillet 2010 par

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO

MEMBRES DU JURY :

Monsieur Benoît PLESSIX,
Professeur à l'Université Nancy II, directeur de recherche.
Madame Marion UBAUD-BERGERON,
Professeur à l'Université Montpellier I, rapporteur.
Monsieur Charles-André DUBREUIL,
Professeur à l'Université d'Auvergne, rapporteur.
Madame Camille BROYELLE,
Professeur à l'Université Paris Sud-Paris XI.
Monsieur Yves GRY,
Professeur à l'Université Nancy II.

Nancy-Université
Université Nancy 2
Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion

LE TIERS EN DROIT ADMINISTRATIF

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO

LE CORPS ENSEIGNANT
de la Faculté de Droit et Sciences Économiques et Gestion

Année universitaire 2009 – 2010

DOYEN M. Eric GERMAIN

DOYENS HONORAIRES MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI, CACHARD

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé
M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian, Professeur d'Histoire du Droit

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Économiques
M. MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Économiques

M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît	Professeur de Droit Public
Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine	Professeur de Sciences Économiques
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PARENT Antoine	Professeur de Sciences Économiques
M. PERREAU-SAUSSINE Louis	Professeur de Droit Privé
Mme TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie	Professeur d'Histoire du Droit
Mme GRAMAIN Agnès	Professeur de Sciences Économiques
M. FONCEL Jérôme	Professeur de Sciences Économiques
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
Mme GOLDIE-GENICON Charlotte	Professeur de Droit Privé
Mme MARINO Laure	Professeur de Droit Privé

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Éric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Éliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry *(Détachement)*	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit

M. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Élodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. WEBER Jean-Paul	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GABUTHY Yannick	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FEREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Public

MAÎTRES DE CONFÉRENCES ASSOCIÉS

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Économiques
M. BERNARDEAU Ludovic	Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

M. ECKERSLEY David *(Convention)*	Assistant d'Anglais
M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques
Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG d'Économie et Gestion

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

A Xavier, mon mari,
Pour son soutien, ses encouragements et son aide.

A mes parents,
Pour leur soutien dans ma poursuite d'études.

Remerciements

Je souhaite remercier les membres de mon jury, *Monsieur Benoît PLESSIX*, *Madame Marion UBAUD-BERGERON*, *Monsieur Charles-André DUBREUIL*, *Madame Camille BROYELLE* et *Monsieur Yves GRY*, pour avoir accepté de juger mon travail.

J'adresse ma sincère reconnaissance envers *Monsieur Benoît PLESSIX*. Je le remercie pour la direction de ma recherche toujours efficace et pertinente, sa disponibilité, son soutien et la liberté offerte dans mes choix de méthodologie. Ces cinq années de travail passées auprès de lui ont été passionnantes.

Mes remerciements s'adressent à l'ensemble des professeurs, maîtres de conférences, ingénieurs d'études et de recherche, docteurs et doctorants de l'*IRENEE*, pour leur soutien et leurs conseils. Je remercie particulièrement *Ludivine* et *Marjorie* pour leur disponibilité et leur écoute attentive, *Delphine*, *Gaëlle*, *Diane*, *Guillaume*, *Maxence*, *Oriane*, *Kévin*, *Véronique*, *Fanny*, *Laurent* et *Cédric* pour leur soutien et leurs encouragements, *Diane* et *Cédric* pour leur aide précieuse en cette fin de thèse. Je tiens aussi à remercier *Mesdames Nathalie DEFFAINS*, *Marion UBAUD-BERGERON* et *Nadine DANTONEL-COR* et *Monsieur Benoit PLESSIX* pour leur confiance dans l'apprentissage du métier d'enseignant.

Je remercie spécialement *Monsieur le Conseiller d'Etat Daniel GILTARD* pour avoir consacré un temps précieux à la confrontation de sa vision de juge avec les idées proposées dans cette thèse.

Un remerciement particulier est adressé au personnel des centres de documentation de Nancy II et de la Bibliothèque Nationale de France site François Mitterrand.

Enfin, je tiens à exprimer ma gratitude envers ma famille et mes amis pour leur soutien et leurs encouragements. Je tiens particulièrement à remercier mon mari Xavier, mes parents, mon équipe de relecteurs (qui se reconnaitront), ainsi que Florence, Emmanuelle et Jérôme pour leur disponibilité, leur aide constante et la gêne occasionnée.

Liste des abréviations

act.	Actualités
AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique - Droit administratif
art.	Article
Ass.	Assemblée
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BJDU	Bulletin juridique du droit de l'urbanisme
Bull. Ass. plén.	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass., Ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée plénière
Cass., Civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Cass., Crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
CE	Conseil d'Etat
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
collec.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cons. CE	Conseil des Communautés européennes
Contrats-marchés publ.	Revue contrats et marchés publics
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz (Dalloz Sirey depuis 1965)
DA	Droit administratif
dir.	Directive
EDCE	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
éd.	Edition
fasc.	Fascicule
GACA	Les grands arrêts du contentieux administratif
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDCC	Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel
Gr. Ch.	Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
Ibid.	*Ibidem*
JCP	Semaine juridique, édition générale
JCP A	Semaine juridique, édition Administration
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Just. et cass.	Justice et cassation
LPA	Les petites affiches
obs.	Observations
op. cit.	*Opus citatum*
ord.	Ordonnance
p.	Page
RA	Revue administrative

RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
Rec. CE	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat
rééd.	Réédition
RFDA	Revue française de droit administratif
RJC	Recueil de jurisprudence constitutionnelle
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique, devenue en juillet 2007, Revue juridique de l'économie publique
RPDA	Revue pratique de droit administratif
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme
S.	Recueil Sirey (Dalloz Sirey depuis 1965)
s.	Suivante(s)
Sect.	Section
T.	Tables du Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
trib.	Tribune
V.	Voir

Sommaire

Introduction générale

Partie 1 : L'identification du tiers

Titre 1 : Absence d'une notion conceptuelle de tiers

Chapitre 1 : La notion de tiers confrontée à la notion conceptuelle
Chapitre 2 : Les « faux » tiers

Titre 2 : Existence d'une notion fonctionnelle de tiers

Chapitre 1 : Le tiers est une notion fonctionnelle
Chapitre 2 : Les critères de détermination du tiers

Partie 2 : L'échelle des tiers

Titre 1 : Le tiers pur

Chapitre 1 : Le tiers pur à l'acte administratif unilatéral
Chapitre 2 : Le tiers pur au contrat

Titre 2 : Le tiers intéressé

Chapitre 1 : Le tiers évincé
Chapitre 2 : Préfet et usager interprétés à la lumière du tiers intéressé

Conclusion générale

INTRODUCTION GENERALE

« […] le vieux n'insista point,
car il estimait que ces choses-là
ne regardent pas les tiers. »
Guy de Maupassant,
Pierre et Jean.

Selon le dictionnaire Larousse, le tiers correspond à « *chaque partie d'un tout divisé en trois parties égales* », à la « *troisième personne* », la « *personne étrangère à un groupe* » ([1]), celui « *qui vient au troisième rang, qui s'ajoute à deux autres* » ([2]). Il est « *autre, différent (par rapport à deux éléments présupposés)* » ([3]). « Tiers » se retrouve dans différents noms communs tels que tiers provisionnel, tiers opposant, tiers payant ([4]), tierce personne, tierce opposition, assurance au tiers, assurance de tierce collision ([5]), tiers arbitre, tiers expert, tiers consolidé, ([6]), Tiers Etat ([7]), Tiers monde ([8])…

Le Dictionnaire en langue française d'Emile Littré donne la définition la plus complète du tiers. Le tiers apparaît dans la féodalité, la coutume, les anciens ordres du Royaume de France, la jurisprudence et le domaine juridique, mais aussi dans la médecine, la marine ou la vénerie. Communément, le tiers est le « *troisième ; en ce sens, il a vieilli et ne reste usité que dans certaines phrases. La tierce partie d'un tout.* […] », **«** *une troisième personne, et, par*

[1] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 1011 ; Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1394.

[2] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 1012.

[3] Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), *op. cit.*, p. 1394.

[4] Le petit Larousse, éd. 2009, p. 1011.

[5] *Ibid.*, p. 1012.

[6] Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), *op. cit.*, p. 1394.

[7] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 1012.

[8] *Ibid.*, p. 1013 ; Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), *op. cit.*, p. 1394.

extension, une personne étrangère. […] *Exprime la position d'une personne qui se trouve troisième avec deux autres dans une réunion* », « *la troisième partie d'une chose qui est ou que l'on conçoit divisée en trois parties* » ([9]).

La première observation pouvant être faite au regard de ces définitions est que le tiers est une notion complexe recouvrant une multitude d'éléments. A partir de ces éléments, il a fallu réaliser un tri afin de délimiter le tiers qui doit être étudié. Devons-nous considérer le tiers en tant que nombre, en tant que rang ou en tant que personne ? Notre choix s'est orienté vers le tiers en tant que personne, une personne déterminée pouvant agir, une personne juridique. Dès le moment où nous avons conscience que l'objet de la présente recherche porte sur une personne déterminée, le tiers, il convient de rechercher sa présence au sein du droit.

Cette thèse a pour but de déterminer le tiers en droit administratif. Le choix du domaine juridique étudié est donc fondamental. Naturellement il ne s'agit pas de traiter du tiers en droit civil, qui a d'ailleurs fait l'objet d'une thèse ([10]). L'étude du tiers en droit civil constitue cependant un apport pour cette thèse. Les données de droit civil et le traitement qui y est réservé au tiers vont permettre soit d'ouvrir des pistes d'études, soit de réaliser des comparaisons droit civil / droit administratif. Ainsi nous proposons, dans cette introduction, de réaliser une étude rapide du tiers en droit civil pour ensuite envisager le tiers en droit administratif.

I. Le tiers en droit civil

Le tiers en droit civil apparaît dans deux domaines particuliers : le domaine de la responsabilité et celui des contrats ; il est d'ailleurs beaucoup plus présent dans le second domaine. Le tiers apparaît au sein de la responsabilité sous deux formes. Il peut s'agir du « fait du tiers ». En effet, le tiers intervient dans le domaine de la responsabilité en tant que cause exonératoire de responsabilité. Ainsi il constitue une cause exonératoire soit totale, c'est-à-dire que ce fait cause une rupture du lien de causalité, soit partielle, c'est-à-dire que le dommage a pour origine deux causes différentes et implique une responsabilité *in solidum* ([11]). Le tiers peut aussi apparaître sous la forme d'une victime par ricochet, c'est-à-

[9] http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=tiers

[10] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, 571 p.

[11] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Thémis Droit, 2007, p. 146.

dire « *une personne qui souffre d'un préjudice moral ou pécuniaire personnel en contrecoup d'un dommage qui a frappé autrui* » ([12]). La présence du tiers, dans le domaine spécifique du droit de la responsabilité, présente une importance certaine. Cette importance est accrue dans le domaine des obligations.

Le domaine des obligations offre différentes définitions du tiers ainsi qu'une présentation de ces actions spécifiques. Sa définition se fonde sur une opposition entre les tiers et les parties ([13]). « *L'extranéité qui, à l'origine, caractérise les tiers, conduit à réduire la qualité de tiers à un simple état résiduel lors de la conclusion de l'acte juridique. Les tiers ne se définissent alors que par exclusion de la qualité de parties ; ce n'est que parce qu'ils ne sont pas « parties » qu'ils demeurent des tiers. Inversement, en devenant des parties, ils s'excluent de facto de l'état naturel de tiers* » ([14]). Deux caractéristiques définissent la notion globale de tiers. Il s'agit tout d'abord d'une catégorie diversifiée voire disparate ([15]), donc fortement hétérogène. Ainsi « *si le législateur l'utilise souvent, il ne désigne pas toujours les mêmes personnes* » ([16]). De plus, la catégorie des tiers est particulièrement mouvante : une qualification donnée n'est jamais figée par la conclusion du contrat et peut évoluer en fonction du temps et de l'exécution ou non de l'obligation ([17]).

Nous proposons ainsi d'étudier le tiers en droit civil au regard des différentes catégories de tiers puis en fonction de leurs actions.

---

[12] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 484.

[13] J. GHESTIN, La distinction des parties et des tiers au contrat, *JCP* 1992, I, 3628. « *Les tiers sont toutes les personnes qui n'ont pas la qualité de parties.* »

[14] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, *op. cit.*, p. 11.

[15] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, 13e éd., 2008, p. 383.

[16] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *Droit civil*, Defrénois, 4e éd., 2009, p. 411.

[17] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 502 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 383 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 411.

A. Les catégories de tiers en droit civil

Le tiers en droit civil se divise en plusieurs catégories. Il est parfois délicat de trouver des éléments communs au sein de ces différentes catégories. Ainsi nous proposons d'établir trois regroupements. Le premier regroupement est fondé sur l'opposition classique entre les tiers et les parties, le deuxième sur le caractère mouvant du tiers et le troisième est composé des cas intermédiaires.

1. L'opposition la plus générale : tiers / parties

Le tiers se définit par opposition. En droit civil, le tiers est opposé aux parties, sous entendue aux parties au contrat. Cette opposition classique est issue du principe de l'effet relatif des contrats ([18]). L'effet relatif est issu de l'article 1165 du Code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Les parties au contrat, c'est-à-dire les personnes ayant exprimé leur accord pour être liées par un contrat ([19]), se distinguent en fonction du débiteur et du créancier. Le débiteur s'est ainsi engagé à exécuter le contrat, alors que le créancier peut en réclamer le bénéfice ([20]). Les parties, pour qui la convention fait office de loi selon l'article 1134 du Code civil, se voient opposer l'effet obligatoire du contrat. Les tiers, eux, se voient opposer le principe de l'opposabilité des conventions aux tiers ([21]). Ils doivent respecter la convention conclue entre les parties, mais la convention ne peut avoir d'effet obligatoire à leur encontre ([22]). « *Le contrat est, pour le tiers, une chose qui s'est passée entre d'autres personnes* » ([23]). Cela ne pose d'ailleurs aucune difficulté si le contrat porte sur des droits réels puisqu'ils sont opposables *erga omnes* ([24]). Par contre, si un tiers

[18] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 382.

[19] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 502.

V. : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 663.

[20] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 494.

[21] Cass., Civ. 1ére, 17 octobre 2000, Bull. civ. I, n° 246, D. 2001, J, 952, note Billiau et Moury, JCP 2001, I, 338, note Viney.

[22] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, pp. 496-497.

[23] *Ibid.*, p. 494.

[24] B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 2e éd., 2009, p. 227.

s'oppose à l'exécution d'une convention, sa responsabilité peut être engagée ([25]). Encore faut-il savoir ce qu'est un tiers ?

Si « *est partie toute personne qui a exprimée son accord pour être liée par un contrat. Tous les autres sont en revanche des tiers* » ([26]). Mais le tiers n'est pas unique, bien au contraire, ils forment une catégorie hétérogène. Ainsi nous proposons ici d'opposer les parties à leur exact opposé : les tiers absolus ou *penitus extranei*. Il est « *celui qui n'a rien à voir avec les parties, ni avec l'objet du contrat : c'est le véritable tiers, entièrement étrangers au contrat* ». C'est ce tiers qui subit l'effet relatif des contrats ([27]). Les tiers absolus forment une catégorie totalement homogène à la différence de la catégorie globale des tiers ([28]). « *Ils sont étrangers au rapport fondamental, au rapport délégué et ne sont ni créanciers ni débiteurs des parties à la délégation* » ([29]). Ils « *sont à la fois parfaitement étranger au contrat et aux contractants : ceux qui, ne s'étant engagés ni par eux-mêmes ni par représentant, ne sont en outre ni ayants cause, ni créanciers, de l'une ou l'autre des parties* » ([30]).

« *Entre les parties qui sont liées par les effets obligatoires nés du contrat et les tiers qui sont seulement tenus de respecter ces effets, sans en être les sujets actifs ou passifs, existent des personnes – créanciers chirographaires, ayants cause à titre particuliers des contractants, membres du groupe contractuel auquel ceux-ci appartiennent – dont la situation est délicate à définir* » ([31]). Au sein du droit civil et plus précisément au sein du droit des obligations, il existe des « *tiers absolus et ceux qui le sont un peu moins* » ([32]). Nous proposons d'étudier ces différents tiers.

---

[25] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, pp. 496-497.

[26] *Ibid.*, p. 502.

[27] *Ibid.*, p. 505.

[28] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 384.

[29] M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989, pp. 246-247.

[30] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 384.

[31] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2009, p. 512.

[32] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 239.

2. Tiers-partie et Partie-tiers

Une nuance vient remettre en cause l'opposition classique entre tiers et parties. Un tiers peut devenir partie et une partie peut devenir tiers ; la qualification de tiers, mais aussi par corrélation celle de partie, sont mouvantes en fonction de l'écoulement du temps. Nous proposons d'étudier ce paradoxe.

✓ Le tiers devient partie

Le tiers devient partie ; cela signifie qu'une personne étrangère à une convention va devenir partie à cette même convention. Il s'agit tout d'abord de l'ayant cause universel ou à titre universel. Sont qualifiées ainsi des personnes qui « *continuent la personne du défunt et deviennent donc parties aux contrats qu'ils reçoivent par la succession* » ([33]), qui succèdent « *à la totalité ou à la quote-part d'un patrimoine, c'est-à-dire à un ensemble de droits et obligations considéré comme une universalité* » ([34]) ; il s'agit alors de transmission d'obligation pour cause de mort ([35]). Si le *penitus extranei* est l'exact opposé des parties, les ayants cause universel sont, eux, dans une « *position diamétralement opposée à celle des tiers absolus* [en tant que] *continuateurs de la personne de l'un* [des contractants] » ([36]). A l'ayant cause universel ou à titre universel placé dans une situation diamétralement opposée à celle du tiers absolu, nous pouvons rapprocher la situation du représenté. Le représenté, comme son nom l'indique, est représenté dans la signature du contrat, il n'a pas réalisé l'acte matériel de signature. Pourtant le représenté constitue bien la personne obligée par le contrat ([37]). Le représenté est resté tiers de manière matérielle, physique au contrat, mais il est la partie liée effectivement au contrat. Considérer le représenté comme un tiers ne se justifie que par son extranéité à la conclusion du contrat puisque juridiquement il est bien partie au contrat ([38]). La représentation est ainsi un mécanisme de contrat pour autrui ([39]) ; ici il s'agit d'un contrat signé pour autrui. Sont ainsi dans la même situation, les subrogés et les délégués. La subrogation personnelle répond à l'idée de remplacement. Il va s'agir de remplacer soit une

[33] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 503.

[34] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 240.

[35] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 519.

[36] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 389.

[37] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 502.

[38] J. GHESTIN, La distinction des parties et des tiers au contrat, *op. cit*.

[39] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, Droit civil*, *op. cit.*, p. 419.

chose, soit une personne ([40]). La délégation consiste, elle, à ce que le délégant « *invite une deuxième personne (le délégué) à contracter une obligation au profit d'une troisième (le délégataire)* » ; il s'agit d'offrir un second débiteur au créancier ([41]). La délégation porte sur une personne, non sur une créance : le propre débiteur du débiteur doit remplir ses obligations envers le premier créancier ([42]). Concernant les contrats pour autrui, nous pouvons noter la place spécifique réservée à la stipulation pour autrui codifiée à l'article 1121 du Code civil ([43]). La stipulation pour autrui constitue une « *opération à trois personnes* ». Le stipulant fait promettre au promettant d'exécuter une obligation pour le tiers bénéficiaire. « *Le bénéficiaire va devenir titulaire du droit avant même d'en avoir accepté le bénéfice, donc avant d'avoir manifesté son consentement à l'opération* » ([44]). Le consentement du tiers n'est pas nécessaire lors de la conclusion du contrat comprenant une stipulation pour autrui ([45]). Le tiers bénéficiaire a un droit direct sur le promettant ([46]). La stipulation pour autrui s'oppose à la promesse pour autrui qui est interdite par l'article 1119 du Code ([47]). Un contrat ne peut faire naître d'obligation pour autrui ([48]). Par contre, la clause de porte-fort de l'article 1120 est permise ([49]). Une personne s'engage alors à obtenir le consentement d'un tiers pour un contrat déterminé. S'il n'y parvient pas, il sera alors tenu de payer une indemnité ([50]). Ce n'est pas le tiers qui est obligé ici, mais le promettant.

---

[40] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 533.

[41] *Ibid.*, pp. 538-539.

[42] P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, Litec, 5e éd., 2009, p. 199.

[43] L'article dispose que l'« *on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

[44] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 505.

[45] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 246.

[46] M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, *op. cit.*, p. 35.

[47] L'article dispose que l'« *on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ».

[48] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 526.

[49] L'article dispose que « *néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

[50] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 526.

A ces différents « tiers » intermédiaires, nous pouvons ajouter la présence d'autres tiers devenant partie. Il en va ainsi des cessionnaires de contrat, de créance ou de dette. La cession de contrat consiste en ce qu'une partie au contrat ou à l'obligation conclut un contrat de cession avec un tiers. Ce tiers devient alors partie au contrat cédé en remplacement d'une des parties initiales ([51]) ; c'est un remplacement de « *l'une des parties à un contrat par une tierce personne* » ([52]). La cession de créance est, elle aussi, une action à trois personnes : « *le cédant cède au cessionnaire sa créance sur le débiteur cédé. Ce dernier sera donc désormais tenu envers le nouveau créancier* » ([53]). La cession de créance se réalise à titre gratuit ou onéreux ([54]). Enfin la cession de dette est plus problématique puisqu'elle transforme le tiers en débiteur ce qui impose son consentement, et puisqu'elle remet en cause le libre choix du débiteur par le créancier ([55]). Les ayants cause à titre particulier se trouvent être dans une situation de cession de créance ou de contrat ([56]). Un ayant cause à titre particulier est une personne recevant un bien ou un droit d'une personne qualifiée d'auteur ([57]). Soit il s'agit d'une créance et il devient partie au contrat, soit il s'agit d'une obligation et il doit alors y consentir ([58]). Si le bien transmis par l'auteur s'accompagne de droits réels, ces droits réels suivent le bien qu'ils constituent une charge ou un bénéfice, comme les servitudes accessoires à une propriété immobilière ([59]).

Entrent enfin dans cette catégorie de tiers devenant partie, les tiers exécutants, c'est-à-dire les personnes devant exécuter une obligation pour le compte du débiteur. Le débiteur devra alors supporter la charge de l'exécution par ce tiers. Si l'obligation consistait en une obligation de ne pas faire, le tiers pourra détruire la chose. Si l'obligation consistait en une obligation de faire, le tiers exécutant pourra réaliser un remplacement de la chose. Cependant si l'obligation porte sur une chose trop personnelle, il ne pourra pas y avoir exécution par un

[51] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 503.

[52] *Ibid.*, p. 526.

[53] *Ibid.*, p. 521.

[54] P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, *op. cit.*, p. 164.

[55] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 525.

[56] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 241.

[57] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, pp. 503-504 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 390.

[58] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, pp. 503-504.

[59] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 242.

tiers. Enfin, dans de nombreux cas, l'autorisation du juge est requise ([60]). Les tiers payeurs, c'est-à-dire les personnes devant avancer les indemnités à une victime, peuvent entrer dans cette catégorie de tiers exécutant ([61]).

✓ La partie devient tiers

Il s'agit du cas opposé au précédent : une personne partie à un contrat va devenir étrangère à ce même contrat, elle sera donc qualifiée de tiers. L'exemple le plus frappant de partie à un contrat devenant tiers est celui du représentant. Le représentant a agi au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté. Il a signé matériellement l'acte conventionnel. Pourtant, les effets du contrat ne vont pas l'atteindre. La représentation peut être légale, judiciaire ou conventionnelle (cas du mandat) ([62]). Le représentant est donc matériellement partie au contrat, mais après cet acte matériel de signature, il lui devient tiers. A cette catégorie de partie devenant tiers, nous pouvons ajouter le cédant, le délégant et l'auteur d'une subrogation. Dans ces trois cas, une personne, partie à un contrat, se défait de ses obligations envers l'autre partie en étant remplacée par une tierce personne.

3. Les cas intermédiaires

Nous avons présenté les parties et les tiers absolus qui s'opposent en prenant en considération un contrat déterminé. Concernant les tiers devenant parties et les parties devenant tiers, la transformation de la qualification se réalise en fonction d'un même contrat. Les cas intermédiaires que nous allons étudier sont qualifiés de tiers particuliers : ils sont liés à une des parties à un contrat, mais tiers à la seconde. Tout débiteur ou créancier peut se retrouver dans une telle situation. Un débiteur et son créancier sont bien des parties au même contrat. Mais son créancier peut être lui-même débiteur d'une troisième personne. Le débiteur sera alors tiers à cette troisième personne. De même, un créancier et son débiteur constituent des parties, mais ce créancier sera tiers par rapport au débiteur de son débiteur. L'illustration de ces situations se trouve dans les groupes de contrat impliquant des contractants extrêmes. La lecture classique de l'effet relatif conduit alors à les considérer comme « *des tiers les uns par rapport aux autres* » ([63]). Dans ces groupes de contrat, tous les contrats conclus peuvent

[60] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 613.

[61] *Ibid.*, p. 249.

[62] *Ibid.*, p. 502.

[63] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 520.

avoir un objet commun comme le transfert du droit de propriété sur une chose déterminée, ou un objet différent comme son transfert pour une utilisation effective de la chose. En dehors du cas des groupes de contrats, les créanciers et les débiteurs peuvent se retrouver dans une situation dans laquelle ils sont tiers par rapport aux autres contractants de leurs propres cocontractants, sans qu'il n'existe de lien entre les différents contrats conclus. A ce titre, il faut mettre en lumière la place particulière du créancier chirographaire. Il s'agit d'un créancier ne détenant ni sûreté ni garantie ([64]), il n'est détenteur « *que d'un papier* » ([65]). Or ce créancier particulier, lorsqu'il est tiers par rapport à un contrat conclu par son débiteur, détient des actions spécifiques à l'encontre du débiteur de son débiteur.

Ainsi la distinction entre parties et tiers se réalise en ce sens : « *toutes les personnes liées, avec leur consentement effectif, quels qu'en soient la forme ou le moment, par les effets obligatoires du contrat. Sont tiers toutes les autres personnes, y compris celles qui sont liées par les effets obligatoires du contrat, dès l'instant qu'elles n'ont pas consenties à cet effet obligatoire* » ([66]).

B. Les tiers sont détenteurs d'actions

Les tiers, à « *l'état naturel* » ([67]), subissent la formation des actes juridiques ([68]). Cependant cet état naturel de passivité n'est qu'un prélude à une phase active. Lors de l'exécution de l'acte juridique, le tiers retrouve un pouvoir d'action. « *Le tiers se définit alors, non plus par exclusion mais au contraire, par réaction à cette situation qui vient perturber ses intérêts* » ([69]). Comment le tiers peut-il agir ou réagir face à un acte juridique ? Comment se sert-il de cet acte auquel il est étranger ? ([70]). Il peut s'en prévaloir notamment pour

[64] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 504.

[65] P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, *op. cit.*, p. 40.

B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 240. « *On appelle chirographaire le créancier qui, n'ayant aucune sûreté particulière, ne dispose pas du droit de gage général que lui assurent sur le patrimoine de son débiteur les articles 2284 et 2285 du Code civil.* »

[66] J. GHESTIN, La distinction des parties et des tiers au contrat, *op. cit*.

[67] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, *op. cit.*, pp. 13-130.

[68] *Ibid.*, p. 11.

[69] *Ibid.*, p. 11.

[70] *Ibid.*, p. 327.

augmenter son patrimoine ([71]), il peut aussi s'en plaindre pour obtenir une indemnisation ([72]), ou utiliser son droit de critique ([73]).

Les tiers peuvent contester les contrats conclus par le mécanisme des nullités également appelé le droit de critique ([74]). La nullité d'un contrat est une « *réaction brutale de rejet intégral* » prononcée par le juge judiciaire ; il applique alors la politique du « tout ou rien » ([75]). Deux types de nullités existent en droit civil. Tout d'abord, la nullité relative ou l'annulabilité. Il s'agit d'une nullité de protection, d'une sanction des vices du consentement, de l'incapacité ou de la lésion ([76]). La nullité relative ne peut être invoquée que par les parties au contrat ([77]). Elle n'intéresse donc pas les tiers à la différence de la nullité absolue. La nullité absolue ou d'ordre public est une « *sanction applicable lorsque la condition de validité qui fait défaut affecte l'acte absolument, et que la société dans son entier a dès lors intérêt à ce que celui-ci disparaisse* » ([78]). Cette sanction prononcée par le juge judiciaire frappe les actes juridiques faits en violation de l'ordre public ([79]) ; elle est rétroactive ([80]). Cette nullité peut être demandée par tout tiers ; cette demande a des conséquences graves : « *tout intéressé peut, d'ailleurs, demander l'annulation, et l'acte ne pourra être consolidé ni par la volonté des parties, qui vient s'écraser sur l'ordre public comme sur un mur, ni par une autre prescription* » ([81]). Pourtant en pratique, tout tiers, tout intéressé ne peut pas faire valoir son droit de critique. Un intérêt à agir est requis : « *dire que la nullité peut être invoquée par tout intéressé ne signifie pas que n'importe qui peut demander la nullité des contrats illicites conclus par une personne, si intéressé soit-il aux affaires d'autrui, car il faut avoir un intérêt juridique pour agir* » ([82]). Ainsi tout « tiers intéressé » y compris le tiers absolu peut agir,

[71] *Ibid.*, pp. 329-372.

[72] *Ibid.*, pp. 373-398.

[73] *Ibid.*, pp. 398-440.

[74] Sur les nullités, V. : R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, 964 p.

[75] Y.-M. SERINET, Le juge et l'illicéité du contrat, in C. COULON, F. COLLART DUTILLEUL, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 87.

[76] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis Droit, 27e éd., 2002, p. 338.

[77] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 433.

[78] *Ibid.*, p. 434.

[79] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op. cit.*, p. 337.

[80] *Ibid.*, p. 338.

[81] *Ibid.*, p. 337.

[82] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, Droit civil*, *op. cit.*, p. 343.

mais il doit présenter un intérêt à agir pour « *ne pas permettre à d'éventuels importuns de s'immiscer dans les affaires d'autrui* » ([83]). Finalement, peu de tiers sont concernés par le droit de critique effectif. Les parties peuvent, elles, agir ([84]), tout comme les ayants cause universel ou à titre particulier ([85]). Le ministère public est aussi détenteur d'une telle demande sur le fondement de l'article 423 du Nouveau code de procédure civile.

Le droit de critique permet aux tiers, mais aussi aux parties, de voir disparaître le contrat de manière rétroactive. Les tiers peuvent engager d'autres types d'actions qui ont un but opposé : voir ou espérer voir l'objet de leur créance accompli. Ainsi les actions oblique et directe ont pour but de protéger le créancier contre la négligence du débiteur qui pourrait laisser dépérir son patrimoine ([86]), alors que l'action paulienne a pour but de s'opposer à la fraude du débiteur ([87]). L'action oblique est issue de l'article 1166 du Code civil. Elle peut notamment être exercée par le créancier chirographaire ([88]). L'action oblique consiste à exercer l'action appartenant à son débiteur ([89]), puisque celui-ci ne l'a pas exercée et n'a donc pas enrichi son patrimoine afin d'honorer ses dettes ([90]). Elle constitue une action individuelle appartenant à chaque créancier ([91]). Le créancier agit au nom et pour le compte du débiteur, il ne profite qu'indirectement de l'action ([92]). Il va poursuivre le débiteur de son débiteur soit en vue de le condamner, soit en vue d'une exécution forcée ([93]). Le « *créancier invoque à son profit les clauses d'un contrat auquel il n'est pas partie* » ([94]). Des conditions sont à remplir afin de pouvoir engager une telle action. Le créancier doit bien détenir une créance envers le débiteur ([95]), elle doit être certaine, liquide et exigible, mais elle n'est pas forcément

[83] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, pp. 433-435.

[84] *Ibid.*, p. 435.

[85] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, Droit civil*, *op. cit.*, p. 343.

[86] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, Sirey, 1989, p. 151.

[87] *Ibid.*, p. 151.

[88] B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 240 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 513.

[89] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 129.

[90] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 509.

[91] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 130.

[92] *Ibid.*, p. 130.

[93] *Ibid.*, p. 131.

[94] *Ibid.*, p. 130.

[95] *Ibid.*, p. 136.

antérieure à la créance détenue par le débiteur ([96]). Le créancier doit ensuite présenter un intérêt à agir. Cet intérêt sera généralement constitué par la carence du débiteur ([97]). A l'image de l'exigence de l'intérêt à agir en matière de nullité absolue, l'intérêt à agir a aussi une importance particulière en matière d'action oblique puisqu'elle constitue « *une immixtion dans les affaires du débiteur* » ([98]). Le créancier / tiers, notamment le créancier chirographaire ([99]), peut ensuite exercer une action paulienne issue de l'article 1167 du Code civil. Cette action permet de mettre fin à la fraude mise en place par le débiteur ([100]), qui peut avoir soit vidé son patrimoine, soit omis de le remplir ([101]). L'action paulienne a pour but la reconstitution du patrimoine par la révocation de l'acte frauduleux ([102]). Des conditions sont également à remplir. Le créancier doit être détenteur d'une créance certaine, liquide, exigible. De plus, elle doit forcément être antérieure à l'acte contestée ([103]). Le créancier doit présenter un préjudice ; ce préjudice naît de l'insolvabilité de son débiteur ([104]). Enfin la loi a mis en place une dernière action : l'action directe ([105]). Elle s'explique par le préjudice causé aux tiers du fait de l'inexécution d'un contrat ([106]). Ainsi cette action s'exerce en l'absence de juge ([107]). Le créancier obtient directement du débiteur de son débiteur la créance, sans aucun intermédiaire ([108]). Cette action prend toute son ampleur dans deux domaines particuliers : celui des groupes de contrats ([109]), et celui des accidents de la route. Concernant ce second domaine, le recours du tiers payeur a été instauré par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des

[96] P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, *op. cit.*, p. 83.

[97] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 511 ; G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 137.

[98] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 137.

[99] B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 240 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 513.

[100] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 151.

[101] P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, *op. cit.*, p. 92.

[102] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 167.

[103] *Ibid.*, pp. 153-154.

[104] *Ibid.*, p. 156.

[105] P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10e éd., 2007, p. 337.

V. notamment les articles : 1717 et 1753, 1798, 1799-1 et 1994 du Code civil.

[106] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, 2008, p. 512.

[107] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 140.

[108] *Ibid.*, p. 140.

[109] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 513.

procédures d'indemnisation. Le principe est que la victime doit être indemnisée le plus rapidement et efficacement possible. Ainsi cette fonction est remplie par l'assureur de l'auteur de l'accident. Cette assureur peut ensuite exercer une action à l'encontre de l'assuré ([110]) ; ce recours a un caractère subrogatoire ([111]**).**

Deux éléments peuvent caractériser le tiers en droit civil. Malgré une définition complexe et hétérogène, la définition du tiers existe en droit civil. De plus, ce tiers peut agir ; il est détenteur d'actions. Qu'en est-il en droit administratif ?

II. Le tiers en droit administratif

Le tiers en droit administratif n'existe pas. La doctrine n'a pas établi de synthèse de cette notion ; seules des articles présentant le tiers dans des domaines spécifiques ont été écrits ([112]). Ainsi, s'il n'existe pas une définition du tiers, il existe des définitions du tiers. De ce point de vue, le tiers en droit administratif se rapproche du tiers en droit civil : il est délicat de réaliser une synthèse globale de la notion, mais il est plus évident d'établir des définitions éparses permettant d'exprimer spécifiquement une situation dans un domaine déterminé. L'hétérogénéité du tiers est un élément commun à ces deux branches du droit. Ainsi s'appuyer sur les définitions établies par les auteurs civilistes permet de clarifier certaines pistes de recherche. Cependant, s'il est possible de trouver des éléments communs entre le tiers en droit civil et le tiers en droit administratif, la comparaison doit s'arrêter là. Droit civil et droit administratif diffèrent par leur droit applicable, leurs juges compétents, leurs situations juridiques et contentieuses, leur objet : la protection des intérêts personnels par le droit civil, la protection et la promotion de l'intérêt général par le droit administratif… Ces différences conduisent à concevoir des notions sans doute proches mais distinctes.

---

[110] G. MARTY, P. JESTAZ, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, *op. cit.*, p. 140.

[111] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, pp. 249-250.

[112] V. pour exemple : J. BENTZ, Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 11, p. 164, n° 12, p. 1 ; A. BOCKEL, Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique, *AJDA* 1968, I, p. 437 ; F. MODERNE, La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics, *CJEG* 1964, chron., p. 154 ; M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 575.

Puisqu'en droit administratif il n'existe pas de synthèse de la notion de tiers, le présent travail a pour but de tenter d'établir, sinon une synthèse, du moins une identification de la notion de tiers. Pour ce faire, nous nous rapprocherons, dans un premier temps, du droit civil avant de nous en détacher. La spécificité du droit administratif est de présenter des relations triangulaires lors de contentieux : le voisin contestant un permis de construire va impliquer la présence non seulement de l'autorité publique mais aussi du bénéficiaire du permis ; l'usager peut demander à une autorité publique délégant un service public d'imposer le respect des ses obligations à la personne gestionnaire du service ; le préfet va s'immiscer dans les relations tissées entre l'autorité locale et ses administrés ; le candidat à un marché public va contester le contrat conclu entre l'autorité publique et son cocontractant… Dans ces exemples, nous sommes en présence de relations s'établissant entre trois parties différentes, mais ces trois parties en contact au contentieux, ne l'étaient pas avant la formation du litige. Avant la formation du litige, une de ces personnes était « tiers » à la relation formée.

En l'absence de synthèse globale du tiers réalisée par la doctrine mais aussi de définition générale établie par le juge administratif, nous proposons d'établir une telle synthèse. Ce travail s'inscrit dans une actualité selon laquelle le tiers tient une place importante : au sein du domaine contractuel avec la contestation des contrats administratifs ou la réforme des référés précontractuel et contractuel, au sein du droit de la responsabilité avec le rapport du Conseil d'Etat sur la socialisation du risque ([113]), au sein de la fonction publique en raison des contentieux interservices ou de ceux engagés par des administrés envers les agents publics… En matière de droit administratif, le tiers devient de plus en plus agissant au niveau contentieux, or ses actions ne sont pas forcément vouées à l'échec. Au contraire, elles sont de plus en plus accueillies par le juge administratif. Il convient donc d'essayer d'expliquer de tels phénomènes.

Nous avons choisi de réaliser une étude en s'inspirant d'un modèle scientifique appliqué à la recherche des notions de tiers créées par la doctrine et le juge administratif. Cette recherche souhaite ainsi établir une certaine délimitation de la notion de tiers en faisant apparaître certains critères de détermination de la future notion de tiers. Aidé des notions de droit civil, il s'agira donc d'établir la notion de tiers et un système de détermination qui prendra la forme d'un protocole. Ce protocole se fonde sur la notion de cercle générateur,

[113] EDCE, n° 56, *Rapport public 2005 : Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, 2005, 399 p.

c’est-à-dire la modélisation d’une situation juridique. Les personnes jouant le rôle d’acteurs au sein d’une situation juridique considérée sont qualifiées de sujets actifs ; ces personnes sont liées par un rapport de droit constituant l’objet du cercle générateur. Les personnes qui ne sont pas, pour leur part, liées par ce rapport sont alors qualifiées de sujets passifs ou de tiers. Ainsi ce système va permettre, croyons-nous, d’identifier le tiers au sein de différents litiges et donc de pouvoir étudier ses actions contentieuses.

A partir de notions multiples, imprécises et disparates, l’identification la plus certaine possible du tiers peut être réalisée. Cette identification de la notion conduit à la probable qualification des sujets passifs au regard d’une échelle des tiers. L’étude des actions engagées par ces différentes personnes pourra nous permettre de valider cette échelle de tiers.

Partie 1 : L’identification du tiers

Partie 2 : L’échelle des tiers

Partie 1 : L’identification du tiers

Par essence, toute personne est un tiers par rapport à d'autres personnes, à des groupes, à des situations ou à des éléments.

La qualité de tiers peut, toutefois, se perdre. La perte de la qualité de tiers se réalise par « accident ». Prenons l'exemple d'un propriétaire d'immeuble. Lorsque ce propriétaire demeure au sein de sa propriété, il est tiers par rapport à la voie publique. S'il désire se déplacer vers une autre propriété, il va utiliser cette voie. Il sera alors qualifié d'usager de la voie. Pourtant, il n'a pas vocation à demeurer sur cette voie publique, ce qui signifie qu'il n'a pas vocation à rester usager. Ainsi dès qu'il quittera la voie publique, il retrouvera son statut de tiers par rapport à cette voie.

Si nous pouvons affirmer que toute personne est qualifiée de tiers par essence, si nous pouvons qualifier le propriétaire de l'immeuble de tiers, cela signifie qu'une définition unique du tiers semble envisageable. Pourtant, force est de constater qu'il n'existe pas, en droit administratif, un concept unitaire et homogène du tiers. Dans cette première partie, nous nous proposons d'essayer d'établir une méthode d'identification du tiers.

Les notions juridiques peuvent se répartir selon un critère conceptuel ou fonctionnel. Puisque nous voulons définir le tiers, il paraît intuitif de rechercher tout d'abord une telle notion au sein des notions conceptuelles. La doctrine et le juge administratif peuvent avoir conçu le tiers selon ces notions. Mais, puisque, nous ne sommes en présence que de notions éparses, disparates et imprécises du tiers, il faut alors se demander si la notion de tiers n'est pas une notion fonctionnelle, c'est-à-dire une notion qui trouve son unité au sein de la fonction qu'elle a pour but de remplir. La notion fonctionnelle permet de trouver une unité au sein du catalogue hétérogène du tiers ; elle permet de définir le tiers en tant que notion unique. Il sera alors possible d'en déterminer les critères constitutifs permettant de l'identifier au sein de recours contentieux.

Titre 1 : Absence d'une notion conceptuelle de tiers

Titre 2 : Existence d'une notion fonctionnelle du tiers

Titre 1 : Absence d'une notion conceptuelle de tiers

Dans un premier temps, nous tenterons de définir le tiers en droit administratif. Or cette tentative est vaine si la notion conceptuelle, globale et transversale du tiers a déjà été élaborée par le juge administratif et/ou la doctrine. Il convient donc de rechercher le tiers aussi bien dans la doctrine que dans les créations prétoriennes du juge administratif.

Le tiers, en tant que synthèse globale et transversale du droit administratif dans son ensemble, est absent des notions conceptuelles communément étudiées et appliquées. Pourtant, le « tiers » n'est pas absent totalement du droit administratif. Bien au contraire, il est présent dans divers domaines contentieux. Ainsi, au sein des notions conceptuelles, le tiers n'existe pas, mais des tiers existent bien.

Pour tenter de cerner une notion conceptuelle de tiers, il est nécessaire de débuter par deux étapes successives. Tout d'abord, un postulat de base doit être trouvé, c'est-à-dire l'élément fondateur de la notion de tiers que nous souhaitons élaborer. Si la notion globale et transversale du tiers n'existe pas, des éléments de définition sont présents au sein du droit, mais aussi au sein de la langue française. De la confrontation de ces différents domaines, nous pouvons obtenir un postulat de base : le tiers est une personne extérieure à un groupe ou à une situation. Ce postulat fondateur va permettre de réaliser l'étape suivante : le travail de délimitation de la notion de tiers. Cette étape permet de confronter ce postulat à différentes notions conceptuelles de droit administratif et d'en déduire les premiers contours de la notion de tiers, ainsi que les prémices de ses critères de détermination.

Chapitre 1 : La notion de tiers confrontée à la notion conceptuelle

Chapitre 2 : Les « faux » tiers

Chapitre 1 : La notion de tiers confrontée à la notion conceptuelle

L'identification du tiers consiste à rechercher et trouver une définition viable de la notion de tiers. Elle cherche à déterminer des critères permettant la reconnaissance du tiers au sein des différents litiges. La recherche de la notion de tiers doit débuter par une étude des notions existantes. Il est tout d'abord opportun de réaliser une étude portant sur les différentes notions de droit afin de savoir si au sein de ces notions, celle de tiers existe. Pour identifier la notion de tiers, il faut donc commencer par la rechercher parmi différentes notions connues du droit, c'est-à-dire plus précisément parmi les concepts de droit.

Le concept est une représentation intellectuelle d'une chose ou d'un élément ([114]). Il s'agit de définir une chose de manière objective. Cette définition permet d'attribuer à la chose des critères particuliers. Par exemple, prenons un concept « A » : une chose doit remplir certains critères pour être qualifiée de « A » ; si les critères ne sont pas remplis, la chose en cause ne peut pas recevoir la qualification escomptée. Si nous appliquons cette logique au tiers, nous allons rechercher si un concept de tiers existe, ce concept prenant en compte des critères particuliers permettant, s'ils sont remplis, de définir que telle ou telle personne est « tiers ».

---

[114] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 231.

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1738. *« Acte de penser aboutissant à une représentation générale et abstraite* […]. *Idée générale et abstraite* […]. *Objet de pensée (idée), correspondant à une règle ou schème lui assurant une valeur générale et abstraite (abstraction), et souvent considéré comme lié à un nom, souvent employé dans le même sens, correspond dans la langue courante à tout objet de pensée, qu'il soit individuel ou général, vague et mal formé ou analysable. Le concept défini en compréhension correspond en extension à une classe d'objet : contrat, classe*. »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Terme de philosophie. Résultat de la conception, chose conçue. Dans le langage de Kant, toute idée qui est générale sans être absolue*. »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?requete=concept)

Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2e éd., 1993, pp. 87-88. « *Conceptualisation et concept désignent l'acte et/ou l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation sociale d'une classe déterminée de phénomènes. Les phénomènes représentés peuvent appartenir au monde dit naturel (physique, physiologique…), au monde dit intentionnel (social, historique, culturel…) ou au monde des lois logicomathématiques. La représentation elle-même est considérée depuis Kant comme un schématisme réunissant les propriétés essentielles ou typiques des phénomènes à représenter.* […] *Intuitivement, on pourrait peut être dire que les activités cognitives de l'homme consistent dans l'élaboration et le maniement des concepts ou des catégories qui permettent la saisie, la production et encore la*

La première partie de ce chapitre va être réservée au conceptualisme. L'étude sera orientée sur la définition même de la notion conceptuelle. Si nous voulons rechercher l'existence d'une notion conceptuelle du tiers, il faut savoir ce qu'est une notion conceptuelle et donc poser ses fondements. Ainsi il sera possible de mener à bien la recherche de la notion de tiers. Toutefois, cette recherche aboutira à un constat d'échec.

La notion conceptuelle de tiers est inexistante. Cela signifie qu'il va falloir rechercher des critères permettant de définir le tiers dans une autre catégorie que celle des notions conceptuelles. Ce travail doit prendre comme point de départ deux définitions du tiers mises en lumière lors de la recherche d'une notion conceptuelle du tiers. Ces deux notions n'ont pas été retenues comme permettant d'obtenir une notion conceptuelle du tiers en raison du caractère trop ouvert de la première et du caractère négatif de la seconde. Toutefois, ces deux définitions sont intéressantes : « le tiers est une personne extérieure à quelque chose », dans laquelle apparaît le critère de l'extranéité, et « le tiers n'est pas… », qui présente le caractère négatif de la définition du tiers. Il s'agira donc dans la suite de ce chapitre de confronter le postulat de base établi à des notions conceptuelles. Cela aura pour but de délimiter la notion de tiers et donc, à terme, de parvenir à une esquisse de définition du tiers.

---

communication du sens au de la signification entendue comme une relation d'ordre entre des « objets » (« objets » au sens général du terme, c'est-à-dire animés ou non, concrets ou abstraits, spécifiques ou génériques, ...). Ainsi, la cognition semble prendre forme en tant que structure réglant positions et rapports entre différents concepts dont la fonction centrale est de schématiser l'organisation interne et propre à certain type de phénomènes. […] *Il y a différentes possibilités d'élaborer une structure conceptuelle. Ce sont, par exemple, des lexèmes (ou bien des champs lexématiques) qu'on peut utiliser pour élaborer ce qu'on appelle actuellement les « catégories naturelles » d'un objet (comme, par exemple, celle de la cuisine, de la mode, de la maison,...) et d'une situation (comme, par exemple, celle de l'apprentissage, de la locution,...). En science cognitive et plus particulièrement en intelligence artificielle, on fait appel aux connaissances des « spécialistes » d'un domaine d'expérience bien limité pour pouvoir élaborer des « systèmes experts », des systèmes automatiques intervenant dans la résolution d'un problème (ce genre de systèmes a été créé au début en médecine et en chimie mais s'étend de plus en plus vers des domaines très diversifiés, notamment celui du droit).* »

Section 1 : Le conceptualisme et la notion de tiers

Créer, étudier, comprendre et appliquer les concepts. Voilà ce qu'est le conceptualisme : donner à un élément une consistance quasi invariable. Le conceptualisme est essentiel en droit puisqu'il permet aux praticiens comme à la doctrine d'utiliser au quotidien des notions claires et précises, leur permettant de s'exprimer et de se comprendre.

Nous nous s'efforçons, ici, d'identifier la notion de tiers. Or il parait logique de s'intéresser, tout d'abord, à la possible existence ou non d'un concept de tiers. Cela signifie que nous allons rechercher l'existence d'une notion dont le contenu est défini par différents éléments ou critères stables. Il s'agit de rechercher une notion du tiers dans ce qu'il est et non, dans ce qu'il fait ou dans ce à quoi il pourrait servir. Ainsi deux hypothèses sont à considérer. La première est que la notion de tiers est un concept existant, c'est-à-dire que le tiers en tant que tel a déjà été appréhendé par la doctrine et le juge qui ont alors créés des critères de détermination et de reconnaissance. Dans une telle hypothèse, il s'agira de rechercher si le concept pourrait être amélioré ou revisité. Selon la seconde hypothèse, le concept de tiers est introuvable, inexistant. Dans un tel cas, il faudra considérer les éléments ayant abouti à un tel constat et ensuite rechercher si un concept de tiers peut être proposé. Toutefois, pour démontrer quelle est l'hypothèse valable, il est important de bien comprendre ce que signifient les notions de conceptualisme, concept et pour finir de notion conceptuelle. Cette étude préalable permettra de fixer les bases sur lesquelles vont reposer les recherches effectuées pour prouver l'existence ou l'absence de la notion de tiers.

I. La définition de la notion conceptuelle

La notion conceptuelle appelle celle de conceptualisme et les notions qui lui sont attachées ; il convient de les définir. Tout d'abord, le terme de concept est issu du latin *conceptus*, ce qui signifie « saisi ». Deux acceptions existent. Le concept est « *une représentation intellectuelle d'un objet conçu par l'esprit* ». Il est aussi une « *définition des caractères spécifiques d'un projet, d'un produit, par rapport à l'objectif ciblé* » ([115]). L'adjectif découlant du nom concept est le terme de conceptuel. Il est donc tout simplement défini comme étant « *de l'ordre du concept* » ([116]). Le verbe découlant du nom concept est le terme de conceptualiser. Il s'agit de « *former des concepts à partir de quelque chose, d'organiser en concepts* » ([117]), « […] *pour se le représenter, l'organiser mentalement* » ([118]). Quand au conceptualisme, le dictionnaire le définit comme une « *doctrine scolastique suivant laquelle le concept a une réalité distincte du mot qui l'exprime, mais sans rien qui lui corresponde hors de l'esprit* » ([119]).

---

[115] Le Petit Larousse, éd. 1995, p. 254. Selon l'édition 2009, le concept est une « *représentation générale et abstraite d'un objet* », p. 231.

[116] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 231.

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1741. « *Du concept. Catégories conceptuelles. Schème conceptuel* […] *qui procède par concepts. Qui constitue un concept, correspond à une idée générale*. »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Qui est propre à la conception, qui tient à la conception. Qui est propre au conceptualisme.* » (http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?requete=conceptuel)

[117] Le Petit Larousse, éd. 1995, p. 254.

[118] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 231.

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), *op. cit.*, p. 1741. « *Elaborer des concepts. Elaborer des concepts à partir de … Organiser (un contenu mental, des connaissances) en concepts ou en un système de concepts.* »

[119] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 231.

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), *op. cit.*, p. 1741. « *Théorie suivant laquelle les concepts sont considérés comme les produits d'une construction de l'esprit et sont fondamentaux par rapport aux signes (opposé à nominalisme) et aux choses perçues (opposé à réalisme). Découpe de l'expérience selon un système de concepts définis et nommés. Les deux sens font référence aux définitions pré kantiennes du concept comme idée générale et abstraite, par exemple aux universaux.* »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Terme de philosophie. Doctrine d'Abeilard, qui était une sorte de moyen terme entre le nominalisme et le réalisme, et qui, admettant comme le nominalisme que les idées générales ne sont pas réelles, admettait, comme le réalisme, que, à une idée générale, se joint quelque chose de réel, c'est-à-dire la conception d'un objet particulier appartenant à l'idée générale.* […] *Conceptuel.* »

La définition donnée au terme de concept reflète l'objet de notre recherche. Nous désirons identifier le tiers, nous recherchons la notion de tiers ; il est donc nécessaire de définir, de déterminer cette notion. La définition d'un concept est une représentation d'un objet par l'esprit. Or les notions sont le fruit même des représentations intellectuelles. Nous allons donc rechercher, dans la suite de cette étude, si la notion de tiers a été conceptualisée par la doctrine et/ou le juge administratif. Cependant nous n'utiliserons pas, à proprement parlé, de concepts, nous privilégions l'utilisation de l'expression « notion conceptuelle ». Il convient donc de définir cette expression. Il s'agit, tout simplement, d'une notion qui peut être définie par un concept. La notion conceptuelle est à opposer à l'expression : « notion fonctionnelle » ([120]).

M. Fortsakis a réalisé une étude sur le conceptualisme et l'empirisme en droit administratif français ([121]). Il envisage la notion de concept. Cette étude est importante, elle constitue un apport certain au travail qui doit être réalisé pour rechercher la notion de tiers. Cet auteur donne, dans son ouvrage, des éclaircissements sur la notion de concept et sur les différentes caractéristiques qui composent les concepts. Il reprend, dès le début de sa recherche, la notion de concept. Pour définir cette notion, il utilise une acception philosophique : il s'agit d'une « *représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal* » ; il attribue à la notion de concept le synonyme de catégorie. Le concept est « *un acte ou un objet de pensée, une idée abstraite et générale* » ([122]). Nous remarquons que cette notion de concept peut être réduite à la définition suivante : il s'agit de l'idée d'une chose (qu'elle soit matérielle ou non) vue de manière objective, générale, globale, abstraite, mais aussi de manière claire et précise, afin d'obtenir une définition efficace, stable et applicable. La notion conceptuelle va donc regrouper ces grands éléments : elle sera objective, générale, globale donc transversale, abstraite, claire et précise, mais aussi stable.

M. Fortsakis relève, dans la suite de son ouvrage, les problèmes issus de la notion de concept ; ces problèmes étant, au regard de la définition établie ci-dessus, les mêmes que ceux

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?requete=conceptualisme)

[120] V. : G. VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barenstein, *JCP* 1948, I, 682 ; La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *JCP* 1950, I, 851.

[121] T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1987, 542 p.

[122] *Ibid.*, p. 23.

rencontrés par les notions conceptuelles, puisque les notions conceptuelles et les concepts sont en réalité une même chose. Ces problèmes se résument dans un problème plus global, celui de la définition du concept ([123]). Pour donner une définition à un concept, il faut d'abord s'entendre sur le vocabulaire à utiliser. S'agit-il du vocabulaire commun ou juridique ? Les concepts ne peuvent être utilisés que dans le domaine dans lequel ils sont créés ([124]). Cependant, la définition utilisera des termes qui feront, dans leur grande majorité, partie du vocabulaire commun ; il en va ainsi du vocabulaire juridique ([125]). Il faut alors avoir systématiquement à l'esprit ces deux éléments : savoir de quoi nous parlons et dans quel domaine nous utilisons la notion. Selon l'auteur, « *peu importe qu'une définition précise exactement le contenu* » du concept ([126]). Nous n'adhérons pas à cette opinion. Pour la recherche de la notion conceptuelle du tiers, nous recherchons bien un contenu précis et clair de cette notion. Ce que nous recherchons c'est ce qu'est le tiers. Or si le contenu est imprécis, aucune notion conceptuelle ne pourra exister. D'ailleurs l'auteur tend à se contredire dans la suite de sa recherche lorsqu'il y donne les critères permettant la formation des concepts. Or dans ces critères, la notion de précision du concept est présente ([127]). Une autre interprétation peut être proposée. L'auteur parle de contenu « exact », cela peut, peut être, signifier un contenu parfait et intouchable, non modifiable. Dans ce cas, les concepts devraient avoir une définition suffisamment précise sans pour autant que cette définition empêche une évolution du concept et donc, à terme, enferme ce concept.

M. Fortsakis donne ensuite les caractères qui vont constituer les concepts. Ces critères sont au nombre de trois : la clarté, la simplicité et la cohérence ([128]). Mais au regard des développements réservés à ces critères, un quatrième critère apparaît : celui de la précision. Les trois premiers critères ne paraissent pas surprenants : pour être clair, il faut généralement être simple et pour être simple, il faut s'intégrer dans un ensemble sans y apporter d'éléments

[123] *Ibid.*, p. 300.

[124] *Ibid.*, p. 300. « *L'élément déterminant réside dans le fait que ces mots ne peuvent être compris en dehors du cadre juridique dans lequel ils sont utilisés*. »

[125] *Ibid.*, p. 301. « *Le vocabulaire juridique emprunte* […] *au langage quotidien, utilise des mots de tous les jours sans leur conférer pour autant un contenu spécial quelconque. La détermination du contenu de ces mots* [c'est-à-dire les concepts définis] *oblige à se référer à leur sens commun : il faut essayer de l'appréhender par le biais d'une interprétation.* »

[126] *Ibid.*, p. 300.

[127] *Ibid.*, pp. 301-307.

[128] *Ibid.*, p. 301.

désordonnateurs. De plus, ils apparaissent liés entre eux. Une notion conceptuelle doit donc être claire, simple et cohérente avec les éléments qui l'entourent. La clarté fait apparaître la précision. Cette précision peut ne pas être parfaite, cependant elle devra atteindre un degré suffisant. Elle poursuit un but relevé par l'auteur : son utilité ([129]). Cependant ce but d'utilité est commun aux autres critères, car quel serait l'intérêt de créer des concepts, s'ils n'ont aucune utilité d'ordre pratique, s'ils n'ont finalement pas vocation à être utilisés par les praticiens et/ou la doctrine ? La précision que doit revêtir le concept ne doit pas perdre de vue un autre critère : celui de la simplicité. En effet, lorsque l'auteur écrit : « *peu importe qu'une définition précise exactement le contenu* », cela fait référence au critère de simplicité. Ainsi le contenu du concept doit être précis et suffisamment précis. Toutefois, la précision ne doit ni empêcher l'évolution du concept, ni aboutir à une notion trop complexe à comprendre, à intégrer et à appliquer. Cette exigence s'applique aux différents concepts que l'on cherche à créer, mais aussi aux notions qui constituent ces mêmes concepts à créer ([130]). Enfin, plus une notion sera conçue de manière simple, plus son utilisation sera simplifiée pour les praticiens et la doctrine ([131]). Cela poursuit donc le but d'utilité des concepts. Enfin, ces quatre critères permettent à un concept d'être efficace, c'est-à-dire de pouvoir servir, d'être utile. Or ils sont liés par le fait qu'ils permettent la détermination du contenu du concept et plus précisément sa détermination suffisante ([132]). Plus ces critères seront remplis avec efficacité, plus le contenu du concept en sera exact et permettra donc une meilleure perception du concept, ainsi qu'une plus grande cohérence avec les autres concepts. Il sera d'autant mieux délimité au regard de ces autres notions.

Enfin, M. Fortsakis établit plusieurs classifications de notions. Il distingue les notions descriptives des notions axiologiques, et les notions non définies des notions fonctionnelles ([133]). Cette distinction est fondée sur une référence à la précision soit du contenu du concept, soit du concept lui-même. Tout d'abord, l'auteur fonde une distinction

[129] *Ibid.*, p. 301. « *Il est évident que le degré de précision d'un concept est déterminant pour son utilité*. »

[130] *Ibid.*, p. 303. « *La précision d'une notion n'est pas seulement affaire de terminologie. Elle pose d'emblée un problème de fond : définir une notion implique nécessairement de définir les données qu'elle conceptualise. Il apparaît qu'une notion est d'autant plus portée à revêtir un contenu concret qu'elle répond à un critère de simplicité.* »

[131] *Ibid.*, p. 303. « *La simplicité du concept garantit son utilisation facile de la part du juge administratif*. »

[132] *Ibid.*, p. 303. « *La simplicité du concept se présente ainsi comme une condition de sa précision : l'utilisation de celui-ci se trouve grandement facilité par l'exactitude de son contenu*. »

[133] *Ibid*., pp. 307-320.

quant à la précision du contenu du concept lorsqu'il établit la distinction entre les notions descriptives et les notions axiologiques ([134]). Les notions descriptives ont un contenu, comme leur nom l'indique, descriptif. L'auteur considère comme une telle notion « *celles dont le sens peut être déterminé par une référence immédiate au monde du sensible environnant* » ([135]). Ainsi, selon lui, « *chaque mot, dès lors qu'il désigne un objet tangible, constitue une notion descriptive* » ([136]). Les notions descriptives sont donc vouées à définir des concepts de façon précise mais par référence au monde sensible, donc par rapport au monde nous environnant, à ce que nous connaissons. L'avantage de ces notions est qu'il s'agit de notions facilement compréhensibles dès le moment où la description est connue par la personne utilisant la notion. Ce sont généralement des notions facilement abordables. En ce qui concerne les notions axiologiques, elles sont définies comme « *celles dont le contenu, au lieu d'être saisi par une référence directe au monde sensible, implique de porter, dans chaque cas concret, un jugement sur lui* » ([137]). Il s'agit de l'opposé des notions descriptives. Finalement, il ne s'agit pas uniquement d'une distinction fondée sur le degré de précision du contenu du concept, mais fondée sur le caractère facilement abordable ou non de la notion. Une notion descriptive sera alors plus abordable qu'une notion axiologique pour laquelle un jugement est nécessaire afin de définir le concept.

Ensuite, la distinction fondée sur le degré de précision du concept amène à distinguer notion non définies et notion fonctionnelle ([138]). En ce qui concerne les notions non définies, elles s'opposent logiquement aux notions définies, c'est-à-dire celles dont le contenu et le contour sont clairement établis, il n'y a pas de doute possible. Il est donc possible de ranger parmi les notions définies, les notions descriptives. En ce qui concerne les notions non définies, le contenu et le contenant étant flous, « *le doute l'emporte sur la conviction* ». Certaines notions axiologiques peuvent d'ailleurs entrer dans cette catégorie ([139]). Les notions non définies paraissent plus obscures, moins précises quant à leur contenu, et donc plus difficilement utilisable car moins facilement abordable. L'auteur termine sa classification avec les notions fonctionnelles. Il s'agit de notions pour lesquelles la *« fonction leur confère*

[134] *Ibid.*, pp. 307-312.

[135] *Ibid.*, p. 308.

[136] *Ibid.*, p. 308.

[137] *Ibid.*, p. 312.

[138] *Ibid.*, pp. 313-320.

[139] *Ibid.*, p. 313.

seule une véritable unité » ([140]). Il ne s'agit pas de notions définies *a priori*, mais plutôt *a posteriori* en fonction de leur utilisation ([141]).

L'étude de l'ouvrage de M. Fortsakis a permis de cerner plus précisément ce qu'est la notion de concept. Il est maintenant possible d'avoir une vision précise de ce qu'est une notion conceptuelle. G. Vedel définissait la notion conceptuelle comme un contenu défini ne dépendant pas de l'utilisation de cette notion ([142]). Au regard des classifications établies en amont, nous concevons que les notions non définies, les notions fonctionnelles et plus généralement les notions dont le contenu du concept ne possède pas un degré de précision suffisant, ne pourront être des notions conceptuelles. Définir la notion conceptuelle est nécessaire, cela permet de définir les éléments à rechercher pour reconnaître l'existence d'une notion conceptuelle du tiers. L'objectif poursuivi étant de prouver l'existence ou l'absence d'une telle notion de tiers. Or pour rechercher si une notion conceptuelle du tiers existe, il est nécessaire d'en connaître les éléments constitutifs. Ainsi, nous allons pouvoir rechercher s'il existe en droit et plus précisément en droit administratif, une notion dont les critères de clarté, simplicité, cohérence et précision suffisante du contenu sont remplies, une notion dont le contenu sera fixé *a priori* sans que l'utilisation de cette notion n'entache son contenu.

II. Recherche d'une notion conceptuelle du tiers

La notion de tiers constitue-t-elle une notion conceptuelle ? Si nous trouvons une notion conceptuelle du tiers permettant de retranscrire ce qu'est le tiers au sein du droit administratif, nous obtiendrions alors ses critères d'identification, ce qui permettra de l'identifier au sein de litiges, sans que cette reconnaissance ne dépende des différents contentieux recoupant le droit administratif. S'il n'existe aucune notion conceptuelle du tiers, il faudra alors proposer d'établir une telle notion conceptuelle ou non. La méthode utilisée est de rechercher les différentes définitions du tiers, de les confronter et de les analyser. De cette analyse, nous déduirons l'absence de notion conceptuelle du tiers, mais l'existence de différentes notions du tiers.

---

[140] G. VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *op. cit.*

[141] V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, p. 148 et suivantes.

[142] G. VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *op. cit.* « *Le contenu ne dépend pas de l'utilisation.* »

A. L'absence d'une notion globale et transversale du tiers

Nous débutons le travail de recherche de la notion conceptuelle du tiers. Ce travail doit, naturellement, commencer par une recherche globale de la notion de tiers afin de prouver soit son existence, soit son absence manifeste. Cette recherche consiste en une étude globale de différents index d'ouvrages. En effet, si la notion de tiers en droit administratif existe et si elle a de l'importance, les auteurs l'auront répertoriée dans leurs ouvrages. La méthode utilisée consiste à réaliser une recherche en commençant par les ouvrages les plus globaux et généralistes comme les dictionnaires, pour aller vers les ouvrages spécialisés en droit administratif. Ce travail réalisé, il conviendra d'en tirer les conséquences : une notion globale et transversale du tiers existe-t-elle ?

1. La recherche de la notion au sein d'ouvrages généralistes

La notion de tiers doit être définie. Or pour définir un terme ou une notion, il s'agit de commencer par la définition que peut en donner un dictionnaire généraliste. Le Petit Larousse donne trois acceptions du terme de tiers. Tout d'abord, un tiers est une « *partie d'un tout divisé en trois parties égales* » ([143]). Cette définition ne correspond pas exactement à ce que nous recherchons puisque nous recherchons plutôt une personne. Il ne faut pas comprendre la notion de tiers d'une manière matérielle, c'est-à-dire une partie d'objet, mais bien en tant que personne. Par contre, nous prenons en compte aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Dans sa deuxième acception, le tiers signifie « *troisième personne* » ([144]) ; cette acception est commune à celle du Dictionnaire d'Emile Littré ([145]). Nous nous rapprochons de la notion recherchée. Si le tiers est une troisième personne, cela signifie qu'il existe deux autres personnes présentes antérieurement ou simultanément avec cette troisième personne, le tiers. D'ailleurs, nous pouvons reprendre la définition du dictionnaire culturel qui va dans le même sens : « *autre, différent (par rapport à deux éléments présupposés). Une troisième personne, et par extension, une personne étrangère (à une affaire,…)* » ([146]). Le

[143] Le Petit Larousse, éd. 2009, pp. 1011-1012.

Le Dictionnaire en langue française d'Emile Littré offre la même acception : « *La troisième partie d'une chose qui est ou que l'on conçoit divisée en trois parties*. »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=tiers)

[144] Le Petit Larousse, éd. 2009, pp. 1011-1012.

[145] http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=tiers

[146] Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1394.

tiers s'ajoute donc aux autres et se place dans une position particulière, en troisième, en retrait. La dernière acception est une « *personne étrangère à un groupe* » ([147]) ; acception aussi partagée par le Dictionnaire d'Emile Littré ([148]). Il s'agit de l'acception que nous recherchons. Le tiers est une personne physique ou morale étrangère à un groupe. Nous pouvons d'ailleurs ajouter qu'il s'agit d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales extérieures à un groupe, que ces personnes soit de droit public ou de droit privé. Le tiers n'est donc pas inscrit dans un groupe, il s'en sépare, il en est indépendant, donc logiquement il n'existe aucun lien entre le tiers et le groupe. Cette définition généraliste fait naître un doute. Quel est l'intérêt de la notion de tiers s'il est indépendant, étranger au groupe et donc s'il n'entretient aucun lien avec ce groupe ? La réalité démontre que ce tiers peut interagir avec le groupe auquel il est étranger, il lie donc des liens. En cela, la notion de tiers trouve son intérêt.

Cette dernière définition du tiers doit être complétée : prenons en considération les définitions données par les dictionnaires juridiques. Selon le dictionnaire de G. Cornu, nous obtenons différentes acceptions ([149]). La première acception reprend la troisième acception du dictionnaire général, mais en réalisant une transposition juridique : le tiers est une personne étrangère à une situation juridique. Ainsi le tiers n'est plus un étranger au groupe, mais à une situation juridique, c'est-à-dire une situation dans laquelle des liens sont tissés entre plusieurs personnes, les isolant des autres personnes. Cette situation a pour fondement des règles de droit ([150]). Il s'agit ici de l'acception juridique la plus généraliste, large et globale possible. Nous remarquons aussi que cette définition est négative. Il s'agit tout d'abord de définir la situation juridique pour ensuite examiner les personnes qui sont concernées par cette situation et ainsi en déduire la présence de ou des tiers, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas concernés. En ce qui concerne les deux autres acceptions, elles sont conçues en raison de domaines juridiques particuliers, et seront examinées par la suite.

Nous trouvons d'autres acceptions du tiers dans le Lexique des termes juridiques ([151]). Dans sa première acception, nous retrouvons une acception négative : le tiers est une « *personne étrangère à un acte juridique* ». Cette acception est moins globale que celle de

[147] Le Petit Larousse, éd. 2009, pp. 1011-1012.

[148] http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=tiers

[149] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 864.

[150] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 666.

[151] *Ibid.*, p. 704.

G. Cornu. En effet, dans la première, il s'agit d'une situation juridique, alors que celle du Lexique se limite à un acte. L'acception de la notion de tiers du Lexique est donc une acception limitée aux seuls actes juridiques et n'est pas suffisamment ouverte. Cette acception rencontre, de plus, les mêmes critiques que la définition donnée par G. Cornu : il s'agit d'une notion négative. En ce qui concerne la seconde acception, elle est, elle aussi, donnée dans un domaine particulier, donc étudiée par la suite.

Il reste à rechercher la notion de tiers dans le Dictionnaire de culture juridique ([152]). Dans ce dictionnaire particulier, M. Ghestin rédige un article sur la notion de tiers. L'auteur met en lumière les difficultés issues de cette notion. De même que dans les acceptions citées auparavant, selon lui, le tiers se définit « *par référence à l'acte juridique, conventionnel ou juridictionnel* » ([153]). Nous obtenons, ici, une acception négative où le tiers se déduit, mais n'est pas défini en raison de critères prédéterminés. Son acception n'est pas totalement transversale, l'auteur limite, lui aussi, sa définition à des domaines d'application particuliers. Toutefois, il donne une appréciation à la notion de tiers. Pour lui, il ne s'agit que d'une « *signification purement matérielle* » ([154]). La notion de tiers a donc une définition dépendante uniquement de son contenu. Or quel est le contenu du tiers ? La réponse est donnée par l'auteur, le tiers est ce qui est étranger à un acte juridique, conventionnel ou juridictionnel. Cette définition de son contenu ne nous parait pas complètement satisfaisante : ce contenu se déduit alors qu'il devrait plutôt être prédéfini à l'avance.

Au regard du travail réalisé au sein d'ouvrages généralistes, nous aboutissons à un quasi échec concernant la recherche d'une notion de tiers. Nous recherchions l'existence d'une notion du tiers, c'est-à-dire d'éléments de détermination et de reconnaissance non contestables permettant de définir le tiers par un contenu et d'obtenir une définition, une notion conceptuelle du tiers incontestable. Or cette notion n'existe pas. Cependant, l'inexistence ou l'absence de notion conceptuelle du tiers conduit à penser que soit cette notion est à découvrir, soit elle reste à être déterminée par une autre catégorie de notion que les notions conceptuelles. Il convient, cependant, d'approfondir ce premier constat d'échec.

---

[152] D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

Il s'agira du dernier dictionnaire étudié puisqu'aucune définition du tiers n'est donnée dans le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.

[153] J. GHESTIN, Le tiers, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1482.

[154] *Ibid.*, p. 1482.

Reprenons le dictionnaire de G. Cornu. Il donne une définition du tiers : le tiers est une personne étrangère à une situation juridique ([155]), où apparaît le critère d'extranéité devant, naturellement, être présent dans la définition du tiers. S'il faut retenir une seule des définitions trouvées, celle-ci constitue la plus efficace. Elle a le bénéfice de définir le tiers de la façon la plus globale possible. Cette définition peut s'appliquer aussi bien en droit administratif qu'en droit privé. Il s'agit d'une définition du tiers transversale applicable aux différentes branches du droit. Cette définition est donc préférable à celles définissant le tiers par rapport à un acte, c'est-à-dire prenant un référentiel : l'acte quel qu'il soit ([156]). En effet, si nous prenons un référentiel tel qu'un acte ou un fait, nous allons limiter illégitimement la définition de tiers à cet élément. Ainsi la définition retenue par G. Cornu parait la plus pertinente puisqu'elle prend pour référentiel « une situation juridique », ce qui correspond à l'élément objectif se retrouvant systématiquement dans toute étude du droit. La situation juridique correspond à un élément, une situation, un fait, un problème pris d'une manière juridique, regardé au travers du droit. Ainsi cet auteur a défini le tiers de manière à pouvoir utiliser cette notion dans toutes les situations juridiques possibles et imaginables quel que soit le droit applicable. Nous pourrions avancer que finalement la notion de tiers existe, elle est définie par son contenu : une personne étrangère à quelque chose, ce quelque chose étant une situation juridique.

Cependant se contenter de cette notion de tiers n'est pas une solution satisfaisante. Cette notion se constitue d'une définition négative, même si elle est globale et transversale. C'est une notion négative. Une notion négative signifie que la définition donnée doit se déduire d'un état de fait, il est nécessaire de réaliser une déduction afin d'obtenir le résultat. Nous sommes devant une définition selon laquelle nous allons tout d'abord rechercher ce que n'est pas le tiers, avant d'en déduire ce qu'il est. Plus particulièrement, il faudra se demander quelle situation juridique est en cause : il faudra reconnaître, déterminer et définir la situation prise en considération. Après cela, le travail consistera à rechercher quelles sont les personnes étrangères à cette situation. Ainsi la définition qui parait être la plus efficace est en fait insatisfaisante puisqu'elle ne peut pas donner de résultat immédiat, mais seulement un processus de déduction du tiers. La définition de G. Cornu : « *le tiers est une personne étrangère à une situation juridique* » ne constitue qu'un protocole de déduction du tiers et non une notion conceptuelle efficace du tiers.

[155] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 864.

[156] V. : J. GHESTIN, Le tiers, *op. cit.*, pp. 1482-1484 ; Lexique des termes juridiques, *op. cit.*, pp. 704-705.

2. La recherche de la notion au sein d'ouvrages spécialisés en droit administratif

La recherche de la notion de tiers effectuée dans les dictionnaires généralistes ou spécialisés en droit a révélé une définition négative minimaliste de la notion de tiers, donc insatisfaisante. Cette recherche doit maintenant être réalisée au travers de certains ouvrages de droit administratif. Il ne s'agit pas de réaliser une recherche exhaustive, mais simplement à l'aide de différents manuels, de rechercher s'il existe une notion de tiers récurrente en droit administratif.

Tout d'abord, dans de nombreux ouvrages, la notion de tiers est totalement absente. Nous entendons par là, le fait que le terme de tiers soit absent des index de ces différents ouvrages. Cela n'est pas anodin. Un index permet aux lecteurs de reconnaître les notions importantes aux yeux du ou des auteurs, notions qui seront alors développées dans l'ouvrage. Le fait qu'un terme ne soit pas présent dans l'index démontre le désintérêt de l'auteur pour cette notion ou du moins le peu d'importance qu'il lui porte. Il faut alors concevoir que pour de nombreux auteurs, la notion de tiers n'est pas importante. Dans des manuels dédiés au droit administratif, les auteurs n'incorporent aucunement le tiers dans leur index. Il suffit de consulter : le manuel de droit administratif de M. Moreau ([157]), celui sous la direction d'A. de Laubadère ([158]), et du précis de P.-L. Frier et M. Petit ([159]). Cette absence se retrouve aussi dans des traités de droit administratif, comme celui sous la direction d'A. de Laubadère ([160]). Cette absence est aussi marquante dans l'ouvrage de M. Lachaume ([161]). En ce qui concerne les manuels de M. Chapus, il en va de même ([162]). Cependant dans le tome 2 de son manuel, la notion de tiers est présente dans l'index sous la notion de dommage de travaux publics ([163]). Ainsi M. Chapus offre une place dans son index à la notion de tiers, même si

[157] J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, Droit fondamental, 1989, 569 p.

[158] A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 14e éd., 1992, 441 p.

[159] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, 552 p.

[160] A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 10e éd., 1995, 557 p. ; A. de LAUBADERE, J.-C. VENEZIA, *Traité de droit administratif, t. 3*, LGDJ, 6e éd., 1997, 495 p.

[161] J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif*, PUF, Thémis droit, 14e éd., 2007, 908 p.

[162] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, 1427 p. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, 797 p.

[163] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 783.

cette place révèle un degré d'importance de la notion de tiers inférieur aux autres notions traitées dans son ouvrage. Pour finir, le manuel de Droit des contrats administratifs de M. Richer ne fait pas allusion à la notion de tiers ([164]). Le plus intéressant est d'ailleurs que son manuel mis à jour de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Tropic Travaux Signalisation* introduisant la notion de concurrent évincé ([165]), ne laisse aucune place à la notion de tiers dans son index ([166]). Ainsi, malgré un arrêt de grande importance introduisant une notion de tiers ([167]), cet auteur n'estime pas nécessaire d'introduire le terme plus général de tiers.

Si nous recherchons la notion de tiers dans l'ouvrage de G. Braibant et M. Stirn, le Droit administratif français ([168]), nous voyons apparaître la notion de tiers. Cela signifie que cette notion a une certaine importante pour ces auteurs. Cependant après lecture des renvois de l'index, nous nous apercevons que la notion de tiers n'est pas définie, du moins non de façon précise. Nous en restons, en réalité, à l'acception du dictionnaire classique : une personne étrangère à un groupe. De plus, la notion de tiers est prise dans deux branches d'un contentieux particulier alors que nous recherchons une notion applicable à l'ensemble du droit administratif. Il en va de même dans les ouvrages de M. Hauriou. Au début du XX^{e} siècle, le tiers était absent de l'index de ses ouvrages ([169]). Pourtant, le tiers apparaît dans l'index de son dernier précis. Finalement il s'agit d'un tiers compris dans un sens restrictif : l'auteur fait référence à la réserve des droits des tiers ([170]). Ce type semblable de définition restrictive se retrouve dans le manuel de Droit administratif général de M. Autin et Mme Ribot qui présente un nouvel item : « tiers à l'acte ». Ces auteurs ne définissent pas le tiers mais présentent uniquement les actions qui sont en sa possession ([171]).

---

[164] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^{e} éd., 2006, 738 p.

[165] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

[166] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^{e} éd., 2008, 765 p.

[167] Sur l'arrêt *Société Tropic Travaux* et le tiers, V. : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, p. 399 et suivantes.

[168] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7^{e} éd., 2005, 652 p.

[169] V. pour exemple : M. HAURIOU, *Droit administratif*, Sirey, 1907, 6^{e} éd., 915 p.

[170] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{e} éd., 2002 (rééd.), 1150 p.

[171] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 5^{e} éd., 2007, 415 p.

L'étude avait pour but de trouver une notion du tiers s'appliquant à l'ensemble du droit administratif et qui aurait permis d'obtenir des critères de détermination afin de pouvoir l'identifier dans différentes espèces contentieuses. Le bilan de cette étude rapide est que la seule notion de tiers pouvant être applicable à l'ensemble du droit administratif n'est pas une réelle définition, mais tout simplement un protocole de détermination du tiers, une opération à effectuer pour le déduire des différentes situations juridiques en présence. La notion conceptuelle du tiers est absente du droit administratif, mais aussi du droit en général. Toutefois, des notions du tiers existent en droit. La notion du tiers est à la fois absente, puisqu'il n'existe pas de définition globale, transversale et positive du tiers, mais elle est aussi multiple, hétérogène.

B. La multitude des notions de tiers

La notion conceptuelle de tiers n'existe pas. Cette définition claire, précise, invariable, cohérente, mais surtout globale et transversale, du moins à l'ensemble du droit administratif, n'existe pas. La recherche précédente a abouti à un échec. Cependant des notions de tiers existent. Il faut rechercher ces notions, les définir et les expliquer. Pourquoi en l'absence de notion globale du tiers, différentes notions du tiers existent-elles ? Une recherche des notions de tiers équivalente à celle réalisée pour rechercher la notion globale du tiers doit être faite. Elle se réalise dans les ouvrages les plus généralistes jusqu'aux plus précis, c'est-à-dire spécialisés en droit administratif. Le constat est qu'il existe principalement deux notions du tiers : le tiers au sein de domaines administratifs particuliers et le tiers dans la tierce opposition.

1. Les notions de tiers au sein de domaines administratifs particuliers

G. Cornu donne différentes acceptions de la notion de tiers ([172]), l'une d'entres elles a déjà été étudiée. Les deux autres acceptions sont conçues en raison de domaines particuliers, ce qui nous intéresse ici. Il s'agit du domaine contractuel et du domaine contentieux. Dans ces deux domaines, le tiers ne sera ni une partie à un contrat, ni partie ou représenté à une instance contentieuse. Ces acceptions sont négatives, « le tiers n'est pas », plutôt que « le tiers est ». Par ailleurs, cette acception se retrouve dans le Lexique des termes juridiques ([173]).

[172] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 864.

[173] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, pp. 704-705.

Toutefois, le fait qu'une même définition se retrouve dans deux dictionnaires spécialisés en droit n'implique pas forcément que nous ayons trouvé une notion conceptuelle, d'ailleurs nous ne trouvons pas une telle notion. La dernière acception proposée par G. Cornu est, elle, une acception positive : le tiers est un ayant cause ou un créancier chirographaire. L'avantage de cette acception est justement qu'il ne s'agit pas de réaliser une déduction du tiers. Cependant il s'agit d'une définition s'appliquant aux domaines relevant du droit civil alors que nous nous intéressons à la notion de tiers en droit administratif. Or il est préférable de trouver une définition du tiers spécifique au droit administratif. De plus, il s'agit d'une définition bien trop restrictive. Ainsi cette acception ne constitue pas la définition globale et transversale du tiers applicable en droit administratif recherchée.

Reprenons les différents ouvrages de droit administratif. Tout d'abord, dans le dictionnaire de droit administratif, nous découvrons quatre définitions du tiers en fonction du domaine concerné ([174]). Les auteurs tentent d'abord de donner une définition globale du tiers. Nous obtenons que le tiers est une « *qualification juridique attribuée par défaut à celui qui n'est pas usager, ni bénéficiaire ou auteur d'un acte* » ([175]). Cette définition présente les inconvénients énumérés précédemment : il s'agit d'une définition négative et orientée pour des contentieux différents : le contentieux des services publics et des travaux publics, ainsi que celui de la contestation des actes administratifs. D'ailleurs, les trois définitions que les auteurs donnent du tiers par la suite sont des définitions uniquement orientées, s'appliquant à un contentieux particulier ([176]). Dans l'ouvrage de G. Braibant et M. Stirn, nous retrouvons la notion de tiers dans le contentieux de la responsabilité administrative ([177]). La notion de tiers ou plutôt le terme de tiers, dans cet ouvrage, est étudié en fonction des problèmes de responsabilité administrative dans les services publics et concernant la responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics. Si cet ouvrage a l'avantage de voir apparaître le terme de tiers dans son index, il a l'inconvénient de ne pas en donner une définition précise et de n'être utilisé qu'en considération d'un domaine contentieux particulier, celui de la

[174] A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, 2e éd., 1999, 303 p.

[175] *Ibid.*, p. 276.

[176] En ce qui concerne le service public, le tiers se définit comme la personne qui n'est « *ni usager, ni agent* ». Pour le domaine du contentieux des travaux publics, le tiers est celui ne fait pas usage effectif des travaux ou ouvrages publics en cause. En ce qui concerne le contentieux contractuel, le tiers n'est pas l'un des cocontractants.

[177] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, 652 p.

responsabilité. Nous ne trouvons pas dans cet ouvrage de définition globale et transversale de la notion de tiers en droit administratif. Ensuite, dans l'ouvrage sous la direction de M. Dupuis, les auteurs font, eux aussi, appel à une notion du tiers dans le domaine la responsabilité ([178]). Ils font appel aux travaux publics et au domaine de la responsabilité administrative dans son ensemble, notamment par la notion de « fait du tiers ». Le manuel de R. Odent présente cette caractéristique de traiter du tiers par la notion de « fait du tiers » ([179]). Dans l'ouvrage sous la direction de M. Dupuis, la notion de tiers n'est pourtant pas définie, elle l'est uniquement en ce qui concerne les travaux publics. Ce domaine de la responsabilité administrative est ainsi fructueux en ce qui concerne la notion de tiers. En effet, nous tirons du manuel de G. Vedel et M. Delvolvé qu'une définition du tiers dans ce domaine ([180]). Le tiers est, encore une fois, défini négativement, il s'agit : « *(*[…] *d'une personne autre que l'Administration et la victime)* » ([181]). Il est d'ailleurs à mettre en lumière que la définition du tiers est donnée entre parenthèses. Cela signifierait-il que cette notion est évidente pour la doctrine ?

Il faut finir cette recherche avec l'étude de l'index d'un ouvrage de référence : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, c'est-à-dire qu'il faut se référer à l'item « tiers » et étudier les renvois réalisés aux grands arrêts ([182]). Nous arrivons au même constat qu'en ce qui concerne les autres ouvrages de droit administratif : le terme de tiers n'intervient que pour des domaines particuliers. Ces domaines particuliers sont : le domaine de la responsabilité administrative, notamment la responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics et plus généralement la responsabilité administrative pour risque, et le domaine des services publics, particulièrement le domaine des relations entre les tiers et les services publics industriels et commerciaux. Le tiers intervient dans différents domaines, mais sans réelle définition donnée auparavant. La dernière version de cet ouvrage intègre un nouvel

[178] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Armand Colin, 9e éd., 2004, 682 p. ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, 719 p.

[179] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, Dalloz, 2007, 783 p.

[180] G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif, t. 1*, PUF, Thémis Droit, 12e éd., 1992, 716 p.

[181] *Ibid.*, p. 618.

[182] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16e éd., 2007, 980 p.

item : celui de tiers évincé. Son application est, pourtant, limitée à un contentieux particulier, celui des contrats administratifs ([183]).

La recherche dans les ouvrages amène à un constat : le tiers est particulièrement présent dans le domaine des travaux publics et dans celui des services publics. Il convient donc de les étudier plus particulièrement. Tout d'abord, la notion de tiers dans les travaux publics constitue la notion présente le plus fréquemment. Il s'agit d'une notion ancienne ; selon laquelle, les tiers sont les personnes ayant subi un dommage de travaux public sans avoir « *ni la qualité de participants, ni celle d'usagers d'un ouvrage public* » ([184]). Cette définition est, encore une fois, négative. Le tiers est défini en ce qu'il n'est pas, non en ce qu'il est. Il s'agit d'un protocole de déduction fondé sur deux points de référence : la notion de participant à un travail public et celle d'usager à ce même ouvrage. Il est donc nécessaire de déterminer ces deux notions avant de rechercher la présence d'un tiers dans un tel contentieux, ensuite il s'agit d'identifier, au sein du litige, ces participants et ces usagers, pour finir par déterminer ceux qui restent : les tiers. Cette définition du tiers dans le domaine de la responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics est une définition ancienne mais aussi constante à cette branche du droit administratif. Ainsi il s'agit d'une définition usitée et ayant fait ses preuves. Cependant au regard de notre recherche sur la définition du tiers et l'attribution de ses caractéristiques particulières, une définition négative se résumant à donner aux praticiens un système négatif de déduction apparaît insatisfaisante. Il serait intéressant de pouvoir donner des conditions particulières à remplir pour constituer un tiers, sans avoir à prendre d'autres notions pour référence. D'ailleurs, M. Chapus met cette définition négative particulièrement en valeur ou plutôt entre parenthèses : « *(c'est le sort des tiers que de toujours faire l'objet d'une définition négative)* » ([185]). Cela confirme peut être le peu d'intérêt de la doctrine en général pour cette notion. Ce peu d'intérêt a alors conduit à ne pas donner de critères de détermination, de réelle notion au tiers et donc à ne pas consacrer de notion conceptuelle du tiers.

---

[183] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 980.

[184] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 664.

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, p. 130. « *Le tiers est celui qui, n'étant pas participant à l'exécution du travail ou au fonctionnement de l'ouvrage, n'utilise pas cet ouvrage, n'en tire pas profit, y est donc étranger.* »

[185] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 664.

Une autre définition du tiers est présente dans les ouvrages : celle du tiers par rapport aux services publics ([186]). Il s'agit d'une définition du tiers dans le domaine de la responsabilité administrative et plus particulièrement au sein des dommages en rapport avec les services publics. Les auteurs définissent les tiers comme des « *personnes qui n'ont pas de relations normales avec le service, qui n'en sont ni des usagers, ni des cocontractants et qui peuvent pourtant entrer en relation avec lui par accident* » ([187]), « *les tiers sont tous ceux qui sont ou bien les fournisseurs du service public industriel et commercial, ou bien qui, n'étant ni agents, ni usagers du service, n'ont avec lui aucun lien contractuel* » ([188]). Ces définitions sont du même type que celles concernant le tiers dans les dommages de travaux publics, il s'agit d'une définition négative qui offre aux praticiens un protocole de détermination du tiers. Cependant un élément complète cette définition : le tiers est entré en relation avec le service public par accident. Cela signifie que le tiers n'a pas vocation à interagir avec le service public, cependant, fortuitement il a bien interagi avec le service. Pour autant, ce complément de définition permet-il d'obtenir une définition conceptuelle de la notion de tiers ? La réponse est négative. Ce complément ne permet pas de donner un contenu fixe et dense à la notion de tiers. Bien au contraire, ce complément ne permet que de donner une explication à la présence du tiers, à l'interaction du tiers avec le service public : il s'agit d'une interaction « par accident », donc fortuite, non voulue, involontaire.

Pour conclure cette analyse, nous remarquons que les définitions apportées à la notion de tiers sont proches les unes des autres. Elles n'offrent pas de définitions positives précises, mais uniquement des définitions négatives plus ou moins développées. Nous n'avons pas trouvé de définitions conceptuelles du tiers satisfaisante dans l'ensemble du droit administratif ou dans l'un de ses domaines particuliers. Nous ne pouvons pas non plus tirer des définitions référenciées une notion conceptuelle du tiers applicable à des contentieux particuliers ou applicable à l'ensemble du droit administratif. Ces définitions du tiers ont permis de ne créer que des protocoles de détermination, de reconnaissance du tiers, c'est-à-dire des protocoles permettant de donner la marche à suivre pour trouver, dans une affaire

[186] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit*., p. 177.

V. : G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, p. 557, concernant la gestion de service public déléguée à un tiers.

[187] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit*., p. 177.

[188] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, Dalloz, 2007, p. 535.

contentieuse concernant certains domaines spécifiques (principalement la responsabilité administrative), le ou les tiers.

2. La notion de tiers dans la tierce opposition

En effectuant la recherche du terme « tiers » dans les différents ouvrages, un élément apparaît frappant. Si nous ne trouvons pas le terme de tiers dans l'index, nous trouvons celui de tierce opposition. Cette notion se retrouve, par exemple, dans l'index de l'ouvrage de G. Jèze ([189]), dans le manuel de droit administratif de M. Waline ([190]), dans celui de J. Rivero et M. J. Waline ([191]), celui sous la direction de M. Dupuis ([192]), celui de MM. Debbasch et Colin ([193]), et dans celui de M. Foillard ([194]), dans le manuel de Droit administratif général de M. Autin et Mme Ribot ([195]), mais plus particulièrement dans des manuels de contentieux administratif comme le manuel de M. Chapus ([196]), celui de R. Odent ([197]), ceux de M. Pacteau ([198]), ou celui de M. Gohin ([199]). Ainsi, ces auteurs décrivent une procédure contentieuse particulière pour laquelle apparaît le terme de tiers.

La tierce opposition est une voie de recours de rétractation ou de réformation ouverte à une personne ni partie, ni représentée lors d'un procès, afin de contester une décision de justice lui faisant grief ([200]). Cette définition de la tierce opposition fait intervenir un tiers défini de manière négative et dans un domaine particulier : le domaine contentieux.

---

[189] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, t. 1*, M. Giard, 3e éd., 1925, 443 p.

[190] M. WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 8e éd., 1959, 932 p.

[191] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, 645 p.

[192] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, 719 p.

[193] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7e éd., 2004, 782 p.

[194] P. FOILLARD, *Droit administratif, Paradigme*, 14e éd., 2009, 472 p.

[195] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, 415 p.

[196] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, 1445 p.

[197] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, 1051 p.

[198] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, 646 p. ; *Contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 7e éd., 2005, 530 p.

[199] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009, 485 p.

Beaucoup d'ouvrages traitent de la tierce opposition. D'ailleurs, dans leur grande majorité les ouvrages traitent au moins de la tierce opposition. Nous avons pu remarquer que si le terme de tiers était absent de nombreux ouvrages, la notion de tierce opposition revenait régulièrement.

[200] Lexique des termes juridiques, *op. cit.*, p. 704.

L'avantage de cette définition est d'être aussi bien valable en droit privé ([201]), qu'en droit administratif ([202]). D'ailleurs, si nous reprenons l'étude de l'index de l'ouvrage de référence : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ([203]), nous constatons que cet index comprend à la fois la notion de tiers et celle de tierce opposition, pourtant sans les coupler. Ainsi « tierce opposition » et « tiers » constituent deux notions différentes. Cela parait relativement logique dans le sens où le tiers est une notion globale, alors que la tierce opposition est une procédure contentieuse particulière, il s'agit donc d'une notion limitée à un domaine particulier : le domaine contentieux. Cela empêche alors toute globalisation de la notion de tiers qu'il comprend.

La définition de la tierce opposition est une définition commune à l'ensemble du droit. Cette procédure est reconnaissable de la même manière que nous soyons en présence d'un contentieux relevant du juge judiciaire ou du juge administratif. Il est donc possible de définir le tiers dans la procédure de tierce opposition de manière commune à l'ensemble des branches du droit. Cependant, il s'agit d'une définition limitée à cette procédure. Nous avons bien une définition transversale, mais non globale. De plus, le tiers est, encore une fois, défini de manière négative dans cette procédure particulière ([204]). Ainsi nous nous retrouvons dans la même position qu'en ce qui concerne la définition donnée par G. Cornu. Nous avons en réalité une procédure à suivre afin de déterminer le tiers dans un domaine particulier : le domaine du contentieux administratif, c'est-à-dire au sein des instances se déroulant devant le juge administratif. Encore une fois, il ne s'agit pas d'une réelle définition ; la définition positive du tiers est ici remplacée par des protocoles de détermination du tiers.

L'étude réalisée démontre l'absence d'une notion claire, de critères de détermination incontestables, bref, l'absence d'une notion conceptuelle du tiers. Nous avons pourtant isolé quelques définitions. Le problème vient justement du fait que nous sommes en présence de plusieurs définitions du tiers, certaines plus ou moins proches des autres. Mais nous ne trouvons pas de définition globale. Or il s'agit bien de ce que nous recherchons. De plus, les

[201] Articles 582 et 583 du Nouveau code de procédure civile.

[202] Article R. 832-1 du Code de justice administrative.

[203] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17e éd., *op. cit.*, p. 980.

[204] Le tiers dans la tierce opposition est la personne qui n'a été ni partie, ni représentée dans une instance. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 704.

différentes définitions trouvées ne se recoupent pas intégralement, c'est-à-dire que les définitions vont par exemple ne s'appliquer qu'au domaine des actes, alors que d'autres s'appliqueront de marnière générale à l'intégralité du droit administratif ou parfois à l'intégralité du droit. Les points de référence ne sont pas identiques. Nous avons, pourtant, trouvé deux définitions composées de caractères précis et communs quelque soit l'ouvrage pris en compte. Il s'agit de la notion du tiers dans la tierce opposition, c'est-à-dire une procédure particulière, ainsi que la définition initiale du tiers : une personne extérieure à un groupe ou une situation juridique. Le bilan de la recherche effectuée précédemment est donc un bilan de quasi échec. Nous n'avons pas trouvé de définition globale du tiers ; il n'existe pas de notion conceptuelle du tiers.

Section 2 : Le tiers confronté à des notions conceptuelles

La notion conceptuelle de tiers est inexistante en droit administratif. La notion de tiers, qu'elle soit conceptuelle ou non, devrait donc être créée. Pour que cette création soit possible, il est nécessaire de rechercher ce qu'est un tiers et ce qu'il n'est pas, en s'aidant des définitions négatives du tiers découvertes dans la section précédente.

Cette nouvelle section sert d'étape préliminaire à l'élaboration de la notion de tiers. En effet, définir une notion commence par un travail de délimitation ; ici, cette délimitation concerne le tiers. Ainsi il sera possible, à terme, d'en déduire certaines caractéristiques. La délimitation du tiers consiste à confronter le tiers selon les définitions qui sont, pour le moment, en notre possession avec d'autres notions plus générales et particulières au droit administratif. Le travail proposé permet de déterminer quelles notions devront être confrontées à celle de tiers afin de mieux délimiter les contours de cette future notion. Il ne convient pas de rechercher toutes les notions dans lesquelles apparaît l'existence d'une personne, comme les notions de cocontractant, de collaborateur occasionnel du service public, de partie à un contentieux, à un litige… Il convient de rechercher des notions dont la confrontation avec le « tiers » va permettre de le délimiter. Ces notions sont au nombre de quatre.

Cette confrontation a pour objectif de répondre à une question : la notion de tiers peut-elle être transversale à d'autres notions, notamment conceptuelles ? En effet, il n'est pas inconcevable que l'absence de notion conceptuelle du tiers s'explique par le fait que nous pouvons reconnaître la présence de tiers au sein d'autres notions conceptuelles qui sont, elles, précises et claires, définissant un concept applicable et utilisable en droit administratif. Ainsi le tiers peut se retrouver dans les notions de personne publique, d'administré, d'usager et d'agent public. Toutefois, cette confrontation devra être précédée d'un éclaircissement sur la notion de tiers, il s'agit tout simplement de poser le point de départ de la notion de tiers, c'est-à-dire un postulat fondateur.

Avant de commencer la confrontation entre des notions conceptuelles et la future notion de tiers, il est nécessaire de revenir sur un élément fondateur : qu'est-ce qu'un tiers ? Dans la section précédente, les définitions données par le dictionnaire généraliste faisaient apparaître deux tiers possibles : un élément d'un tout conçu comme une chose et le tiers en tant que personne. Cela peut paraître évident, toutefois, il est d'une importance cruciale pour la suite de cette recherche d'affirmer que nous recherchons à définir le tiers en tant que personne, une personne humaine ([205]), ou en tant que sujet de droit. Nous souhaitons établir un postulat fondateur de la notion de tiers en prenant en compte une personne juridique ([206]). En ce sens, nous nous rapprochons de la définition du tiers proposée par M. Bentz ([207]).

---

[205] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 764. La personne est « *un être humain, un individu* ».

Dictionnaire culturel en langue française (L-R), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1588. « *Individu de l'espèce humaine, considéré en tout que sujet conscient et libre. Etre humain, en particulier lorsqu'on ne peut ou ne veut préciser l'âge, le sexe, l'apparence. Individu, être individuel, en tant qu'il possède la conscience, l'unité, la continuité de la vie mentale, la liberté, et, sur le plan éthique (personne morale), la capacité de distinguer le bien du mal et d'agir en conséquence*. »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Un homme ou une femme.* »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=personne)

M. T. M. K., Personne, in A. J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 436. « *La qualité de personne est actuellement reconnue à tout être humain vivant*. […] *La notion de personne coïncide avec la qualité d'être humain en vie. La personne, c'est l'homme*. »

[206] Le Petit Larousse, éd. 1995, pp. 768-769. La personne, dans son acception juridique, est un « *individu en tant que sujet de droits et de devoirs* ». Selon l'édition de 2009, il s'agit d'un « *individu titulaire de droits et d'obligations* », p. 764.

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *En droit soit civil, soit public. Celui qui a des droits. Personne civile, être moral qui, en raison de ses droits actifs ou passifs, a une existence civile ; se dit de l'État, des communes, de certaines associations, etc.* »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=personne)

S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 534. Dans ce lexique, la personne est définie de façon très vague : « *à défaut de précision explicite ou résultant du contexte, terme pouvant désigner aussi bien une personne morale qu'une personne physique* ». Ainsi il faut consulter la définition plus précise de « personne juridique » pour obtenir une définition plus efficace. La personne juridique est alors le fait d'être « *titulaire de droits et d'obligations ayant, de ce fait, un rôle dans l'activité juridique. On dit également : sujet de droits. Tous les êtres humains sont des personnes juridiques* ».

A. LEFEBVRE-TEILLARD, Personne, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1151. La personne est un « *acteur de la vie juridique* ».

[207] J. BENTZ, Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 11, p. 166.

Le tiers est une personne. Il convient donc de développer ce postulat de base, d'y apporter des éléments et des caractéristiques afin d'obtenir la notion de tiers. En effet, si le tiers est une personne et que nous en restons à ce simple élément, le tiers est toute personne, physique ou morale, présente sur le territoire français. Toutefois, s'il est une personne morale, ce tiers sera-t-il une personne de droit privé ou de droit public ? Les deux ? Le système juridique français reconnaît trois catégorie de personnes : les personnes physiques, c'est-à-dire les êtres humains titulaires de droits et d'obligations, et les personnes morales ([208]), qu'elles soient de droit privé ou de droit public, dans ce cas, nous utilisons le terme de « personne publique ». ([209]). La question est de savoir si le tiers peut être reconnu parmi ces trois catégories. Pourtant, il ne s'agit pas d'obtenir une notion vaste du tiers, mais d'essayer de délimiter cette notion à l'aide d'autres notions : celles définissant les personnes.

[208] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 534. La personne morale se définit comme un « *groupement doté de la personnalité juridique, donc titulaire lui-même de droits et d'obligations, abstraction faite de la personne des membres qui le compose* ». Il est nécessaire de donner la définition de la personnalité juridique. La personnalité juridique est l'« *aptitude à être sujet de droit qui est reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains (personnes physiques) et, sous certaines conditions, variables selon leur nature, aux personnes morales* », p. 533.

Dictionnaire culturel en langue française (L-R), *op. cit.*, p. 1588. « *Individu ou groupe auquel est reconnue la capacité d'être sujet de droit. Personne morale : groupement ou établissement possédant la personnalité juridique, titulaire d'un patrimoine collectif et d'un certaine juridique, mais n'ayant pas d'existence corporelle.* »

A. PAYNOT-ROUVILLOIS, Personne morale, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1153. L'auteur donne une définition qui tend à être la plus neutre possible : « *aptitude d'un groupement de personnes ou d'un ensemble de biens à être sujet de droit* ».

N. MATHEY, Personne publique et personne privée, in *La personnalité publique*, Litec, Travaux de l'AFDA 1, Colloques et débats, 2007, p. 63. « *De manière générale, la personnalité morale désigne une des formes de la personnalité juridique, autrement dit une des façons d'être sujet de droit(s). De manière plus spécifique, la personnalité morale peut être définie comme un concept utilisé par le droit positif pour désigner la technique par laquelle le droit assure l'opposabilité d'un intérêt organisé, ou si l'on préfère d'une organisation poursuivant un intérêt spécifique. Peu importe à ce stade que l'intérêt soit public ou privé car le concept de personnalité morale est unique ; il est commun au droit public et au droit privé*. »

[209] Lexique des termes juridiques, *op. cit.*, p. 534. La personne publique correspond à un « *terme générique désignant une collectivité publique : Etat, collectivité territoriale, établissement public* ».

I. Confrontation entre le tiers et des catégories de personnes conceptualisées

Le système administratif français oppose la ou les personnes publiques et les administrés. Cette distinction diverge légèrement des trois catégories de personnes juridiques définies ci-dessus. Selon cette distinction, nous tendons à exclure les personnes morales de droit privé, afin de mettre en valeur les personnes publiques et les personnes physiques. Ainsi la notion de tiers sera premièrement confrontée aux notions conceptuelles de personne publique, puis d'administré. Cela permettra de savoir si la notion de tiers est une notion transversale au point de comprendre en son sein ces deux notions.

A. Tiers et personne publique

Une personne publique est un « *terme générique désignant une collectivité publique : Etat, collectivité territoriale, établissement public* » ([210]). Les personnes publiques peuvent être désignées dans leur ensemble par le terme de puissance publique ([211]). Elles sont multiples et leur définition n'est finalement pas si évidente à appréhender. Elles se distinguent des personnes privées principalement par l'objectif d'intérêt général qu'elles ont pour obligation de poursuivre et de garantir ([212]). Cette distinction entre les personnes publiques et les personnes privées a d'ailleurs évoluée ([213]). Les personnes publiques forment un groupe

[210] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 534.

[211] *Ibid.*, pp. 583-584. La puissance publique est un « *expression floue, désignant dans son sens le plus général l'ensemble des personnes publiques. Le recours à cette terminologie procède des conceptions les plus anciennes en matière d'Etat, qui voient en celui-ci non une organisation de services publics voués à la satisfaction des besoins généraux de la collectivité, mais une entité supérieure par essence aux individus et possédant un pouvoir de souveraineté sur ceux-ci* ».

[212] N. MATHEY, Personne publique et personne privée, *op. cit.*, p. 63. « *Seules les personnes morales de droit public ont l'obligation de poursuivre l'intérêt général et non seulement une faculté. Cette obligation tient à ce que les personnes morales de droit public n'ont pas seulement un objet mais aussi une finalité d'intérêt général.* »

[213] *Ibid.*, p. 79. « *Le sens de la distinction a incontestablement évolué. A l'origine, la distinction était la traduction juridique d'une opposition, celle du secteur public et du secteur privé, de l'Administration et du privé. Aujourd'hui, ainsi que le relevait déjà M. Auby en 1988, « la distinction est le fruit d'une volonté politique » (J.-B. AUBY, p. 109, La notion de personne publique en droit administratif, thèse Bordeaux, 1979). Dit autrement, la distinction n'a pas d'autre fondement que la volonté de l'Etat libre d'adapter son organisation aux missions qu'il est chargé de remplir. Adaptation qui prend la forme d'une constante fuite devant le modèle*

appelé « puissance publique ». Cependant, en son sein, toutes les personnes publiques ne sont pas identiques. L'Etat y a une place à part ([214]). Ainsi M. Petit définit la personne publique : « *la personne publique est évidemment l'application aux institutions publiques d'un concept général, celui de personnalité juridique ; je dis bien, il convient d'y insister, « personnalité juridique » et non pas « personnalité morale », car il ne faut pas exclure de la réflexion la personnalité juridique des individus, sous peine, en particuliers, de se priver de la possibilité de penser la question des droits fondamentaux des personnes publiques, qui comporte nécessairement une comparaison avec les droits des personnes physiques. En d'autres termes, la personnalité publique n'est qu'une espèce du genre personnalité juridique* […] *pour que la personnalité publique soit une catégorie particulière de personnalité juridique, pour que les personnes publiques définissent une espèce à part de personne juridique, deux conditions sont nécessaires et suffisantes. Il faut d'abord que toutes les personnes qualifiées de publiques présentent des caractères juridiques propres, qui ne se retrouvent pas dans les personnes privées (individus ou personnes morales de droit privé). Il faut ensuite que ces traits propres, exclusifs, soient aussi communs à toutes les personnes publiques. Ainsi, la personnalité publique pose deux questions fondamentales : celle de sa spécialité et celle de son unité* » ([215]). Notre objectif étant de confronter la notion non conceptuelle de tiers à des notions conceptuelles, il convient donc de rechercher si cette notion de personne publique peut constituer une notion conceptuelle.

La notion de personne publique remplit-elle les quatre critères permettant de qualifier une notion de notion conceptuelle, c'est-à-dire les critères de précision, clarté, simplicité et cohérence vus précédemment ? La personne publique est, tout d'abord, une personne morale,

---

le plus traditionnel de la gestion administrative, que constituait le modèle de l'établissement public gérant un service public administratif avec de fortes prérogatives de puissance publique. »

[214] D. de BECHILLON, L'Etat est-il une personne publique comme les autres ?, in *La personnalité publique*, *op. cit.*, p. 127. « *Observé depuis les crêtes, l'Etat présente une spécificité fondamentale - j'allais dire ontologique – au regard de toutes les autres persoFnnes publiques, et ce pour trois catégories de raisons que je souhaiterais avancer sans prétention particulière à l'exhaustivité. Il me semble que l'Etat détient trois pouvoirs, de façon tout à fait élective, si ce n'est monopolistique, et que la réunion de ces trois pouvoirs explique sa très grande singularité, historique et théorique :*

- L'Etat a le pouvoir de donner la mort ;

- L'Etat a le pouvoir de donner la confiance ;

- L'Etat a le pouvoir de donner la juridicité. »

[215] J. PETIT, Rapport de synthèse, in *La personnalité publique*, *op. cit.*, pp. 243-244.

c'est-à-dire un groupement ayant obtenu la personnalité juridique et étant ainsi titulaire de droits et obligations ([216]). Cependant il s'agit d'une personne morale particulière. Cette personne morale relève du droit public et la majorité des litiges la concernant sont de la compétence du juge administratif. Toutefois, si cette caractéristique est importante, elle n'est pas fondamentale. La caractéristique fondamentale de cette personne morale réside dans le fait de faire parti d'un ensemble spécifique : la puissance publique qui possède le pouvoir de souveraineté ([217]). La personne publique détient des caractéristiques particulières permettant à tout praticien de reconnaître cette personne à l'occasion d'un litige. La notion de personne publique est donc un concept défini avec précision, clarté, simplicité et cohérence. La personne publique constitue une notion conceptuelle. Pourquoi, au sein du Lexique des termes juridiques, la « personne publique » est-elle présentée, comme un terme générique ? Si nous nous rapportons à la définition du terme de générique, nous obtenons que le terme de générique désigne un ensemble d'éléments d'une même catégorie ([218]). Ainsi nous pouvons envisager que les auteurs du Lexique ont retenus ce terme afin de démontrer l'hétérogénéité de la notion de personne publique. En effet, s'il s'agit bien d'une notion conceptuelle, cette notion définit différentes personnes d'inégale importance et de pouvoir, mais reliées par des points communs.

Nous sommes partis du postulat selon lequel le tiers se définit comme une personne extérieure à un groupe. La question se posant alors la suivante : quel est ce groupe ? Comment est-il formé ? Par qui ? La confrontation entre la notion de personne publique et celle de tiers amène à un premier constat : les personnes publiques forment un ensemble : la puissance publique. Ainsi nous avons pu établir un groupe : celui formé par les personnes publiques.

---

[216] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 533.

[217] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14e éd., 2003, p. 469. La puissance publique est « *une entité supérieure par essence aux individus et possédant un pouvoir de souveraineté sur ceux-ci* ».

[218] Le petit Larousse, éd. 2009, p. 461. Le terme de générique « *se dit d'un mot dont le sens englobe toute une catégorie d'êtres ou d'objets* ».

Dictionnaire culturel en langue française (D-L), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 1306. « *Qui correspond à la compréhension logique du genre (opposé à spécifique). Caractère générique, proposition générique, exprimant un caractère inhérent au concept. Qui désigne un genre entier.* »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Qui appartient au genre*. »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=g%E9n%E9rique)

Donc selon le postulat de base de la notion de tiers, toutes les personnes ne faisant pas parties du groupe formé par les personnes publiques seront forcément qualifiées de tiers, puisque ces personnes, physiques et/ou morales, seront extérieures à ce groupe. Toutes les personnes qui ne peuvent recevoir la qualité de personnes publiques, pourront potentiellement recevoir la qualité de tiers. Retenir une telle conception du tiers aboutirait à retenir une conception large du tiers en niant les différences fondamentales qui pourraient distinguer les personnes en cause. Il n'en reste pas moins l'obligation de constater que tout ce qui n'appartient pas au groupe considéré, lui est tiers et peut donc recevoir une telle qualification. Il conviendra, cependant, de mieux délimiter ce qu'est ce tiers, notamment par le biais de l'élaboration de différents critères de détermination, plutôt que d'en retenir une notion aussi large.

Les personnes publiques forment ensemble la puissance publique. Cependant ces personnes publiques sont très hétérogènes au sein de ce groupe. L'Etat ne répond pas au même concept que les collectivités territoriales, il en va de même en ce qui concerne les établissements publics. Ainsi pouvons-nous concevoir l'existence de groupes séparés et indépendants au sein de la puissance publique pouvant justifier que des personnes publiques reçoivent la qualification de tiers définie précédemment (une personne extérieure à un groupe). Nous pouvons compléter ce postulat de base : le tiers est non seulement extérieur à un groupe, il est extérieur à une situation juridique considérée. Dans cette seconde acception, nous relevons un élément évident, toutes les personnes, qu'elles soient physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, seront forcément à un moment donné, extérieures à une situation juridique. En ce sens, nous nous séparons de la définition du tiers retenue par M. Bentz, puisque nous prenons en compte toutes les situations juridiques, qu'il existe, ou non, un rapport entre les acteurs de la situation et le tiers ([219]). Finalement, notre postulat élargi implique deux choses. Premièrement, toutes les personnes peuvent recevoir à un moment donné la qualification de tiers. Deuxièmement, cela implique que les personnes publiques peuvent, elles aussi, recevoir la qualification de tiers.

Un constat doit être réalisé. La qualification d'une personne en personne publique ne fait en aucun cas obstacle à une possible qualification de tiers. En effet, au sein du contentieux administratif, si une collectivité territoriale exerce un recours, ce n'est pas pour autant que

[219] J. BENTZ, Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 11, p. 166. « *Le tiers est une personne juridique, étrangère à l'établissement d'une situation individuelle administrative, et titulaire d'un droit subjectif à l'égard d'un des deux sujets de cette situation, ou des deux sujets à la fois*. »

toutes les collectivités territoriales, que tous les établissements publics ou que l'Etat vont se joindre à son action. S'ils ne sont pas concernés par la situation juridique, ils n'interviendront pas, ils y resteront extérieurs, étrangers et ainsi ils recevront la qualification de tiers. Deux exemples illustrateurs peuvent être présentés. Tout d'abord, un permis de construire édicté par une commune « A » est contesté par un habitant de cette commune. Ce litige ne va pas intéresser les autres communes entourant cette commune A. Ces autres communes resteront étrangères à l'instance engagée, elles seront tiers par rapport à ce contentieux. Dans le second exemple, une collectivité territoriale « B » est l'auteur unique d'un dommage subi par une ou plusieurs personnes physiques. Il est évident que le litige ne va intéresser que les victimes et la collectivité territoriale B, auteur du dommage, les autres collectivités territoriales resteront tiers puisqu'elles n'ont aucun rôle à jouer dans ce litige particulier. Les deux notions de tiers et de personnes publiques, même s'il s'agit de notions différentes et indépendantes, définissant deux choses différentes, vont donc pouvoir se recouvrir en raison d'éléments de fait et/ou de droit.

Cette confrontation n'a finalement pas permis d'exclure de la catégorie des tiers, les personnes publiques. Elle n'a pas non plus permis de délimiter, de restreindre la notion de tiers. Bien au contraire, cette confrontation entre ces deux notions différentes a montré qu'il ne fallait pas retenir une conception étriquée de la notion de tiers, mais au contraire rester ouvert à la possibilité que cette notion recouvre de nombreux concepts.

B. Tiers et administré

Un administré est une « *personne dépendant d'une administration* » ([220]). Plus particulièrement, le terme d'administré désigne tout citoyen français s'inscrivant dans une relation avec l'Administration ([221]). L'administré s'inscrit en relation de dominé par rapport à l'ensemble des personnes publiques dont il dépend. Il convient de qualifier la notion d'administré, avant de la confronter à la notion de tiers, afin de savoir si la notion d'administré constitue une notion conceptuelle. La notion conceptuelle est constituée des quatre caractéristiques suivantes : précision, clarté, simplicité et cohérence. Surtout une notion conceptuelle ne dépend pas de l'utilisation qui est faite de la notion en cause. Il convient donc d'examiner si la notion d'administré fait partie de ces notions permettant ainsi de confronter la notion de tiers à celle notion d'administré.

L'administré est une personne dépendante de l'Administration, c'est un citoyen s'inscrivant dans une relation avec l'Administration, mais aussi avec toute autre personne publique. Les caractéristiques de la notion conceptuelle sont bien remplies. La notion d'administré est claire, précise et cohérente par rapport à l'ensemble des notions présentes en droit administratif. De plus, il s'agit d'une notion dont la définition est positive ; il ne s'agit pas d'un protocole de détermination mais d'une définition présentant ses propres critères de reconnaissance. Pour finir, la définition donnée de la notion d'administré ne dépend pas de l'utilisation que nous faisons de cette notion. L'administré ne change pas de contenu en fonction de son interaction avec les personnes publiques. Nous sommes donc en présence d'une notion conceptuelle d'administré. Il convient alors de la confronter à celle de tiers.

---

[220] Le Petit Larousse, éd. 1995, p. 39. Selon l'édition de 2009, il s'agit d'une « *personne relevant d'une administration* ».

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), *op. cit.*, p. 103. « *Personne soumise à une autorité administrative*. »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Se dit du citoyen par rapport à l'administration*. »
(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=administr%E9)

[221] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 17e éd., *op. cit.*, p. 30. L' « administré » est un « *terme traditionnellement employé pour désigner le citoyen dans ses rapports avec l'Administration.* […] *il est un vestige de la conception monarchique et napoléonienne ayant longtemps marqué les relations, fortement inégalitaires, entre les individus et la puissance publique* ». La notion de puissance publique est ici entendue comme « *l'ensemble des personnes publiques* », p. 583.

Le tiers se caractérise comme une personne juridique ; le tiers est une personne détentrice de droits et obligations. Il est aussi une personne est étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Il faut donc prendre en compte ces caractéristiques pour réaliser la confrontation entre les deux notions. Le tiers est une personne extérieure par rapport à un point de référence : soit un groupe de personnes ou de choses, soit une situation juridique. Le tiers n'a pas vocation à interagir avec ce point de référence, mais il interagit avec lui en raison de différentes causes ou conséquences.

L'administré est une personne en relation avec les personnes publiques, sans être une personne publique. De cette simple définition, nous pouvons tirer une conséquence : les personnes publiques forment un groupe et les administrés forment un second groupe. Le tiers est, lui, défini comme une personne extérieure à un groupe. La confrontation entre les deux notions de tiers et d'administré conduit à considérer que le groupe des administrés est un groupe extérieur au groupe des personnes publiques, il s'agit d'un groupe tiers. Cette confrontation mérite d'être approfondie. Les personnes publiques forment un ensemble. Cet ensemble constitue la puissance publique. Il fonctionne indépendamment des administrés et il domine les administrés. Si la puissance publique constitue un tel ensemble, tout ce qui n'est compris pas en son sein, lui est alors extérieur, donc étranger et qualifié de tiers. Il est fondamental de savoir si le groupe « administrés » et le groupe « puissance publique » forment un ensemble indivisible et indissociable ou non. En effet, si ces deux groupes forment un tel ensemble, il n'est pas possible de concevoir que les administrés forment un groupe tiers par rapport à la puissance publique. Puisque logiquement s'il s'agit d'un même ensemble, il ne comprend aucun élément étranger ; ces groupes produiront ensemble des interactions réciproques.

La puissance publique et les administrés forment un même ensemble. Ils forment un groupe unique où les personnes composant ce groupe interagissent entre elles. Il est qualifié d'Etat ([222]). Toutefois, si les groupes composés de la puissance publique et des administrés constituaient un ensemble unique et indivisible, il ne serait pas possible de comprendre ces groupes d'une façon indépendante. Or cela n'est pas le cas en ce qui concerne les groupes de

[222] *Ibid.*, p. 311. Dans une acception sociologique, l'Etat correspond à une « *espèce particulière de société politique résultant de la fixation sur un territoire déterminé d'une collectivité humaine relativement homogène régie par un pouvoir institutionnalisé comportant le monopole de la contrainte organisée (spécialement le monopole de la force armée)* ».

puissance publique et d'administrés. Ils forment un ensemble, mais ces groupes forment aussi des entités indépendantes. Cet ensemble est donc divisible, ce qui n'empêche pas les entités composantes d'interagir. En fait, il s'agit de deux groupes autonomes mais liés entre eux par la globalité qu'il forme au final.

La conséquence à tirer de ce constat est importante. La puissance publique a pour but de régir la vie en société par le biais de ces moyens propres. La puissance publique administre, dirige, édicte pour instaurer une paix sociale dont les bénéficiaires seront les administrés. Or, ici, nous avons l'opportunité de mettre en valeur un élément : le caractère inégalitaire des relations entre puissance publique et administrés ([223]). L'Administration s'impose et impose aux administrés. La puissance publique forme un groupe auquel vont être étrangers les administrés. Les administrés constituent donc un groupe de tiers par rapport au groupe formé par la puissance publique, si nous restons dans une conception de groupes séparés sans interaction entre eux. Cependant si nous prenons un nouvel angle d'observation, la puissance publique édicte différents actes qui s'imposent aux administrés. Dans un tel cas, l'ensemble formé par les administrés et la puissance publique retrouve son importance. Les administrés ne sont plus des tiers car ils sont concernés par ce qu'a édicté la puissance publique. De même, nous pouvons concevoir que la puissance publique n'édicte que pour une partie déterminée des administrés. Alors une partie seulement des administrés, ceux qui ne sont pas concernés, peuvent être des tiers, puisqu'eux seuls sont restés entièrement étrangers au groupe formé par la puissance publique. Potentiellement, tous les administrés peuvent être des tiers. Apparaît ici un problème récurrent dans notre recherche. Ce problème est lié au point de référence à prendre en compte pour considérer le tiers et le qualifier. En effet, la détermination de ce référentiel est fondamentale, puisqu'en fonction de sa prise en compte, du moment temporel, spatial ou matériel, la détermination du tiers et la notion même de tiers varie.

Tous les administrés peuvent être des tiers, mais tous les tiers ne sont pas des administrés. Nous concevons que les tiers peuvent à la fois recouvrir la notion de personne publique, mais aussi celle d'administré. Un tiers peut donc être une personne physique ou une personne morale de droit public. De plus, le tiers peut être une personne morale de droit privé.

[223] *Ibid.*, p. 30. Il faut reprendre la définition donnée de l'administré et notamment l'aspect historique de cette définition : « *il est un vestige de la conception monarchique et napoléonienne ayant longtemps marqué les relations, fortement inégalitaires, entre les individus et la puissance publique* ». Souligné par nous.

Cela n'a pas été étudié, mais dès le moment où un tiers peut être une personne publique, il n'y a aucun obstacle à ce que la solution soit la même en ce qui concerne les personnes morales de droit privé. De plus, les personnes morales de droit privé sont soumises aux personnes publiques, notamment par le biais de réglementations. Elles sont donc dans une situation équivalente à celle des administrés, sauf qu'il ne s'agit pas de personnes humaines.

II. Confrontation de la notion de tiers avec les notions d'usager et d'agent public

Le paragraphe précédent avait pour but de délimiter la notion de tiers, donc de délimiter une catégorie de personne. Finalement ce but a évolué. Il s'agissait alors de savoir si la notion de tiers était une notion transversale au point de couvrir, à la fois, la notion de personne publique et celle d'administré. La notion de tiers est, en réalité, une notion plus étendue ne comprenant pas uniquement une petite catégorie de personnes. Au final, c'est une notion transversale. Ce paragraphe va permettre de définir le degré de transversalité de la notion de tiers par le biais d'une nouvelle confrontation. Cette nouvelle confrontation va opposer la notion de tiers à celles d'usager et d'agent public. Il s'agit de deux notions définies et récurrentes en droit administratif. Si la notion de tiers transcende ces deux notions, nous serons alors en présence d'une notion dont le degré de transversalité sera important. Par contre, si la réponse est différente, il faudra en tirer toutes les conséquences nécessaires.

A. Tiers et usager

La notion d'usager doit être confrontée à celle de tiers. Elle va permettre, à la différence des deux notions étudiées ci-dessus, de délimiter le tiers. Nous avons déjà remarqué que de nombreux auteurs opposaient le tiers à l'usager ([224]). Il convient donc de reprendre la notion d'usager qui permet de donner à une personne cette qualité particulière, et ainsi de lui appliquer des règles particulières. L'usager est celui qui fait usage de quelque chose ([225]). Plus précisément, c'est celui qui « *utilise un service, en particulier un service public, ou qui emprunte le domaine public* » ([226]). En droit administratif, l'usager est constitué

[224] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 177 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 664. Pour ces auteurs, le tiers n'est « *ni un usager, ni* […] ».

[225] Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), *op. cit.*, p. 1693. « *Personne qui a un droit réel d'usage.* »

[226] Le petit Larousse, éd. 2009, p. 1050.

de deux définitions différentes. Ces définitions dépendent du référentiel pris en compte. Il faut distinguer l'usager du service public et celui de l'ouvrage public ([227]). Ces deux définitions ont d'ailleurs un fort intérêt pour la notion de tiers : la possibilité de qualifier une personne de tel ou tel usager a une influence sur la composante transversale de la notion de tiers.

Tout d'abord, l'usager d'un ouvrage public ou d'un travail public est « *celui, qui au moment du dommage, utilisait effectivement l'ouvrage public ou le travail public qui est à son origine* » ([228]). Ici, la notion d'usager n'a d'intérêt qu'en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité administrative. Afin d'obtenir une réparation, il s'agit de savoir si telle personne remplit les conditions lui permettant d'être qualifié d'usager. Trois conditions existent. Il faut que la personne en question utilise l'ouvrage, que cette utilisation soit effective au moment de la réalisation du dommage et enfin que cette utilisation soit à l'origine du dommage. Dans un tel cas, la personne sera qualifiée d'usager, dans le cas, contraire il s'agira d'un tiers ([229]).

La seconde définition donnée à l'usager correspond à celle de l'usager des services publics ([230]). Ici, nous ne réalisons pas de distinction en fonction du service public en cause. Normalement, il est nécessaire que la personne soit qualifiée d'usager d'un service public administratif ou d'usager d'un service public industriel et commercial, puisque de cette qualification dépend la détermination du juge compétent et du droit applicable. Par exemple, Mme Nicinski retient une définition particulière de l'usager d'un service industriel et commercial : « *pour le moment, on adoptera une définition très large de l'usager. Il sera le consommateur, effectif ou potentiel, d'une prestation de service public industriel et commercial. Diverses formes d'usage sont envisageables. La relation entre l'usager et*

Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), *op. cit.*, p. 1693. « *Personne qui utilise (un service public, le domaine public).* »

[227] J.-M. AUBY, P. BON, J.- B. AUBY, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 4e éd., 2003, p. 364.

[228] *Ibid.*, p. 365.

[229] Exemples :

Personne qualifiée d'usager : CE, 9 mars 1962, Dame Dorso, Rec. CE, p. 164.

Personne qualifiée de tiers en l'absence d'usage : CE Sect., 18 mai 1973, Djian, Rec. CE, p. 361.

Personne qualifiée à la fois de tiers et d'usager de l'ouvrage ou du travail public : CE, 27 octobre 1971, Ville de Fréjus, Rec. CE, p. 630, RDP 1972, p. 695, note Waline.

[230] J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1974, p. 14. « *Pour définir l'usager du service public, on peut partir d'une constatation simple : c'est le bénéficiaire d'une activité de service public ; mais il n'en est qu'une catégorie*. »

l'exploitant peut s'étaler sur une longue période, dans le domaine de l'eau ou de l'électricité, par exemple. Le contact avec le service public peut être beaucoup plus bref, comme, par exemple, dans le domaine des transports lorsque l'usager achète un seul billet » ([231]), « *au lieu de s'intéresser à la nature du lien qui unit l'usager à l'exploitant du service, ne faudrait-il pas plutôt s'intéresser sur les caractéristiques de son contenu ? Lors de l'examen des différentes situations de l'usager, certaines constantes ont été rencontrées à l'ombre des critères étudiés. En effet, quelle que soit la forme prise par le lien unissant l'usager et l'exploitant (réglementaire, contractuel, délictuel,…), quatre caractéristiques sont omniprésentes. Le mobile de l'usager est en adéquation avec l'objet immédiat du service public, l'usager vise à satisfaire un besoin personnel, il est en relation directe avec l'exploitant et son intention de consommer est fortement probable* » ([232]). Cependant, nous souhaitons nous limiter à la simple qualification de la personne et non aux conséquences d'ordre procédural attachées à cette qualification. Selon M. Chapus, il n'y a pas besoin de relations contractuelles avec le service public pour qu'une personne puisse recevoir la qualification d'usager. En réalité, « *il suffit de bénéficier des prestations du service pour en être usager* » ([233]). Cette définition comprend, cependant, une limite dans le cas où nous recherchons la qualification de la personne dans une procédure de responsabilité administrative. La personne sera qualifiée d'usager uniquement si le dommage a pour origine ou s'est produit « *à l'occasion de la fourniture de la prestation* » ([234]). M. Du Bois De Gaudusson envisage les usagers en opposition avec les particuliers : « *il est des administrés qui « reçoivent directement et personnellement des prestations de la part du service et dont le service se propose d'assurer directement et personnellement la satisfaction des intérêts »* […]. *Ce sont les usagers* » ([235]).

---

[231] S. NICINSKI, *L'usager du service industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 2.

[232] *Ibid*., p. 145.

[233] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 837.

[234] CE Sect., 22 janvier 1960, Gladieu et autres, Rec. CE p. 52, CJEG 1960, p. 92, concl. Fournier, note A. C., RDP, 1960, p. 686, concl. Fournier.

[235] J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 16. « *Les particuliers profitent de l'activité des services publics d'une seconde manière : ils peuvent recevoir directement et individuellement des prestations ; ils sont alors, les destinataires de l'activité administrative, ils en profitent directement et non plus par ricochet. Les services publics peuvent, en effet, accorder des avantages déterminés destinés à satisfaire des besoins individuels, pris collectivement, mais ressentis en tant que tels par les administrés ; cela ne signifie pas que l'intérêt général n'est pas la fin de l'activité de ces services publics, mais,*

Ainsi la notion d'usager, qu'il s'agisse d'un usager des services publics ou un usager d'ouvrage public, doit être dans une situation où la personne bénéficie de quelque chose : d'une prestation ou de l'ouvrage. Nous sommes en présence d'une définition plutôt large de la notion d'usager. Les auteurs relèvent d'ailleurs que cette notion est une notion particulièrement extensive ([236]), qu'elle détient un caractère attractif ([237]). Il reste à qualifier cette notion d'usager. Est-ce une notion conceptuelle ? Au regard des deux définitions retenues, nous remarquons qu'il existe deux types différents d'usager, mais ces deux types différents ont pour point commun la nécessaire utilisation effective d'un élément déterminant dans sa qualification : l'utilisation du service public ou de l'ouvrage public. Ainsi la notion d'usager est bien une notion conceptuelle puisqu'elle remplit les critères précédemment rappelés nécessaires à sa qualification. Il s'agit cependant d'une notion particulière pour laquelle il faut systématiquement prendre un référentiel : la personne est en relation avec le service public ou avec l'ouvrage public. D'ailleurs, en ce qui concerne l'usager des services publics, il est déjà défini comme un concept ([238]).

La notion d'usager est une notion conceptuelle. Quel intérêt y a-t-il à confronter cette notion conceptuelle à celle non conceptuelle de tiers ? La réponse est simple : les auteurs

---

simplement, qu'en plus de sa satisfaction l'administration a pu en même temps poursuivre celle de certains intérêts particuliers. Comme l'écrivait Bonnard, il est des administrés qui « reçoivent directement et personnellement des prestations de la part du service et dont le service se propose d'assurer directement et personnellement la satisfaction des intérêts » (p. 84-85, R. BONNARD, Précis, 4e éd.). Ce sont les usagers. » « *Tout d'abord, la qualité d'usager implique, évidemment, qu'il y ait activité de service public ; là où il n'y a pas de service public, il ne peut y avoir d'usager. En conséquences, les bénéficiaires de l'activité patrimoniale de l'administration n'ont pas cette qualité ; il en est ainsi des administrés qui reçoivent des prestations de ce que l'on peut appeler les « établissements privés de l'administration » (Régie Renault, Assurances, Banques nationalisées). La différence fondamentale entre ces administrés et les usagers est que les premiers sont normalement soumis à l'ensemble des règles du droit privé et sont exactement dans la même situation que celle des clients d'une quelconque entreprise privée ; on peut légitimement les considérer comme des clients. Les seconds sont, au contraire, toujours soumis, au moins en partie, à des règles largement exorbitantes du droit commun* », p. 16.

[236] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 837.

[237] J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 364.

[238] J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 14. « *C'est précisément un des objets de cette étude que de déterminer si le concept d'usager, et ici d'usager du service public administratif, entraîne des conséquences notables au regard du droit positif.* » Souligné par nous.

définissent le tiers par rapport ou plutôt par opposition à l'usager ([239]). Le tiers n'est pas un usager. Cela conduit au constat que les tiers et les usagers forment deux groupes de personnes différents, mais surtout séparés et totalement indépendants. Selon la définition donnée au tiers, si nous hésitons entre la qualification de tiers et celle d'usager, alors la personne sera forcément tiers ou forcément usager. Mais à la différence des notions de personne publique et d'administré, une personne qualifiée de tiers ne pourra être qualifiée d'usager, dans le cas où nous prenons le même référentiel : soit le service public, soit l'ouvrage public ([240]). Ainsi la principale conséquence à tirer de la confrontation entre les notions de tiers et d'usager est que la notion de tiers que nous tentons d'établir n'est pas totalement transversale, la notion de tiers ne recoupe pas celle d'usager. Nous avons trouvé une notion donnant une catégorie de personnes qui sont *a priori* exclues de la notion de tiers.

La frontière qui parait infranchissable au regard de ce qui vient d'être développé, se révèle plus fragile dans la pratique. Un premier élément doit être donné. Au début du XX^e^ siècle, M. Hauriou ne faisait pas de distinction entre les tiers et les usagers, la catégorie des usagers faisant partie de celles des tiers. En effet, tiers et usagers font partis de la même catégorie de personnes : il s'agit de personnes extérieures à l'Administration, cette catégorie est celle formée par les particuliers ([241]). Nous avons étudié précédemment que les personnes extérieures à un groupe, ici l'Administration ou l'ensemble des personnes publiques, étaient qualifiées de tiers. Ainsi la frontière entre les notions de tiers et d'usager est très mince. Les usagers ne sont qu'un groupe de personnes au sein de la plus grande catégorie des tiers. Cependant il s'agit d'une théorie datant du début du siècle, c'est-à-dire pendant une période de formation des bases du droit administratif. Il est donc normal que les conceptions de l'époque puissent varier par rapport à nos conceptions actuelles. Avec ce constat, il est possible d'établir une hypothèse. Nous opposons les personnes publiques aux personnes ne

---

[239] V. : G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 177 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, *op. cit.*, p. 664.

[240] Si nous prenons en compte deux référentiels différents, alors la solution sera différente. V. p. 82.

[241] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 5^e^ éd. (entièrement refondue et mise à jour), 1943, pp. 114-117. « *Les particuliers* […] *leur qualité d'administrés est loin d'absorber toute leur activité juridique, dans de nombreux cas, les particuliers se présentent comme des étrangers par rapport à l'administration, des tiers, dont la personnalité et les droits viennent limiter l'action administrative*. » « *Le fait que les particuliers sont bénéficiaires de l'institution administrative se manifeste surtout de deux façons : ils sont usagers des services publics, il sont parfois les collaborateurs de l'administration.* » « *L'administré peut se prévaloir de sa situation objective d'usager.* » Soulignés par nous.

faisant pas partie de ces personnes publiques, ne faisant pas partie de l'Administration. Nous obtenons donc deux groupes : celui des personnes publiques et celui des tiers car ce sont des personnes extérieures. Dans ce groupe des tiers, sont apparus les usagers, c'est-à-dire des tiers qui utilisaient des ouvrages appartenant aux personnes publiques ou qui bénéficiaient de prestations offertes par les personnes publiques. Ainsi les usagers étaient toujours des tiers par rapport aux personnes publiques, mais ils avaient un lien particulier avec elles. Ce lien particulier a peu à peu permis à cette catégorie d'usager de se séparer du groupe des tiers, pour finalement former un groupe séparable et finalement une notion totalement indépendante de la notion de tiers.

Le deuxième élément est maintenant une remarque dépassée puisque la jurisprudence est claire sur ce point, mais il mérite tout de même un rappel. Jusqu'en 1964, il était nécessaire de distinguer les usagers réguliers des usagers irréguliers ([242]). Tout d'abord, il faut donner le référentiel auquel se rapporter pour concevoir le type d'usager à prendre en compte. Ici, nous considérons le service public ; nous recherchons les usagers du service public. Ainsi un usager régulier du service public est une personne bénéficiant d'une prestation de service public en remplissant les conditions pour obtenir légalement cette prestation. A la différence, un usager irrégulier est une personne bénéficiant d'une prestation de service public sans remplir les conditions pour l'obtenir. Il s'agit par exemple de la personne qui se déplace en train, donc qui obtient une prestation de service public de la part de la SNCF, sans avoir au préalable payé son billet et sans avoir régularisé sa situation au cours du trajet. Jusqu'ici, la distinction entre usager régulier et usager irrégulier n'a pas d'intérêt au regard d'une confrontation avec la notion de tiers. Cependant avant 1964, l'usager irrégulier recevait une qualification étrange au regard de sa situation. Dans le cas d'actions en responsabilité administrative, les usagers irréguliers étaient considérés comme des « tiers » ([243]). Par cette qualification, ils bénéficiaient d'un régime de responsabilité plus avantageux que celui appliqué aux usagers réguliers ([244]). Toutefois, cette distinction a disparu pour des motifs évidents d'équité : un usager irrégulier n'a pas à être mieux traité en cas d'accident qu'un usager régulier ; le juge traite maintenant de la même manière les usagers réguliers et les

[242] J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 366.

[243] CE, 20 novembre 1959, Commune de Montaigut-en-Combrailles, Rec. CE, T., p. 1126, AJDA 1960, p. 26, concl. Fournier.

[244] J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, pp. 366-367.

usagers irréguliers ([245]). Il a étendu aux usagers irréguliers, le régime applicable aux usagers réguliers. Cette jurisprudence instituant une distinction entre les usagers réguliers et irréguliers démontre que les usagers ne formaient pas à eux seuls un groupe indépendant et global : soit une personne était usager régulier, soit elle ne l'était pas. Dans le cas où la personne n'était pas un usager régulier, alors elle était considérée comme extérieure au groupe formé par la personne prestataire de service public et les usagers réguliers. Or une personne étrangère est un tiers par rapport à un groupe pris en considération. La frontière n'est pas floue, au contraire elle est particulièrement marquée : nous sommes soit du côté des tiers, soit du côté des usagers réguliers, mais nous sommes forcément d'un côté ou de l'autre. A l'heure actuelle, cette frontière est toujours aussi bien bâtie, la seule différence est que nous opposons les tiers aux usagers qu'ils soient réguliers ou non.

Le troisième et dernier élément porte sur le problème du référentiel à prendre en compte pour qualifier une personne d'usager. Le fait de sans cesse rappeler que nous sommes en présence d'un usager du service public ou d'un usager de l'ouvrage public a une incidence sur une possible qualification de tiers. Nous avons affirmé qu'une personne est soit tiers, soit usager, qu'elle ne peut pas être à la fois tiers et usager en prenant en compte le même référentiel. Cela signifie qu'il en va différemment si nous prenons en considération deux référentiels différents. En effet, il est possible d'être tiers par rapport à un service public et usager d'un ouvrage public ([246]). Lorsque nous sommes en présence d'un tel cas, la rigueur est de mise. Il faut systématiquement qualifier le référentiel, l'ouvrage ou le service public, puisqu'ils sont tous les deux liés. Ainsi, prenons en compte un service public « A », ce service public est implanté dans un ouvrage public « B ». C'est en fonction de ces éléments A et B que les personnes vont être qualifiées de tiers ou d'usager. Par exemple, si nous prenons en considération deux personnes « 1 » et « 2 », la personne 1 qui utilise le service public A est qualifiée d'usager du service public et cette qualification primera celle d'usager de l'ouvrage public, nous ne retenons que sa qualification d'usager du service public A. Cependant si nous prenons la personne 2 qui ne bénéficie d'aucune prestation du service public A, elle est alors qualifiée de tiers par rapport au service public A. Toutefois, cette personne 2 utilise l'ouvrage public B, elle est alors qualifiée d'usager de l'ouvrage public B. Ainsi une même personne, la personne 2, reçoit une double qualification, tiers et usager, en fonction du référentiel pris en

[245] CE, 30 octobre 1964, Ministre des Travaux publics c/ Piquet, Rec. CE, p. 505, concl. Fournier, AJDA 1964, p. 693, chron. Puybasset et Puissochet.

[246] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 839.

compte. Cela n'est pas qu'une remarque théorique. En effet, de tel cas de figure se retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a alors la charge de définir le régime de responsabilité à appliquer ([247]).

La notion d'usager a donc permis de délimiter la notion de tiers, en cela il s'agit d'une avancé. Cependant cette confrontation a aussi montré en quoi les problèmes de référentiels vont constituer des problèmes récurrents tout au long de notre recherche. Il faut ainsi prendre soin d'utiliser les notions avec un maximum de rigueur afin d'éviter toute confusion.

B. Tiers et agent public

A l'image de ce que représente l'usager au sein du droit administratif, la notion d'agent public a, elle aussi, une place particulière méritant une confrontation avec la notion de tiers. Cette place particulière est issue du lien privilégié existant entre les personnes publiques et leurs agents publics. Il convient donc de définir cette notion d'agent public. L'agent est « *tout ce qui agit, opère* », c'est la « *personne chargée de gérer, d'administrer pour le compte d'autrui* » ([248]). L'agent public est considéré comme un « *terme générique désignant tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif. Un grand nombre d'entre eux ont la qualité juridique de fonctionnaires et soumis à des règles uniformes* » ([249]). Cette définition fait apparaître la notion de fonctionnaire qu'il convient maintenant d'étudier. La notion de fonctionnaire est une « *notion retenue par les différents textes pour en définir le champ d'application et dont le contenu varie de l'un à l'autre. Au regard du statut général des fonctionnaires, de l'Etat et des collectivités territoriales, personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un*

[247] CE, 24 novembre 1967, Labat, Rec. CE, p. 100, RDP 1968, p. 648, note Waline, p. 659, concl. Baudouin, AJDA 1968, p. 100, chron. Massot et Dewost.

[248] Le petit Larousse, éd. 2009, p. 22.

Dictionnaire culturel en langue française (A-D), *op. cit.*, pp. 144-145. « *L'être qui agit (opposé au patient). Personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit.* »

Dictionnaire en langue française d'Emile Littré : « *Tout ce qui agit, opère*. […] *Celui qui fait les affaires d'autrui, qui est chargé d'une fonction, d'une mission publique ou privée.* »

(http://francois.gannaz.free.fr/Littre/xmlittre.php?rand=&requete=agent)

[249] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 37.

grade de la hiérarchie » ([250]). Ainsi, si tous les agents ne sont pas des agents publics, les fonctionnaires sont forcément des agents publics ([251]).

La notion d'agent public, terminologie utilisée ici, elle est notamment employée par le juge administratif ([252]). Cependant d'autres termes peuvent être employés, ils sont relevés par M. Chapus ([253]). Nous pourrions utiliser le terme d'« *agent de droit public* » ([254]), ou celui d'« *agent uni à la personne publique employeur par un lien de droit public* » ([255]). La troisième possibilité a l'avantage de mettre en valeur les caractéristiques de la notion d'agent public : le lien unissant la personne publique à l'agent et le droit applicable ; il s'agit du critère de définition organique ([256]). De manière plus précise, les agents publics vont former un « *ensemble* [de] *personnels employés par l'Etat ou par une collectivité publique, et affectés dans un service public de caractère administratif, quelle que soit la nature de l'emploi qu'ils occupent, sous réserve des dispositions législatives particulières prévoyant des recrutements sous contrat de droit privé. A titre exceptionnel, des agents relevant de la fonction publique peuvent être affectés dans un service public industriel ou commercial, ou* […] *dans une société anonyme* [sous certaines conditions] » ([257]). Cette définition fait apparaître un élément important : il est essentiel de déterminer à quel service public nous avons affaire. En effet, les services publics sont divisés en deux catégories : les services publics administratifs et les services publics industriels et/ou commerciaux. La différence entre ces deux types de services publics est fondée sur le type de gestion du service. Dans le premier cas, la gestion est publique, dans le deuxième, elle est privée ([258]). Il est nécessaire de déterminer le service public en cause afin de pouvoir savoir si l'agent peut être qualifié ou

[250] *Ibid.*, p. 335.

[251] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e éd., 2004, p. 95 ; A. PLANTEY, *La fonction publique, Traité général*, Litec, 2001, p. 297. « *Le statut général établit un lien direct entre l'emploi public et la qualité du fonctionnaire : les emplois permanents à temps complet sont réservés aux fonctionnaires. Toutefois, de nombreuses autres personnes ont, à titre particulier, droit à la qualification d'agents des collectivités publiques ou des établissements publics*. »

[252] CE Sect., 3 janvier 1958, Levrat, Rec. CE, p. 2.

[253] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, *op. cit.*, p. 19.

[254] CE, 4 novembre 1959, Goett, Rec. CE, p. 571, RDP 1960, p. 372, obs. Drago.

[255] TC, 15 décembre 1980, Mme Uguen c/ Hospice de Landéda, Rec. CE, p. 640, DA 1981, n° 20.

[256] O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis Droit, 2007, p. 10 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 61.

[257] F. HAMON, *Droit des fonctions publiques, t. 1 Organisation et gestion*, LGDJ, 2002, p. 16.

[258] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 591.

non, d'agent public ([259]). Le principal intérêt à réaliser une distinction entre la qualification d'agent public et celle d'agent privé est de déterminer dans le cadre de litiges individuels, quel droit est applicable et quel juge est compétent ([260]).

Si nous sommes en présence d'un service public administratif, l'agent sera qualifié de public, s'il participe directement à l'exécution ou au fonctionnement du service public administratif ([261]). Cependant depuis une évolution de la jurisprudence, nous qualifions d'agent public contractuel, tout agent non statutaire travaillant pour le compte d'un service public administratif, quel que soit son emploi ([262]). Ainsi nous relevons deux conditions à remplir pour obtenir la qualification d'agent public et donc l'application du droit public : la présence de la personne publique et la présence d'un service public administratif ([263]). En ce qui concerne la présence d'une personne publique, en réalité, ce n'est pas sa simple présence qui est requise, mais le fait qu'elle soit l'employeur de l'agent. A ce sujet, M. Chapus relève qu'il s'agit d'une « *exigence primordiale (mais non suffisante)* » ([264]). En ce qui concerne la seconde condition : la présence d'un service public administratif, il s'agit en fait d'agir pour le service public en question, l'activité de l'agent doit se dérouler au sein de ce service particulier pour pouvoir obtenir la qualification d'agent public. Cependant si l'agent exerce son activité au sein d'un service public industriel et commercial, il peut tout de même recevoir la qualification d'agent public. Il s'agit cependant de cas assez rares. Ces atténuations au principe que la qualification d'agent public nécessite la présence d'un service public administratif sont soit issues du législateur, soit de la jurisprudence ([265]). En effet, le législateur peut décider d'accorder la qualification d'agent public dans un tel cas, ou alors de

[259] Afin de déterminer le service public en présence, il suffit d'utiliser les critères de détermination établis par le juge administratif : CE Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Rec. CE, p. 434, AJDA 1956, II, p. 489, chron. Fournier et Braibant, D. 1956, p. 759, concl. Laurent.

[260] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 20.

[261] CE Sect., 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, Rec. CE, p. 342, concl. Chardeau, AJDA 1954, II bis, p. 6, chron. Gazier et Long.

O. DORD, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 10 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 61.

[262] TC, 25 mars 1996, Berkani, Rec. CE p. 535, concl. Martin, RFDA 1996, p. 819, concl. Martin, AJDA 1996, p. 354, note Prétot, CJEG 1997, p. 35, note Lachaume, JCP 1996, II, 22664, note Moudoudou.

[263] O. DORD, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 10 ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 96 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 61.

[264] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 25.

[265] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 96-97.

maintenir la qualification d'agent public pour des agents dont le statut de leur employeur a changé. En ce qui concerne la jurisprudence, M. Chapus relève que dans deux cas elle permet à l'agent d'obtenir la qualification d'agent public alors que l'agent relève d'un service public industriel et commercial : « *comme étant dans une situation de droit public, tant les agents occupant un emploi de direction, que les comptables publics* » ([266]).

Enfin, il s'agit de distinguer l'agent public d'autres notions. En effet, les agents publics sont au service de la personne publique puisqu'ils travaillent pour elle, mais d'autres personnes interviennent en plus des agents publics. Ces personnes sont des collaborateurs : les fournisseurs, entrepreneurs, concessionnaires de service public, officiers ministériels… Ce sont des collaborateurs soit contractuels, soit statutaires, sans oublier les collaborateurs occasionnels. Leur point commun, qui d'ailleurs les oppose aux agents publics, est que « *les uns et les autres ne sont pas employés dans le service public. Ils lui restent extérieurs* » ([267]).

Un agent public est employé par une personne publique pour travailler, par principe, dans un service public administratif, et par exception dans un service industriel et/ou commercial. Ainsi nous sommes devant une notion conceptuelle que nous allons pouvoir confronter à la notion de tiers. Nous avions trouvé différentes tentatives de définitions du tiers dans la section précédente, il convient maintenant de se servir de certaines montrant l'opposition entre le tiers et l'agent public. Tout d'abord, dans le Dictionnaire de droit administratif, le tiers est défini comme celui qui n'est : « *ni usager, ni agent* » ([268]). Cette définition est claire, un tiers ne peut pas être un agent, à plus forte raison un agent public. La raison de cette exclusion apparaît dans d'autres définitions. En effet, d'autres auteurs utilisent des termes plus vagues mais qui font nettement apparaître, même si cela est implicite, l'absence de possibilité pour le tiers d'être qualifié d'agent public : le tiers est : « *une*

[266] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 44.

CE, 26 janvier 1923, de Robert Lafrégeyre, Rec. CE, p. 67, RDP 1923, p. 237, concl. Rivet, GAJA ; CE Sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE, p. 158, S. 1957, p. 276, concl. Mosset, D. 1957, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère, JCP 1957, II, 9987, note Dufau, AJDA 1957, II, p. 184, chron. Fournier et Braibant ; TC, 28 mai 1979, Chambre de commerce et d'industrie d'Angers c/ Gaudin, Rec. CE, p. 566, D. 1980, p. 391, note Chapus.

[267] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 22.

[268] A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, 2e éd., 1999, p. 276.

personne autre que l'Administration et la victime » ([269]), les tiers sont des « *personnes qui n'ont pas de relations normales avec le service, qui n'en sont ni des usagers, ni des cocontractants et qui peuvent pourtant entrer en relation avec lui par accident* » ([270]). Nous déduisons de cette définition ouverte que le tiers ne fait pas parti de l'Administration, il n'entretient pas non plus de relations normales avec le service. Selon cette citation, une personne qui entretient des relations normales avec le service pourrait être un usager. Cependant, comme la notion d'usager est ajoutée à la suite de la définition, il ne s'agit pas d'un usager. Cette même remarque peut être faite en ce qui concerne le cocontractant ([271]). Ainsi la personne restante qui peut être en relation normale avec le service correspond à l'agent public qui remplit ses fonctions soit en raison d'un contrat, soit en raison d'un statut légal et règlementaire, en raison des règles régissant la fonction publique. Par contre la référence à la non appartenance à l'Administration peut poser problème. La notion d'administration peut s'entendre de différentes manières ([272]). Il convient ici de retenir que l'Administration peut aussi bien s'entendre comme l'allusion à un service public, que comme une allusion à la puissance publique. Ainsi faire partie de la puissance publique signifie être une personne publique. Cependant il ne faut pas comprendre : « *une personne autre que l'Administration* » dans un sens trop restrictif. Au contraire, il faut comprendre que les auteurs ont sous-entendu prendre en compte les agents publics dans leur notion d'Administration. L'Administration peut ainsi s'entendre comme les personnes publiques et leurs agents publics. Ainsi selon ces différentes définitions données, le tiers ne peut être un agent public.

Le tiers appartient à un groupe de personnes différent de celui des agents publics. Cela implique que la notion de tiers ne recoupe pas la notion conceptuelle d'agent public. Les tiers forment un groupe indépendant de celui constitué par les agents publics. En réalité, nous nous retrouvons devant la même configuration que celle concernant les personnes publiques. Les agents publics se rattachant à la puissance publique ou aux personnes publiques, forment ensemble un groupe totalement indépendant du reste des personnes regroupées soit sous

---

[269] G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif, t. 1*, PUF, Thémis Droit, 12e éd., 1992, p. 618.

[270] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit*., p. 177.

[271] *Ibid.*, p. 177. « *Personnes qui n'ont pas de relations normales avec le service, qui n'en sont ni des usagers, ni des cocontractants.* » Souligné par nous.

[272] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 29. « *Avec une minuscule, fait, activité d'administrer. Avec une majuscule : synonyme de service public au sens formel du terme. Par extension, synonyme de la puissance publique*. »

l'appellation d'administrés, soit sous celle de tiers. A plus forte raison, le Conseil d'Etat a démontré que les tiers, les administrés, ne pouvaient s'immiscer dans les relations entretenues entre la puissance publique et ses agents. Un tiers ou un administré qui n'appartient pas au service, c'est-à-dire étant étranger au groupe formé par la puissance publique et ses agents, ne peut aucunement demander l'aggravation d'une sanction disciplinaire prononcée contre l'un de ces agents publics ([273]). Les tiers ne peuvent donc être des agents publics.

Ce constat mérite cependant une atténuation. En effet, au sein même du groupe formé par la puissance publique et de ses agents publics, certains agents publics peuvent être qualifiés de tiers par rapport aux autres. Nous revenons encore une fois au problème de référentiel à prendre en compte pour définir les personnes en cause. Par exemple, un fonctionnaire est sanctionné disciplinairement, mais il ne souhaite pas contester la sanction disciplinaire prononcée. Dans un tel cas, la puissance publique a établi un lien particulier entre elle et l'agent sanctionné, ils forment ainsi un groupe restreint par rapport auquel les autres fonctionnaires et agents publics deviennent des tiers. D'ailleurs, si un syndicat de fonctionnaires décide de contester la sanction disciplinaire en cause, le Conseil d'Etat déclarera cette action contentieuse irrecevable justement en raison de la qualité de tiers du syndicat, il est non concerné par la sanction, il ne peut donc pas la contester puisqu'il ne présente aucun intérêt à agir ([274]). Nous nous retrouvons dans la même configuration que dans l'arrêt *Bellanger* cité ci-dessus.

Du point de vue des distinctions, tiers et agent public s'opposent, tout comme tiers et usager. Pourtant, il se peut qu'un agent public soit un tiers ou qu'un usager soit un tiers. Tout concorde à penser que le tiers ne se définit pas par rapport à son état, mais par rapport à un référentiel qui, à ce stade des développements, semble être un acte juridique ou plus globalement, une situation juridique. Le tiers est extérieur à ce référentiel.

[273] CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, RFDA 2006, p. 890, chron. Terneyre, AJDA 2006, p. 1072, obs. Montecler, p. 1513, concl. Keller, JCP A 2006, 1212, note Jean-Pierre, JCP 2006, I, 170, chron. Plessix.
V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, p. 281 et suivantes.

[274] CE Sect., 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communs de la mairie de Nîmes et syndicat des cadres communs de la mairie de Nîmes, Rec. CE, p. 443, AJDA 1992, p. 350, note Breton, RFDA 1993, p. 250, note Toutée.

Conclusion de chapitre

Ce chapitre a permis de réaliser une première approche de la notion de tiers. Nous avons abordé le conceptualisme, c'est-à-dire la création des concepts, afin d'obtenir les critères permettant de qualifier une notion de notion conceptuelle. C'est ainsi que nous avons retenus les quatre critères de précision, clarté, simplicité et cohérence. La notion conceptuelle est donc une notion définissant un concept en respectant ces quatre critères. Ce premier travail de définition de la notion conceptuelle avait un but : il s'agissait tout simplement de rechercher la ou les différentes notions de tiers et de définir si cette ou ces notions pouvaient être qualifiées de notions conceptuelles. Notre objectif final était de savoir s'il existait une notion conceptuelle du tiers ou si notre travail allait consister à l'élaborer, y compris à l'aide d'une autre catégorie de notion que celle des notions conceptuelles.

Nous avons donc réalisé un travail de recherche des notions de tiers et de qualification de ces notions. Cependant ce travail s'est conclu par un quasi échec. Les différentes notions de tiers relevées ne permettent pas d'appréhender, de comprendre et d'utiliser le concept de tiers, ainsi nous en sommes arrivés à la conclusion qu'aucune notion conceptuelle du tiers n'existe à l'heure actuelle en droit administratif. D'ailleurs, nous avons remarqué le désintérêt des principaux auteurs en la matière, certains se contentant de donner, dans leurs ouvrages, de simples et vagues définitions du tiers. Il est du sort de la notion de tiers de n'être ni définie, ni intéressante. Cependant cela s'explique : globalement chacun a une idée de ce qu'est le tiers, alors pourquoi expliciter davantage un élément évident ? Tout simplement, parce que la notion de tiers est plus complexe que ce que l'on peut croire. Ainsi, offrir des instruments permettant d'obtenir une notion de tiers efficace et utilisable pourrait être intéressant pour la doctrine, mais aussi pour les praticiens qui auraient alors une étude transversale du tiers, de ses possibilités et impossibilités à agir.

Toutefois, cette recherche, même si elle a conduit au constat que la notion de tiers reste encore à être élaborée, a permis d'obtenir des éléments de définitions et principalement un postulat de base : il s'agit d'une personne extérieure. Nous avons alors pu, dans la suite du chapitre, confronter ce postulat fondateur à d'autres notions de droit administratif. Ce travail n'avait qu'un seul but : essayer de délimiter la notion de tiers et savoir s'il s'agit d'une notion transversale ou si elle est cantonnée à des domaines particuliers. Nous avons pu déduire de ce travail de confrontation que la notion de tiers est tout d'abord une notion transversale. Il sera

nécessaire de prendre en compte cet aspect à la fois large, ouvert et englobant de la notion de tiers. Le tiers est une personne extérieure, c'est-à-dire n'importe quelle personne. Le second aspect concerne le référentiel. Le tiers est extérieur à un groupe ou à une situation juridique. Il faudra donc définir à quoi correspond ce groupe ou cette situation juridique. Interviennent alors les notions de « point de départ de la situation » et de « référentiel ». Or de ces deux notions dépend la qualification de tiers ; leur définition est donc essentielle.

Ainsi un premier travail d'approche de la notion de tiers vient d'être réalisé. Il sera question dans un chapitre suivant, de reprendre deux définitions particulières du tiers : le tiers dans la tierce opposition et le tiers dans la responsabilité administrative. Il conviendra alors de démontrer en quoi ces deux définitions tendent à être exclues de la notion de tiers que nous souhaitons proposer.

Chapitre 2 : Les « faux » tiers

Le chapitre précédent a mis en évidence la présence du tiers au sein du domaine de la responsabilité administrative et au sein d'une procédure contentieuse : la tierce opposition. Nous proposons donc d'étudier ces deux tiers spécifiques. Ainsi nous pourrons proposer soit d'utiliser ces notions et leurs caractéristiques comme fondement de la notion de tiers qui sera proposée, soit de les en exclure.

Tiers dans la tierce opposition et tiers dans la responsabilité administrative présentent la caractéristique d'être définis de manière complète et cohérente. Or ce fait va poser des difficultés pour une possible intégration de ces notions dans la notion, plus générale, de tiers. En effet, nous ne cherchons pas à établir un simple catalogue regroupant les différentes et disparates définitions du tiers. Nous cherchons à élaborer une notion globale et transversale reflétant les différents cas d'intervention ou non des « tiers », quitte à devoir exclure certaines notions, notamment celles de tiers opposant et celle de tiers dans la responsabilité administrative.

La tierce opposition est une procédure contentieuse permettant aux « tiers » de protéger leurs droits lésés par une décision de justice en la remettant en cause. Le tiers opposant est un tiers particulier. Parfois, il ne peut être considéré comme un tiers. Ainsi son étude amènera à un constat : il s'agit d'un « faux » tiers qui, tel quel, ne peut pas être intégré dans la définition du tiers que nous souhaitons proposer. Toutefois, il est possible, après examen de chaque espèce contentieuse, de rechercher la présence du tiers chez un tiers opposant.

Le tiers ayant subi des dommages causés par les travaux publics est une notion connue. Mais elle n'est pas l'unique notion de tiers présente dans le domaine de la responsabilité administrative où apparaissent les notions de fait du tiers ou de dommages causés aux tiers. Le domaine particulier de la responsabilité administrative présente un problème spécifique : celui du référentiel. A partir de quel moment pouvons-nous être qualifiés de tiers ? Pendant combien de temps conservons-nous cette qualification ? De ce problème de référentiel va découler son intégration ou non dans la notion de tiers.

Section 1 : Le tiers dans la tierce opposition

Dans le chapitre précédent, s'il était frappant de ne trouver aucune notion ni synthèse du tiers, nous avons été frappée par la présence unanime de la procédure de tierce opposition et donc par la présence du tiers opposant. Or dans tiers opposant, nous trouvons l'expression « tiers ».

La notion de tiers opposant dans la tierce opposition correspond-elle à la notion, plus générale de tiers ? La notion de tiers opposant s'intègre-t-elle dans la notion de tiers ? Puisque nous recherchons à établir une notion du tiers en droit administratif, il parait logique de tenter de la découvrir dans les notions de tiers existantes, donc dans celle de tiers opposant. Nous remarquons alors que le tiers opposant est un tiers particulier, il a une qualité spécifique. Or cette qualité fait, au final, obstacle à intégrer, telle quelle, la notion de tiers opposant à la notion de tiers. Ainsi le tiers est une personne étrangère ou extérieure à une situation ou à un groupe, cependant le référentiel pris en compte ne doit pas être celui d'une instance contentieuse. L'utilisation de la procédure de tierce opposition présente en droit privé et ancienne, en sera l'illustration ([275]).

[275] J. KRITTER, *La tierce opposition en droit administratif*, Thèse, Paris, Domat-Montchrestien, 1935, p. 7. « *En France la tierce opposition fut également inconnue jusqu'à l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539. Il semble, sans que cela soit bien certain, que cette ordonnance soit le premier texte relatif à la matière.* »

I. Un tiers

La tierce opposition permet à un tiers opposant qui n'a ni été partie, ni représenté à une instance, de demander la rétractation ou la réformation de la décision de justice rendue ([276]). La tierce opposition fait donc intervenir un tiers. L'intervention de ce tiers conduit à la remise en cause d'une décision de justice. Ainsi il est particulièrement intéressant d'étudier cette notion de tiers opposant afin de la confronter avec la notion de tiers proposée. Avant cela, il est nécessaire de rappeler la procédure de tierce opposition.

A. La tierce opposition

La tierce opposition est une « *voie extraordinaire de recours permettant, en principe, à toute personne qui n'a été ni partie ni représentée à une instance (tiers) d'attaquer pendant trente ans, s'il lui est préjudiciable* […] *le jugement rendu en dehors d'elle, pour demander au juge de rejuger, en ce qui la concerne, les points qu'elle critique et, sur ces points, de rétracter ou de réformer le jugement relativement à elle (l'ouverture de ce recours étant cependant restreinte dans le cas où le jugement a été notifié à un tiers, ce dernier n'ayant alors, en matière contentieuse, que deux mois à compter de la notification pour former tierce opposition* […] » ([277]). La tierce opposition est une procédure permettant à un tiers de remettre en cause l'autorité de chose jugée attribuée à une décision de justice et cela à son

[276] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 704.

M. WALINE, Droit administratif, Sirey, 8e éd., 1959, p. 223. « *La tierce opposition est la voie de recours formée contre une décision de justice par une personne qui n'a pas été partie à l'instance, mais qui estime que le jugement préjudicie à ses droits.* »

[277] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 920.

S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 704. Il s'agit d'une « *voie de recours extraordinaire, de rétractation ou de réformation, ouverte aux personnes qui n'ont été ni parties ni représentées dans une instance et leur permettant d'attaquer une décision qui leur fait grief et de faire déclarer qu'elle leur inopposable*. »

profit ([278]). Cependant cette remise en cause est fondée sur le droit des tiers à protéger leurs droits ([279]).

La tierce opposition est présente en droit civil. Elle est régie dans le Nouveau code de procédure civile aux articles 582 et suivants ([280]). Elle repose sur deux des fondements du droit civil : l'autonomie des volontés et la protection des droits individuels ([281]). La tierce opposition en droit privé est « *une voie de recours, fonctionnant sous la forme d'une sorte d'exception ayant pour objet d'aménager dans l'intérêt des tiers les effets d'un jugement, et ne paraissant pas impliquer nécessairement l'ouverture d'une nouvelle instance dotée d'une spécificité propre* ». Elle est dirigée contre les effets de la décision juridictionnelle, pas contre la décision elle-même. Elle est donc admise à l'encontre des décisions ayant autorité relative

[278] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, p. 537. « *Cette voie de recours est celle qui porte le plus atteinte à la chose jugée.* »

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 550.

[279] M.-C. ROUAULT, *op. cit.*, p. 537. « *L'autorité absolue de chose jugée ne saurait priver les tiers de la possibilité de défendre leurs droits*. »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, Dalloz, 2007, p. 997 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 549.

[280] Article 582 : *« La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit*. »

Article 583 : « *Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque.* […] »

Article 585 : « *Tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement*. »

Article 587 : « *La tierce opposition formée à titre principal est portée devant la juridiction dont émane le jugement attaqué. La décision peut être rendue par les mêmes magistrats.* […] »

Article 591 : « *La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés. Toutefois la chose jugée sur tierce opposition l'est à l'égard de toutes les parties appelées à l'instance en application de l'article 584*. »

Article 592 : « *Le jugement rendu sur tierce opposition est susceptible des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont il émane*. »

[281] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *D.* 1955, chron. XII. « *Le droit civil, qui repose sur le principe de l'autonomie de la volonté, admet rarement qu'un particulier puisse imposer par voie unilatéral des obligations à un tiers ; l'action en justice, ayant essentiellement pour objet d'assurer la protection des droits individuels, ne doit pas devenir le moyen d'obtenir un titre à l'encontre de personnes qui n'ont même pas pu se faire entendre par le juge ; le rôle relativement passif qui est attribué au magistrat judiciaire serait de nature à favoriser certaines manœuvres auxquelles la tierce opposition permet de faire échec.* »

de chose jugée ([282]). Il était nécessaire de commencer l'étude de la tierce opposition sous l'angle du droit civil, puisque la tierce opposition en droit administratif est la transposition au droit administratif de la procédure de droit civil ([283]). La tierce opposition utilisée par le juge administratif est régie par le Code de justice administrative aux articles R. 832-1 et suivants, issus de l'article 79 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat ([284]). Cependant elle existe même sans texte et constitue un principe général du droit ([285]). Il s'agit d'une « *voie de recours véritable, une action qui tend à l'annulation du jugement lui-même* », elle a pour effet d'ouvrir une nouvelle instance ([286]).

En ce qui concerne la procédure même de tierce opposition, il faut relever qu'elle peut être utilisée quelque soit le contentieux en cause y compris le contentieux de l'excès de pouvoir ([287]), la condition est, en fait, d'être en présence d'un « *procès entre partie* » ([288]).

---

[282] *Ibid.*

[283] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009, p. 420. « *L'autonomie de la procédure juridictionnelle administrative ne saurait interdire l'influence de la procédure civile alors surtout qu'il s'agit, pour le Conseil d'Etat, de donner une réponse à une situation contentieuse équivalente à celle déjà connue et traitée par l'autre ordre juridictionnel. Tel est le cas du recours du tiers à l'instance initiale dès lors que, par construction, il ne saurait parcourir aucune des voies de recours ouvertes aux parties*. »

[284] Article R. 832-1 : « *Toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision*. »

Article R. 832-5 : « *Sauf dispositions contraires prévues par le présent chapitre, l'introduction de la tierce opposition suit les règles relatives à l'introduction de l'instance définies au livre IV. Sont de même applicables les dispositions des livres VI et VII*. »

[285] CE, 3 novembre 1972, De Talleyrand-Périgord, Rec. CE, p. 707.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 550 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 537.

[286] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *op. cit. ;* B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit*., p. 554.

[287] CE, 29 novembre 1912, Boussuge, Rec. CE, p. 1128, S. 1914, III, 33, concl. Blum, note Hauriou, D. 1916, III, 49, concl. Blum, RDP 1913, p. 331, concl. Blum, note Jèze, GAJA.

[288] Le recours en excès de pouvoir était défini comme « *un procès fait à l'acte* [où] *l'administration, représentée par le ministre, n'est pas partie en cause* », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e éd., 1933, p. 394.

Cependant cette vision du recours en excès de pouvoir est largement remise en cause pour différentes raisons exposées par M. Gohin. Tout d'abord, la loi du 22 juillet 1889 applicable à tous les contentieux devant les conseils de préfecture et donc aussi au recours en excès de pouvoir, utilise le terme de « partie ». Ensuite, l'acception de la tierce opposition en matière de recours en excès de pouvoir, alors qu'elle ne peut être utilisée

Ainsi la tierce opposition est recevable, par exemple, en matière de référé ([289]). De même, elle est recevable pour toutes les voies de recours : première instance, appel ou cassation ([290]). Toutefois, la tierce opposition est exclue dans deux contentieux différents : le contentieux électoral et celui de l'impôt sur le revenu ([291]).

Si actuellement, la possibilité d'exercer une tierce opposition à l'encontre d'une décision de justice rendue sous l'empire d'un recours en excès de pouvoir ne fait aucun doute, il n'en a pas toujours été ainsi, il est nécessaire de rappeler l'historique en la matière. L'arrêt de principe reconnaissant cette possibilité est l'arrêt *Boussuge* ([292]). Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si la procédure de tierce opposition instaurée par l'article 37 du décret du 22 juillet 1806 s'appliquait en matière de recours en excès de pouvoir ([293]). La réponse était positive. Dans un premier arrêt *Ville de Cannes* ([294]), le Conseil d'Etat avait accepté une telle procédure en liant la tierce opposition avec le droit d'intervention ([295]). Cet arrêt avait comme intérêt notable de rejoindre la vision d'E. Laferrière qui liait tierce opposition et intervention ([296]). Cependant le Conseil d'Etat était revenu sur sa position, estimant que le

---

que dans les procès où existent des parties, prouve justement la présence de parties dans le recours en excès de pouvoir. Dans le cas contraire, la tierce opposition n'aurait pu être admise. O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 204-205.

[289] CE Sect., 18 juin 1982, SA Bureau Veritas, Rec. CE, p. 240, concl. Biancarelli.

[290] CE, 8 décembre 1971, Conseil national de l'Ordre des pharmacien, Rec. CE, p. 753.

O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 421 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 1000.

[291] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 537.

[292] CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *op. cit*., p. 96. « *Toute personne qui n'a été ni appelée ni représentée dans l'instance peut former tierce opposition à une décision du Conseil d'Etat rendue en matière contentieuse, cette voie de recours n'est ouverte, conformément à la règle générale posée par l'article 474 du Code de procédure civile, qu'à ceux qui se prévalent d'un droit, auquel la décision entreprise aurait préjudicié*. »

[293] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 150.

[294] CE, 28 avril 1882, Ville de Cannes, Rec. CE, p. 387.

[295] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 150.

L'intervention est une « *demande incidente par laquelle un tiers entre dans un procès déjà engagé, de son propre mouvement (intervention volontaire) ou à l'initiative de l'une des parties en cause (intervention forcée)* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 512.

[296] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2*, Berger-Levrault, 2e éd., 1896, p. 564. « *Il y a dans le droit commun, un lien très étroit entre la faculté d'intervenir et celle de*

recours en excès de pouvoir ne constituait pas un procès entre parties ([297]), rejoignant ainsi la vision qu'avait M. Hauriou du recours en excès de pouvoir.

Dans l'arrêt *Ville d'Avignon* du Conseil d'Etat, la tierce opposition en matière de recours en excès de pouvoir est fermée ([298]). En effet, « *les recours pour excès de pouvoir n'ont pas le caractère de litige entre les parties* » ([299]). Le commissaire du gouvernement évoquait trois arguments principaux pour affirmer cette thèse. Le décret du 22 juillet 1806 instituant la tierce opposition et sur lequel se fonde les juges administratifs pour déterminer la recevabilité de la tierce opposition, a été pris à une époque où le recours en excès de pouvoir était inconnu ([300]). Il ne pouvait donc pas envisager les problèmes issus de la confrontation entre la tierce opposition et le recours en excès de pouvoir qui est un procès fait à un acte. Le deuxième argument vient de la filiation de l'intervention et de la tierce opposition qui est notamment mise en valeur par E. Laferrière ([301]). L'intervention retient une condition d'intérêt, alors que la tierce opposition retient une condition de droit lésé. Nous obtiendrions, en raison de cette filiation, que la tierce opposition exige une condition d'intérêt, modifiant ainsi les conditions primaires de la procédure. De plus, si nous retenions une condition d'intérêt, « *il n'y aurait presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pût être remis en question par une tierce-opposition, car il n'y a presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelques tiers ne puisse se dire intéressé* » ([302]). Enfin, le troisième argument relève de l'effet *erga omnes* des annulations pour excès de pouvoir qui selon le commissaire du gouvernement, prouve la particularité même du recours en excès de pouvoir, l'opposant ainsi aux autres recours contentieux où la tierce opposition est

---

former tierce opposition. » « […] *les parties qui auraient qualité pour former tierce opposition sont recevables à intervenir, et réciproquement.* » « *La corrélation du droit d'intervention et de tierce opposition, dans les matières contentieuses ordinaires, est d'ailleurs facile à justifier, car celui qui avait le droit d'intervenir pour empêcher qu'un jugement ne fût rendu, doit avoir aussi le droit de critiquer ce jugement quand il a été rendu à son insu et à son préjudice.* »

[297] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 150.

CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, Rec. CE, p. 719, concl. Jagerschmidt, S. 1900, III, 73, note Hauriou.

[298] CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, *op. cit.*

[299] *Ibid.*, commentaire introductif, Rec. CE, p. 719

[300] H. JAGERSCHMIDT, concl. sur CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, *Rec. CE*, p. 719.

[301] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2*, *op. cit.*, p. 564.

[302] H. JAGERSCHMIDT, concl. sur CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, *op. cit.*, p. 720.

ouverte ([303]). Ainsi l'arrêt *Ville d'Avignon* mettait en valeur la vision du recours en excès de pouvoir de M. Hauriou ([304]), de même qu'il séparait la tierce opposition de l'intervention, liées depuis l'arrêt *Ville de Cannes* ([305]). Cependant le Conseil d'Etat est revenu sur sa position dans l'arrêt *Boussuge* ([306]). Accepter la tierce opposition en matière de recours en excès de pouvoir a tout simplement été une considération d'équité prise en compte par le Conseil d'Etat ([307]). Le commissaire du gouvernement retient deux solutions différentes en matière de recours en excès de pouvoir : il faut distinguer si le recours concerne un acte individuel ou un acte réglementaire. Les litiges qui concernent les actes administratifs individuels seraient assimilables à des procès entre parties et dans ce cadre, la tierce opposition serait ouverte ([308]). Cependant dans le cas des actes réglementaires, le recours en excès de pouvoir reste bien un procès fait à un acte. La tierce opposition est alors fermée ([309]). Finalement, le Conseil d'Etat ne suit pas la proposition faite par son commissaire du gouvernement, il retient que la tierce opposition est ouverte, en matière de recours en excès de pouvoir, quelque soit l'acte administratif ayant donné lieu au litige initial. Selon M. Hauriou, cet arrêt a remis en cause le caractère objectif du recours en excès de pouvoir ([310]). Malgré les

---

[303] *Ibid*., p. 720.

[304] A. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 2*, Recueil Sirey, 1929, p. 409. « *La tierce opposition n'est ouverte qu'aux parties, et les intéressés au recours en excès de pouvoir ne sont pas des parties ; d'autre part, la tierce opposition est un moyen de faire valoir des droits, et les intéressés n'ont pas à faire valoir des droits dans l'instance du recours en excès de pouvoir.* »

[305] CE, 28 avril 1882, Ville de Cannes, Rec. CE, p. 387.

A. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 2, op. cit.*, p. 409. « *Les destinées de l'intervention et celle de la tierce opposition sont désormais séparées.* »

[306] CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *op. cit*., p. 96.

[307] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 151.

[308] L. BLUM, concl. sur CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *Rec. CE*, pp. 1132-1133. « [...] *l'extension de votre jurisprudence en cette matière a fait qu'aujourd'hui un très grand nombre de recours pour excès de pouvoir sont véritablement des litiges entre parties.* » « *En dépit de la forme extérieure du recours, bien que l'acte attaqué soit un acte de puissance publique, le débat porté devant vous, dans toutes les espèces de cette nature* [où intervient un acte individuel], *est bien un litige entre des intérêts individuels*. »

[309] *Ibid*., pp. 1132-1133.

[310] A. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 2, op. cit.*, p. 413.

critiques faites, à l'heure actuelle la tierce opposition est recevable, même à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir.

Il convient maintenant d'étudier les conditions de recevabilité de la tierce opposition. Ces conditions sont au nombre de trois. La personne requérante doit être un tiers présentant un droit lésé. De plus, une condition de délai existe. En ce qui concerne la première condition : il doit s'agir d'un tiers, cette condition sera plus approfondie dans la suite de ces développements. Cependant, il suffit de retenir qu'il s'agit d'un tiers à l'instance initiale, c'est-à-dire celle contre laquelle le requérant souhaite former tierce opposition ([311]). La deuxième condition touche la notion de droit lésé ([312]). La lésion de ce droit doit être « *personnel*[le], *direct*[e] *et non éventuel*[le] » ([313]). L'appréciation de la violation d'un droit ou non se réalise en fonction du dispositif de « *la décision juridictionnelle et non au regard de ses motifs* » ([314]). La nécessité que la décision de justice préjudicie à un droit du tiers est issue de l'ancien état du droit en matière de procédure civile. En effet, le Conseil d'Etat se référait, dans ses premiers arrêts concernant la tierce opposition, à l'état du droit civil. Cette exigence est d'ailleurs reprise dans le Code de justice administrative ([315]). En ce qui concerne le domaine particulier du recours en excès de pouvoir, E. Laferrière retenait que la tierce opposition devait être ouverte « *à toute partie pouvant invoquer un droit qui se trouverait mis en échec par l'annulation de l'acte sur lequel ce droit reposait* » ([316]). Pour M. Chapus, la tierce opposition ne peut être ouverte qu'aux tiers qui aurait « *normalement dû être parties à une instance (en y intervenant ou en y étant appelés) ouvertes entre autres, -parce que leurs droits se trouvaient en cause et afin d'en pouvoir assurer la défense* » ([317]). Cependant pour

---

[311] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 421. « […] *être resté tiers à l'instance initiale, c'est-à-dire n'avoir été ni présent ni représenté à l'instance initiale*. »

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 551.

[312] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 421. « […] *se prévaloir d'un droit auquel la décision entreprise aurait préjudicié, c'est-à-dire, d'un droit lésé*. »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 999 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 552.

[313] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 537. « *La tierce opposition est refusée chaque fois que le jugement ne saurait en rien affecter la situation, les prérogatives ou privilèges de son auteur*. »

[314] *Ibid.*, p. 540.

[315] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 1262.

[316] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2, op. cit.*, p. 564.

[317] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1262.

certains auteurs, on ne parle pas de lésion d'un droit, mais simplement d'intérêt ([318]). Selon Mme Rouault, le seul élément permettant de donner intérêt, dans le sens d'intérêt à agir, au tiers opposant est bien « *une véritable violation d'un droit* » ([319]), alors que M. Chapus relève, lui, une vision « *extensive du « droit » lésé* » ([320]), au point qu'il se pose la question suivante : « *n'est-ce pas, en réalité, de la lésion d'un intérêt (pourvu qu'il soit bien établi) qu'il suffit que le tiers opposant justifie ?* » ([321]). Pour répondre à sa propre question, il relève le « *lapsus révélateur* » ([322]), réalisé pas le Conseil d'Etat en admettant la recevabilité d'une tierce opposition pour un requérant qui avait « *un intérêt direct et certain* » ([323]). Par ailleurs, cette vision de la lésion d'un intérêt correspond à la vision qu'avait le Conseil d'Etat dans son arrêt *Ville de Cannes* ([324]), mais aussi au droit civil actuel ([325]).

La dernière condition touche au délai. La tierce opposition peut être utilisée dans les deux mois suivants la notification de la décision de justice au futur tiers opposant. Cependant, si le tiers opposant n'a été ni partie, ni représenté et dans un sens plus général il n'a pas été appelé à l'instance, il parait illogique que la décision de justice lui soit notifiée. Dans le cas où le tiers opposant ne s'est pas vu notifier la décision, le délai de recours est celui de droit commun, c'est-à-dire un délai de trente ans ([326]). Ce point de vue est contredit, notamment par

---

[318] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.,* p. 539. « *La tierce opposition ne peut être dirigée que contre une décision qui préjudicie aux intérêts du tiers opposant*. »

[319] *Ibid*., p. 540.

[320] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1264.

[321] *Ibid*., p. 1265.

[322] *Ibid*., p. 1265.

[323] CE, 15 juin 1992, Société du canal de Provence, Rec. CE, p. 235, RDP 1993, p. 841, chron. Oberdorff, RFDA 1992, p. 773, chron. Terneyre.

[324] CE, 28 avril 1882, Ville de Cannes, *op. cit*., p. 99.

[325] Article 583 du nouveau Code de procédure civile : « *Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt.* » Souligné par nous.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1265.

O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 422. « *Cette réponse en faveur du tiers intéressé présente incontestablement le grand avantage de rapprocher la procédure juridictionnelle administrative du droit actuel de la procédure civil dans une situation contentieuse où ce sont des considérations de droit processuel qui doivent continuer à prévaloir.* » Pour exprimer son propos, M. Gohin se fonde sur un arrêt de la Cour de Cassation : Cass., Civ. 1ère, 29 octobre 1979, Demoiselle M. c/ A. et autres, Bull. civ. I, n° 260, p. 207.

[326] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit*., p. 422. « *Ce dispositif* [la notification de la décision de justice et le délai de deux mois pour former tierce opposition] *est, cependant, dépourvu de tout effet contraignant dès lors qu'il est fort douteux que le tiers à l'instance soit jamais informé du résultat d'une instance à laquelle, par*

M. Chapus qui estime que, sauf dispositions contraires et le cas des notifications faites aux tiers opposants, la tierce opposition est ouverte sans délai, même au-delà de trente ans ([327]).

La tierce opposition peut être double. La tierce opposition peut être formée à titre principal, dans ce cas, la juridiction compétente sera celle ayant connu la première instance. La tierce opposition peut aussi être formée à titre accessoire, c'est-à-dire que l'objet principal du litige n'est pas la tierce opposition. Deux possibilités sont alors ouvertes. Si la juridiction compétente pour l'action principale est une juridiction de rang égal ou inférieur à celle dont la décision de justice fait l'objet de la tierce opposition, la tierce opposition est considérée comme une voie de rétractation. Mais si la juridiction compétente pour le litige au principal est une juridiction de rang supérieur, alors la tierce opposition sera une voie de réformation ([328]).

Après avoir envisagé les aspects procéduraux de la tierce opposition, il faut étudier les issues possibles aux procédures pouvant être engagées. Tout d'abord, la tierce opposition peut ne pas être recevable, c'est-à-dire qu'elle était non fondée. Dans un tel cas, la solution est simple, la décision de justice initiale va être opposable au tiers opposant qui ne pourra méconnaître cette décision, ni y porter atteinte ([329]). Si la tierce opposition est recevable et fondée, c'est-à-dire que la juridiction a mal jugé et que les droits du tiers opposant ont été indûment lésés ([330]), le juge administratif devra soit rétracter sa décision antérieure, soit celle d'une autre juridiction, en tout ou partie. De plus, il effectuera une substitution de sa nouvelle décision à l'ancienne ([331]). Alors la décision initiale est déclarée nulle et non avenue ([332]). La décision de justice issue de la procédure de tierce opposition n'a d'effet qu'en ce qui concerne

---

définition, il est resté complètement extérieur. A défaut de fixation d'un délai, comme c'est le cas devant le Conseil d'Etat, la tierce opposition peut donc être formée sans délai, sauf à être renvoyée à la forclusion trentenaire de principe. »

[327] CE, 6 octobre 1961, Fédération nationale des huileries métropolitaines, Rec. CE, p. 544.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1259. « […] *elle peut être exercée à toute époque (même après trente ans), sauf si les textes relatifs à une juridiction ont institué un délai et si le tiers opposant a reçu notification du jugement.* »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 1000.

[328] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 541.

[329] *Ibid.*, pp. 541-542.

[330] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1265.

[331] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 541.

[332] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 422.

le tiers opposant ([333]). De plus, elle est soumise aux voies de recours ordinaires ouvertes contre les jugements et les arrêts ([334]).

Ainsi la tierce opposition est une procédure lourde pour le tiers opposant ([335]). D'autant plus que cette procédure est soumise à l'amende pour recours abusif ([336]). Cette amende était déjà présente dans l'ordonnance de Villers-Cotterêts ([337]). Elle constitue un obstacle supplémentaire à l'emploi de la tierce opposition, puisque les tiers opposants vont en faire une utilisation particulièrement raisonnée. La tierce opposition se différencie finalement de la tierce opposition en droit privé, notamment parce qu'elle plus « *radicale* » ([338]).

Enfin, la tierce opposition est une procédure lourde qui engendre certains problèmes. L'un des problèmes inhérent à la tierce opposition est la connaissance par le tiers opposant de la décision de justice qui est censée lui préjudicier. Cette connaissance est soit organisée par une procédure de notification, soit fortuite ([339]). Ainsi il faut que le tiers ait connaissance de la lésion de ses droits pour s'interroger sur l'engagement ou non d'une procédure de tierce opposition. La tierce opposition étant une procédure lourde constitue un obstacle contentieux dont il est nécessaire de limiter l'utilisation. Par exemple, en matière d'urbanisme, l'article R. 600-1 du Code de l'urbanisme oblige en cas de litige contentieux de notifier le recours au

---

[333] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 541.

[334] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 1000 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 542.

[335] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 423.

[336] *Ibid.*, p. 423. « *En cas de rejet au fond, la possibilité doit être envisagée d'une amende pour recours abusif qui dit assez combien la juridiction administrative est peu favorable à l'exercice de cette voie de rétractation.* » R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 1001.

[337] Cela est relevé par J. Kritter. Il cite d'ailleurs l'ordonnance avant de la commenter. « « *Les tiers opposants contre les arrêts de nos Cours souveraines, s'ils sont déboutés de leur opposition, seront condamnés envers nous à l'amende ordinaire de fol appel et la moitié moins envers la partie ». Les juges avaient d'ailleurs la faculté d'augmenter cette amende « selon la qualité et malice des parties ».* » J. KRITTER, *La tierce opposition en droit administratif, op. cit.*, p. 7.

[338] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *op. cit.* « *On constate ainsi, à l'étude de la jurisprudence, que la portée des effets d'un jugement n'a aucune incidence sur l'existence de la tierce opposition, laquelle n'a pas pour objet de modifier la force obligatoire d'un acte juridictionnel à l'égard de certaines personnes : cette voie de recours est utilisée à des fins beaucoup plus radicales qu'en droit privé : elle s'attaque au jugement lui-même.* »

[339] P. FOILLARD, *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 380. « *Etant extérieur à l'affaire, le tiers prendra généralement connaissance du jugement « par hasard ».* »

titulaire d'une autorisation d'urbanisme ([340]). Ainsi en faisant intervenir systématiquement ce type de personnes à l'instance, on limite automatiquement le nombre de tierce opposition pouvant être formées ([341]), tout simplement parce que l'on diminue en nombre la catégorie des tiers opposants. Un dernier problème peut être posé par la nécessité de présenter sa cause devant un tribunal impartial ([342]). En effet, la tierce opposition est généralement portée devant la même juridiction que celle qui a statuée sur la demande initiale. Il faut alors prendre garde à ce que les membres de la juridiction ne soient les mêmes que ceux ayant statués lors de l'instance initiale ([343]). De cette manière, l'impartialité sera respectée.

[340] « *En cas de déféré du préfet ou de recours contentieux à l'encontre d'un certificat d'urbanisme, d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir, le préfet ou l'auteur du recours est tenu, à peine d'irrecevabilité, de notifier son recours à l'auteur de la décision et au titulaire de l'autorisation. Cette notification doit également être effectuée dans les mêmes conditions en cas de demande tendant à l'annulation ou à la réformation d'une décision juridictionnelle concernant un certificat d'urbanisme, une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou un permis de construire, d'aménager ou de démolir*. […]»

[341] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1260. « *On doit enfin observer que l'obligation de notifier les recours, en matière de contentieux de l'urbanisme* […] *raréfie les cas où certains des intéressés peuvent avoir la qualité de tiers*. »

V : O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 423.

[342] Ce droit fondamental est protégé par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* […] ». En droit administratif français, le principe d'impartialité de la juridiction administrative est notamment illustré dans l'arrêt Didier : CE Ass., 3 décembre 1999, Didier, Rec. CE, p. 399, RFDA 2000, p. 584, concl. Seban, AJDA 2000, p. 126, chron. Guyomar et Collin, JCP 2000, II, 10267, note Sudre, RDP 2000, p. 349, note Guettier, GAJA.

[343] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 422. « *Par ailleurs, le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un recours en tierce opposition soit jugé par la juridiction à l'origine de la décision litigieuse : par exemple, le juge des référés qui a rendu une ordonnance, peut statuer régulièrement sur la requête en tierce opposition contre cette décision pour autant qu'il ne s'agisse pas du même membre de la juridiction administrative concernée.* »

B. Le tiers dans la tierce opposition

G. Cornu définit le tiers dans ce propos : « *dans un procès, toute personne qui n'y est ni partie, ni représentée. […] Tiers opposant : celui qui forme tierce opposition* » ([344]). M. Le Porzou donne lui, une distinction à réaliser : « *en principe, la distinction semble simple : dans un procès il est possible de découvrir, d'une part, les parties : le demandeur et le défendeur, et d'autre part, les tiers, c'est-à-dire toutes les autres personnes* » ([345]). Cependant cela est très schématique et finalement peu révélateur ([346]). En réalité, il existe de multiples situations pour lesquelles il a fallu créer une frontière entre ceux pouvant recevoir la qualité de tiers et ceux ne le pouvant pas ([347]). Pourtant, cette définition : « ni partie, ni représentée » permet d'obtenir un système, un nouveau protocole de détermination, mais cette fois-ci, applicable au tiers opposant.

Le tiers opposant n'a pas été partie à l'instance faisant l'objet de la procédure de tierce opposition. Cela ne pose pas de difficulté. Il suffit tout simplement de déterminer l'instance en cause, ainsi que les parties. Si nous retrouvons cette même unité, la tierce opposition est irrecevable. Or il est possible d'avoir une rupture de cette unité, par exemple si une des parties initiales n'est pas partie à l'instance supérieure, elle pourra alors obtenir la qualification de tiers opposant ([348]). Cependant le terme de « partie » peut paraître restrictif, nous pouvons préférer l'expression de personne « *entendue* » ([349]). En réalité, le terme fait allusion à

---

[344] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 921.

[345] J.-Y. LE PORZOU, *La tierce opposition en contentieux administratif*, Thèse, Rennes, 1972, p. 22.

[346] *Ibid*., p. 22. « *Mais ce qui est déjà une schématisation hâtive en Droit Privé l'est encore plus en Droit Public où l'on ne retrouve pas l'égalité entre les parties, en raison des prérogatives de puissance publique, mais aussi où la notion d'administré l'emporte sur celle de parties et de tiers*. »

[347] *Ibid.*, p. 22. « *De plus, entre ces deux positions extrêmes, se situe toute une série de cas intermédiaires et la question est alors de savoir où se trouve la censure, à partir de quel stade une personne a qualité pour former tierce opposition*. »

[348] CE, 20 novembre 1931, Franc, Rec. CE, p. 1017.

J.-Y. LE PORZOU, *La tierce opposition en contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 24. « *Néanmoins, pour se voir fermer la voie de la tierce opposition, il faut avoir été partie dans l'instance qui s'est terminée par le jugement attaqué. Le fait d'avoir été partie en première instance, mais non devant une juridiction supérieure, n'empêche pas d'attaquer le jugement de la juridiction supérieure par la voie de la tierce opposition.* »

[349] J.-Y. LE PORZOU, *La tierce opposition en contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 25. « *Pour déclarer une tierce opposition irrecevable, le Conseil d'Etat constate souvent qu'une personne a été « entendue »*. »

l'intervention, qu'elle soit normale, c'est-à-dire à l'initiative de son auteur, ou forcée, c'est-à-dire à l'initiative des parties au procès ([350]).

La seconde possibilité est que le tiers n'a pas été représenté à l'instance ([351]). Alors comment déterminer les personnes représentées et celles qui ne le sont pas ? M. Le Porzou donne une nouvelle démarche à effectuer : séparer ceux qui sont « *dans le sillage des parties* » de ceux qui sont « *étrangers à l'instance* » ([352]). En réalité, pour fermer la voie de tierce opposition, il faut que la représentation ne soit pas régulière, le tiers opposant ne doit pas avoir été régulièrement représenté à l'instance ([353]). Ainsi, il n'y a aucune difficulté s'il s'agit d'une représentation juridique, même réalisée par mandat tacite ([354]). Dans un tel cas, le tiers a été régulièrement représenté et ne peut plus former de tierce opposition. Les difficultés proviennent des représentations de fait qui normalement suppriment au tiers la possibilité de former tierce opposition. Dans les cas de représentation de fait, il est nécessaire d'apprécier si les intérêts défendus concordent. Si la réponse est positive, alors la voie de la tierce opposition est fermée, dans le cas contraire, elle reste ouverte ([355]).

Ici, revient l'idée de donner son point de vue, d'être en mesure de le faire valoir devant le juge administratif. Cependant cela ne se fait pas forcément au profit du juge administratif pour qu'il puisse avoir une meilleure vision des pièces du dossier, mais cela se fait uniquement dans l'intérêt des tiers. Il est donc particulièrement opportun de reprendre les propos tenus par M. Le Porzou : « *ainsi, le fait qu'une personne ait matériellement fait valoir son droit de vue importe peu, puisque dans ce cas, elle a été mis à même de le faire valoir et, si elle ne l'a pas fait, c'est en connaissance de cause. Donc il faut voir dans la tierce opposition un moyen de protéger les tiers contre le jugement, beaucoup plus qu'un moyen*

---

[350] *Ibid*., p. 25. « *Le plus souvent, sous ce vocable* [« entendue »], *se cache une personne qui, intervenue d'elle-même ou appelée, a fait valoir, devant le juge, son point de vue, c'est-à-dire une intervention*. »

[351] *Ibid.*, p. 39. « *Il va s'agir en effet de personnes qui sont censées avoir été représentées dans l'instance, soit par le demandeur, soit par le défendeur*. » « *La règle est qu'elles ne seront pas admises à former tierce opposition, bien que n'ayant pas pu faire entendre personnellement leur point de vue*. » Souligné par nous.

[352] *Ibid.*, pp. 39-40. « *Comment le juge administratif délimite-t-il la catégorie des personnes représentées ? Il importe en effet de séparer le cas des personnes qui se situent dans le sillage des parties, de celui des véritables tiers, étrangers à l'instance*. »

[353] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1260.

[354] *Ibid.*, p. 1260.

[355] *Ibid.*, p. 1260.

d'éclairer le juge puisque le fait que les différents points de vue soient ou non présentés devant le tribunal importe peu » ([356]).

Maintenant, il convient d'étudier ce tiers. « *La seule qualité de tiers ne donne pas intérêt à former tierce opposition* », mais il est nécessaire que la personne en cause ait eu vocation à intervenir à l'instance ([357]). Ainsi tous les tiers n'ont pas vocation à devenir tiers opposant. Le tiers dans la tierce opposition est un tiers particulier. En effet, le juge administratif a, encore aujourd'hui, le souci de faire obstacle aux actions populaires enfin de préserver son prétoire d'un afflux trop important de requêtes qui préjudiciait à la bonne administration de la justice. M. Gohin envisage ainsi de réserver la tierce opposition aux « *tiers privilégié* » ([358]). Selon Mme Rouault, le tiers dans la procédure de tierce opposition est un « *véritable « tiers »* ». Cependant il faut entendre « *véritable tiers* » comme la personne qui est étrangère au procès ayant donné naissance à la décision de justice faisant l'objet de la tierce opposition ([359]). Ce « véritable tiers » est en réalité une expression illustratrice prouvant que la voie de la tierce opposition est fermée à toutes les personnes étant intervenues dans un procès considéré, y compris les parties ([360]). Ce « véritable tiers » est inclus dans la catégorie très large des tiers, mais n'en constitue qu'une infime partie. Son utilisation du terme « véritable tiers » est critiquable, car elle engendre une imprécision dans ses propres propos. Ainsi le terme de « tiers privilégié » est beaucoup plus pertinent.

Le tiers opposant n'est ni partie, ni représenté à l'instance. Nous savons aussi que, dans le contentieux particulier de l'excès de pouvoir, le tiers « privilégié » sera souvent un

---

[356] J.-Y. LE PORZOU, *La tierce opposition en contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 28.

[357] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, *op. cit.*, p. 998 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 537.

[358] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 4e éd., 2005, pp. 374-375. « *Encore doit-il s'agir d'un tiers privilégié, sauf à exposer toute décision à la contestation systématique de tout justiciable potentiel. Or, la reconnaissance d'une telle action populaire, en matière de juridiction administrative notamment, ne pourrait que conduire à la mise en cause permanente de l'autorité de chose jugée et, par conséquent, à la déstabilisation durable de la fonction de régulation sociale qui incombe nécessairement au juge*. »

[359] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 538. « *Seul un véritable « tiers » peut former tierce opposition, c'est-à-dire une personne qui n'a été ni partie, ni mise en cause, ni représentée, ni intervenante à l'instance.* »

[360] *Ibid*., p. 538.

tiers « *intéressé* » par la décision administrative ayant donné lieu à l'instance initiale ([361]). D'ailleurs, M. Gohin donne un exemple particulièrement illustrateur et souvent donné par la doctrine, « […] *une mère nourricière aura été ainsi recevable à former tierce opposition d'un jugement d'annulation de la décision administrative de placement d'un enfant auprès d'elle, ce jugement étant considéré, en l'espèce, comme préjudiciant à ses droits alors qu'elle n'avait fait qu'entamer la procédure d'adoption de l'enfant* » ([362]). Ainsi, la notion de « tiers intéressé » illustre la deuxième condition de la tierce opposition : l'exigence d'un droit lésé devenant finalement l'exigence d'un « *intérêt direct et certain* » ([363]). En réalité, les deux conditions de la tierce opposition : présence d'un tiers ayant l'un de ses droits lésés, sont intimement liées, allant jusqu'à s'influencer l'une l'autre.

Un autre élément est particulièrement intéressant dans la procédure de tierce opposition. Il s'agit de la place, du statut que prend le tiers opposant. En effet, le tiers opposant était tiers, étranger à l'instance initiale. Par la procédure de tierce opposition, le tiers opposant devient une partie au procès et change ainsi de statut ([364]). Dans le sens inverse, M. Chapus relève d'ailleurs deux exemples contraires en droit civil et en droit administratif ([365]). Un plaideur, partie à l'instance de premier ressort, mais qui est resté étranger à l'instance d'appel, va obtenir la qualité de tiers en ce qui concerne cette instance d'appel ([366]). Ainsi une difficulté apparaît ici, elle est déjà apparue dans cette thèse d'ailleurs.

---

[361] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 5e éd., *op. cit.*, p. 421. « *Mais, ce tiers privilégié ne peut-il pas être regardé tout simplement comme le tiers intéressé par la décision administrative initiale, à l'origine du contentieux administratif ? La réponse est certainement positive, en tout cas dans le contentieux de l'excès de pouvoir, puisque cette solution en faveur de l'intérêt lésé, maintes fois proposée en doctrine, a déjà pu être retenue par le Conseil d'Etat*. »

[362] CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, Rec. CE, p. 565, D. 1966, p. 105, concl. Rigaud, RDP 1966, p. 151, note Waline.

O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 421-422

[363] CE, 15 juin 1992, Société du canal de Provence, Rec. CE, p. 235, RDP 1993, p. 841, chron. Oberdorff, RFDA 1992, p. 773, chron. Terneyre.

[364] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 4e éd., *op. cit.*, p. 377. « […] *le tiers opposant, resté tiers par rapport à l'instance qui a conduit à la décision initiale préjudiciant à ses droits, est devenu partie à la nouvelle instance introduite par son recours en tierce opposition contre cette décision initiale*. »

[365] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1262.

[366] Cass., Civ. 2e, 21 mars 1979, Epoux Poulizac c/ Epoux Korvin Zmijowski, D. 1980, Informations Rapides, p. 51, 2e espèce, obs. Julien, RTDC 1980, p. 427, obs. Perrot.

CE, 10 janvier 1996, Commune de Vernon, Rec. CE, p. 1134, LPA septembre 1996, n° 114, note Pacteau.

Cette difficulté est le référentiel à prendre en compte. En effet, dans une instance A : l'instance initiale, le tiers opposant est un tiers, c'est-à-dire ni une partie, ni une personne représentée à l'instance, c'est d'ailleurs de ce fait qu'il tire sa qualité. Mais dans l'instance B : l'instance de tierce opposition, il est partie. Le référentiel pris en compte devra ainsi être toujours bien spécifié, puisqu'une personne peut être qualifiée de tiers puis de partie dans deux instances différentes mais liées entre elles par le biais de la tierce opposition.

Enfin, il est possible de diviser la catégorie des tiers opposants en deux sous catégories : les tiers opposants car ils auraient dû être appelés à l'instance, et les tiers. La première catégorie résulte en réalité de vices de procédure, de négligences commises par le juge administratif. En ce qui concerne la seconde sous catégorie, elle est plus délicate à définir. Il faut déjà définir le type de recours contentieux à prendre en compte : il s'agit du recours en excès de pouvoir. Mais il faut alors « *déterminer une catégorie limitée de tiers opposants en puissance* », ce qui complique fondamentalement le travail. A. Heurté estimait d'ailleurs que les « *tiers véritables* » ne pouvaient pas faire parti de cette catégorie, la voie de la tierce opposition leur étant fermée. Encore faut-il s'entendre sur le terme de « *tiers véritable* » ([367]). Encore une fois, nous sommes devant la principale difficulté : l'ambiguïté des termes utilisés par les auteurs.

[367] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *op. cit.*

II. La réalité de la tierce opposition : l'absence de qualification automatique de tiers

La procédure de tierce opposition est une procédure contentieuse particulière et lourde. Elle fait intervenir un tiers. Cependant ce tiers a une qualité particulière, c'est un tiers opposant. Dans cette thèse, où nous recherchons la notion de tiers, il est intéressant de savoir si le tiers (tiers opposant) qui intervient dans la procédure de tierce opposition, peut être un élément de la notion de tiers aidant ainsi à élaborer une définition cohérente. Toutefois, le tiers opposant n'est pas un tiers, pas seulement. Cette partie va ainsi démontrer l'intérêt qui est le notre de l'exclure de la notion de tiers proposée.

A. Comment devient-on tiers opposant ?

Pour la tierce opposition, les choses sont simples dans un certain sens. En effet, nous devons prendre en compte deux catégories différentes de tiers opposants : ceux qui auraient dû être entendus à l'instance et les tiers. Or leur qualité de tiers opposant est obtenue de manière différente, cela impliquant certaines conséquences.

Considérons les personnes qui auraient dues être entendues à l'instance. Pourquoi peuvent-elles recevoir la qualité de tiers opposant ? Nous sommes en présence du cas le plus simple. Selon A. Heurté, « *la tierce opposition vient alors sanctionner soit une négligence du juge, soit un vice de procédure résultant de ce que le tribunal n'a pas été informé de l'existence de personnes qui auraient dû être présentes à l'instance et qu'il n'a pas le pouvoir parfois de mettre spontanément en cause* ». D'ailleurs cet auteur donne plusieurs exemples de ces négligences ou vices de procédure ([368]). Un autre exemple peut être donné, il est particulièrement illustrateur des négligences ou des vices de procédures pouvant être commis. Il s'agit de l'arrêt *Ville de Bastia* ([369]). M. Chapus commente cette espèce : « *le Tribunal administratif a condamné, solidairement avec un entrepreneur, des architectes au profit de la*

[368] *Ibid.* « *Ainsi, l'expert désigné par le Conseil d'Etat n'est pas partie au litige, mais il est recevable à se pourvoir par la voie de la tierce opposition contre une décision du juge réduisant d'office ses honoraires (CE, 27 juin 1902, de Clerq et Bourgeois, D. 1903, III, 71). Il en est de même pour les médecins et pharmaciens dont les mémoires ont été réduits par la commission de surveillance et de contrôle des soins gratuits aux mutilés (*[…] *CE, 9 décembre 1931, Cellier et autres, Rec. CE, p. 1094* […]*), ou encore pour l'industriel qui, ayant obtenu l'autorisation d'ouvrir un établissement classé, apprend que l'arrêté préfectoral a été annulé sans qu'il ait été invité à produire ses moyens de défense (CE, 24 mai 1933, Société acétylène dissous du Sud-Est, Rec. CE, p. 556).* »

[369] CE, 2 avril 1993, Ville de Bastia, Rec. CE, p. 94, RFDA 1993, p. 615, chron. Terneyre.

ville de Bastia. Après quoi, les architectes n'ont pas été appelés (comme ils auraient dû l'être) à l'instance engagée devant le Conseil d'Etat et au terme de laquelle il a mis les indemnités dues à la ville à la charge exclusive des architectes. Il a été ainsi fait préjudice à leurs droits » ([370]). Ainsi des débiteurs engagés solidairement n'ont pas été entendus dans une instance supérieure. De même, dans l'arrêt *Bureau Veritas* ([371]), qui reconnaît la possibilité de former tierce opposition en matière de procédure d'urgence, le commissaire du gouvernement reconnaît lui-même le vice de procédure ayant exclu le bureau Veritas de la procédure initiale, objet de la tierce opposition formée ([372]).

M. Dubouchet synthétise, par une phrase simple, tout une partie des tiers opposants de la première catégorie, ceux qui n'ont pas pu être entendus pas le juge administratif. Selon cet auteur, il s'agit : « *des personnes qui sont directement touchées par l'acte à la décision d'annulation duquel elles font tierce opposition* » ([373]). Pour formuler cette phrase, il s'appuie sur l'article d'A. Heurté. En effet, A. Heurté y donnait plusieurs exemples d'espèces contentieuses. Il s'agissait de recours en excès de pouvoir où le bénéficiaire des actes administratifs positifs, c'est-à-dire accordant des droits, comme une nomination, formait tierce opposition puisqu'il n'avait pas été entendu dans l'instance contestant l'acte dont il était le bénéficiaire ([374]).

Quelles sont alors les conséquences issues de la confrontation de ces différents tiers opposants avec la notion de tiers ? Le tiers est une personne étrangère à un groupe ou une situation juridique. Le tiers opposant est lui, un étranger à une instance contentieuse. Pouvons-nous y voir un point commun ? La réponse est négative, car dans les espèces précitées, si le tiers opposant est étranger à une instance juridictionnelle, il n'est pas pour

[370] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1264.

[371] CE Sect., 18 juin 1982, SA Bureau Veritas, Rec. CE, p. 240, concl. Biancarelli.

[372] J. BIANCARELLI, concl. sur CE Sect., 18 juin 1982, SA Bureau Veritas, *Rec. CE*, p. 244. « […] *uniquement dû en l'espèce à une irrégularité de procédure commise par les premiers juges*. »

[373] P. DUBOUCHET, La tierce opposition en droit administratif, contribution à une théorie normative de l'institution, *RDP* 1990, p. 730.

[374] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *op. cit.* « *Cette voie de recours est ouverte au bénéficiaire d'une réquisition qui a été annulée (CE, 28 avril 1948, Bollack, Rec. CE, p. 181, CE, 1er avril 1949, Poncet, Rec. CE, p. 166* […]*), au lauréat d'un concours frappé de nullité par le juge (CE, 2 février 1941, Sandot, Rec. CE, p. 19* […]*), à l'agent public dont la nomination a été annulée (CE, 16 juin 1943, Granoux, Rec. CE, p. 154), dès lors que ces personnes n'ont pas été entendues*. »

autant étranger à la situation juridique concernée ayant donné lieu au litige. Il suffit de reprendre l'exemple topique de l'arrêt *Ville de Bastia* ([375]). Ainsi cette catégorie de tiers opposant ne devrait pas faire partie intégrante de la future notion de tiers.

En ce qui concerne la seconde catégorie, celle des tiers, elle est plus délicate à définir. Il faut déjà définir le type de recours contentieux à prendre en compte : il s'agit du recours en excès de pouvoir. Mais il faut alors « *déterminer une catégorie limitée de tiers opposants en puissance* » ([376]) ; il va ainsi falloir réaliser un tri parmi les tiers. Quels sont les critères de détermination ? La tierce opposition, en ce qui concerne le tiers, doit rester relativement limitée. Le commissaire du gouvernement Rigaud alertait d'ailleurs sur le risque d'une trop grande ouverture de la procédure de tierce opposition, car cela nuirait à la stabilité et à la sécurité juridiques ([377]). Quelle est alors la solution ? Il faut renforcer les conditions de recevabilité de la tierce opposition, notamment en adoptant la solution d'E. Laferrière, c'est-à-dire ne considérer comme recevable que la lésion d'un droit et non celle d'un simple intérêt comme en ce qui concerne l'intervention ([378]). Dans le cas contraire, nous nous retrouverions avec une liste illimitée de tiers opposant, nous obtiendrions quasiment : un administré égal un tiers opposant en puissance, donc tous les administrés pourraient avoir vocation à obtenir la qualification de tiers opposant ([379]). G. Jèze met en évidence, dans sa note sur l'arrêt

---

[375] CE, 2 avril 1993, Ville de Bastia, *op. cit*.

[376] A. HEURTHE, La tierce opposition en droit administratif, *op. cit*.

[377] J. RIGAUD, concl. sur CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, *D*. 1966, p. 107. « *Une large ouverture du prétoire, par le moyen de la tierce opposition, dans le contentieux de la légalité, ruinerait à coup sûr la stabilité des situations juridiques.* »

[378] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *t. 2*, *op. cit.*, p. 566. « *Mais, si l'on doit renoncer ici à l'idée d'une corrélation absolue entre l'intervention et la tierce opposition, il n'en faut pas conclure que la tierce opposition n'est jamais recevable contre un arrêt prononçant l'annulation d'un acte administratif ; nous pensons au contraire que cette voie de recours est ouverte à ceux qui satisfont aux conditions requises par le droit commun, c'est-à-dire qui justifient que l'arrêt d'annulation « préjudicie à leurs droits ».* »

[379] *Ibid*, p. 565. « *Or nous avons vu qu'en matière de recours pour excès de pouvoir, l'intervention est permise à ceux qui justifient d'un simple intérêt, sans qu'ils aient besoin de se prévaloir d'un droit lésé ou menacé. L'extension ainsi donnée au droit d'intervention en matière d'excès de pouvoir ne s'aurait s'appliquer à la tierce opposition, et modifier les conditions légales de ce recours exceptionnel. S'il en était autrement, il n'y aurait presque pas d'arrêts prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pût être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a presque pas d'actes administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé.* »

Boussuge, ce problème du nombre potentiel de tiers opposants ([380]). En effet, la notion de « détenir un droit » peut, selon l'interprétation qui en est faite, conduire à ce propos : tous ceux qui ont le même droit peuvent contester par la tierce opposition le jugement annulant un acte administratif y afférant. Nous nous retrouverions dans une situation où potentiellement tout administré peut être ou est en puissance, un tiers opposant. Cela est forcément critiquable puisque la tierce opposition est censée être une procédure exceptionnelle, puisque portant atteinte à l'autorité absolue de chose jugée.

M. Chapus a une vision nuancée en la matière. Il relève que le tiers opposant est un tiers particulier qui se voit obtenir cette qualité en raison de la lésion de l'un de ses droits, il va ainsi pouvoir utiliser la tierce opposition pour protéger ses droits ([381]). Cependant il fournit un exemple où cette notion de droit lésé est interprétée de manière très extensive pour obtenir plus une « vocation à » qu'un droit. Il ne faut pas nier que la condition du droit lésé détermine la qualification d'un tiers en tiers opposant. Nous proposons de traiter cette espèce. M. Chapus relate les faits de cet arrêt en ces termes : « *sur recours de la mère d'un enfant abandonné, et qui veut le reprendre, le tribunal administratif annule la décision ayant prononcé l'immatriculation de l'enfant comme pupille de l'Etat. La personne à qui il avait été confié (la « mère nourricière ») fait tierce opposition à ce jugement qui lui ôte toute possibilité de garder l'enfant et de réaliser le projet d'adoption qu'elle avait formé* » ([382]). Le commissaire du gouvernement Rigaud a rendu des conclusions particulièrement intéressantes sur cet arrêt ([383]). Il commence par expliquer pourquoi la requérante n'a été ni partie, ni représentée à l'instance initiale, pourquoi elle n'a pas été entendue : « *l'assistance publique qui s'incline devant ce jugement, avait soigneusement tenu à l'écart de la procédure la dame B., gardienne de l'enfant depuis déjà deux ans. Mais le 9 août 1962 elle lui notifie une copie du jugement, avec ordre de restituer l'enfant dans les quarante-huit heures* » ([384]). Le problème est que la requérante ne présentait pas de droit lésé, donc logiquement elle ne pouvait pas former tierce opposition. Toutefois, le commissaire du gouvernement ne s'arrête

[380] G. JEZE, note sur CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *RDP* 1913, p. 343.

[381] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1262. « *Du fait de cette exigence, on peut dire que la voie de la tierce opposition est réservée aux tiers qui auraient normalement dû être parties à une instance (en y intervenant ou en y étant appelés) ouverte entre d'autres, - parce que leurs droits se trouvaient en cause et afin d'en pouvoir assurer la défense.* »

[382] *Ibid*., p. 1264.

[383] J. RIGAUD, concl. sur CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, *op. cit.*, p. 105.

[384] *Ibid*., p. 105.

pas à ce constat et cherche à savoir si un intérêt serait suffisant tout en limitant l'accès à son prétoire ([385]). Deux solutions sont envisagées : soit nous prenons en compte les « vocations à », soit nous avons une vision large des droits lésés ([386]). La solution finalement retenue par le commissaire du gouvernement est la première : il faut prendre en compte les « vocation à » ([387]). Ainsi le commissaire du gouvernement conclu sur la recevabilité de la tierce opposition formée ([388]), mais aussi à l'annulation du jugement

[385] *Ibid*., p. 107. « *Une large ouverture du prétoire, par le moyen de la tierce opposition, dans le contentieux de la légalité, ruinerait à coup sûr la stabilité des situations juridiques. Il n'est pas admissible que quiconque a un simple intérêt à voir tomber un jugement rendu en son absence mais qui a en principe une autorité absolue à l'égard de tous, puisse combattre en tiers opposant. Aussi le juge et le législateur ont-ils exigé qu'on se prévale d'un droit lésé par le jugement entrepris*. »

[386] *Ibid*., p. 108. « *Ainsi, bien souvent, le droit lésé s'apparente-t-il en matière de tierce opposition dans le recours pour excès de pouvoir, à une vocation légale, fondée sur un texte général et reconnue dans un cas particulier, soit par une décision de l'Administration, soit en raison d'une situation de fait. En outre, cette vocation légale ne résulte pas nécessairement de l'acte annulé par le jugement frappé de tierce opposition* [CE Sect., 8 juillet 1955, Ville de Vichy, Rec. CE, p. 396, D. 1956, somm. 64], *mais elle est froissée, contredite par l'annulation de cet acte*. » En ce qui concerne l'espèce, la requérante aurait alors une « vocation à » : « *car il est bien vrai que l'annulation de l'immatriculation ruine absolument la vocation légale de la requérante à devenir la mère adoptive de l'enfant* ».

« *Que si, toutefois, il vous semble Messieurs, qu'en l'état actuel de votre jurisprudence, la dame B. ne justifie pas d'un véritable droit, nous n'hésitons pas alors à vous demander d'étendre un peu le sens que vous donnez à ce terme dans le domaine de la tierce opposition.* » « *Notre mémoire s'attache encore aux conclusions de Léon Blum, qui voyait que, dans un litige relatif à un acte individuel, la tierce opposition recouvre en fait un véritable conflit d'intérêts, dans lequel il importe de ne pas laisser désarmé l'un des antagonistes* », p. 108.

[387] *Ibid*., p. 108. « *Mais il existe des situations qui ne sont pas seulement concernées en puissance ou virtuellement par un jugement rendu sur recours pour excès de pouvoir. Il est des cas où une vocation légale s'est trouvée concrétisée, reconnue ou consacrée, soit par une situation de fait, soit par une décision ou une attitude de l'administration dans des conditions telles qu'un jugement rendu en dehors de la présence de l'intéressé contrarie directement cette vocation. En d'autres termes, l'effet absolu d'une annulation contentieuse peut atteindre non seulement la nébuleuse des intérêts en puissance, mais un intérêt actuel et reconnu, plus ou moins près de devenir un droit.* »

[388] *Ibid*., p. 108. « *Nous pensons en définitive qu'un intérêt légalement fondé et déjà reconnu directement ou indirectement, par une décision de l'Administration, rend recevable la tierce opposition contre un jugement, dès lors que l'effet de ce jugement est de ruiner absolument la vocation légale du tiers opposant.* » « *Nous pensons que la situation de la gardienne connaît une sorte de cristallisation juridique, que son intérêt, de potentiel, devient actuel, qu'elle acquiert une vocation légale fondée et administrativement consacrée à être autre chose qu'une gardienne précaire et qu'elle peut faire valoir contre un jugement annulant l'immatriculation, qui ruine*

initial ([389]). Le Conseil d'Etat suit les conclusions de son commissaire du gouvernement ([390]). M. Chapus met en valeur l'absence de droit lésé dans cette espèce ([391]). D'ailleurs, il donne des exemples de ce que pourrait être des « vocations à » ([392]). Nous nous retrouvons alors avec une notion de droits lésés qui sera propre à la procédure de tierce opposition en droit administratif. Finalement, dans cette espèce, sommes-nous en présence d'un tiers ? En réalité, la réponse est négative, puisque la requérante aurait dû être appelée à l'instance. Nous nous retrouvons, de nouveau, dans la première catégorie de tiers opposant.

Un dernier exemple doit être donné, il s'agit de l'arrêt *Ville de Vichy* ([393]). Reprenons le commentaire de M. Dubouchet sur cet arrêt : « *il faut reconnaître que l'admission de la tierce opposition à une décision annulant un acte règlementaire est relativement rare. En tout cas, la réussite au fond de la tierce opposition à une telle décision est rarissime. La seule décision allant dans ce sens est l'arrêt Ville de Vichy du 8 juillet 1955 dans lequel le Conseil d'Etat admet la tierce opposition formée par une commune à un arrêt annulant deux arrêtés préfectoraux approuvant deux délibérations de son conseil municipal concernant la « réorganisation des services d'assistance de la commune »* » ([394]). Ainsi la satisfaction au fond d'une procédure de tierce opposition à l'encontre d'un acte réglementaire est exceptionnelle. Par ailleurs, cet arrêt biaise le résultat obtenu. En l'espèce, la commune n'était pas un tiers, mais l'auteur des délibérations initiales. Ainsi nous nous retrouvons dans le cas cité précédemment les tiers opposants sont des personnes n'ayant pas été entendues par le

---

sa vocation d'adoptante, un véritable droit lésé, au sens de la tierce opposition », pp. 108-109. Souligné par nous.

[389] *Ibid*., p. 112.

[390] CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, Rec. CE, p. 565, D. 1966, p. 105, concl. Rigaud, RDP 1966, p. 151, note Waline.

[391] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1264. « *On ne peut pas considérer que ce jugement porte atteinte à un droit lui appartenant : il n'existe aucun lien de droit entre elle et l'enfant et, aux termes du contrat qui la lie à l'administration, celle-ci peut lui en retirer la garde à tout moment.* » « *Malgré la précarité de la situation de la mère nourricière, le Conseil d'Etat juge que l'annulation qui a été prononcée doit être regardée comme préjudiciant à ses droits.* »

[392] *Ibid*., p. 1264. « *En réalité, la requérante avait seulement une « vocation » à l'adoption, dont la procédure avait été entamée, de l'enfant (comparable à ce que peut être la vocation des agents publics stagiaires à être titularisés comme fonctionnaires).* »

[393] CE Sect., 8 juillet 1955, Ville de Vichy, Rec. CE, p. 396, D. 1956, somm. 64.

[394] P. DUBOUCHET, La tierce opposition en droit administratif, contribution à une théorie normative de l'institution, *op. cit.*, p. 743.

juge administratif alors qu'elles étaient directement touchées par l'acte initial, en l'espèce, la requérante en était l'auteur.

B. Tiers opposant et notion de tiers : l'exclusion finale

Le but de cette section est de savoir s'il est possible d'intégrer la notion de tiers opposant dans la future notion de tiers. Le premier problème est que cette notion de tiers n'est, pour le moment, pas définie pleinement. Nous sommes seulement en possession d'un postulat de base : le tiers est une personne extérieure ou étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Le second problème rencontré vient lui de la notion de tiers opposant. En effet, nous avons conçu le tiers opposant comme un terme reflétant deux réalités différentes : une première réalité qui est celle des personnes n'ayant pas pu être entendues par le juge administratif et une seconde réalité qui est celle des tiers. Or le doute s'installe. Nous sommes de plus en plus sceptiques sur cette distinction concernant le tiers opposant. Pour chaque espèce étudiée précédemment, nous n'avons pas trouvé de « tiers véritable » compris comme une personne étrangère à une situation juridique. Bien au contraire, les tiers opposants avaient tous un lien, plus ou moins fort, avec la situation juridique concernée, ce lien leur permettant, d'ailleurs, d'obtenir la qualification de tiers opposant. Le problème vient peut être de la première catégorie. L'expression « être entendue » exprime un concept particulièrement élastique et englobant, amenant alors à des confusions. Ainsi nous proposons de redéfinir le tiers opposant. Le tiers opposant n'est ni partie, ni représenté à l'instance, de plus il s'agit de tous les tiers n'ayant pas été entendus à l'instance alors que cela aurait dû être le cas. Le tiers opposant est toute personne qui n'a pas pu être entendue à l'instance.

Quelle conclusion faut-il tirer de la confrontation réalisée entre la notion de tiers opposant et de la notion de tiers proposée ? Le tiers opposant est une personne qui n'a pas pu être entendue à l'instance initiale contre laquelle tierce opposition est formée. Ainsi le tiers opposant est resté étranger à l'instance initiale. Or le tiers est une personne étrangère à une situation juridique. Nous pouvons considérer que l'instance initiale constitue une situation juridique à part entière. Dans ce cas, il est possible d'inclure les tiers opposants dans la notion de tiers. Cependant ce n'est pas la solution que nous proposons de retenir. En effet, si nous considérons qu'une instance est égale à une situation juridique indépendante de la situation donnant naissance au contentieux, nous obtiendrions un état du droit bien trop schématique et ne reflétant pas la réalité des choses. La situation juridique initiale qui donne naissance au contentieux initial est appelée situation juridique A, l'instance de tierce opposition est appelée

situation juridique B, or les situations juridiques A et B seraient indépendantes et autonomes l'une par rapport à l'autre. L'instance de tierce opposition (situation juridique B) est forcément reliée à la situation juridique ayant donné naissance au contentieux et donc à l'instance initiale (situation juridique A). La situation juridique B intègre forcément l'instance initiale et donc la situation juridique A. Ainsi le tiers opposant, s'il était tiers par rapport à l'instance initiale A, se retrouve acteur dans la situation juridique B. Or comme A et B sont liées, il ne peut être étranger à la situation juridique A. Tiers opposant et tiers ne font plus partis de la même unité : l'un des deux n'est plus étranger à une situation juridique. Or s'il n'est plus étranger, c'est tout simplement parce qu'il n'aurait pas dû être étranger à l'instance initiale A. Un tiers opposant n'est pas automatiquement un tiers.

Nous proposons ainsi d'exclure la notion de tiers opposant de la future notion de tiers. Cette exclusion, si elle est nécessaire pour construire la notion de tiers, n'est pas préjudiciable à la notion de tiers opposant puisque celle-ci bénéficie d'une définition précise. Par cette exclusion, il s'agit seulement d'exclure la qualification de tiers opposant de la notion de tiers. En effet, quand la définition du tiers sera complète, quand les critères de détermination auront été donnés, nous pourrons prendre en compte une procédure de tierce opposition et rechercher, à ce moment-là, si le tiers opposant en question peut répondre ou non aux critères de détermination du tiers proposés et donc obtenir la qualification de tiers en plus de celle de tiers opposant. Il faut donc relever que par principe, le tiers opposant n'est pas un vrai tiers ([395]). Mais après étude contentieuse et confrontation avec les critères du tiers, il pourrait obtenir une telle qualification. Nous retenons donc un avis fait de nuances, puisqu'il sera peut être possible par la suite de trouver des tiers parmi les tiers opposants. Nous nous rapprocherions alors des propos de M. Dubouchet qui expliquaient que si tous les tiers ne sont pas tiers opposant, les tiers opposant représentent tous les tiers ([396]).

---

[395] J. BENTZ, Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 12, p. 7. « *La tierce opposition en droit administratif est ouverte beaucoup plus aux véritables intéressés qu'aux tiers eux-mêmes ; ceci résulte du jeu du contentieux administratif de l'annulation*. »

[396] P. DUBOUCHET, La tierce opposition en droit administratif, contribution à une théorie normative de l'institution, *op. cit.*, p. 764. « […] *vous ne pouvez pas expliquer la tierce opposition par le prétendu rôle ou la prétendue importance des tiers puisque la totalité, l'immense majorité de ces derniers n'a pas accès à la tierce opposition qui, à la suite de chaque décision rendue, n'est ouverte qu'à ceux qui peuvent justifier d'un intérêt lésé, et qui appartiennent à une catégorie de tiers définie de façon précise, de façon restrictive*. » « *Nous pensons en effet que le tiers opposant est ce « légitime contradicteur » qui représente l'ensemble des*

tiers, parce qu'ayant le plus proche intérêt, il parle au nom de tous les autres, au nom de la Société elle-même et, comme l'avait fort bien remarqué Georges Scelle, joue aussi le rôle d'une sorte de Ministère Public », p. 765.

Section 2 : Le tiers dans la responsabilité administrative

Dans le chapitre précédent, apparaît, en plus de la notion de tiers opposant, la notion de tiers dans le domaine particulier de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics. Ainsi un tiers, une notion de tiers est présente dans le domaine de la responsabilité administrative. L'étude de ce tiers est maintenant souhaitée.

Le tiers existe dans la responsabilité du fait des dommages de travaux publics, c'est une chose. Il convient donc de confronter ce tiers à la notion de tiers proposée et plus particulièrement à son postulat fondateur, afin de savoir si cette notion de tiers particulier peut compléter la notion de tiers et donc aider à sa définition. Cependant l'étude serait incomplète si nous nous contentions de n'étudier que ce tiers précis. En effet, ne pouvons-nous pas retrouver ce même tiers dans d'autres domaines de la responsabilité administrative ? Les actions contentieuses ouvertes aux tiers par rapport aux travaux publics seront-elles les mêmes que celles engagées par le tiers dans la responsabilité administrative en général ? Le tiers par rapport aux travaux publics est-il le même que le tiers dans la responsabilité administrative ?

Cette section va tenter de répondre à ces questions afin de pouvoir conclure sur une exclusion possible du tiers dans la responsabilité administrative de la notion de tiers. Cependant cette exclusion se réalisera sur un autre fondement que celui qui a poussé à exclure le tiers opposant de la notion de tiers : il est exclu en raison du référentiel à prendre en compte. En effet, le tiers dans la responsabilité administrative pose le problème du référentiel : quand est-on tiers ? Depuis quand ? Jusqu'à quand ? Or le problème du référentiel en matière de responsabilité administrative apporte trop d'ambiguïté dans la notion de tiers.

I. Le tiers au sens de la responsabilité administrative

Avant de pouvoir confronter une notion à une autre, il est nécessaire de maîtriser ces notions. La notion de tiers proposée est encore très générale et peu précise. Elle se fonde sur le postulat suivant : une personne étrangère, extérieure à un groupe ou une situation juridique. Cependant pour réaliser la confrontation en question, ce postulat est suffisant. Toutefois, nous n'avons pas pour le moment de définition du tiers au sens de la responsabilité administrative. Ainsi nous proposons de rechercher cette notion en commençant par la définition la plus évidente car déjà existante, du tiers par rapport aux travaux publics, avant d'envisager le tiers dans la responsabilité administrative de manière générale.

A. Le tiers et la responsabilité du fait des dommages de travaux publics

Si nous recherchons la notion de travaux publics dans le lexique des termes juridiques et dans le dictionnaire de G. Cornu, nous sommes frappés par l'absence de notion de responsabilité et par la nécessité de faire intervenir d'autres notions telle que celle d'ouvrage public ([397]). Plus précisément, les travaux publics sont « *des travaux immobiliers faits soit pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale, soit par une telle personne dans l'accomplissement d'une mission de service public* » ([398]). Alors que l'ouvrage public est un « *immeuble résultant d'un travail de l'homme et affecté à une fin d'intérêt général* » ([399]). L'ouvrage public présente ainsi trois caractères : il constitue un bien

[397] Sur la notion de travail public/travaux publics, V. : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, pp. 933-934 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 716.

Sur la notion d'ouvrage public, V. : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 649 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 512.

[398] J. PETIT, Ouvrages et travaux publics, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1125.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, pp. 547-557 ; J. DUFAU, *Le droit des travaux publics, t. 1*, Le Moniteur, 2e éd., 1988, p. 29, pp. 31-72.

CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur, Rec. CE, p. 573, D. 1922, III, 26, concl. Corneille, RDP 1921, p. 361, concl. Corneille, note Jèze, S. 1921, III, 49, concl. Corneille, note Hauriou, GAJA ; TC, 28 mars 1955, Effimieff, Rec. CE, p. 617, AJDA 55, II, p. 332, note J.A., JCP 1955, II, 8786, note Blaevoet, RA 1955, p. 285, note Liet-Veaux, GAJA.

[399] J. PETIT, Ouvrages et travaux publics, *op. cit.*, p. 1125.

immobilier, fait l'objet d'un aménagement particulier et d'une affectation à une destination d'intérêt général ([400]).

Après avoir donné ces définitions, il est nécessaire d'approfondir l'étude de ce type de responsabilité. La responsabilité administrative du fait des dommages de travaux publics concerne à la fois, les dommages du fait de « *l'exécution de travaux et par l'existence d'ouvrages* » ([401]). Il s'agit d'un domaine contentieux ancien, classique, potentiellement le premier des cas de responsabilité sans faute ([402]). D'un point de vue pratique, la responsabilité du fait des dommages de travaux publics représente un contentieux important ; de nombreuses requêtes sont déposées chaque année devant les juridictions administratives ([403]). Cette responsabilité administrative concerne trois catégories différentes de victimes : les participants, les usagers et les tiers ([404]). Elle est fondée sur la loi du 28 pluviôse An VIII, concernant la division du territoire français et l'administration ([405]). Cette responsabilité s'applique au « maître de l'ouvrage », c'est-à-dire les personnes publiques, mais aussi aux entrepreneurs. Le contentieux de cette responsabilité relève du juge administratif ([406]). Si la

---

[400] J. DUFAU, *Le droit des travaux publics, t. 1, op. cit.*, p. 77, pp. 79-100.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, pp. 557-573 ; J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public*, Litec, 2009, p. 3, pp. 5-38.

[401] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 339. « *On entend par cette expression, courte et générale à la fois, les dommages causés par l'exécution de travaux et par l'existence d'ouvrages, par la construction d'une route et par la route une fois construite*. »

[402] *Ibid*., p. 339. « *Il s'agit là d'une jurisprudence ancienne et classique. C'est sans doute, historiquement, le premier cas de responsabilité sans faute, qui remonte au moins au début du XIXe siècle et qui demeure encore très actuel.* »

[403] *Ibid*., p. 339.

[404] *Ibid*., p. 339.

[405] Article 4 : « *Le conseil de préfecture prononcera […]*

- *Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché ;*

- *Sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration* ; […]. »

[406] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit*., p. 339. « *Cette théorie s'applique à la fois à la collectivité publique que l'on appelle le maître de l'ouvrage, par exemple l'Etat pour une route nationale, et aux entrepreneurs. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une hypothèse exceptionnelle où la responsabilité d'un particulier est engagée sur le terrain du droit administratif et, en cas de litige, devant la juridiction administrative*. »

victime est un participant aux travaux publics, c'est-à-dire qu'il participe à l'exécution des travaux publics ou au fonctionnement de l'ouvrage, la responsabilité administrative de la personne publique peut être engagée pour faute ([407]). Cependant, ce type de victime ne nous intéresse pas ici : le participant exécute un travail ou participe au fonctionnement. Il est donc intégré au groupe formé par la personne publique, ce groupe comprend alors les personnes travaillant ou agissant pour elle. Le participant n'est pas un tiers. Si le cas du participant est étranger à cette thèse, les usagers et les tiers-victimes sont, eux, plus intéressants. Dans le chapitre premier, nous avons cherché à distinguer les usagers et les tiers. Si au début du siècle, nous pouvions estimer que les usagers n'étaient qu'une catégorie particulière de tiers, il est évident qu'à l'heure actuelle, il est difficile de lier ces deux notions. Toutefois, nous ne pouvons nier que ces deux catégories, tiers et usager, sont bien des étrangers par rapport à la personne publique et donc répondent au postulat de base de la notion de tiers proposée.

L'usager est « *celui qui a recours à un service public ou utilise le domaine ou un ouvrage public* » ([408]). Par principe, le juge compétent en la matière est le juge administratif en raison de l'effet attractif de la notion de travaux publics ([409]). Cependant, il existe des exceptions à cette compétence du juge administratif. Le juge judiciaire peut être compétent si

---

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 637. « *Il est aussi, et de façon très importante, un contentieux provoqué par les dommages (aux personnes ou aux biens) résultant de l'exécution des travaux, ou bien de l'existence même ou du fonctionnement des ouvrages, et engageant à l'égard des victimes la responsabilité extracontractuelle des maîtres de l'ouvrage, ainsi que (notamment) des entrepreneurs*. »

[407] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit*., p. 339.

[408] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 947.

G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit*., pp. 339-340. « *Ce sont ceux* [les usagers] *qui utilisent l'ouvrage, qui en bénéficient d'une façon ou d'une autre ; pour ce motif, on leur fera un sort plus favorable qu'aux participants, mais moins favorable qu'aux tiers*. » « *L'usager, c'est l'administré qui utilise un bâtiment public, le visiteur d'un monument historique, le spectateur d'une représentation à l'opéra, le capitaine d'un navire dans un port. L'usager type, le plus fréquent dans la jurisprudence, est l'usager de la voie publique, automobiliste, cycliste ou piéton.* »

[409] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 639. « *Il s'agit d'un rappel. On sait qu'en raison de l'effet attractif de la notion de travaux publics, sont considérés comme dommages de travaux publics, non seulement ceux qui le sont authentiquement, par leur nature, mais aussi ceux qui sont assimilés à de tels dommages*. »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, Dalloz, 2007, p. 127 ; J. PETIT, Ouvrages et travaux publics, *op. cit.*, p. 1127 ; J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public*, *op. cit.*, pp. 151-156.

l'action en dommages et intérêts est liée à une action pénale ([410]), si les dommages sont causés par un ou des véhicules selon la loi n° 57-1425 du 31 décembre 1957 attribuant aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne morale de droit public ([411]), et si les dommages ont été subis par des usagers des services publics industriels ou commerciaux ([412]). L'usager peut subir deux types différents de dommages : des dommages accidentels et des permanents. En ce qui concerne les dommages accidentels, « *la collectivité publique* […] *est responsable si elle n'a pas correctement mené les travaux ou entretenu l'ouvrage, si l'obstacle n'est pas signalé, si la tranchée a été mal remblayée, ou si des précautions n'ont pas été prises pour éliminer le verglas, par exemple par du sablage* » ([413]). Nous parlons alors de responsabilité pour défaut d'entretien normal ([414]). En principe, nous sommes en présence d'une responsabilité pour faute présumée ([415]). Cependant les usagers bénéficient d'une

[410] TC, 13 mai 1960, Douieb c/ Stokos, Rec. CE, p. 864, AJDA 1960, II, p. 291, D. 1960, p. 576, concl. Chardeau, note Josse.

[411] Article 1 : « *Par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque. Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil, la responsabilité de la personne morale de droit public étant, à l'égard des tiers, substituée à celle de son agent, auteur des dommages causés dans l'exercice de ses fonctions*. »

TC, 14 novembre 1960, Allagnat et Compagnie des bateaux à vapeur du Nord, Rec. CE, p. 870, AJDA 1960, I, p. 185 chron. Galabert et Gentot, RDP 1960, p. 1198, note Waline.

[412] CE, 30 juin 1976, EDF c/ Veuve Pichon, CJEG 1976, J, p. 170, concl. Franc, note A. C.

[413] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit*., p. 340.

[414] *Ibid*., pp. 340-341. « *La notion d'entretien normal paraît évoquer plutôt une idée de faute que de risque ; mais il y a tout de même une différence par rapport à la responsabilité pour faute.* » « *Dans le cas de la responsabilité pour défaut d'entretien normal, elle* [la victime] *n'a que deux preuves à apporter, celle du dommage et celle du lien de cause à effet entre l'ouvrage et le dommage. C'est ensuite à l'administration de prouver que sa responsabilité n'est pas engagée parce qu'elle a fait ce qui était en son pouvoir, tout ce qui lui incombait normalement, pour assurer l'entretien normal de l'ouvrage ou l'exécution normale des travaux, par exemple qu'il existait une signalisation suffisante et que c'est la victime qui a commis une faute en n'en tenant pas compte. C'est un revirement de la charge de la preuve. En outre, la faute d'un tiers n'exonère pas la collectivité responsable de ses obligations à l'égard de la victime : elle lui permet de se retourner contre le tiers responsable, mais après avoir indemnisé la victime dès lors qu'elle n'a pu établir l'entretien normal de la voie*. »

[415] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, *op. cit.*, p. 655. « *Ce principe est que la responsabilité du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur à l'égard des usagers des ouvrages publics est une responsabilité pour faute, la faute étant présumée. Cela signifie que la victime n'a pas à établir l'existence de la faute ; mais que*

responsabilité sans faute si l'ouvrage est particulièrement ou exceptionnellement dangereux ([416]). Quelque soit le type de responsabilité et donc de dommage en cause, la difficulté réside dans la définition de l'usager. La frontière usager-tiers est parfois floue. Trois configurations démontrant cette frontière perméable sont présentes. En effet, une même victime peut être qualifiée à la fois de tiers et d'usager. Un tel cas d'école est issu de l'arrêt *Ville de Fréjus* : la collectivité territoriale avait selon les biens atteints, la qualité soit de tiers, soit d'usager ([417]). Deuxièmement, il a fallu savoir si une personne utilisant l'ouvrage illégalement était qualifiée de tiers ou d'usager, il s'agit des usagers anormaux ou non autorisés ([418]). Le juge administratif considérait qu'il s'agissait de tiers et leur appliquait alors le régime de responsabilité sans faute instauré au profit des tiers ([419]). Cela conduisait à traiter ces usagers anormaux de manière plus favorable que les usagers normaux. Le juge administratif est alors revenu sur sa position, les qualifiant d'usagers ([420]). Troisièmement, une victime d'un dommage de travaux public peut être qualifiée d'usager en raison de la théorie de l'incorporation ([421]). Cette théorie permet de qualifier une victime dans le cas où elle est usager de l'ouvrage par lequel s'est transmis le dommage. Si l'ouvrage qui transmet le dommage est incorporé à l'ouvrage source du dommage, la victime sera qualifiée d'usager. Dans le cas contraire, elle sera qualifiée de tiers. Ces trois configurations différentes démontrent ainsi la difficulté de créer une frontière infranchissable entre les notions de tiers et d'usager. Concernant, enfin, les dommages permanents de travaux publics, les usagers peuvent être concernés par les allongements de parcours. Cependant, dans un tel cas, leur qualité d'usager fait principalement obstacle à cette indemnisation ([422]).

---

le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur s'exonéra de toute responsabilité s'il prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. »

[416] CE, 3 juillet 1969, Bucchini, CJEG 1969, J, 328.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 656.

[417] CE, 22 octobre 1971, Ville de Fréjus, Rec. CE, p. 630, RDP 1972, p. 695, note Waline.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 662.

[418] *Ibid*., p. 662.

[419] CE Sect., 3 février 1956, Veuve Durand, Rec. CE, p. 51, concl. Landron.

[420] CE Sect., 30 octobre 1964, Piquet, Rec. CE, p. 506, concl. Fournier, AJDA 1964, p. 693, chron. Puybasset et Puissochet.

[421] CE Sect., 12 octobre 1962, Dame Sidore-Trotta, Rec. CE, p. 537, concl. Gand.

[422] CE Sect., 2 avril 1965, Boudy, Rec. CE, p. 222, AJDA 1965, p. 340, chron. Puybasset et Puissochet.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 671.

Les notions de participant et d'usager par rapport aux travaux publics étant examinées, nous pouvons en venir au régime de responsabilité applicable aux tiers. Les tiers victimes de dommages de travaux publics bénéficient de la théorie du risque ([423]). Le tiers est « *celui qui ne profite en aucune façon de l'ouvrage, qui n'en tire aucun avantage, aucun bénéfice* », « *des personnes n'ayant, ni la qualité de participant à un travail public, ni celle d'usagers d'un ouvrage public* » ([424]). Ce tiers bénéficie d'une définition, une nouvelle fois, négative ([425]). Les tiers bénéficient d'une responsabilité sans faute du fait des dommages accidentels de travaux publics. Elle est fondée sur le risque ([426]), le risque se caractérisant par la survenue d'un accident ([427]). « *Les tiers, ne tirant aucun avantage de l'ouvrage public, ne peuvent supporter de la part de ce dernier que des nuisances, et méritent, à ce titre, un régime plus favorable que les participants ou les usagers* » ([428]). Concernant les dommages permanents de travaux publics, la notion de tiers est alors particulièrement présente. Il faut, en effet, remarquer que les requérants sont, dans la quasi intégralité des cas, des tiers en raison des dommages subis (difficultés d'accès, nuisances...) ([429]). D'ailleurs, dans le cas spécifique des allongements de parcours, la qualité d'usager fait généralement obstacle à l'indemnisation. Les dommages permanents sont « *des charges qui, sans faute et pour le service de l'intérêt général, sont imposées délibérément à certains membres de la collectivité.*

---

[423] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 341 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, p. 124.

[424] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 341.

[425] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 664. « *C'est le sort des tiers que de toujours faire l'objet d'une définition négative*. »

[426] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 341. « *Avec les dommages causés aux tiers, on arrive à la pleine application de la théorie du risque.* » « *Il a droit à réparation dès lors qu'il existe un lien de cause à effet entre l'ouvrage et le dommage sans que l'administration puisse s'exonérer en déclarant qu'elle n'a commis aucune faute.* »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, p. 135. « *Le tiers victime d'un dommage imputable à un travail ou à un ouvrage public est donc seulement tenu de prouver l'existence d'un lien de cause à effet entre le travail ou l'ouvrage public incriminé et le dommage invoqué*. »

[427] C. BROYELLE, Le risque en droit administratif « classique » (fin du XIX^{e}, milieu du XX^{e} siècle), *RDP* 2008, p. 1517.

[428] J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public, op. cit.*, p. 185.

[429] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 668. « *Comme la qualité de tiers par rapport aux travaux ou aux ouvrages dommageables est commun à toutes les victimes d'inconvénients de voisinage* […]. »

J. DUFAU, *Le droit des travaux publics, t. 2*, Le Moniteur, 2^{e} éd., 1988, p. 465; J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public, op. cit.*, p. 186.

Pour rétablir l'égalité rompue à leur détriment, compensation de ces charges leur est due, dans certaines conditions ». Il s'agit donc d'une responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques ([430]). Les dommages permanents sont aussi appelés « inconvénients de voisinage » et se fonde sur une jurisprudence ancienne ([431]). Cette responsabilité particulière exige deux caractères spécifiques quant au dommage subi par le tiers. Il doit présenter les caractères d'anormalité et de spécialité ([432]).

Le rappel de la responsabilité encourue en cas de dommage de travaux publics fait apparaître le problème, déjà envisagé, de la frontière entre tiers et usager. Cette distinction tiers et usager a été élaborée, selon M. Chapus, dans les années 1950 ([433]). Il est, pourtant, intéressant de reprendre la jurisprudence antérieure aux années 1950 pour savoir si cette distinction est flagrante dans le contentieux des dommages de travaux publics. La notion d'entretien normal apparaît antérieurement aux années 1950, or elle est la caractéristique de la responsabilité administrative due aux usagers d'ouvrage public ([434]). Nous voyons d'ailleurs

---

[430] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit*., p. 666 ; J. PETIT, G. EVEILLARD, *L'ouvrage public, op. cit.*, p. 186.

[431] CE Sect., 24 juillet 1931, Commune de Vic-Fezensac, Rec. CE, p. 860, D. 1931, III, 51, note P. L. J.
R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 666.

[432] CE, 18 novembre 1998, Société Les maisons de Sophie, Rec. CE, p. 427, RFDA 1999, p. 242, chron. Terneyre.

[433] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 650.

[434] CE, 29 mai 1903, Compagnie générale française de tramways, Rec. CE, p. 441. « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'accident survenu au cheval et à la voiture du sieur Reynaud* [c'est-à-dire un usager de la voie publique], *sur le cours Lieutard le 13 juillet 1898, s'est produit en un point de la chaussée, dont l'entretien a été mis par le cahier des charges à la charge de la Compagnie et qu'il a eu pour cause soit une défectuosité dans l'établissement de la voie, soit un défaut d'entretien et qu'ainsi c'est à bon droit que le conseil de préfecture a condamné la Compagnie à réparer le dommage subi par le sieur Reynaud*. » Souligné par nous.
CE, 14 décembre 1906, Préfet de l'Hérault au nom des communes intéressées au chemin d'intérêt commun n° 64, Rec. CE, p. 918. « *Considérant qu'il n'est pas contesté que l'accident dont le sieur Garric* [l'usager de la voie public] *a été victime est dû au défaut d'entretien des parapets d'un pont situé sur le canal du Midi, et desservant le chemin vicinal d'intérêt commun n° 64 ;*
Considérant que les ponts sont au nombre des ouvrages constitutifs des voies publics, dont ils relient les parties séparées de façon à assurer la continuité du passage […]. » Souligné par nous.
CE, 17 juillet 1908, Sieur Biétron c/ Commune d'Aiguilles, Rec. CE, p. 785. « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'accident éprouvé par le sieur Biétron* [usager de la voie publique] *le 8 août 1905 a été causé par le passage d'une roue de son automobile dans une tranchée ouverte par la commune d'Aiguilles sur le chemin d'Abriés à Aiguilles, pour la réparation d'une conduite d'eau, et dont l'existence n'était révélée par*

apparaître la notion de défaut d'entretien dans les commentaires introductifs aux arrêts du Conseil d'Etat au début du XX[e] siècle ([435]). Il faut attendre les années 1930 pour voir apparaître clairement la distinction tiers-usager. Un arrêt de 1930 donne la définition « moderne » du défaut d'entretien ([436]). La notion de « dommages aux tiers » apparaît, ensuite, en 1933 dans le commentaire introductif d'un arrêt instituant la responsabilité sans faute au profit des tiers à l'ouvrage public ([437]). La distinction entre usagers et tiers s'est ainsi

---

aucun signal, ni aucun indice visible à distance ; qu'ainsi ledit accident est imputable à la commune d'Aiguilles et non au sieur Bièvron lui-même ; que, d'ailleurs, la circonstance que la commune se serait conformée aux prescriptions générales de l'arrêté préfectoral sur les permissions de voirie n'est pas de nature à l'exonérer de la responsabilité q'elle a encourue à l'égard du sieur Biétron, à raison des faits ci-dessus rappelés. » Souligné par nous.

[435] Commentaire autorisé sur CE, 22 mai 1912, Ville de Roubaix, Rec. CE, p. 599 : « *Détermination des responsabilités. – Accident de voiture imputable au défaut d'éclairage d'un dépôt de pierres cassées effectué sur une voie urbaine par un transporteur employé en régie. En l'absence d'une faute des victimes, qui, par la disposition des lieux, n'avaient pu apercevoir le dépôt en temps utile pour l'éviter, la ville a été condamnée à les indemniser, le service municipal n'ayant formulé aucune objection contre l'emplacement du dépôt et n'ayant pris, pendant plus d'un mois, aucune mesure destinée à remédier au danger de sa prolongation*. » Souligné par nous.

CE, 5 juin 1912, Sieur Cayrol Gauderique, Rec. CE, p. 631. Mots clés : « *Travaux publics. – Dommage. – Accident dû à un défaut d'entretien d'un chemin vicinal d'une commune. – Responsabilité des communes intéressées.* » Souligné par nous.

[436] CE Sect., 16 mai 1930, Ministre des travaux publics c/ consorts Lussagnet, Rec. CE, p. 527. « *Considérant que les personnes publiques sont responsables des dommages causés non seulement par l'exécution même des travaux publics qu'elles effectuent , mais aussi par leur inexécution, ce qui comprend notamment le défaut d'entretien de l'ouvrage public une fois construit et de ses dépendances ; qu'il s'agit à cet égard de l'entretien normal tel qu'il doit être envisagé pour assurer au public un usage de l'ouvrage conforme à sa destination. » Le Conseil d'Etat applique ensuite cette nouvelle définition au cas d'espèce* : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'orme, qui est tombé, le 30 décembre 1925, sur la voiture des consorts Lussagnet, présentait une inclinaison très marquée, et de nature à faire présager sa chute ; que le fait, par l'administration, de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour prévenir les conséquences dommageables pouvant résulter, pour la circulation, de la présence de cet arbre, en bordure de la route nationale n° 5, constitue le défaut d'entretien caractérisé ci-dessus.* » Ainsi, les consorts Lussagnet étaient des usagers de la voie publique comprenant des dépendances dont l'orme, source du dommage. Or le Conseil d'Etat recherche et trouve, en l'espèce, un défaut d'entretien qui est l'élément constitutif de la responsabilité du fait des travaux publics due aux usagers.

[437] CE Sect., 10 février 1933, Compagnie d'énergie électrique suburbaine de Nancy c/ Compagnie générale d'assurances contre les accidents, Rec. CE, p. 196. Mots clés : « *Travaux publics. – Dommages. – Accident de personne. – Concessionnaire de travaux publics. – Dommage aux tiers provenant de l'existence même de l'ouvrage. – Principe de la responsabilité, même en l'absence de faute du concessionnaire. – Cas où l'accident,*

constituée sur plusieurs dizaines d'années de jurisprudence du Conseil d'Etat afin d'arriver à la distinction actuelle, distinction reprise par la doctrine.

Dès lors quelle définition du tiers faut-il retenir ? Faut-il entendre « tiers » comme tout étranger aux personnes publiques, tout étranger à l'exécution ou à l'entretien d'ouvrages publics ? Faut-il conserver une vision restrictive du tiers aboutissant à l'exclusion des usagers ? Les développements précédents cherchent à confronter la notion de tiers dans les travaux publics à la notion de tiers que nous souhaitons proposer. Il est évident que si nous retenons une notion extensive du tiers, l'étude va être faussée. De plus, tiers et usager sont différents. Ils ont tous les deux un point commun : celui de ne pas être « intégrés » à la personne publique, c'est-à-dire de n'être ni la personne publique maître de l'ouvrage, ni être participant à l'exécution des travaux publics ou à l'entretien d'ouvrages publics. Cependant, leurs statuts diffèrent : le régime de responsabilité applicable, le lien avec l'ouvrage public ou non. L'usager est différent du tiers, car l'usager bénéficie de l'ouvrage public, il demande et obtient quelque chose : une prestation, alors que le tiers est totalement étranger à l'ouvrage public. Ainsi en cas de dommage il paraît logique d'appliquer un régime favorable à une personne qui, elle, n'a rien demandé et obtenu de l'ouvrage public ou de la personne publique. L'usager ne peut être intégré dans la notion de tiers au risque d'apporter une confusion dans la notion. Par contre, lorsque le dommage s'est réalisé, le tiers voit apparaître un lien l'unissant avec la personne publique. A partir de ce moment-là, le tiers est-il encore un tiers ? En fait,

---

survenu à un ouvrier, est dû à un défaut de précaution de la part de son patron » Souligné par nous. « *Considérant que si, même en l'absence de toute faute relevée à sa charge, la compagnie requérante devrait être, en qualité de concessionnaire de la ligne à haute tension, déclarée responsable des dommages aux tiers provenant de l'existence même de l'ouvrage, il résulte des pièces du dossier que l'accident par électrocution survenu à l'un des ouvriers de l'entrepreneur Muller n'a pu se produire qu'à raison de l'absence de précautions indispensables que devait prendre l'entrepreneur dans l'intérêt de son personnel, alors que le travail s'exécutait auprès d'un câble électrique, à haute tension, placé dans des conditions réglementaires au-dessus d'un bras non navigable de la Moselle ; que, la cause de l'accident résident en un fait étranger à la compagnie, c'est à tort que le conseil de préfecture a mis à sa charge les conséquences dudit accident.* » Souligné par nous. Dans cette espèce, l'ouvrier était bien un tiers puisqu'il réalisait un travail sans aucun rapport avec l'ouvrage public source du dommage, c'est-à-dire le câble électrique à haute tension : « *la drague du sieur Muller effectuait des travaux sur un bras non navigable de la Moselle à Pont-Saint-Vincent, qu'elle déversait sur le chaland « Le Rapide » des cailloux qu'elle retirait du fond de la rivière ; qu'une canalisation électrique dépendant de la Compagnie requérante traversait, à une hauteur de sept mètres au-dessus de l'eau, le bras de la Moselle ; qu'à ce moment un contact s'étant établi entre la canalisation électrique et le chaland, un accident se produisit, qu'un des matelots du chaland fut électrocuté, ainsi qu'un marinier qui tenta de lui porter secours*. »

c'est précisément ce tiers, défini dans cet espace-temps particulier, qui va être confronté à la notion de tiers, dans le second paragraphe de cette section. Mais avant cette confrontation, il s'agit d'étudier le tiers dans la responsabilité administrative de manière générale.

B. Le tiers et la responsabilité administrative

La responsabilité administrative est fondée sur la décision *Blanco* qui institue un régime spécifique de responsabilité relevant du droit administratif et se séparant fondamentalement du droit civil ([438]). La responsabilité administrative se caractérise par son invention prétorienne laissant au Conseil d'Etat un rôle fondamental à jouer dans sa conception ; rôle qu'il a d'ailleurs rempli avec un certain esprit libéral ([439]).

Le principe de la responsabilité des personnes publiques et/ou de la puissance publique n'est pas toujours allé de soi. Au XIX^{e} siècle, un texte législatif était nécessaire pour engager la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique ([440]). Ce n'est plus le cas à l'heure actuelle où la responsabilité administrative permet aux victimes de dommages de voir indemniser leurs préjudices sans pour autant constituer un obstacle trop important à l'action des personnes publiques ([441]). Il ne convient pas, ici, de réaliser un rappel sur la responsabilité administrative concernant sa création, son historique, son évolution et les différents régimes la composant. Il convient simplement de démontrer l'existence d'une notion de tiers en son sein, afin de pouvoir confronter par la suite cette notion avec le postulat de base de la notion de tiers.

---

[438] TC, 8 février 1873, Blanco, Rec. CE, 1er supplément, p. 61, concl. David, D. 1873, III, 20, concl. David, S. 1873, III, 153, concl. David, GAJA.

[439] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15^{e} éd., 2001, pp. 1228-1229.

[440] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 1227.

[441] *Ibid.*, p. 1228. « *Etant désormais consacrée comme un principe l'obligation pour les personnes publiques (et elle s'étendra naturellement aux institutions de droit privé associées à leur action) de réparer, même en l'absence de texte, les dommages causés par l'exercice de diverses activités où se manifeste la mise en œuvre de leurs prérogatives de puissance publique.*

Finalement, cette obligation sera étendue au-delà même du domaine de l'action administrative, la responsabilité de l'Etat peut être engagée du fait des actes législatifs et des conventions internationales ; ainsi que du fait du service public de la justice. »

1. Le fait du tiers

La notion de tiers venant immédiatement à l'esprit dans le domaine de la responsabilité administrative est la notion de « fait du tiers ». Le fait du tiers constitue une cause étrangère, c'est-à-dire une cause exonératoire de responsabilité qui permet de réduire ou d'anéantir la responsabilité engagée d'une personne publique. Il s'agit d'une cause étrangère, car elle est extérieure au défenseur, c'est-à-dire la personne publique dont la responsabilité est engagée. Le tiers est alors soit une personne publique, soit une personne privée ([442]). En réalité, la qualité de la personne n'a pas d'importance. Par contre, le « fait » a de l'importance. Généralement, nous retiendrons un fait du tiers exonératoire de responsabilité quand celui-ci sera fautif ([443]). Le fait du tiers peut être ainsi résumé : « *le défendeur invoque le fait d'un tiers qui est aussi intervenu dans la production du fait dommage (unique) : or assez souvent le fait du tiers ne se voit reconnaître aucun effet exonératoire et le défendeur est alors tenu d'indemniser totalement la victime, quitte à se retourner ensuite contre le tiers* » ([444]). Cette vision selon laquelle le fait du tiers doit être fautif pour pouvoir produire un effet exonératoire est partagé par plusieurs auteurs ([445]). Toutefois, d'autres auteurs estiment que le simple « fait » du tiers est suffisant pour constituer une cause d'exonération ([446]). Or pour le moment, une distinction n'a pas encore été réalisée. Le fait du tiers peut être exonératoire, cependant cela ne vaut que pour la responsabilité pour faute ([447]). Finalement, le fait du tiers permet à la

---

[442] *Ibid.*, p. 1248.

[443] *Ibid.*, p. 1248. « *On peut concevoir que le fait d'un tiers soit retenu comme ayant un rôle causal même s'il n'est pas fautif. Mais on constate que lorsqu'il est ainsi retenu, il a généralement un caractère fautif. On peut ainsi estimer que de façon générale c'est, en réalité, la faute d'un tiers qui peut être constitutive d'une cause étrangère (voir en ce sens, CE, 2 octobre 1970, GDF, Rec. CE, p. 614)*. »

[444] Y. BRARD, A propos de la notion de fait du tiers, *JCP* 1980, I, 2976.

[445] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, pp. 421-422. « *Si le dommage est dû tant à la fois à une faute de la puissance publique et à la faute d'un tiers, celle-ci va constituer une cause d'exonération totale ou partielle de la responsabilité de l'Administration.* »

[446] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7e éd., 2004, p. 534.

P. FOILLARD, *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 403. « *Lorsqu'un tiers, par son comportement, a contribué à la réalisation du dommage, l'administration peut être, dans certaines hypothèses, partiellement ou entièrement exonérée de sa responsabilité.* »

[447] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 1251.

Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 534. « *Le fait du tiers n'exonère l'administration de sa responsabilité que ci celle-ci est fondée sur la faute* […] *; il ne peut jamais constituer une cause exonératoire quand cette responsabilité est engagée sans faute* […]. »

personne publique d'obtenir une cause exonératoire de responsabilité totale ou partielle permettant la sauvegarde des deniers publics. A la différence du droit civil, nous n'aurons pas de condamnation solidaire des deux auteurs, mais un partage de responsabilité ([448]).

Dans cette étude du fait du tiers, nous savons ce qu'a commis le tiers et quelles en sont les conséquences. Pourtant nous ignorons qui est ce tiers, hormis le fait de savoir le tiers « *peut être une personne publique comme une personne privée* » ([449]). Les auteurs étudient la notion de tiers, mais ils ne s'interrogent pas sur la personne même du tiers, sauf à savoir qu'il s'agit d'une personne qui n'est ni la victime, ni la personne publique auteur du dommage. Ce tiers est donc une personne extérieure à une situation juridique, l'engagement de la responsabilité de la personne publique envers la victime du fait du dommage causé. Ce tiers issu de la notion de « fait du tiers » correspond au postulat de base proposé. Mais correspondra-t-il à la définition finale du tiers que nous tentons d'élaborer ?

P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 403. « *En cas de responsabilité pour faute, le fait du tiers exonère entièrement l'administration lorsqu'il est la cause exclusive du dommage et partiellement lorsqu'il a contribué avec le fait de l'administration à la réalisation du dommage*. […] *En cas de responsabilité sans faute, le fait du tiers n'est jamais exonératoire*. »

J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 422. « *Lorsqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute le fait du tiers est sans conséquences sur la responsabilité de l'Administration à laquelle la victime peut réclamer la réparation de la totalité de son préjudice*. »

[448] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 1251. « *Ainsi, et sauf exception, même quand le défendeur et le tiers ont été coauteurs du dommage, ils ne sont tenus que pour leur part dans la réalisation de ce dommage. Alors qu'on pourrait concevoir qu'ils soient (comme c'est la règle en droit civil) responsables « in solidum » (solidairement) d'un dommage causé en commun. Le défendeur serait alors responsable pour le tout à l'égard de la victime ; et après l'avoir indemnisé, il lui appartiendrait d'exercer contre le tiers coauteur une action récursoire de façon à lui faire prendre en charge sa part de responsabilité*. »

P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 403. « *L'inconvénient pour la victime, en cas de partage de responsabilité, est que le tiers et l'administration ne sont pas responsables solidairement (in solidum, contrairement à ce qui se produit en droit civil). Autrement dit, la victime ne peut pas demander la réparation intégrale du préjudice à l'un ou à l'autre (qui se retournerait ensuite contre le coauteur du dommage) ; elle doit les attaquer l'un après l'autre pour la part de responsabilité qui leur incombe*. »

J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 422. « *La victime ne peut donc réclamer à l'Administration que la seule quote-part de son préjudice lui incombant, avec tous les risques que cela crée de divergence de jurisprudence en ce qui concerne le partage de responsabilité*. »

[449] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 1248.

2. La victime

Lors de l'étude du tiers dans les dommages de travaux publics, le « tiers » était la victime des dommages de travaux publics. Nous pouvons légitimement nous demander si les victimes de dommages causés par la personne publique, quel que soit le régime de responsabilité administrative, sont des tiers comme dans le domaine des dommages de travaux publics. Dans les dommages de travaux publics, les victimes pouvaient être des participants, des usagers ou des tiers. Aurons-nous le même schéma dans le droit de la responsabilité administrative générale ? La réponse est positive. En effet, les agents des services publics ou des services administratifs peuvent être blessés, peuvent subir des dommages causés par la personne publique. Ces personnes, comme toute autre personne participant à l'action administrative, peuvent alors obtenir la qualification de participant. Nous utilisons aussi le terme de collaborateur ([450]). Ensuite, les patients des hôpitaux publics peuvent subir des dommages, or il s'agit d'usagers du service public hospitalier. Il en va de même, par exemple, pour les personnes faisant appel au service d'assistance médicale de secours. Nous sommes alors bien en présence d'usagers. Pour finir, des tiers, c'est-à-dire des personnes qui ne sont ni participants à l'activité administrative, ni usager des services publics, peuvent subir des dommages causés par la personne publique. Il s'agit par exemple, des victimes de dommages du fait des rassemblements et attroupements, du fait d'armes ou de choses dangereuses, ou du fait des méthodes libérales. Le schéma participant-usager-tiers est présent dans l'ensemble du droit de la responsabilité administrative. Pourquoi n'apparaît-elle pas clairement, notamment dans les ouvrages et les manuels ? Peut être tout simplement parce que ce schéma n'a de perspicacité que dans le domaine des travaux publics, en raison des régimes différents applicables selon la qualité de la victime : participant, usager ou tiers. Dans le droit général de la responsabilité administrative, ce schéma n'a pas de pertinence dans la mesure où nous recherchons le régime de responsabilité en fonction du domaine particulier, comme le domaine médical, le domaine des services fiscaux, la législation sur les vaccinations obligatoires, et non systématiquement en raison de la qualité de la victime, cela même à l'intérieur d'un domaine particulier, exception faite du domaine particulier des travaux publics. Une opposition tiers-collaborateur de la personne publique est présente au sein du droit de la responsabilité administrative. Pourtant, cette opposition ne vaut qu'en

[450] Sur la responsabilité sans faute au profit des collaborateurs des services publics, V. : R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 1347.

matière de responsabilité fondée sur le risque et ne se retrouve pas dans le reste du droit de la responsabilité. Cette opposition ne peut donc être globalisée.

3. L'entourage de la victime

Nous avons présenté le fait du tiers, c'est-à-dire le tiers considéré comme le coauteur du dommage, et les victimes présentant certaines qualités : participant, usager ou tiers. Cependant une victime est entourée. Comment qualifier cet entourage ? Cet entourage peut-il recevoir la qualification de tiers ? Tout d'abord, il est nécessaire d'envisager un premier point. Si l'entourage subi des préjudices en raison des dommages subis par la victime, nous sommes en présence de victimes dites victimes par ricochet ([451]). Il faut alors qualifier ces victimes : participant, usager ou tiers ? La réponse est simple : il s'agit alors de tiers puisqu'elles sont étrangères à la situation ayant causé le dommage. Par ailleurs, elles sont tiers quelque soit la qualité de la victime initiale ou originaire du dommage. Il s'agit maintenant de savoir ce que signifie « entourage de la victime ». Le commissaire du gouvernement Chauvaux a mis en lumière le problème de l'entourage : « *la qualité d'héritier ne se confond pas nécessairement avec celle de proche de la victime* » ([452]). Ainsi le terme d'entourage est vaste. Il faut délimiter cet entourage. Cette délimitation se réalise naturellement. En effet, les proches qui ressentent un préjudice, détiennent une action propre définie ci-dessus. Ainsi l'élément qui nous intéresse, ici, est constitué par les personnes pouvant obtenir une action contentieuse supplémentaire : celle de la victime initiale, il s'agit donc des héritiers si nous nous référons aux conclusions du commissaire du gouvernement Chauvaux. Ces héritiers obtiendront la qualification de tiers pour les mêmes raisons explicitées ci-dessus. La question est alors de savoir : « *si elle* [la victime initiale] *meurt sans avoir demandé cette indemnité* [en réparation du dommage subi], *ses héritiers peuvent-ils engager une action tendant à ce qu'elle soit versée entre leurs mains ?* » ([453]). Il est nécessaire de distinguer deux cas. Dans le premier, les héritiers demandent la réparation des préjudices matériels. Dans un tel cas, l'action

[451] D. CHAUVAUX, concl. sur CE Sect., 29 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, *RFDA* 2000, p. 852. « *Il est acquis de longue date que les héritiers disposent, s'ils étaient des proches de la victime, d'une action en réparation de leur préjudice propre. Ils peuvent à ce titre obtenir une indemnité au titre de la douleur morale qu'entraîne pour eux la perte de leur auteur, des troubles qu'ils ont subis dans leurs conditions d'existence lors de son agonie et de son décès ou de la diminution de leurs revenus.* »

[452] *Ibid.*, p. 857.

[453] *Ibid.*, p. 850.

contentieuse leur est ouverte ([454]). La justification à cette possibilité d'action contentieuse est que « *le dommage matériel a été subi par le patrimoine de la victime, qui a été transmis à ses héritiers* » ([455]). Le second cas est plus délicat. Il s'agit de la demande de réparation des préjudices non matériels exercée par les héritiers alors que cette action n'a pas été engagée par la victime initiale ([456]). Cette question pose le problème litigieux non pas de la parenté, mais du fait d'être « proche » de la victime initiale ([457]). Alors que le commissaire du gouvernement plaidait pour que la jurisprudence antérieure refusant l'ouverture d'une telle action se maintienne ([458]), le Conseil d'Etat préfère ouvrir son prétoire et autorise alors aux héritiers à engager des actions en réparation du fait des dommages, quels qu'ils soient, subis par la victime initiale même si celle-ci n'avait engagée aucune action contentieuse de son vivant ([459]). Ainsi des tiers vont pouvoir agir contre la personne publique auteur du dommage pour la réparation de leurs préjudices propres, mais aussi pour ceux subis par la victime initiale si elle n'a pas reçu d'indemnisation de son vivant et/ou si elle n'a pas engagé d'action. Ainsi l'entourage, les héritiers, donc des tiers, ont entre leurs mains l'action contentieuse de la victime directe du dommage.

---

[454] CE Sect., 17 juillet 1950, Mouret, Rec. CE, p. 447.

D. CHAUVAUX, concl. sur CE Sect., 29 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, *op. cit.*, p. 852. « *La jurisprudence tant judiciaire qu'administrative a toujours admis une telle action lorsqu'elle tend à la réparation d'un préjudice matériel de la victime, y compris les frais et les pertes de revenus résultant d'une atteinte corporelle. Pour ce chef de préjudice, les héritiers peuvent non seulement reprendre une action engagée par la victime mais également introduire eux-mêmes l'action si la victime s'était abstenue de le faire*. »

[455] D. CHAUVAUX, concl. sur CE Sect., 29 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, *op. cit.*, p. 852.

[456] *Ibid.*, pp. 852-853. « *Des questions beaucoup plus délicates se posent si les héritiers demandent réparation d'un préjudice que la victime a subi non dans son patrimoine mais dans sa personne*. »

[457] *Ibid.*, p. 857. « […] *l'indemnisation des héritiers n'est véritablement justifiée que s'ils étaient des proches de la victime et ont partagé ses souffrances*. »

[458] CE Sect., 29 janvier 1971, Association « jeunesse et reconstruction », Rec. CE, p. 81, AJDA 1971, p. 270, chron. Labetoulle et Cabanes, RDP 1971, p. 1473, note Waline.

D. CHAUVAUX, concl. sur CE Sect., 29 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, *op. cit.*, pp. 852, 858.

[459] CE Sect., 26 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, Rec. CE, p. 147, concl. Chauvaux, RFDA 2000, p. 850, concl. Chauvaux. « *Considérant que le droit à la réparation d'un dommage, quel que soit sa nature, s'ouvre à la date à laquelle se produit le fait qui en est directement la cause ; que si la victime du dommage décède avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine avant son décès, est transmis à ses héritiers*. »

II. Tiers au sens de la responsabilité administrative et notion du tiers

Le tiers au sens de la responsabilité administrative recouvre deux réalités différentes : soit il s'agit d'une victime : tiers par rapport aux travaux publics, à la personne publique auteur du dommage, entourage de la victime quelque soit sa qualité, soit il s'agit d'un coauteur au dommage par le biais de la notion du fait du tiers. La question est ici de savoir si ces deux réalités différentes peuvent être intégrées à la notion de tiers. Certains éléments de réponse ont déjà été donnés, par exemple, le tiers du fait du tiers est un coauteur du dommage causé à la victime. Cependant la réponse finale reste délicate à établir. Le tiers est étranger à une situation juridique. Il faut alors définir ce qu'est la situation juridique. Prenons l'exemple d'un dommage survenu à l'hôpital. La situation juridique correspond à tous les liens de droit constitués par la survenue du dommage. Or qui seront les étrangers à cette situation ? L'entourage de la victime usager, s'il n'invoque aucun préjudice propre. De même, si ce dommage est survenu en raison de l'intervention d'un « tiers », d'où la présence d'un fait du tiers, ce « tiers » ne sera pas étranger à la situation juridique, il ne peut recevoir la qualification de tiers puisqu'il est coauteur du dommage.

Nous sommes devant une situation inattendue. Ce que le juge administratif appelle « tiers », nous ne le considérons pas forcément comme un tiers. Il faut alors reprendre les deux situations mises en lumière. En ce qui concerne le fait du tiers, est appelé tiers le coauteur du dommage. Or le coauteur d'un dommage ne peut pas être étranger à la situation juridique prise en compte, il en fait pleinement parti, il en est l'un des principaux acteurs. Alors pourquoi le dénommer « tiers » ? Le fait du tiers n'est pas une invention purement administrative, bien au contraire, le fait du tiers est une cause exonératoire commune au droit civil et au droit administratif. Que cela soit en droit civil ou en droit administratif, la notion de fait du tiers permet de mettre en lumière le fait qu'une personne extérieur à l'instance, le tiers coauteur, a joué un rôle dans la réalisation du dommage. Par définition, le tiers coauteur est étranger à l'instance en réparation engagée par la victime contre la personne publique. En raison du référentiel : « instance contentieuse », le coauteur est bien étranger à l'instance, il lui est resté tiers. Cela nous confronte une fois de plus au problème du référentiel. Cependant, il ne faut pas se laisser abuser en prenant des référentiels trop étroits. Ce qui nous intéresse effectivement c'est la situation juridique globale, c'est donc celle débutant avec la réalisation du dommage. Dans ce cadre-là, parler du fait du tiers est un abus de langage. Ce que le juge,

qu'il soit judiciaire ou administratif, appelle tiers, n'est pas, selon nous, un tiers puisqu'il n'est pas étranger à la situation juridique prise en compte, il en est justement acteur.

Le problème est alors qu'en suivant ce raisonnement, c'est-à-dire qu'il faut prendre en compte la situation juridique globale, au moment de la réalisation du dommage, la victime qui avait la qualité de tiers par rapport à l'ouvrage public ou par rapport au service public, n'est pas non plus un tiers puisqu'il s'agit d'une victime qui est unie par un lien de droit avec la personne publique auteur du dommage. Nous sommes dans la même situation qu'en ce qui concerne le fait du tiers, à la seule différence qu'il s'agit ici de la victime, alors que dans le cas du fait du tiers, il s'agit d'un coauteur. Dans un tel cas, les seuls tiers sont les héritiers de la victime, car eux, s'ils sont rattachés à la victime par des liens de droit de type civiliste, ils n'ont aucun lien juridique issu de la situation juridique dommageable. Le nombre de tiers potentiels se trouve alors fortement réduit. Bien évidemment, si nous prenons comme référentiel une période antérieure au dommage, ce nombre de tiers va augmenter. Toutefois, nous nous trouverions hors litige puisque en l'absence de dommage, aucun contentieux n'aura été ou n'aurait à être engagé. Il apparaît donc difficile d'assimiler les notions de tiers issues du droit de la responsabilité administrative, à la future notion de tiers.

Au regard de cette section, il est frappant de voir la distorsion entre le terme de tiers utilisé par le juge administratif et le postulat fondateur de la future notion de tiers. Ce que le juge administratif appelle « tiers » ne serait pas un tiers et ce qu'il n'appelle pas un « tiers » pourrait être qualifié, parfois, de tiers. Cette distorsion à une explication. Le juge administratif n'a pas le souci des notions conceptuelles, bien au contraire. Une notion conceptuelle est précise, mais aussi figée. Or le juge administratif refuse de s'enfermer dans des définitions rigides, leur seul objectif étant de résoudre les litiges portés devant eux. Ainsi nous obtenons deux définitions du tiers, une qui appartiendra à la doctrine, c'est le travail que nous tentons de réaliser dans cette thèse, et l'autre praticienne issue de l'expérience et de la pratique du juge administratif ([460]).

Doctrine et juge administratif ont des conceptions différentes ; cela est dû à leur objet différent qui les anime : la doctrine synthétise et propose, le juge statue. Ce fait est prégnant concernant la notion de tiers. Ainsi en présence d'un « tiers » dans un litige touchant à la

[460] Explications issues de l'entretien du 29 mai 2009 avec le Président de la Cour administrative d'appel de Nancy, Monsieur le Conseiller d'Etat Daniel Giltard.

responsabilité administrative, il sera nécessaire de lui appliquer les futurs critères de détermination du tiers afin de savoir s'il est possible de le qualifier ou non de tiers. Cela sera réaliser en raison de référentiels, notamment celui de l'antériorité par rapport au dommage et celui de l'extériorité au dommage dans le cas des héritiers. Il convient donc de réaliser le même travail que nous avons proposé concernant le tiers opposant.

Conclusion de chapitre

Tiers par rapport à la décision de justice, à l'instance, à l'ouvrage public ou aux travaux publics, au service public ou au dommage : il s'agit des tiers que le juge administratif a distingués et qualifiés. Ces différents tiers se répartissent en différentes catégories présentant chacune différents points communs : extériorité par rapport à l'ouvrage public ou le service public, par rapport aux agents publics et aux usagers, par rapport à l'instance contentieuse… Mais aucune catégorie ne permet de regrouper ces différents tiers, aucune catégorie n'est suffisamment globale et transversale pour réaliser un tel travail, sauf la catégorie de « tiers » compris dans un sens générique.

L'hétérogénéité de la notion de tiers est issue du travail du juge qui n'a pas souhaité donner de définition globale du tiers reflétant une synthèse globale de sa notion et de ses actions. Confronter ces différentes notions avec le postulat de base que nous proposons (le tiers est une personne extérieure à un groupe ou à une situation) conduit à un constat. Le tiers par rapport à la décision de justice, à l'instance, à l'ouvrage public ou aux travaux publics, au service public ou au dommage sont des tiers selon le juge administratif. Ce n'est pas pour autant qu'ils sont tiers par rapport à une situation juridique ou s'ils y sont tiers, un élément permet de les rattacher à cette situation, comme les héritiers qui engagent l'action en responsabilité détenue par la victime du dommage, à l'image des ayants cause à titre universel.

Il convient ainsi de mieux cerner cette idée de situation juridique dans le cadre d'une approche nécessairement fonctionnelle.

Conclusion de titre

Le tiers en droit administratif ne constitue pas une notion conceptuelle.

Ce titre avait pour ambition de rechercher s'il existait une notion de tiers ; cette notion devait être trouvée au sein des notions administratives conceptuelles. Pourtant, un constat d'échec est réalisé : la notion globale et transversale du tiers est absente du droit administratif. Ce constat doit cependant être relativisé : des notions de tiers existent. Mais ces notions sont imprécises, éparses et cantonnées à des domaines contentieux particuliers tels que celui de la responsabilité ou celui du contentieux administratif.

Un tel constat aboutit à une conclusion : la notion de tiers en droit administratif reste à être élaborée.

Commence alors un travail permettant l'élaboration de la notion de tiers. Ce travail se matérialise en plusieurs étapes : établissement du postulat fondateur, délimitation des contours de la notion, élaboration de la notion conceptuelle ou fonctionnelle, détermination des critères d'identification. Ce titre a permis de réaliser les deux premières étapes de ce travail.

Le tiers est une personne extérieure. De ce postulat fondateur découle un premier caractère d'identification du tiers : son caractère d'extranéité ou d'extériorité. Le tiers est une personne extérieure à un groupe ou à une situation. De l'établissement de ce postulat de base découle la possible délimitation des contours de la notion de tiers. Cette délimitation est réalisée à l'aide d'une confrontation du tiers avec des notions administratives telles que celles de personne publique, d'administré, d'usager et d'agent public. Mais cette confrontation serait incomplète si le postulat fondateur n'était pas confronté avec les notions de tiers au sein de la tierce opposition et de la responsabilité administrative. Cette double confrontation a permis d'affiner le postulat fondateur : le tiers est une personne extérieure à une situation juridique. Le postulat de base doit ainsi être plus précis ; il doit intégrer des référentiels. Les référentiels permettent de prendre en compte un système de référence comme l'élément temporel, c'est-à-dire l'instance contentieuse ou la réalisation du dommage. Ces différents éléments permettent de mieux appréhender la situation juridique à laquelle le tiers doit être extérieur ou étranger. Enfin, la délimitation de la notion de tiers a permis d'exclure de la notion de tiers les diverses notions de tiers qui étaient à notre disposition. Ces exclusions sont de principe, ce qui ne

constitue pas un obstacle à une intégration au cas par cas ; si, en raison du litige, la personne remplit finalement les critères d'identification du tiers.

Titre 2 : Existence d'une notion fonctionnelle du tiers

Non seulement le tiers n'existe pas au sein des notions conceptuelles, mais il parait difficile de créer une notion conceptuelle de tiers puisqu'aucune unité ne peut être trouvée en son sein permettant d'en déduire un concept. Ainsi, l'élaboration de la notion de tiers doit passer par la seconde catégorie de notion : la notion fonctionnelle.

La notion fonctionnelle consiste à trouver une unité au sein de catalogue de notions qui paraissent sans point commun. La notion fonctionnelle permet de trouver un liant ; ce liant est constitué par la fonction que sont censées remplir les diverses notions composant un catalogue déterminé.

Le tiers est composé de diverses notions et espèces contentieuses ; le tiers constitue un catalogue particulier au sein du droit administratif. Nous souhaitons alors rechercher si ces diverses notions et espèces peuvent trouver une unité, cette unité étant constituée par la fonction que devrait remplir la notion de tiers. Cette unité peut être trouvée dans la régulation, positive ou négative, de l'accès au prétoire du juge administratif. Dès lors, le tiers constitue une notion fonctionnelle.

Cependant définir le tiers en tant que notion fonctionnelle ne permet pas d'obtenir une définition pleine et entière de cette notion. En effet, les seuls éléments de détermination du tiers sont alors constitués par le postulat fondateur posé, les prémices de critères d'identification, notamment la notion de référentiel, et la fonction remplie. Or ces éléments sont insuffisants pour identifier le tiers au sein d'espèces contentieuses déterminées. Nous devrons donc proposer les différents critères permettant d'identifier le tiers. De ce travail d'identification, nous obtiendrons un protocole scientifique de détermination du tiers permettant l'identification de deux tiers distincts.

Chapitre 1 : Le tiers est une notion fonctionnelle

Chapitre 2 : Les critères de détermination du tiers

Chapitre 1 : Le tiers est une notion fonctionnelle

La notion de tiers ne peut être définie par une notion conceptuelle dont le contenu est clair, précis, cohérent et invariable. Devons-nous en conclure que le tiers ne peut être défini ? Ce qu'il faut envisager maintenant c'est que nous devons rejeter l'idée de créer un concept propre du tiers et donc rejeter l'idée d'obtenir une définition complète et invariable du tiers. Le seul moyen d'obtenir une telle définition serait de se contenter du postulat de base : un tiers est une personne étrangère ou extérieure à un groupe ou à une situation juridique. Cependant cette définition ne nous satisfait pas complètement puisqu'elle ne permet pas d'intégrer les différences existant entre les tiers, ainsi que leur rôle au sein du droit administratif. Cette définition n'est donc qu'un point de départ. Elle ne peut constituer à elle seule, une définition achevée du tiers.

La solution proposée se trouve dans une seconde catégorie de notion : la notion fonctionnelle. Il s'agit d'une catégorie de notion suggérée par G. Vedel. Cette notion permet de créer et/ou de donner du contenu ou une unité à une notion complexe, incertaine, par son utilité et sa fonction. L'utilisation de cette catégorie de notion est pertinente en ce qui concerne la notion de tiers. Elle permet de répondre aux difficultés auxquelles la catégorie de notion conceptuelle n'a pu répondre. Ainsi la première section va être réservée à l'étude de cette catégorie de notion fonctionnelle, ce qu'il faut réaliser avant de pouvoir utiliser cette catégorie au profit de la notion de tiers.

Si la notion de tiers est une notion fonctionnelle, cela signifie qu'elle remplit une mission précise. La seconde section sera donc consacrée à l'étude de la fonction remplie par la notion de tiers. Ainsi, si nous ne pouvons proposer une définition du tiers construite à l'image des définitions des notions conceptuelles, nous obtiendrons des éléments de définition permettant de donner corps à l'essence du tiers. Cette section se terminera par une étude de la notion de standard. En effet, il est intéressant de savoir si la notion de tiers peut constituer « *un étalon de la réalité factuelle* » ([461]). Cette recherche poursuit ainsi le but de définir l'essence de la notion de tiers.

[461] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Droit privé, 1999, p. 60.

Section 1 : Définition de la notion fonctionnelle

Notion conceptuelle et notion fonctionnelle. Toutes deux permettent de définir des notions, mais ces définitions ne se situent pas sur le même plan. L'une définit un concept, l'autre définit une notion par sa fonction. Le tiers ne peut être défini par un concept, c'est le constat d'échec réalisé dans le titre précédent. Le tiers conçu comme une personne étrangère, extérieure à un groupe ou une situation constitue un protocole non abouti de détermination du tiers ; cette définition ne constitue pas non plus un concept. Il est donc nécessaire de classer la notion de tiers dans une autre catégorie que celle des notions conceptuelles.

Nous proposons de concevoir la notion de tiers sous l'angle d'une notion fonctionnelle. La notion fonctionnelle a été mise en lumière par G. Vedel en 1948. Il concevait que des notions pouvaient ne pas être conceptuelles, c'est-à-dire une notion définie de manière précise, claire et surtout invariable malgré l'utilisation qui en est faite. Une notion fonctionnelle est une notion dont l'unité de trouve dans son utilité, sa définition se trouve dans son utilisation.

Le tiers peut trouver sa définition dans la notion fonctionnelle. Nous pouvons définir le tiers grâce à cette théorie. Cependant il est nécessaire de commencer cette section par l'étude de la théorie de la notion fonctionnelle et ainsi maîtriser cet instrument mis à notre disposition. Il convient ensuite d'appliquer ce nouvel instrument à la notion de tiers et ainsi d'en démontrer sa particulière pertinence pour le caractériser.

I. La notion fonctionnelle selon G. Vedel

La théorie de la notion fonctionnelle est apparue dans un article paru au JCP en 1948. Cette théorie a été complétée par un second article paru dans cette même revue en 1950. Il faut de suite objecter que ces deux articles en question ne sont pas entièrement dédiés à la notion fonctionnelle. Bien au contraire, par exemple, dans le second article, G. Vedel développe sa théorie uniquement dans une partie de son introduction. Ce traitement ne fait pas obstacle à son importance et à sa pertinence pour définir le tiers ; il ne fait pas non plus obstacle à son apport au droit administratif et plus généralement au Droit ([462]). Il convient ainsi d'étudier les deux articles et de les commenter, afin de maîtriser cet instrument mis à notre disposition : la catégorie des notions fonctionnelles ([463]).

A. « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », l'origine de la notion fonctionnelle

G. Vedel a envisagé la notion fonctionnelle afin de palier à l'absence de notion conceptuelle permettant de définir la voie de fait. Il a élaboré cette théorie dans un article : « *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)* » ([464]), et plus particulièrement dans le point numéro 11 de cet article. Il faut donc remarquer que la théorie de la notion fonctionnelle est élaborée de manière succincte, puisque l'objet même de l'article en question est de traiter de la voie de fait et non de la notion fonctionnelle. Ainsi les données concernant la notion fonctionnelle seront peu importantes en nombre, mais l'essence de cette notion déjà bien construite. De plus, il faut avoir à l'esprit que G. Vedel se rapporte tout au long de ses développements à la notion de voie de fait qu'il tente de définir.

---

[462] P. DELVOLVE, L'apport du doyen Vedel au droit administratif, *RFDA* 2002, p. 223. « *Plus de cinquante ans après cette analyse, elle reste la seule explication de certaines notions de notre droit.* »

[463] G. TUSSEAU, Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 644. « *Stricto sensu, l'expression* [notion fonctionnelle] *est destinée à caractériser un type particulier de notion, dont la spécificité serait d'être, par opposition à d'autres types de caractéristiques, « fonctionnelle ». L'importance du qualitatif tient alors au fait que la notion fonctionnelle s'oppose à d'autres notions, qu'il est nécessaire de qualifier autrement*. »

[464] G. VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires), *JCP* 1948, I, 682.

Tout d'abord, toute chose a une origine, une naissance. Ainsi la notion fonctionnelle a, elle aussi, des origines précises permettant d'expliquer sa création. L'origine de la notion fonctionnelle vient du fait que toutes les notions juridiques existantes ne peuvent toutes être définies par des notions conceptuelles. Les critères à remplir pour qu'une notion puisse être qualifiée de conceptuelle sont pour certaines notions délicates voire impossible à remplir. Il arrive que des notions juridiques « jeunes », en formation ne puissent remplir les critères de précision, clarté, simplicité et cohérence. Cela ne signifie pas pour autant que ces notions n'ont aucune existence. C'est seulement qu'elles ne peuvent s'exprimer par le biais de la notion conceptuelle. La notion du tiers en constitue une illustration. C'est pour ces raisons que G. Vedel a recherché l'existence d'une autre catégorie de notion qui permettrait de créer une alternative aux notions conceptuelles ([465]).

Les origines de la notion fonctionnelle étant posées, il convient d'en étudier l'essence même. Pour l'auteur, la nouvelle catégorie de notions qui vient s'additionner à celle de notions conceptuelles a une substance « *fonctionnelle* » et c'est de cette substance particulière que la nouvelle catégorie de notions trouve son unité propre ([466]). G. Vedel définit les notions fonctionnelles de cette manière : « *pourtant, si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle. Elles permettent au juge de résoudre un certain nombre de problème du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler, mais elles constituent des notions « ouvertes », prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur* » ([467]). La notion fonctionnelle est une notion ouverte qui permet de donner au juge administratif une grande flexibilité dans son utilisation et dans l'avenir à donner à cette notion. Une notion sera qualifiée de fonctionnelle lorsqu'elle ne peut à elle seule, constituer un concept, alors qu'elle peut constituer autre chose ayant une utilité et une évolution propre. Une unité remplaçant le concept initialement demandé est nécessaire. Cette unité se trouve dans la fonction que remplit la notion. Ces notions sont alors qualifiées de notions fonctionnelles puisque ce sont leurs fonctions qui leur

[465] *Ibid*., n° 11. « *Toutes les branches du droit et particulièrement le droit administratif possèdent ou ont possédé des catégories que l'on est en peine de définir logiquement. En tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence*. »

[466] *Ibid*., n° 11. « *C'est que la voie de fait nous parait appartenir à cette espèce de catégories juridiques dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle*. »

[467] *Ibid*., n° 11.

attribuent une essence et ainsi leur permettent de demeurer en tant que notion. Enfin, ces notions sont spécifiquement destinées aux magistrats plutôt qu'à la doctrine, puisque les juges peuvent permettre leur évolution par une application, une utilisation large ou au contraire réduite. Par la suite, la doctrine joue toutefois un rôle : consacrer la notion fonctionnelle ou la faire évoluer en notion conceptuelle par différents moyens.

La notion fonctionnelle est créée et définie. Reste à concevoir son avenir. Pour l'auteur, « *le plus souvent, après une évolution assez longue, on peut dresser un catalogue des cas d'espèce qui leur correspondent. Quand ce catalogue est assez fixé, ou bien la catégorie est à un point de maturité qui permet d'en faire une théorie cohérente, ou bien elle se résorbe dans une ou plusieurs catégories plus logiques et disparaît* » ([468]). Selon cette citation, nous sommes en présence, non seulement, de l'avenir réservé aux notions fonctionnelles, mais aussi la technique à utiliser pour les concevoir, les déterminer, les reconnaître. Pour concevoir une notion fonctionnelle, il s'agit de regrouper différentes espèces contentieuses traitées dans un sens commun ou présentant de grandes similitudes pouvant malgré tout conduire à des solutions opposées. Ce travail permet d'élaborer le catalogue nécessaire à l'établissement de la notion fonctionnelle. C'est de ce catalogue que surgit la fonction commune aux différents cas d'espèces créant l'unité, le lien entre toutes ces espèces. A partir de ce moment-là, nous sommes en présence d'une notion fonctionnelle définie. Son avenir peut alors être envisagé. L'avenir d'une notion fonctionnelle se divise en deux possibilités. Selon la première possibilité, la notion fonctionnelle constitue une notion fonctionnelle complète, cohérente, précise et efficace. Bref, nous sommes en présence d'une notion utilisable en tant que telle à l'image de toute notion conceptuelle, la seule différence étant que nous utilisons une notion fonctionnelle et non conceptuelle. Ainsi la première possibilité d'avenir offerte à la notion fonctionnelle est d'être une notion fonctionnelle utilisable et utilisée que cela soit par les praticiens du droit ou par la doctrine. Selon la seconde possibilité, l'avenir de la notion fonctionnelle est de disparaître. Cela signifie que le ou les éléments, qui permettaient de réunir les différents cas d'espèces dans le catalogue initial, peuvent être fusionnés dans d'autres notions qu'elles soient conceptuelles ou fonctionnelles. Par exemple, le catalogue initial peut constituer une catégorie au sein d'une autre notion plus large, mais aussi plus finalisée. Si la notion fonctionnelle se dissout dans une autre notion fonctionnelle ou conceptuelle, c'est que cette notion n'avait pas suffisamment de consistance ou d'essence

[468] *Ibid*., n° 11.

pour résister. Il s'agissait alors d'une notion trop fragile, manquant de certains éléments fondamentaux permettant sa pérennisation. Il faut donc en conclure que les seules notions fonctionnelles qui puissent exister, doivent recouvrir des critères fondamentaux proches de ceux constituant les notions conceptuelles. Ainsi les notions fonctionnelles doivent, dans leur essence-même, être cohérentes et précises, mais aussi avoir un certain degré de maturité, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir vécues et évoluées. Les notions fonctionnelles doivent, pour perdurer, avoir une essence forte et consistante. En ce sens, elles ressemblent aux notions conceptuelles. La différence existante entre les notions fonctionnelles et les notions conceptuelles est donc que leur essence n'a pas le même objet. Pour les premières, il s'agit d'un objet fonctionnel : elles s'unissent en raison de leur rôle. Pour les secondes, il s'agit d'un objet conceptuel : elles s'unissent en raison du concept qu'elles diffusent.

Enfin, l'auteur a voulu illustrer son propos. En effet, il n'a pas hésité à prendre des exemples de notions fonctionnelles. En réalité, il s'agit surtout d'un exemple concernant un bloc d'actes administratifs. Selon G. Vedel, les actes discrétionnaires, les actes de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur constituent des notions fonctionnelles ([469]). Cependant pour nous qui reprenons l'étude de son article, nous considérons que la voie de fait est un exemple de notion fonctionnelle. En effet, le but de cet article est, entre autres, de définir l'essence de la voie de fait. Or cela est réalisé par le biais de la théorie de la notion fonctionnelle, ce qui constitue selon nous, un exemple ([470]). Ce premier article a ainsi permis de poser les premiers fondements de la théorie de la notion fonctionnelle. Un second article permet d'approfondir et de consolider cette théorie, permettant de mettre à notre disposition un instrument efficace afin de définir la notion de tiers.

[469] *Ibid*., n° 11. « *L'ancienne catégorie des actes discrétionnaires, celles, toujours vivantes, des actes de gouvernement, ou des mesures d'ordre intérieur paraissent avoir eu ou avoir une telle nature : elles répondent plus à une fonction qu'à une notion.* » Il s'agit donc de notions fonctionnelles.

[470] *Ibid*., n° 11. « *La catégorie de la voie de fait nous semble avoir une nature semblable*. » « *Et cependant, si l'on envisage la fonction que remplit la voie de fait, l'unité de la catégorie est évidente : cette fonction est de retirer à l'Administration et à ses agents, dans certains cas d'abus exorbitants, la protection qui résulterait du jeu normal de la séparation des pouvoirs.* » « *La notion reste « ouverte », plastique ; les précisions qui lui sont déjà apportées ne dessinent pas encore ses contours définitifs*. »

B. « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », la confirmation de la théorie de la notion fonctionnelle

Deux années après avoir mis en lumière la théorie de la notion fonctionnelle, G. Vedel développe et confirme sa théorie par le biais d'un nouvel article ([471]). Il faut, de nouveau, remarquer que l'objet de l'article ne concerne pas la notion fonctionnelle, mais la voie de fait. Ainsi, G. Vedel poursuit l'élaboration de sa théorie dans les mêmes conditions que celles qui ont données lieu à sa création. Mais à la différence du précédent article, la notion fonctionnelle est traitée dans l'introduction afin que l'auteur puisse se concentrer sur la voie de fait dans le corps de son article. Le fait d'être traitée dans l'introduction n'empêche, cependant, pas l'auteur de développer et d'approfondir sa théorie. Il y consacre deux points qu'il convient d'étudier maintenant.

En ce qui concerne l'approche même de la notion fonctionnelle, elle est quasiment identique à celle de son premier article ([472]). Cependant cette approche met l'accent sur ce que G. Vedel a voulu approfondir dans la notion fonctionnelle : l'opposition fondamentale entre la notion fonctionnelle et la notion conceptuelle. Cet article reste donc dans la continuité du premier, mais en souhaitant compléter l'élément fondateur de la notion fonctionnelle : son opposition à la notion conceptuelle. G. Vedel reprend donc la définition de la notion conceptuelle pour mieux mettre en lumière ses différences avec la notion fonctionnelle.

G. Vedel développe rapidement dans son point numéro 4, la notion conceptuelle. Les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Sans doute ne sont-elles pas immuables, mais les enrichissements ou les retranchements qu'elles peuvent subir sont imputables à l'évolution des données auxquelles on les applique, et non à leur nature même* » ([473]). Cette citation est frappante dans le sens où elle montre, dès à présent, une opposition fondamentale entre la notion fonctionnelle et la notion conceptuelle. La notion conceptuelle, si elle doit forcément évoluée comme toute notion, reste stable par ses critères de définition. G. Vedel ne donne pas de critères spécifiques définissant la notion conceptuelle.

[471] G. VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *JCP* 1950, I, 851.

[472] *Ibid.*, n° 4. « *Le droit administratif, plus peut être que toute autre discipline juridique, comporte à côté de notions proprement conceptuelles des notions fonctionnelles*. »

[473] *Ibid.*, n° 4.

Cependant nous pouvons remarquer qu'il fait allusion à ces critères. La notion est donc constituée par un concept défini de manière claire, précise, simple et cohérente, cela permettant au concept d'être quasi-invariable malgré les évolutions futures. D'ailleurs, l'auteur prend en compte l'utilisation ainsi que l'avenir destinés aux notions conceptuelles : « *sans doute aussi leur mise en œuvre comporte-t-elle l'inévitable marge d'incertitudes et d'hésitations qu'implique le passage du monde des règles de droit à celui des solutions concrètes. Mais elles ont une réelle unité conceptuelle. Encore que ce ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent* » ([474]). Nous remarquons l'opposition entre la notion conceptuelle et la notion fonctionnelle, telle que définie dans le premier article de l'auteur, par l'aspect invariable de l'utilisation de la notion conceptuelle. La notion conceptuelle illustre, transporte, diffuse un concept. Ce concept est invariable quel que soit le sort réservé à son utilisation. L'auteur illustre ainsi son propos : « *l'utilisation de toutes ces notions* [conceptuelles] *dépend de leur contenu, le contenu ne dépend pas de l'utilisation* » ([475]). Il en va tout autrement en ce qui concerne la notion fonctionnelle.

Une différence marquante est présente dans cet article. Dans son premier article, l'auteur développait la définition de la notion fonctionnelle. Cela ne pose aucun problème puisqu'il paraît logique de définir toute notion en création. Dans son second article, cette définition de la notion fonctionnelle est beaucoup moins présente. Nous avons l'impression que la définition de cette notion se réalise par déduction. L'auteur définit la notion conceptuelle, donc nous déduisons que la notion fonctionnelle en est l'opposé. La définition qu'en donne G. Vedel est alors en opposition claire avec les notions conceptuelles : « *les notions « fonctionnelles » au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère une véritable unité* » ([476]). Si nous prenons l'exemple des actes de gouvernement considérés comme une notion fonctionnelle par l'auteur, il justifie cette qualification par l'absence de définition à donner et par le lien unissant cette catégorie : la fonction remplie ([477]). Si pour les notions conceptuelles,

[474] *Ibid.*, n° 4.

[475] *Ibid.*, n° 4.

[476] *Ibid.*, n° 4.

[477] *Ibid.*, n° 4. « *Il parait nécessaire de soustraire ces actes à tout examen juridictionnel. On peut bien dresser le catalogue des actes de gouvernement ; mais on ne peut pas définir la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction*. »

l'utilisation dépend du contenu, le contenu ne dépendant pas de l'utilisation ; pour les notions fonctionnelles, l'utilisation dépend du contenu qui dépend de l'utilisation faite de la notion. Il est vrai qu'aucun critère de détermination de la notion fonctionnelle n'est donné par l'auteur. Pour reconnaître une telle notion, il revient au juriste de déterminer si au sein d'un certain nombre de notions, un élément permet de les lier, ce lien étant constitué par la fonction remplie par ces notions, ce lien devant être sensiblement le même. Toutefois, si G. Vedel ne donne pas de critères de détermination ou de reconnaissance de la notion fonctionnelle, il reprend la procédure à suivre établie dans son premier article afin de déterminer de telles notions. Il s'agit ainsi d'établir un catalogue ([478]).

Pour finir sur ce paragraphe de définition de la notion fonctionnelle, il faut remarquer que l'auteur précédait les critiques. En effet, il envisageait la principale critique à faire sur la notion fonctionnelle : il s'agit de notion dont la définition ne sera jamais parfaite ([479]). Cependant il minimise cette critique. En effet, nous partons du principe que toutes les notions ne sont pas conceptuelles. Donc certaines notions expriment autre chose qu'un concept, alors que le concept constitue une définition parfaite. Cela signifie donc que certaines notions ne pourront jamais être constituées par des définitions parfaites. Il est alors nécessaire de leur donner un contenu, même si ce contenu est imparfait, afin de leur procurer unité et consistance. Cela est alors réalisé par la notion fonctionnelle qui malgré les incertitudes qui lui sont propres, permet de donner de l'essence à des notions qui n'en avaient pas ou qui en manquaient. Ainsi au regard de ce qu'apporte la notion fonctionnelle à l'état du droit et même si le principal inconvénient de cette notion est de donner des notions imparfaites, il faut remarquer que la « balance avantage-coût » penche en faveur des avantages de la notion fonctionnelle.

A l'image de son premier article, G. Vedel envisage l'avenir des notions fonctionnelles. En la matière, il est plus précis que dans son premier article. Il envisage toujours deux possibilités d'évolution : soit la notion fonctionnelle devient une notion

[478] *Ibid.*, n° 4. « *D'abord la jurisprudence est amenée peu à peu à dresser un catalogue des principaux cas où elles trouvent application, et ainsi la stabilité et la prévisibilité, si importantes dans la vie juridique pratique, se trouvent assurées aussi bien qu'il est possible*. »

[479] *Ibid.*, n° 4. « *On peut certes souligner les inconvénients des notions « fonctionnelles », et notamment le fait qu'elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées, que leur contenu ne peut être épuisé par une définition. Il ne faut cependant pas exagérer ces inconvénients*. »

conceptuelle, soit la notion fonctionnelle reste « en l'état » ([480]). Ainsi il existerait deux types de notions fonctionnelles : celles qui ne sont fonctionnelles que durant un certain lapse de temps et qui vont forcément évoluer vers autre chose, c'est-à-dire vers une absorption par une notion conceptuelle, et celles qui sont fondamentalement fonctionnelles, c'est-à-dire qui resteront fonctionnelles et qui ne pourront bénéficier d'une absorption par une notion conceptuelle, restant ainsi éternellement imparfaite et donc plus délicate à saisir.

G. Vedel a confirmé sa théorie de la notion fonctionnelle, il l'a opposée avec la notion conceptuelle, il a donné ses défauts et envisagé son avenir. Reste encore à justifier cette création. Cette justification est particulièrement poussée et approfondie dans son second article. L'auteur met l'accent sur les différences existantes entre les différentes branches du droit afin de justifier le recours à la notion fonctionnelle. Il invoque particulièrement la jeunesse du droit administratif et son caractère prétorien tendant à un recours plus important à la notion fonctionnelle dans cette branche du droit, notamment si nous la comparons avec le droit civil. Selon G. Vedel, « *l'utilisation de notions fonctionnelles est indissociable de tout système de droit, encore que toutes les branches du droit n'y fassent pas un appel également large* » ([481]). La notion fonctionnelle est censée être utilisée dans toutes les branches du droit, ce n'est pas pour autant que toutes les branches du droit ont besoin d'utiliser la notion fonctionnelle. Ainsi « *le droit civil* […] *recourt à des catégories fonctionnelles. Encore est-il très souvent préservé de ce recours par son ancienneté, par la précision de ses règles largement codifiées, et, pour tout dire, par sa perfection au sens technique du mot. Le droit administratif, beaucoup plus jeune, beaucoup plus mouvant par la force des choses et la volonté du législateur, moins achevé, y fait un plus large appel. Comment s'en étonner ?* » ([482]). Après avoir justifié l'existence de la notion fonctionnelle au sein de tout système de droit, l'auteur justifie sa présence et son utilisation en droit administratif. Il réalise cela par le biais d'un développement conséquent : « *le juge administratif est obligé à la fois de créer très abondamment des règles de droit et, en même temps, conformément à notre*

[480] *Ibid.*, n° 4. « *En outre, les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle*. » « *Mais cette disparition des notions fonctionnelles par résorption dans une théorie conceptuelle à la fois plus large, plus précise et plus complexe, ne se produit pas à volonté. Elle suppose une maturation des problèmes qui, elle-même, ne dépend pas de facteurs exclusivement juridique. Il ne servirait à rien de vouloir la hâter.* »

[481] *Ibid.*, n° 4.

[482] *Ibid.*, n° 4.

système officiel de sources, de feindre en quelque sorte de ne rien tirer que de la loi et du règlement. Il ne peut donc pas s'abstenir d'une politique jurisprudentielle, car comment créer des règles de droit sans statuer de lege ferende ? Mais il ne peut pas davantage exposer clairement son point de vue sur ce sujet ni découvrir les inévitables évolutions de ce point de vue puisqu'il est censé n'avoir comme guide que la lex lata. Par conséquent, en certains domaines qui vérifient particulièrement ces constatations, il devra recourir à des notions très souples dont la véritable unité sera empruntée à une inspiration de caractère politique au sens noble du mot, c'est-à-dire à la fonction qui leur est assignée » ([483]). La notion fonctionnelle est donc, selon G. Vedel, d'utilisation particulièrement opportune pour le juge administratif. Cette catégorie de notion lui permet de mener à bien sa politique jurisprudentielle, mais aussi de développer, tout simplement, le droit administratif et de le faire évoluer. La notion fonctionnelle permet le développement du droit administratif, cela avec l'objectif de faire mûrir les notions fonctionnelles créées et permettre leur absorption par des notions conceptuelles. La notion fonctionnelle, par sa définition imparfaite, permet d'atteindre ce but, même si certaines notions seront condamnées à rester des notions fonctionnelles. Encore faut-il parler de condamnation ?

G. Vedel donne, enfin, des exemples de notions fonctionnelles. Dans cet article, il ne se limite pas à donner des exemples uniquement applicables au droit administratif, mais il a élargi sa liste. Pour commencer, nous pouvons citer des exemples de notions fonctionnelles en droit administratif. L'auteur reprend notamment ceux de son premier article tout en faisant des ajouts : les mesures d'ordre intérieur, les établissements publics, les actes de gouvernement et les actes discrétionnaires ([484]), la voie de fait ([485]), sont des notions fonctionnelles. Par ailleurs, l'exemple de la voie de fait est plus développé. La voie de fait est une notion fonctionnelle en raison de deux arguments principaux. Tout d'abord, elle présente une « *irréductible multiplicité* » ([486]). De plus, « *la marge étendue d'appréciation concrète réservée au juge* » ([487]), pousse l'auteur a la qualifiée de fonctionnelle. Nous voyons ainsi apparaître, dans cet exemple, les éléments précédemment cités, c'est-à-dire l'existence d'un catalogue de notions unies entre elles par un lien qui caractérise leur fonction, mais aussi le

[483] *Ibid.*, n° 4.

[484] *Ibid.*, n° 4.

[485] *Ibid.*, n° 5.

[486] *Ibid.*, n° 5.

[487] *Ibid.*, n° 5.

caractère particulièrement souple de la notion fonctionnelle permettant au juge administratif de garder la main sur sa création jurisprudentielle. G. Vedel donne ensuite des exemples tirés du droit civil. Il qualifie quatre notions de fonctionnelles : la faute, l'abus des droits, la nécessité et la cause, et ainsi prouve l'existence de notions fonctionnelles en droit civil ([488]). Cependant nous souhaitons rester cantonné au domaine administratif. Nous ne cherchons pas à savoir si en l'état du droit actuel les exemples donnés par G. Vedel constitue encore des notions fonctionnelles ou si elles ont été absorbées par des notions conceptuelles. Nous cherchons à savoir si la notion fonctionnelle peut être utile dans l'établissement d'une notion du tiers.

II. Une application opportune à la notion de tiers

La théorie de la notion fonctionnelle offre un instrument de définition maîtrisable et que nous pouvons donc utiliser. Cependant avant de l'utiliser au profit de la notion de tiers, afin de la définir au mieux, il faut revenir sur le constat d'échec réalisé en ce qui concerne l'élaboration d'une notion conceptuelle du tiers. Ainsi, en relevant les difficultés rencontrées concernant la notion conceptuelle, il sera plus aisé de les éviter lors de l'utilisation d'un nouvel instrument : la notion fonctionnelle.

Le but initial de cette thèse était de définir par le biais d'un concept, la notion de tiers. Nous recherchions une notion conceptuelle du tiers, une notion regroupant les caractéristiques de précision, clarté, simplicité et de cohérence inhérentes à toute notion conceptuelle. Or le problème est qu'avant de pouvoir qualifier une notion de conceptuelle, il faut d'abord trouver cette notion. Nous avons démontré qu'aucune notion générale du tiers ne pouvait être trouvée et qu'*a fortiori* il était impossible de trouver les quatre caractéristiques de la notion conceptuelle dans la notion de tiers comprise comme « une personne extérieure à un groupe ou une situation juridique ». La notion de tiers ne peut être synthétisée par un concept. Par ailleurs, la notion de tiers, qui est en notre possession, offre un protocole de détermination et non une définition positive. La question est alors de savoir si la notion de tiers peut entrer dans la seconde catégorie de notion : la catégorie des notions fonctionnelles.

La notion fonctionnelle permet de trouver un liant, un point commun à différentes notions indéfinies, à des espèces contentieuses contenus dans un catalogue qui à première vue

[488] *Ibid*, n° 4.

n'ont aucun point commun. Ce liant est la fonction remplie par les notions inscrites dans le catalogue pris en compte. Ainsi il est nécessaire d'établir ce catalogue de notions et d'y rechercher si une fonction commune peut être remplie par ces différentes notions. Si cette recherche est un succès en ce qui concerne le tiers, nous serons alors en présence d'une qualification à lui donner, permettant de mieux définir la notion et de prouver que si la notion de tiers ne peut être conceptuelle, elle peut être autre chose tout aussi utile pour le juriste.

Un essai de catalogue de la notion de tiers a déjà été réalisé dans le titre précédent. Nous avons trouvé qu'il existait différentes notions de tiers dans des contentieux bien particuliers tel que le contentieux de la responsabilité administrative ou la procédure de tierce opposition. Nous avons, par ailleurs, exclu ces deux notions de la notion de tiers. En effet, ces deux notions de « tiers » étaient trop différentes, trop éloignées du postulat de base du tiers que nous avons retenu : une personne extérieure ou étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Il est vrai qu'au regard de la notion de tiers que nous pouvons identifier dans le reste du droit administratif, il aurait été difficile de trouver le liant entre ces deux notions spécifiques de « tiers » et la notion générale de tiers proposée. Le liant ne pouvant être trouvé, il n'aurait pas été possible de donner une qualification à la notion de tiers, d'où l'exclusion de ces deux notions issues de contentieux particuliers.

Ainsi, le catalogue répondant au postulat de base proposé prend en compte tous les cas contentieux où le ou les requérants répondent à une telle définition. Ainsi ce catalogue offre des espèces contentieuses concernant principalement la contestation des actes pris par les personnes publiques tels que les contrats ou les actes administratifs unilatéraux. Ces contestations touchent de nombreux domaines du droit administratifs : les services publics, le droit de l'environnement, celui de l'urbanisme, celui de la fonction publique, celui des relations contractuelles. Dans ces différents domaines, nous trouvons des espèces dans lesquelles apparaissent des tiers. Reste maintenant à trouver le liant au sein de ce catalogue.

Ce que nous remarquons clairement au sein de ce catalogue, c'est la diversité des réponses contentieuses, en plus de la diversité notoire des domaines du droit administratif pris en compte. En effet, il faut remarquer que le juge administratif utilise tout l'éventail de ses pouvoirs lorsqu'il est en présence d'une requête formée par un tiers. En effet, il peut soit déclarer la requête irrecevable, soit la juger au fond et dans ce cas, soit la rejeter, soit donner satisfaction au tiers requérant. Devant un tel catalogue, il est délicat de trouver le liant entre toutes les espèces contentieuses. Il est pourtant évident que ce liant ne se trouve ni dans un

concept commun, ni dans des traitements identiques des espèces aboutissant à des solutions identiques. Justement, le liant vient de ces solutions si radicalement opposées. Normalement quelle est la fonction que doit remplir le tiers ? Sa fonction est d'être neutre, sans interaction aucune. Or dans le catalogue d'espèces contentieuses dressé, le tiers ne reste pas neutre, mais il agit auprès du juge administratif. Ainsi le liant à trouver, à définir ici, concerne la relation qui va s'établir entre le ou les différents tiers, dans différents contentieux, et le juge administratif. Nous proposons de réserver nos développements sur ce propos dans une partie prochaine, afin de mettre en lumière cette relation particulière existante entre le tiers et le juge administratif permettant de déceler la fonction que remplit la notion de tiers : la régulation de l'accès au juge. Le liant existant dans la notion de tiers est sa fonction : l'accès au prétoire du juge administratif. Le tiers relève donc de la catégorie des notions fonctionnelles, celles dont le contenu se détermine par leur utilisation.

Cependant nous sommes devant une difficulté. Selon G. Vedel, les notions fonctionnelles devraient avoir deux avenirs possibles : soit elles sont absorbées par des notions conceptuelles, soit elles ne peuvent plus évoluer et restent fonctionnelles. Cela est remarquable dans les notions fonctionnelles anciennes. Or ici, la notion de tiers est tout sauf une notion récente. Nous venons de qualifier la notion de tiers de notion fonctionnelle. Cela signifie donc que nous sommes en présence d'une notion fonctionnelle « ancienne » qui logiquement aurait déjà dû évoluée vers l'un ou l'autre des avenirs déterminés par G. Vedel. Force est de constater, qu'aujourd'hui, la notion de tiers n'a pas été absorbée par une notion conceptuelle, la notion de tiers n'est pas non plus devenue une notion conceptuelle. Ainsi nous sommes en présence d'une notion fonctionnelle, celle de tiers, qui ne peut plus évoluer. Elle restera, en l'état actuel, une notion fonctionnelle, donc de constituer une certaine imperfection.

Il convient de se demander si le fait d'être en présence d'une notion qui potentiellement ne pourra plus évoluer, constitue un inconvénient. En réalité, il a été impossible de trouver un concept afin de composer la notion de tiers. A partir de là, il est impossible de trouver une définition parfaite du tiers. Cependant même si nous arrivons à une définition imparfaite, cette définition est tout de même nécessaire et intéressante. Ainsi le deuil a été fait de déterminer de manière minutieuse et précise la notion de tiers. D'ailleurs, si les différents auteurs qui ont été cités depuis le début de cette recherche n'ont pas trouvé de définition parfaite du tiers, qu'ils n'ont que créés des protocoles de déterminations du tiers,

c'était peut être tout simplement parce que c'était la seule solution possible. M. Chapus écrit dans son manuel : « *(c'est le sort des tiers que de toujours faire l'objet d'une définition négative)* » ([489]). La réalité est que le sort de la notion de tiers est d'être et de rester une notion fonctionnelle, seul moyen d'obtenir une unité suffisante dans un catalogue désordonné de différents cas d'espèces contentieuses existantes. Le sort de la notion de tiers est de rester une notion imparfaite dont la détermination ne peut se faire que par la déduction d'autres données. Ainsi nous nous proposons d'établir un protocole de détermination du tiers qui soit le plus efficace et précis possible, afin de pouvoir le déceler au sein de tout contentieux administratif. Finalement, un protocole de détermination correspond assez bien aux notions fonctionnelles. En effet, nous déduisons une notion fonctionnelle d'un catalogue d'idées, de notions et de cas contentieux. L'idée de donner comme définition à une notion, un protocole à remplir pour pouvoir la déceler au sein d'autres notions, y compris par l'inclusion dans ce protocole du liant : la fonction remplie par la notion, permet d'obtenir la définition imparfaite de la notion fonctionnelle, mais particulièrement précise au vues de ces caractéristiques.

[489] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 664.

Section 2 : Le tiers confronté à sa fonction

La notion de tiers tend, maintenant, à se préciser. Il s'agit d'une notion fonctionnelle, c'est-à-dire que l'utilisation qui est faite de la notion de tiers dépend de son contenu qui est, lui-même, déterminé par son utilisation. Cette utilisation est constituée par une fonction, fonction remplie par la notion de tiers. Reste à savoir ce que recouvre cette fonction.

Après avoir établi un catalogue des différents cas d'espèces dans lesquelles le tiers intervient, nous sommes tentée de renoncer à la recherche d'une fonction remplie, tant les espèces sont diversifiées, voire opposées. Cependant c'est justement dans cette diversification que réside la fonction du tiers. C'est dans cette diversification du traitement infligé par le juge administratif que réside la fonction remplie par la notion de tiers.

Le tiers permet de réguler l'accès au prétoire du juge administratif. Ainsi cette fonction doit être étudiée plus précisément et mieux appréhendée. Ainsi il sera possible de définir ce qu'est la notion de tiers, même si cette définition est et restera imparfaite. La notion de régulation de l'accès au juge administratif est une fonction comprise dans un sens particulier et spécifique. Il est donc nécessaire de délimiter au mieux cette fonction avant d'étudier comment la notion de tiers la remplit.

Enfin, cette section se terminera par l'étude du standard. Pour cela, l'étude de la thèse de M. Rials définissant le standard en droit administratif sera alors particulièrement opportune ([490]). Ainsi nous serons en présence d'un second instrument de définition de notion. La question sera alors de savoir si le tiers peut constituer un standard. Quel serait alors l'apport de ce nouvel instrument dans la définition de la notion de tiers, que ce tiers constitue un standard ou non ?

[490] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980, 564 p.

I. Un régulateur de l'accès au juge

La notion de tiers est une notion fonctionnelle. Cela signifie que le tiers remplit une fonction bien particulière permettant de faire le lien entre les différents cas d'espèces existants. Cette fonction est celle de la régulation de l'accès au prétoire du juge. Or l'expression « accès au juge » fait allusion à des notions de droit des libertés publiques : le recours effectif, le droit au juge, le droit d'accès au juge. Il est donc nécessaire de commencer par une étude de ces notions afin de bien définir ce que nous entendons par « régulation de l'accès au juge », pour ensuite pouvoir étudier la fonction remplie par la notion fonctionnelle de tiers.

A. Recours effectif, droit au juge et droit d'accès au juge

Recours effectif, droit au juge et droit d'accès au juge sont des notions faisant appel au droit des libertés publiques. Nous les prenons en considération, ici, dans le but d'établir les différences existantes entre ces différentes notions, ces différents droits fondamentaux et la fonction du tiers : la régulation de l'accès au juge. Les définitions données aux différentes notions intervenantes sont essentielles puisqu'elles vont permettre de mieux faire comprendre notre propos lorsque nous affirmons que la fonction du tiers ne fait pas intervenir des notions de libertés fondamentales, mais explique une pratique juridictionnelle respectant au mieux ces libertés.

1. Le recours effectif

Le recours effectif constitue une liberté fondamentale, notamment exprimée dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (aussi dénommée Convention européenne des droits de l'Homme), dans son article 13 : « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». Cet article 13 est particulier puisqu'il ne concerne que l'absence de recours effectif dans le cas où il y a eu violation d'un des droits et libertés internationalement protégés et que la victime de cette violation n'a pu demander réparation auprès d'un « tribunal » national. Cet article s'inspire fortement de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits

de l'Homme ([491]). Cet article 13 garantit un recours qui doit être compris dans un sens large, nous concevons ainsi la notion de tribunal dans sa conception autonome ([492]).

Quel est le but de cet article 13 ? M. Renucci répond à cette question : « *le but de l'article 13 est d'instaurer un mécanisme de contrôle national, indépendant du contrôle européen, dont la finalité est de remédier, à la source, aux violations de la Convention européenne* » ([493]). L'article 13 oblige les Etats à créer des systèmes de protections des droits et libertés du type juridictionnel dans le but de permettre au juge naturel de la Convention, le juge national, de remédier lui-même, aux violations alléguées ([494]). Il s'agit pour chaque européen d'avoir la « *jouissance d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits* » ([495]). Au sens de la jurisprudence de la Cour européenne, « *le recours « effectif » au sens de l'article 13 est un recours « utile » que le requérant doit exercer, avant de saisir le juge européen, afin de satisfaire la condition d'épuisement des voies de recours internes* » ([496]). Le droit au recours effectif implique non seulement d'examiner l'existence du recours, c'est-à-dire le contenant, mais aussi le

---

[491] « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.* »

[492] C. GIAKOUMOPOULOS, A. DRZEMCZEWSKI, Commentaire de l'article 13, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, pp. 455, 456 et 467. « *L'article 13 se propose d'offrir un droit de recours générique valant pour toute atteinte à un droit ou une liberté reconnus par la convention ou l'un de ses protocoles* », p. 455. « *Le terme « recours », qu'utilise l'article 13, doit être entendu dans un sens large. Il signifie l'ouverture d'un recours auprès d'une autorité compétente pour en apprécier le bien fondé* », p. 467.

[493] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3e éd., 2002, p. 225.

[494] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, Droit fondamental, 9e éd., 2008, p. 442. « *L'article 13 fait donc peser sur l'Etat une obligation positive telle que soit offert en droit interne à l'individu un moyen de redressement d'une situation contraire à la convention, quel que soit l'auteur de la violation.* »

[495] Cour EDH, 4 décembre 1995, Bellet c/ France, A, 333-B, JCP 1996, II, 22648, note Harichaux, RFDA 1996, p. 561, note Dreifuss.

[496] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 441. Analyse fondée sur l'arrêt : Cour EDH, Gr. Ch., 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne, Rec. 2000-XI, RTDC 2001, p. 442, obs. Marguénaud, JCP 2001, I, 291, chron. Sudre, RTDH 2002, p. 169, note Flauss ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cours européenne des droits de l'Homme*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 2009, n° 38.

contenu ([497]). M. Renucci réalise un tel constat. Selon cet auteur, le contenant doit exister, mais le contenu doit être efficace dans son utilisation ([498]). Il faut toutefois mettre en lumière un élément : le droit au recours effectif implique que l'individu ait une possibilité de contestation. Cela n'impliquera jamais que la personne compétente pour statuer sur sa prétention soit dans l'obligation de donner une solution favorable au requérant ([499]). La difficulté concernant le droit à un recours effectif est sa proximité avec un autre droit issu de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention ([500]) : le droit au procès équitable ([501]).

[497] M.-C. RIVIER, Le droit au juge et procédure parajuridictionnelle, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 53. « *Le droit à l'existence d'un recours doit s'entendre d'un recours effectif, ce qui amène à examiner l'organisation procédurale du recours : le choix du type de recours* […], *le délai, ou encore la question de l'effet suspensif du recours, élément clé de son efficacité.* »

[498] J.-F. RENUCCI, Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 138. « *Est effectif, le recours qui non seulement existe de fait, mais qui, au surplus, est accessible et adéquat*. »

[499] *Ibid.*, p. 138. « *Il reste que ce qui est garanti, c'est l'existence d'un recours et non pas son résultat favorable.* »

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 443.

[500] « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* »

[501] J.-F. RENUCCI, Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 136. « *L'expression droit à un recours effectif ne peut se cantonner à l'article 13.* »

F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 440. « *Le droit à un recours effectif entre en concurrence avec d'autres droits de nature équivalente, particulièrement* […] *le droit à un procès équitable*. »

2. Le droit au juge

Le droit au juge est, en réalité, un droit que nous pourrions qualifier de global ou d'englobant, car il recouvre différents droits liés au droit au procès équitable ([502]). Selon M. Rideau, le droit au juge regroupe ainsi l'accès au juge, le droit au recours effectif et le droit à une décision juridictionnelle effective ([503]). Cette conception implique que le droit au juge recouvrirait les libertés fondamentales issues des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Nous remarquons bien que la définition du droit au juge est plutôt un catalogue de différentes libertés fondamentales, qu'un droit dont le concept est défini et indépendant des autres droits, dans le sens où nous ne pouvons confondre le droit au recours effectif avec le droit au procès équitable. Dans la notion du droit au juge, au contraire tous ces droits sont inclus et remplissent alors le catalogue « droit au juge » ([504]).

S'il est possible de concevoir que le droit au juge constitue un catalogue de libertés fondamentales ayant attrait à la protection juridictionnelle, il est tout aussi compréhensible de qualifier le droit au juge de droit-créance. En effet, nous attendons de l'Etat qu'il offre à ces administrés une protection juridictionnelle effective et efficace afin de pouvoir contester tout acte ou fait juridique préjudiciable ([505]). Le droit au juge peut cependant se concevoir comme

---

[502] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 227. « *Le droit au juge s'analyse sur tout comme la possibilité de le saisir : l'accès au juge est le noyau dur de ce droit. Mais l'essentiel étant la réalité et l'effectivité du droit au juge, on passe subrepticement au droit au « vrai » juge, voir au droit au « bon » juge. C'est dire que derrière cette importante garantie, se profile l'aspiration, sinon le droit, à la justice. En définitive, l'effectivité du droit au juge ne peut se comprendre que dans le cadre plus général du droit à un procès équitable.* »

[503] J. RIDEAU, Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 7.

[504] G. GUILLAUME, Conclusions, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 217. « *Du droit au juge il est possible d'affirmer, comme on le faisait autrefois des auberges espagnoles, que chacun y trouve ce qu'il y a amené.* »

J.-M. RAINAUD, Le droit au juge devant les juridictions administratives, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 34. « *Le droit au juge dépasse le droit à l'accès au juge : sans jouer sur les mots on peut avancer l'idée que l'accès n'est rien sans l'étude des cas d'ouverture, que ceux-ci font référence à la porté du contrôle du juge… Bref, on éprouve le sentiment qu'en évoquant le droit au juge a été ouverte la boîte de Pandore dont le contenu est sans fin.* »

[505] T. S. RENOUX, La constitutionnalisation du droit au juge en France, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 113. « *Ce droit s'exprimerait dans la faculté ouverte à toute personne dont*

un droit composé de deux éléments. Dans ce sens, nous nous rallions à la conception de M. Renoux. Selon cet auteur, la première composante du droit au juge est constitué par le droit de pouvoir saisir une juridiction ([506]). La seconde composante est, elle, clairement inspirée de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il s'agit du droit de pouvoir exercer un recours effectif ([507]). Toutefois, si la seconde composante est inspirée de l'article 13 de la Convention, il ne faut pas nier les interactions existantes entre cet article et l'article 6. Ainsi nous nous retrouverions avec une composante, le droit au recours effectif, mais qui implicitement fait appel à toutes les notions comprises dans l'article 6, c'est-à-dire les droits du procès équitable.

3. Le droit d'accès au juge

Nous venons de définir les notions de droit à un recours effectif et de droit au juge. Il est alors nécessaire de réaliser le même travail concernant la notion de droit d'accès au juge. En effet, cette notion est particulièrement proche de la fonction du tiers : réguler l'accès au juge. Or nous devons définir indépendant ces deux notions afin de ne pas les confondre, notamment parce que l'une relève clairement du droit des libertés publiques, alors que l'autre ne constituerait qu'une pratique contentieuse, qui par ailleurs est dans l'obligation de respecter les libertés publiques. Il faut ainsi rappeler que le droit d'exercer un recours juridictionnel, en droit français, est considéré par le Conseil d'Etat comme un principe à valeur constitutionnelle ([508]).

Tout d'abord, le droit d'accès au juge peut être assimilé avec le droit d'agir en justice. En effet, ces deux droits poursuivent le même but : la saisine d'une juridiction et l'ouverture de l'instance ([509]). Le droit d'accès au juge peut se définir comme la possibilité laissée aux individus d'« *être en mesure de soutenir sa cause devant un tribunal à même de l'entendre et*

---

les droits et libertés fondamentaux sont méconnus, d'une part, de pouvoir saisir une juridiction, d'autre part, de pouvoir introduire un recours effectif contre toute mesure lui faisant grief. »

[506] *Ibid.*, p. 113. « *Sous cet aspect, le droit au juge est encore très proche du droit d'agir en justice*. »

[507] *Ibid*., p. 114. « *Le droit au recours est approprié au droit lésé*. »

[508] CE, 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France, Rec. CE, p. 313, AJDA 1998, p. 1019, concl. Schwartz.

[509] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 9. « *Le droit d'agir en justice, -ici considéré en tant qu'il se traduit par la saisine d'une juridiction administrative et l'ouverture de l'instance dans laquelle elle aura à statuer.* »

de statuer en toute objectivité » ([510]). Selon la conception européenne, ce droit d'accès qui dépend de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, doit être « effectif », c'est-à-dire que les individus ne doivent pas être empêchés d'exercer ce droit, que cela soit pour des raisons juridiques ou matérielles ([511]). Toutefois, ce propos doit être critiqué. En effet, l'article 6 fait parti des droits conditionnels. Ainsi l'Etat peut s'ingérer dans ce droit et le limiter à la condition de respecter les limites fixées par la Convention et la Cour européennes. Ainsi nous remarquons qu'il existe des obstacles à l'accès au juge tels que la complexité de la procédure, les délais à respecter qui peuvent être brefs, mais aussi des obstacles financiers comme l'obligation de représentation par un avocat ([512]).

Le droit d'accès au juge peut aussi prendre l'appellation de droit à un tribunal selon la jurisprudence européenne. C'est ainsi que ce droit à un tribunal a été défini par la jurisprudence *Golder* : « *le droit à un procès équitable recouvre d'abord,* […], *« le droit à un tribunal », qui implique d'une manière générale le droit d'avoir accès concret et effectif à un tribunal* » ([513]). Selon M. Sudre, ce droit d'accès au juge n'implique pas seulement la saisine de la juridiction, mais aussi sont obligation à statuer ([514]). Par ailleurs, la Cour européenne a une vision plutôt sévère concernant ce droit d'accès au tribunal. Elle a jugé qu'une interprétation déraisonnable, une application erronée d'une règle procédurale par le juge interne entraînant une irrecevabilité constituait une violation de l'article 6 ([515]). Afin de donner sa pleine effectivité au droit d'accès au juge, la Cour prône un accès facilité à la justice dans les Etats membres ([516]). Cependant donner pleine effectivité au droit d'accès au

---

[510] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 5e éd., 2007, p. 269.

[511] J.-C. SOYER, M. de SALVIA, Commentaire de l'article 6, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 258.

[512] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 378-379.

[513] Cour EDH, 21 février 1975, Golder c/ Royaume Uni, série A, n° 18, AFDI 1975, p. 330, note Pelloux, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

[514] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 379. « *Le droit d'accès à un tribunal implique le droit d'obtenir une décision motivée, tranchant définitivement le litige*. » « *L'effectivité de la décision de justice suppose pour les parties au procès le droit non seulement de présenter leurs arguments, mais aussi le droit d'être vraiment « entendues »*. »

[515] Cour EDH, 26 juillet 2007, Walchli c/ France, D. 2007, act., p. 2304, note Léna.

[516] J.-F. RENUCCI, Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 135. « *L'accès à la justice doit être facilité : le justiciable ne saurait être dissuadé, en particulier pour des raisons matérielles.* » Ici l'auteur fait principalement allusion à la nécessité d'instaurer dans les Etats membres des systèmes d'aides financières juridictionnelles, comme en France avec l'aide juridictionnelle.

juge ne signifie pas tout permettre. La Cours européenne pose elle-même certaines limites concernant l'examen, par elle-même, des allégations de violation de l'article 6 ([517]), cela est aussi valable pour les autres articles issus de la Convention. Dans tous les cas, les seules limitent acceptables sont celles qui ne doivent pas « *prive*[r] *le justiciable d'une possibilité claire et concrète de soumettre sa contestation au juge* » ([518]).

Toutefois, le droit français préfère prendre un fondement autre que celui de la Convention européenne pour poser les fondements du droit d'accès au juge. Le Conseil constitutionnel ([519]), et le Conseil d'Etat ([520]), se fondent sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ([521]). Ce droit est qualifié de droit processuel fondamental ([522]). Le droit d'accès au juge est reconnu dans le droit français, il doit être respecté aussi bien par les juridictions de l'ordre judiciaire que celles de l'ordre administratif. D'ailleurs, l'article 30 du Nouveau code de procédure civile permet une définition du droit d'accès au juge ([523]). Il « *correspond à un droit d'être entendu par un juge, ce qui traduit l'idée d'un pouvoir abstrait, virtuel de saisir le juge, droit qui préexistait à la demande* » ([524]).

Dans la pratique contentieuse française, le droit d'accès au juge implique des limites qualifiées de « traditionnelles » ([525]). Il implique aussi son antagonisme : le droit de ne pas

---

[517] *Ibid.*, p. 135. « *L'accès au juge européen est soumis à diverses conditions, outre les conditions tenant à la recevabilité de la requête, à savoir le délais de 6 mois à compter de la décision interne définitive et l'épuisement des voies de recours internes, le droit au juge suppose, soit une contestation sur les droits et obligations de caractère civil, soit une accusation en matière pénale*. »

[518] N. FRICERO-BERNARDINI, Le droit au juge devant les juridictions civiles, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 13. L'auteur se fonde sur l'arrêt : Cour EDH, 16 décembre 1992, Geouffre de la Pradelle c/ France, série A, 253-B, RUDH 1993, p. 164, D. 1993, p. 562, note Benoit-Rohmer.

[519] Conseil Constitutionnel, 96-373 DC, 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, AJDA 1996, p. 371, chron. Schrameck.

[520] CE, 21 décembre 2001, Hoffman, Rec. CE, p. 653, RFDA 2002, p. 1114, chron. Andriantsimbazovina et Sermet.

[521] « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*. »

[522] N. FRICERO-BERNARDINI, Le droit au juge devant les juridictions civiles, *op. cit.*, p. 12.

[523] « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*. »

[524] N. FRICERO-BERNARDINI, Le droit au juge devant les juridictions civiles, *op. cit.*, p. 12.

[525] G. GUILLAUME, Conclusions, *op. cit.*, p. 219. « *Elles visent en premier lieu l'intérêt et la qualité à agir est peuvent de ce point de vue être plus ou moins importantes selon la nature de l'action*. »

agir. Il s'agit ici de l'allusion faite à la pratique du juge de refuser de connaître certaines requêtes, non en commettant un déni de justice, mais par la négation de l'intérêt à agir du requérant par exemple ([526]). Ainsi le droit d'accès au juge implique qu'« *avant d'examiner au fond la requête, le juge doit se prononcer sur sa recevabilité. Pour cela, il vérifie le contenu du mémoire introductif d'instance déposé dans le respect des délais ainsi que l'intérêt à agir des requérants* » ([527]). De plus, « *le juge adopte une conception extensive de l'intérêt à agir, afin d'ouvrir le plus largement possible l'accès au prétoire ; mais reste présent le souci de ne pas provoquer une croissance excessive du contentieux entravant l'efficacité de l'action et de la justice administratives* » ([528]), d'autant plus que « *l'accès au prétoire administratif est très aisé, dépourvu de formalisme et souvent peu onéreux* » ([529]). Nous voyons apparaître ici la régulation de l'accès au juge.

B. La fonction du tiers : réguler l'accès au prétoire du juge

Nous venons d'étudier les notions de recours effectif, de droit au juge et de droit d'accès au juge. Ces notions sont des libertés fondamentales, protégées par des instruments nationaux et internationaux. Si ces notions ont un lien qui peut être fort avec l'expression de régulation de l'accès au juge (ou de l'accès à son prétoire), il ne s'agit, en fait, qu'un simple lien. En effet, la fonction du tiers ne consiste pas en la violation de ces libertés fondamentales. Bien au contraire, comme cela a été observé précédemment, les juridictions de l'ordre administratif respectent ces droits. Ainsi il ne faut pas comprendre l'expression « régulation de l'accès au juge » comme une limite à l'exercice des libertés des individus. Même si ces libertés ont un lien avec l'expression proposée, il s'agit de mieux définir cette expression pour éviter toute confusion.

Nous avons déjà fait apparaître la régulation de l'accès au juge dans cette citation : « *le juge adopte une conception extensive de l'intérêt à agir, afin d'ouvrir le plus largement possible l'accès au prétoire ; mais reste présent le souci de ne pas provoquer une croissance excessive du contentieux entravant l'efficacité de l'action et de la justice administratives* » ([530]). Dans cette citation apparaissent différents éléments. Tout d'abord, le

[526] *Ibid.*, p. 219.

[527] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 319-320.

[528] *Ibid.*, p. 323.

[529] *Ibid.*, p. 319.

[530] *Ibid.*, p. 323.

droit d'accès au juge, le droit d'accès à un tribunal est respecté, puisque nous faisons allusion à des contentieux portés devant le juge administratif compétent et sur lesquels il a statué. Plus largement, nous postulons que le droit au juge est respecté, puisqu'il n'est pas contesté que les juridictions administratives, en l'état du droit actuel, respectent les conditions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, nous pouvons maintenant étudier cette citation sous un autre angle que celui du respect des droits et libertés fondamentaux. Selon cette citation, l'accès au prétoire a un obstacle principal : celui de l'intérêt à agir du ou des requérants. Avoir accès au juge, c'est pouvoir se faire entendre par un juge et obtenir une décision de justice, quelque soit le résultat. Le juge administratif étudie les requêtes et statue, ce n'est pas pour autant qu'il rend forcément une solution favorable au requérant. Or lorsque le juge estime qu'un requérant n'a pas d'intérêt à agir, il statue déjà et rend une décision. Le juge remplit la mission qui lui a été attribuée. Cependant quand il remplit cette mission, il doit constamment avoir à l'esprit deux soucis : ouvrir le plus possible son prétoire aux contestations des administrés et empêcher un afflux massif de requêtes qui risqueraient de fragiliser le système juridictionnel administratif, mais aussi l'action des personnes publiques. Le juge administratif doit donc garantir un équilibre entre ces deux exigences. Quelle méthode utilise alors le juge administratif ? Il utilise la technique de régulation de l'accès à son prétoire, principalement par l'établissement d'un obstacle : l'intérêt à agir du requérant qui doit être suffisant et dépendant de la procédure contentieuse engagée. Cette technique permet au juge de réaliser un tri au sein des différentes requêtes, ainsi il ne statue au fond que sur celles remplissant les différents critères posés : l'intérêt à agir et les conditions que tout requérant doit remplir, mais aussi les conditions de délais, de compétences du tribunal, de caractéristiques de l'acte ou de la situation contestée… Réguler l'accès au juge signifie donc que, selon la requête déposée, le requérant obtiendra soit une décision de justice rendue au fond, soit une décision d'irrecevabilité de la requête car elle ne remplira pas les conditions fixées par le juge administratif.

La technique de régulation de l'accès au juge étant établie, il faut établir le lien entre cette technique et la notion de tiers. Ici il ne s'agit pas d'établir le catalogue exhaustif des interventions contentieuses du tiers en droit administratif. Il s'agit seulement de prendre quelques cas explicites afin de développer notre propos. Ces différents exemples seront d'ailleurs repris lors de l'étude spécifique des actions formées par les tiers. Pourtant leur étude rapide, ici, sera suffisante pour démontrer la fonction remplie par le tiers.

Dans le catalogue des interventions contentieuses des tiers, deux contentieux particuliers mettent en lumière la fonction de la notion de tiers : réguler l'accès au juge. Ces deux contentieux sont le contentieux de la fonction publique et celui de la contestation des contrats administratifs. En effet, dans ces deux domaines différents, le juge administratif s'est efforcé de maintenir un équilibre fragile entre permettre à un maximum d'administrés, de tiers de contester les mesures prises et ne pas surcharger le prétoire mais aussi maintenir une certaine sécurité juridique au sein des relations juridiques établies. Le recours en excès de pouvoir a cependant évolué vers une acceptation large des requérants ; il peut être défini comme un recours particulièrement ouvert. De plus, le problème de l'afflux de requêtes sur le prétoire du juge administratif est un fait parfois contesté. Nous pouvons alors légitimement nous demander si la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif se réalise en raison de ces considérations qualitatives et/ou quantitatives. Seul le juge administratif peut répondre à une telle interrogation.

Pour démontrer cette régulation, nous proposons d'envisager certaines espèces contentieuses particulières. En ce qui concerne le contentieux de la fonction publique, un arrêt démontre clairement que la notion de tiers permet au juge administratif de réguler l'accès à son prétoire dans un sens négatif : le tiers ne va pas avoir accès au juge. Il s'agit l'arrêt *Bellanger* ([531]). Dans cette espèce, un agent public subit une sanction disciplinaire en raison de l'accident qu'il a commis et qui a entraîné la mort du père du requérant. Le requérant estimant la sanction trop peu sévère demande une aggravation de cette sanction au Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement. Le requérant conteste alors devant le juge administratif le refus opposé par le ministre. Le Conseil d'Etat utilise implicitement, dans cette affaire, la notion de tiers pour dénier tout intérêt à agir au requérant. En effet, la fonction publique constitue un groupe auquel les administrés sont étrangers, extérieurs, auquel ils sont tiers. Or le juge administratif n'accepte pas qu'un tiers puisse intervenir au sein de ce groupe pour s'immiscer dans les rapports établis entre les personnes publiques et leur agents. En refusant de reconnaître un intérêt à agir au requérant, le juge administratif verrouille l'accès à son prétoire à ce type d'actions contentieuses. La régulation de l'accès au juge se réalise alors dans un sens négatif.

[531] CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, RFDA 2006, p. 890, chron. Terneyre, AJDA 2006, p. 1072, obs. Montecler, p. 1513, concl. Keller, JCP A 2006, 1212, note Jean-Pierre, JCP 2006, I, 170, chron. Plessix.

Contrairement à ce cas précis, le contentieux des contrats administratifs permet au juge administratif d'utiliser, toujours implicitement, la notion de tiers pour réguler l'accès à son prétoire, mais dans un sens positif. En effet, si nous étudions l'évolution de ce domaine contentieux, nous remarquons que le juge administratif a de plus en plus ouvert son prétoire aux tiers en leur offrant des possibilités accrues de contestation de tel ou tel élément du contrat ou des actes qui l'entourent. Ainsi de la contestation des actes détachables ([532]), nous passons à la contestation des clauses réglementaires ([533]), puis à la contestation du contrat dabs son entier ([534]). Le juge administratif s'est efforcé d'offrir aux tiers le maximum de recours contentieux possibles afin qu'ils puissent agir. La régulation de l'accès au juge se réalise ainsi dans un sens positif.

Le juge administratif se sert de la notion de tiers. Cette notion lui permet de réguler l'accès à son prétoire pour les personnes qui sont étrangères, extérieures à un groupe ou à une situation juridique donnée. Cette notion permet de réaliser une régulation dans un sens positif, c'est-à-dire ouvrir le prétoire, ou dans un sens négatif, c'est-à-dire fermer le prétoire. Cette régulation positive ou négative de l'accès au prétoire par l'utilisation de la notion de tiers, se réalise, croyons-nous, implicitement par le juge administratif. Cette supposition faite, il est intéressant de la confronter à la réalité contentieuse. Ainsi cette fonction remplie par le tiers peut être contestée. Cette contestation ne porte pas sur l'absence de régulation en tant que fonction remplie par cette notion de tiers, mais il est possible d'estimer qu'elle ne constitue qu'un moyen au profit d'un but plus important. Reste à définir ce but. Selon M. Le Conseiller d'Etat D. Giltard, ce but serait la protection de l'Etat de droit, la protection de la légalité

[532] CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE, p. 749, D. 1907, III, 49, concl. Romieu, RDP 1906, p. 249, note Jèze, S. 1906, III, 49, note Hauriou, GAJA.

[533] CE Ass., 10 juillet 1996, Cazeele, Rec. CE, p. 274, AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot, CJEG 1996, p. 382, note Terneyre, RFDA 1997, p. 89, note Delvolvé, Mélanges M. Guibal, p. 345, note Mestre, Rec. Lachaume.

[534] CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. CE, p. 375, CJEG 1999, p. 61, concl. Stahl, RFDA 1999, p. 128, concl. Stahl, note Pouyaud, AJDA 1999, p. 969, chron. Raynaud et Fombeur, JCP 1999, II, 10045, note Haïm.

CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

administrative ([535]). Toutefois, cette remarque ne remet pas en cause notre propos. D'ailleurs, il aurait tendance à le confirmer et à confirmer l'exclusion du tiers dans la responsabilité administrative de la notion de tiers proposée. En effet, si le tiers dans la responsabilité administrative est conçu comme la victime d'un dommage, alors son but est d'obtenir réparation. Si le juge administratif a aussi un souci de régulation de l'accès à son prétoire (le moyen), dans un tel cas, le but poursuivi est lui, tout autre. Il s'agit de la protection des deniers publics. Ainsi cette même remarque peut être faite concernant le tiers dans la notion de fait du tiers.

La notion de tiers a donc une cohérence. Cette cohérence est donnée par le juge administratif, elle est donnée par l'utilisation qui est en faite par le juge administratif. La notion de tiers est donc bien une notion fonctionnelle, dont la fonction est de permettre de réguler l'accès au juge. La conséquence à tirer de ce constat est que la notion de tiers reste une notion imparfaite car fonctionnelle. Ainsi pour définir clairement cette notion, il va falloir utiliser une autre technique que celle de définition « parfaite ». Il va falloir établir un protocole de détermination ou de reconnaissance du tiers au sein des différents contentieux. Ce protocole devra alors être le plus précis et efficace possible.

[535] Explications issues de l'entretien du 29 mai 2009 avec le Président de la Cour administrative d'appel de Nancy, Monsieur le Conseiller d'Etat Daniel Giltard.

II. La possible création d'un standard

Avant d'envisager un nouveau chapitre réservé aux critères de détermination du tiers, nous recherchons un dernier élément de définition de la notion de tiers. Nous cherchons à savoir si le tiers, en plus de constituer une notion fonctionnelle, pourrait aussi constituer un standard. Il est donc nécessaire d'envisager l'étude du standard, de sa définition, pour ensuite rechercher si le tiers peut constituer un standard, par une confrontation.

A. Le standard

Le standard en tant d'adjectif correspond à un élément « *conforme à une norme de fabrication, à un modèle, à un type ; normalisé* », « *correspond à un type courant, habituel, sans originalité* » ([536]). Cependant nous recherchons la définition du standard en tant que nom et non en tant qu'adjectif. Cette première définition a pourtant le mérite de mettre en lumière un élément important au sein du standard : la notion de normalité, de conformité. En réalité, nous recherchons la définition du standard, mais plus précisément celle de standard juridique. Les standards juridiques sont des « *termes difficiles à définir avec précision, issus du vocabulaire juridique anglo-saxon, désignant le renvoi fait - notamment dans certains textes- à un comportement considéré correspondre à ce qui est communément admis en la matière pour le groupe social à un moment donné ; (exemple : les bonnes mœurs, la bonne foi, le bon père de famille, les règles de l'art dans l'exécution d'un travail). En cas de litige, ce comportement type servira de référence pour le juge pour apprécier le comportement effectif qu'a eu la personne mise en cause devant lui. Leur caractère flou et évolutif de ce concept confère de la souplesse à l'application de ces textes, en laissant aux juges une assez grande liberté d'appréciation dans les affaires qui leur sont soumises* » ([537]). Le dictionnaire juridique de G. Cornu offre une définition plus complète. Le terme de standard est un terme

[536] Le Petit Larousse, éd. 2009, p. 963.

Dictionnaire culturel en langue française (R-Z), sous la direction d'A. REY, Le Robert, 2006, p. 996. « *Le mot anglais [standard] est emprunté à l'ancien français estandart : étendard*. » Le standard est un « *type, norme de fabrication* […] *conforme à un type ou à une norme de fabrication en série*. […] *conditions standards, état standard : conditions types, conditions normales ou conditions de référence. Se dit de l'état socialement dominant et normal (d'un usage d'une langue, d'un comportement, de langage).* […] *Conforme au modèle habituel, sans originalité.* »

[537] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 679.

d'origine anglaise, il signifie « *niveau, modèle, étalon, moyenne* ». Le standard est utilisé « *pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant. Exemple : référence à la bonne foi, à la conciliation des intérêts en présence (intérêt de la famille, intérêt de l'enfant) à des circonstances exceptionnelles* » ([538]). Selon cette définition, nous obtenons différentes caractéristiques définissant le standard. Le standard est une norme adaptable aux circonstances de droit ou de fait, dont l'origine est légale, et que le juge va pouvoir manier, adapter, modeler jusqu'à lui donner une consistance propre. Si nous combinons cette définition avec les autres définitions données, nous obtenons que le juge va créer un modèle à suivre, un niveau à atteindre, un standard minimum, « *un étalon de la réalité factuelle* » ([539]).

La notion de standard est une notion délicate à cerner. D'ailleurs, la notion de standard et son utilisation par le juge administratif a fait l'objet d'une thèse qui nous intéresse particulièrement ici ([540]). Tout d'abord, l'auteur part d'une définition provisoire regroupant en partie les caractéristiques qui viennent d'être citées : « *le standard est un type de disposition indéterminée, plutôt utilisé par le juge, dont le caractère normatif est l'objet de contestations et qui met en jeu certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité* » ([541]), « *le standard est donc avant tout un instrument de mesure qui peut être mis en œuvre de façon plus ou moins évidente* » ([542]). M. Rials a cherché, à partir de cette définition provisoire, à définir au mieux ce qu'est le standard. Il a ainsi relevé deux obstacles dans son travail : le standard peut tendre à devenir arbitraire et la doctrine s'oppose sur ce domaine précis ([543]). Un troisième obstacle dans la recherche d'une définition pleine et

[538] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 885.

[539] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Droit privé, 1999, p. 60.

[540] S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op. cit.*, 564 p.

[541] *Ibid*., p. 3.

[542] *Ibid*., p. 72.

[543] *Ibid*., p. 11. « *La nécessité d'une définition se trouve confrontée à deux obstacles de taille. Le premier : le standard est une notion innomée de la jurisprudence administrative, ce qui ne change rien au fait qu'il puisse*

complète du standard est l'indétermination de la notion du standard qui empêche une définition précise de la notion. Ce que réfute M. Rials ([544]). Ainsi il va chercher à lui donner une définition précise.

L'auteur remarque rapidement une des particularités de la notion de standard : il s'agit d'une notion pouvant répondre à deux définitions différentes, même si elles ne sont pas opposées. Le standard est double ([545]). Finalement, l'auteur trouve trois définitions différentes du standard, ou plutôt trois types différents de définition : nous obtenons une définition matérielle, organique et formelle, ces trois types de définition apportant chacune des éléments de compréhension à la notion de standard ([546]). Après ce constat, M. Rials définit le standard en tant que notion, c'est-à-dire qu'il doit alors donner soit la qualification de notion conceptuelle, soit celle de notion fonctionnelle au standard. Pour l'auteur, le standard est clairement une notion fonctionnelle, mais avant de réaliser cela, il redéfinit ce qu'est une notion fonctionnelle : « *les notions fonctionnelles sont celles pour lesquelles la définition fonctionnelle est plus productive que les définitions classiques. Le standard est sans doute une notion fonctionnelle de ce point de vue. Le style utilisé par le Doyen Vedel pour définir ce type de notion est d'ailleurs étrangement proche du style que nous avons vu être celui du mouvement du standard* » ([547]). Toutefois, l'auteur refuse de qualifier le standard uniquement par le biais de la notion fonctionnelle. Dans ce but, il critique la théorie de G. Vedel : « *en réalité, la définition fonctionnelle n'est pas un mode de définition autonome : elle ne peut pas*

---

y jouer un grand rôle, mais qui rend d'autant plus aigu le risque de verser dans l'arbitraire. Le second : les pratiques doctrinales sont relativement contradictoires. »

[544] *Ibid*., p. 26. « *L'une des raisons de la faiblesse du travail définitoire à l'époque du mouvement du standard est quelque peu surprenante. C'est celle qui pose que le standard étant une notion indéterminée ne doit donc pas être défini de façon précise*. » « *Le fait que les standards soient des notions indéterminées n'implique nullement a priori que la notion même de standard le soit*. »

[545] *Ibid*., p. 31. « *On s'aperçoit que la notion décrite* [le standard] *est en fait double*. […] *Tantôt le standard est reconnu comme une « directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et sa finalité », tantôt il est précisé qu'il est « la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées* » . »

[546] *Ibid*., p. 47. « *D'un point de vue matériel, le standard est un concept indéterminé, ayant trait aux valeurs fondamentales de la société et ayant pour objet l'analyse des comportements des acteurs juridique par référence à un type moyen de conduite.* » « *D'un point de vue organique, le standard est un procédé plutôt, mais pas exclusivement, jurisprudentiel.* » « *D'un point de vue formel enfin, il apparaît que le standard est bien souvent identifiable par les termes qui l'expriment*. »

[547] *Ibid*., p. 49.

éviter d'intégrer des éléments de définitions classiques. Plus qu'une définition à proprement parler, elle est un instrument qui permet de reconsidérer d'un œil neuf les définitions traditionnelles. Il n'y a pas de pure définition fonctionnelle » ([548]). Selon ce propos, le standard se définit à l'aide des trois types de définitions cités ci-dessus, mais aussi par le biais d'une définition fonctionnelle, qui, elle aussi, est de trois types : fonctionnelle-organique, fonctionnelle-formelle et fonctionnelle-matérielle ([549]). Le standard est alors le mélange de toutes ces définitions. En ce qui concerne la notion de tiers, nous ne pouvons qu'adhérer à la critique de M. Rials. En effet, définir le tiers uniquement par sa fonction, ne permet pas de le reconnaître au sein d'un contentieux. Cependant ce résultat est atteint par le cumul des différents éléments que nous avons pu trouver pour le moment et que nous trouverons par la suite, y compris le fait de savoir si le tiers peut constituer ou non un standard. Le tiers, comme le standard est un mélange de tous ces éléments de définition.

Pour terminer sur la notion, la définition de standard, il faut donner la définition retenue par M. Rials. Cependant avant qu'il ne donne cette définition finale, il exprime la nécessité de définir clairement le standard. Une définition n'a d'intérêt que si elle est utile. La définition du standard « *est nécessaire au législateur qui ne doit pas trop et qui parfois ne peut verser dans le détail. Elle est nécessaire au juge qui se soucie de rendre, dans le silence des textes, acceptables ses décisions et qui, à cette fin, se trouve dans l'obligation de les doter d'une suffisante force de persuasion et d'une légitimité que seuls l'effort vers la généralisation et le refus de l'impressionnisme peut leur donner. Nécessaire au juge encore en ce qu'elle lui laisse tout de même une certaine latitude d'action. Elle est nécessaire enfin au droit tout entier auquel elle fournit les instruments du plus élémentaire réalisme* » ([550]). Le standard est donc un instrument utile à celui qui fait la loi, à celui qui dit le droit et au droit. Il leur est utile puisque le standard constitue une norme de droit à part, particulière, offrant un caractère souple et permettant de définir une normalité, selon la définition donnée par

[548] *Ibid*., p. 50.

[549] *Ibid*., pp. 55-60. « *Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas nécessairement l'exclusivité :*

- il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ;

- il assume trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ;

- il permet une régularisation permanente du système juridique », p. 120.

[550] *Ibid*., p. 61.

l'auteur. « *Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme* » ([551]).

B. Le tiers ne constitue pas un standard

Le standard permet une formulation de la norme juridique comportant une part d'indétermination. Il est formulé par le juge qui peut principalement s'inspirer de normes législatives. Le standard permet de mesurer des situations et des comportements par référence à la normalité. Voici la définition qui peut être retenue du standard. A partir de cette définition, nous allons pouvoir déterminer si la notion de tiers peut constituer un tel standard.

Tout d'abord, nous avons constaté que selon M. Rials, le standard était une notion fonctionnelle, qu'une partie de la définition qui lui est donnée est fonctionnelle. Cela ne signifie pas que toutes les notions fonctionnelles sont des standards, mais certaines d'entre elles peuvent l'être. Le tiers est une notion fonctionnelle, nous pouvons rechercher s'il constitue aussi d'un standard. D'ailleurs, l'auteur démontre bien l'importance de l'intervention du juge en matière de standard, juge qui est, par ailleurs, le principal créateur de notions fonctionnelles. En ce qui nous concerne, il s'agit du juge administratif. En ce sens, la présence de notions fonctionnelles constituerait un indice de la possible présence d'un standard. Il est cependant nécessaire d'examiner les autres critères permettant la reconnaissance d'un standard. M. Rials ne fait pas clairement référence à l'obligation selon laquelle la règle de droit à formuler devrait avoir une origine légale, à la différence de G. Cornu. Ainsi il est nécessaire de définir, de trouver une règle de droit qui devra être formulée, qu'elle soit législative ou non. En ce sens, la notion de tiers, d'origine non législative, ne se voit confrontée à aucun obstacle. Encore faut-il que la notion de tiers soit une règle de droit, une norme juridique à reformuler.

Rien ne s'opposait à ce que le tiers constitue un standard. Cependant deux des caractéristiques principales définissant le standard font défaut. Le tiers n'est pas une règle de droit et la notion de tiers ne constitue pas une norme de référence à la normalité. Ces deux

[551] *Ibid*., p. 120.

éléments manquants doivent être développés. Tout d'abord, le problème de la normalité implique que le tiers ait une position à tenir et que ceux qui s'écartent de cette position ou de cette conduite à tenir devraient être sanctionnés. Encore faut-il trouver la position normale du tiers ou la conduite normale que le tiers doit suivre. En réalité, il en existe une. Cette position est d'ailleurs une partie de la définition donnée à la notion de tiers : le tiers doit être étranger ou extérieur à un groupe ou une situation juridique. Le tiers doit rester étranger à ce qui ne le concerne pas. Cela constituerait la conduite que toute personne qualifiée de tiers devrait tenir. Sur le principe, le standard du tiers étant une conduite sans interférence avec les situations juridiques existantes, est tenable. Il s'agit d'ailleurs d'une règle de droit plus connue sous le nom de situations opposables ([552]). Mais un problème se pose : si une personne doit respecter ce standard, elle sera qualifiée de tiers, mais comment appeler les personnes qui ne respecteront pas ce standard ? Ce seront tout de même des tiers. Nous sommes donc confronté à un problème : la qualification d'une personne en tiers va comporter une très forte ambiguïté, sera-t-elle qualifiée de tiers en raison du standard ou en raison du non respect du standard, ou encore parce qu'elle va répondre aux autres critères de détermination du tiers ? Nous sommes devant un problème sans réponse possible, sauf à faire une coupe franche dans la notion de tiers : faut-il exclure la notion de standard de la notion de tiers ? Un élément va nous permettre de répondre à cette question.

Cet élément est la seconde caractéristique permettant la détermination d'un standard : le standard est une règle de droit. Le tiers est-il une règle de droit constituant un standard, comme l'est le « bon père de famille » ? Dans un tel cas, il faudrait que le juge administratif attribue à la notion de tiers une valeur juridique contraignante. Il faudrait que le juge administratif donne au standard que constituerait le tiers, c'est-à-dire d'être étranger aux situations juridiques, une valeur juridique contraignante et qu'il sanctionne en ce sens ceux qui ne respectent pas ce standard. Il faudrait ainsi que le juge administratif déclare irrecevable toute requête formée par une personne étrangère, une personne extérieure à une situation juridique et qui par cette requête s'immiscerait dans une situation juridique. Or force est de constater que le juge administratif ne réalise pas une telle chose ou du moins de pas façon systématique. En effet, nous savons que la notion de tiers permet au juge de réguler l'accès à son prétoire. Le juge réalise cette régulation en déclarant irrecevables certaines requêtes formées par des tiers. Cependant il s'agit bien de l'irrecevabilité de certaines requêtes. Le juge

[552] Sur la notion d'opposabilité, V. : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, p. 188.

administratif ne réalise pas ce travail de manière systématique. Cela conduit alors à un constat : le juge administratif refuse de donner une valeur juridique à la règle de droit qui serait que toute personne, tout tiers devrait rester extérieur à une situation juridique. Ce refus signifie que la règle de droit n'existe pas. Si elle n'existe pas, le standard n'existe pas. Le tiers en tant que standard n'existe donc pas.

Le tiers ne constitue pas un standard tout simplement parce que l'une des caractéristique essentielles de définition du standard : le fait de constituer une règle de droit, fait défaut. Il faut avouer que ce constat est opportun. Nous n'avons pas à réaliser une coupe franche dans la définition du tiers pour obtenir une définition correcte et cohérente. En effet, dans le cas contraire, il aurait été nécessaire de réduire le tiers soit à ce que nous avons défini depuis le début de cette thèse, la notion de tiers définit une personne extérieure à un groupe ou une situation juridique, alors qu'il s'agit aussi d'une notion fonctionnelle permettant la régulation de l'accès au juge. Nous aurions pu aussi faire le choix de ne conserver que le standard du tiers : toute personne extérieure à une situation juridique ne doit pas s'y immiscer. Mais si nous avions opté pour cette seconde solution, nous aurions exclu ce qui, en fait, constitue la notion de tiers : ses interactions avec les situations juridiques auxquels il est étranger, perdant ainsi l'un de ses aspects des plus intéressants. En effet, un tiers doit rester étranger. Cependant le fait qu'il ne respecte pas ce principe issu du droit privé est lui, particulièrement intéressant aussi bien du point de vue du requérant, du tiers, que du point de vue du traitement réservé par le juge administratif à sa requête. Le fait qu'un tiers ne doit pas s'immiscer dans une situation juridique ne fait pas du tiers un standard, tout simplement parce que ce principe est déjà clairement défini en droit privé. Ce principe n'a pas besoin d'être reformulé pour s'adapter au droit administratif. Il existe déjà en tant que tel. Il s'agit de l'opposabilité d'une situation juridique.

Conclusion de chapitre

Ce chapitre a permis de donner une existence à la notion de tiers en droit administratif. En effet, si au regard du premier titre, nous pouvions douter de l'existence d'une réelle notion de tiers, ce titre nous procure au contraire une note optimiste. Le tiers n'est peut être pas une notion complète et parfaite comme le sont les notions conceptuelles, cependant il a une réelle consistance et une réelle essence.

Le tiers est une notion fonctionnelle, c'est-à-dire une notion imparfaite par essence, dont la définition ne sera jamais complète sauf à être absorbée par une notion conceptuelle. Or, au regard de l'ancienneté de la notion de tiers, il parait peu probable que cela se produise. Cependant, et en ce sens, nous rejoignons la critique faite pas M. Rials au sujet de la théorie de la notion fonctionnelle de G. Vedel : le tiers n'est pas seulement une notion fonctionnelle. En réalité, la notion fonctionnelle ne permet que de donner un élément de définition de la notion de tiers, élément important mais non suffisant pour la définir. Par ailleurs, la définition que nous obtenons à partir de ce chapitre est, elle aussi, dans son ensemble, insuffisante. Le chapitre suivant est donc nécessaire afin de proposer les critères de déterminations finaux, de donner une définition plus précise du tiers, même si ces critères ne permettront que la mise en place d'un protocole efficace de détermination du tiers et non une reconnaissance immédiate du tiers au sein des contentieux. Mais nous ne pouvons exiger plus de la notion de tiers.

La notion de tiers comprend différents éléments. Tout d'abord, cette notion comprend une base fixe : le tiers est une personne extérieure ou étrangère à un groupe ou une situation juridique. Cette base a été déterminée dès le début de nos recherches et constitue un postulat de base. Cependant, elle ne permet pas d'obtenir la définition pleine et entière du tiers recherchée. Ainsi nous avons développé l'idée que le tiers constitue une notion fonctionnelle. En effet, nous avons remarqué que le tiers intervenait dans de nombreux contentieux sans rapport entre eux, pour des demandes diverses et qu'il était traité différemment selon les espèces en cause. De ce catalogue épars, un liant est apparu. Le tiers est une notion utilisée par le juge administratif. Cette utilisation est implicite, mais présente. Le tiers permet au juge administratif de réaliser la régulation de l'accès à son prétoire. Par ailleurs, le fait que le tiers constitue une notion fonctionnelle, est globalement acceptable pour le juge administratif. En effet, celui-ci a pour objectif de régler des litiges, parfois par la création de nouvelles notions. Son rôle n'est pas de synthétiser ces notions, ce travail revient à la doctrine. Les notions

fonctionnelles sont, à cet effet, parfaitement pertinentes pour donner de l'essence, de la substance à ces notions éparses et complexes, comme l'est celle du tiers. Par contre, le tiers n'est pas un standard.

Chapitre 2 : Les critères de détermination du tiers

La notion de tiers tend à se préciser davantage. Dans un premier chapitre, nous avons vu à quel point la notion de tiers est une notion à part, par le simple fait qu'il ne s'agit pas d'une notion conceptuelle, mais bien d'une notion fonctionnelle. Le tiers a un but et c'est en fonction de ce but que la notion de tiers est présente en droit administratif, même si cette présence est implicite. Le tiers sert de régulateur à l'accès au juge. Ainsi certains tiers peuvent faire valoir leurs prétentions devant lui et peut être obtenir satisfaction. Cependant dans de nombreux autres cas qui restent à étudier plus, la qualification d'une personne en tiers constitue un obstacle à cet accès au juge. Les juges administratifs élaborent ainsi certaines procédures afin que ces tiers ne puissent indéfiniment remettre en cause des situations valablement formées, et ainsi assurer la sécurité et la stabilité juridiques. Il faut toutefois préciser qu'il ne s'agit pas d'une violation du droit au recours effectif ou du droit d'accès au juge, droits protégés notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Nous avons pu prouver que la notion de tiers est une notion fonctionnelle et que le tiers est un régulateur de l'accès au juge administratif. Cependant nous n'avons pas encore donné les critères permettant de définir, de qualifier telle ou telle personne de tiers. Or il s'agit là d'une étape décisive dans l'identification du tiers. Il s'agit de lui attribuer des critères de détermination. C'est ce qu'il convient de réaliser dans ce second chapitre.

La réalité du droit administratif est qu'il est impossible de donner des critères bien spécifiques et invariables à la notion de tiers. Il est surtout impossible de donner des critères s'appliquant à tous les tiers alors que leur situation et leurs interactions vont être totalement différentes. En réalité, la reconnaissance d'un ou plusieurs tiers au sein d'un contentieux particulier va dépendre de différents éléments et ce sont ces différents éléments qui vont maintenant être étudiés et considérés comme les critères déterminant le ou les tiers. Précédemment, nous avons observé que les définitions du tiers données par de nombreux auteurs avaient été qualifiées d'insatisfaisantes, puisqu'il s'agissait de protocoles de détermination du tiers, donc de déduction du tiers. Il faut cependant reconnaître que la définition qui peut être donnée du tiers est forcément une définition négative ([553]). Cela

[553] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 664. « […] *(c'est le sort des tiers que de toujours faire l'objet d'une définition négative)* »

provient de l'essence même du tiers : il est un être extérieur. Nous proposons donc un nouveau protocole de détermination que nous espérons plus précis et plus efficace.

La qualification de tiers va dépendre de deux éléments fondamentaux. Un cercle générateur qui permettra de fixer les participants à la situation juridique prise en compte et ainsi d'en déduire les tiers. Un point de départ temporel au rapport de droit établissant la situation juridique en cause devra aussi être mis en lumière. Ces deux critères permettant la détermination du tiers vont donc être étudiés indépendamment dans les deux sections suivantes. Ces deux critères vont d'ailleurs démontrer que « le » tiers n'existe pas, mais qu'il existe « des » tiers.

Section 1 : Le cercle générateur

Le tiers est une personne étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Le tiers n'appartient pas à un groupe déterminé, il n'a aucun lien le rattachant à cette situation juridique considérée. Cependant il va interagir avec ce groupe, il va s'immiscer dans la situation juridique ; il va entrer en relation avec ce à quoi il est étranger. Cela signifie qu'à un moment donné, un tiers peut se voir obtenir une nouvelle qualification comme celle de partie par exemple.

Nous devons tout d'abord réfléchir sur ces notions de groupe, de situation juridique. Il est nécessaire de leur trouver des points communs, de trouver ce qui peut permettre de rassembler ces deux éléments. Or ce qui permet de regrouper ces deux éléments avec lesquels les tiers vont pouvoir interagir, alors qu'ils leur sont étrangers, est la notion de cercle générateur.

L'identification du tiers ne peut passer, croyons-nous, que par la création d'un protocole de détermination. Nous proposons d'utiliser la notion de cercle générateur afin d'élaborer ce protocole. Il conviendra alors de définir ce qu'est ce cercle générateur, alors qu'il fait intervenir différentes notions de base permettant de le mettre en place : rapport de droit, opposabilité, sujets actifs et passifs. Ces notions de base seront donc étudiées avant de confronter le tiers au cercle générateur.

I. Définition des notions essentielles à l'établissement du cercle générateur

Le cercle générateur est une notion proposée par M. Duclos dans sa thèse de droit privé ([554]). Cette notion permet de définir, de décrire une situation juridique par l'intervention de différents éléments. Le cercle générateur fait principalement intervenir deux notions importantes : la notion de rapport de droit et la notion d'opposabilité, leur importance est principalement reconnue en droit civil. Le cercle générateur fait ensuite intervenir des sujets, c'est-à-dire les acteurs de ce cercle. Il convient cependant d'étudier les deux notions de rapport de droit et d'opposabilité, afin de définir précisément le premier critère de détermination du tiers proposé : le cercle générateur.

A. Rapport de droit

Le rapport de droit fait appel à la notion de rapport. Il convient tout d'abord d'en rechercher la définition. G. Cornu définit le rapport selon différentes acceptions. Cependant une seule d'entre elles nous intéresse, il s'agit de la cinquième et dernière acception. Le rapport est un « *synonyme de relation, soit dans un sens factuel (rapport de voisinage), soit dans un sens juridique (rapport de droit, lien juridique). Exemple : rapport d'instance (lien juridique d'instance), rapports entre époux (d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial), rapports collectifs ou individuels du travail* » ([555]). Ainsi, nous obtenons une indication, le rapport de droit est synonyme de lien juridique. Il faut donc se reporter à cette notion. Le lien juridique est un « *rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (exemple : l'obligation lien de droit, vinculum juris, entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droits et d'obligations (exemple : droits et devoirs attachés au lien de filiation ou au lien d'instance)* » ([556]).

Après cette recherche de la définition de la notion de rapport de droit, une chose est tout à fait frappante : le rapport de droit n'est pas défini en tant que tel. Il n'existe pas de définition mise en valeur. Finalement, cela ne pose pas de problème puisque le rapport de droit se définit dans la notion de lien juridique.

---

[554] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1984, p. 22.

[555] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 760.

[556] *Ibid.*, p. 552.

Le rapport peut donc être défini comme un lien juridique unissant au moins deux personnes entre elles. Ces deux personnes ou plus, qu'elles soient des personnes morales ou physiques, vont s'engager, s'obliger. Ce lien juridique fait ainsi naître des obligations entre ces différentes personnes. Il donne, en même temps, naissance à une nouvelle situation juridique concernant uniquement les personnes liées par le rapport. Nous obtenons donc une définition générale du rapport de droit qu'il faut maintenant apprécier au regard du droit administratif.

Appliquée au droit administratif, la définition, elle-même, du rapport de droit reste invariable. Cependant c'est la nature même du rapport de droit qui nous intéresse ici. Il existe, tout comme en droit privé, deux types de rapports de droit. Les rapports de droit sont établis par l'intervention soit d'un fait, soit d'un acte. Il s'agit de faits et d'actes juridiques. Le fait juridique correspond à « *tout évènement volontaire ou non, produisant des effets de droit* » ([557]). Pour ce type de rapport de droit, il n'y a pas de difficultés particulières. En ce qui concerne le second type de rapport de droit : les actes juridiques, il faut tout de suite mettre l'accent sur leur diversité. En effet, trois catégories d'actes juridiques peuvent être reconnues en droit administratif et permettant de créer les rapports de droit nous intéressant. Il s'agit des actes administratifs unilatéraux, des contrats et des décisions juridictionnelles. Ces trois sources de rapport de droit ont des incidences différentes sur la qualification d'une personne en tiers. Ces trois sources constituent en réalité deux catégories différentes. Il faut regrouper les actes administratifs et les contrats en une même catégorie qui s'oppose à la catégorie des décisions juridictionnelles. Ces deux catégories s'opposent en raison du référentiel espace-temps pris en compte ([558]). Cette énumération faite, il parait plus facile d'envisager les rapports de droit établis en droit administratif qui vont servir de base pour déterminer les tiers. Cependant cette base doit être complétée par l'opposabilité de ce rapport de droit.

[557] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 326.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 400.

[558] Sur le référentiel espace-temps, V. : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, p. 200.

B. Opposabilité

L'opposabilité est la « *qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* » ([559]). Cet élément de l'ordre juridique est alors dit opposable, c'est-à-dire un élément « *dont la valeur comme élément de l'ordre juridique ne peut être méconnue par les tiers, lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets* » ([560]). L'opposabilité est une notion doctrinale ; elle provient d'une terminologie doctrinale ([561]). Elle a pour origine un constat évident : les personnes sont interdépendantes ([562]). L'opposabilité en droit privé trouve une forte application dans le contentieux lié aux contrats. M. Ghestin définit l'opposabilité comme « *un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers, car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties* » ([563]), « *le principe de l'effet relatif* […] *ne fait pas obstacle à l'opposabilité du contrat et des situations contractuelles nées de ce dernier. Cela permet aux parties à l'égard des tiers, comme aux tiers à l'égard des parties, de se prévaloir de la situation juridique créée par le contrat* » ([564]). Cependant ce qui nous intéresse ici, c'est l'opposabilité des actes y compris du contrat, mais aussi des faits juridiques. Il convient donc

---

[559] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 22.

S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 501.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 637. Il s'agit de l'« *aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.) d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire ici de personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayants cause ou créanciers de ces parties ni concernées en premier par la situation) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés où cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit* ».

[560] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 638.

[561] J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, p. 724.

[562] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 23. *« L'opposabilité procède d'une vérité banale : les hommes sont interdépendants*. »

[563] J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, p. 766.

[564] *Ibid.*, p. 723.

de garder une vision élargie de l'opposabilité et de ne pas se contenter d'observer l'opposabilité attachée aux seuls contrats. Par ailleurs l'opposabilité est en réalité définie de la même manière, qu'elle concerne les contrats ou les autres actes juridiques ([565]).

L'opposabilité comprend plusieurs éléments. Selon M. Duclos, « *conformément à la trilogie juridique fondamentale, l'opposabilité a un objet, un certain effet et deux sujets : l'un actif (celui qui oppose), l'autre passif (celui à qui l'on oppose)* » ([566]). Il convient donc d'étudier ces trois éléments. L'objet de l'opposabilité peut être d'origine diverse : « *un fait, un acte, un droit et plus généralement une situation peuvent selon le cas être opposés* » ([567]). Ainsi selon cette remarque de M. Duclos, ce que nous avons défini comme nature du rapport de droit, c'est-à-dire les actes et les faits juridiques, peuvent être opposables. C'est donc le rapport de droit qui est opposable, qui constitue l'objet de l'opposabilité. En cela, rapport de droit et opposabilité sont liés. L'opposabilité s'exprime qu'il s'agisse d'un fait ou d'un acte juridique, elle existe pour une simple raison : ce fait ou cet acte, donc le rapport de droit, va modifier l'ordonnancement juridique par la création d'une nouvelle situation juridique ([568]). En ce qui concerne les sujets, il s'agit de distinguer deux types de sujets. Le premier type de sujet est constitué par les sujets actifs. Il s'agit des personnes morales ou physiques, qui ont pris part au rapport de droit, c'est-à-dire les cocontractants à un contrat, les parties à un litige, l'auteur et les destinataires d'un acte, l'auteur et la victime d'un dommage… Le rapport de droit unit ces sujets actifs, ce sont eux qui vont imposer l'opposabilité. Le second type de sujets est constitué par les sujets passifs. Les sujets passifs sont ceux qui n'ont pas pris part au rapport de droit et sur qui pèsent les effets de l'opposabilité.

---

[565] R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 93. « *Il n'y a aucune bonne raison de penser que l'opposabilité des actes juridiques soit différente de celle qui vient d'être décrite à propos des faits*. »

[566] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 22.

[567] *Ibid.*, p. 22.

[568] R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 87. « *Le contrat serait opposable parce qu'il est un fait, qu'il existe, crée une situation juridique ou modifie l'ordonnancement juridique et s'impose donc aux tiers.* »

L'effet a une place particulière dans l'opposabilité. C'est l'effet qui permet l'expression de l'opposabilité ([569]). Cette effet est indirect ([570]).Selon M. Duclos, l'effet produit par l'opposabilité permet de définir cette opposabilité. Cependant l'effet ne permet pas à lui seul de le faire. Cet auteur retient que c'est le cumul de l'effet indirect et la présence de tiers qui permettent de réaliser cette définition ([571]). Il convient de définir cet effet indirect : l'« *effet indirect peut être défini en général et sommairement, comme le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte* » ([572]). Ainsi l'opposabilité a pour conséquence d'imposer aux tiers, aux sujets passifs, une « *obligation d'inviolabilité* » ([573]). Cette obligation d'inviolabilité consiste en une obligation de ne pas faire : une obligation de ne pas porter atteinte au rapport de droit unissant les sujets actifs de ce rapport opposable et, ainsi, de respecter ce rapport de droit. Cette obligation d'inviolabilité permet de donner une qualification plus précise à l'opposabilité. Nous sommes en présence d'une opposabilité aux tiers, c'est-à-dire envers les tiers, envers les sujets passifs. Cette obligation qui pèse sur eux a une contrepartie : il s'agit de la seule obligation pouvant peser sur eux. Ainsi le rapport de droit établi entre les sujets actifs ne pourra pas faire peser sur les sujets passifs d'autres obligations que celle d'inviolabilité. *A contrario* les sujets passifs deviendraient actifs et ne seraient donc plus considérés comme des tiers sur lesquels pèse l'obligation de ne pas faire. Enfin, une critique faite par M. Wintgen lors de son étude de l'opposabilité des contrats peut être envisagée. L'opposabilité ne produirait aucun effet. Selon cet auteur, l'opposabilité n'est que l'existence du contrat pour les tiers. Les tiers ont conscience de l'existence du contrat et c'est en cela que ce contrat leur est opposable, mais cela n'implique aucunement une obligation d'inviolabilité ([574]). Nous ne

---

[569] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 23. « *C'est lui* [l'effet de l'opposabilité]*, pour l'essentiel, qui permet de caractériser l'opposabilité*. »

[570] *Ibid.*, p. 23.

[571] *Ibid.*, p. 26.

[572] *Ibid.*, p. 23.

[573] R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 98. « *L'opposabilité du contrat aux tiers interdisait à ces derniers de porter atteinte au contrat.* […] *Etant tenu de « respecter » ou de « ne pas méconnaître » le fait que constitue le contrat conclu pour autrui* », p. 88.

[574] *Ibid.*, p. 98. « *Il suffit de souligner que l'opposabilité « en tant que fait » ne produit aucun effet propre*. » « *On ne voit pas comment on peut, par exemple, affirmer que les tiers ne doivent pas porter atteinte à un contrat parce que celui-ci leur serait opposable comme fait. Le contrat existe pour les tiers et on peut nommer cette existence « opposabilité », mais il ne va pas du tout de soi que cette existence implique « l'obligation*

nous rallions pas à cette opinion. En effet, cela reviendrait à nier tout intérêt à l'opposabilité des actes et des faits juridiques, puisqu'elle ne pourrait produire aucun effet. Nous nous rallions donc à l'opinion partagée par M. Duclos : l'opposabilité des actes et des faits juridiques a pour effet de produire l'obligation d'inviolabilité devant être respectée par les sujets passifs.

L'opposabilité vient d'être définie, mais cette définition est donnée en ce qui concerne le droit privé. Il convient donc d'étudier l'opposabilité et sa définition en droit public et plus particulièrement en droit administratif. En réalité, il n'y a aucun obstacle à transposer telle quelle la définition de l'opposabilité donnée en droit privé au droit administratif. D'ailleurs, M. Duclos faisait allusion à cette transposition. Selon cet auteur, il n'y a qu'une réserve à faire : les lois et règlements ne sont pas véritablement opposables, puisqu'ils « *obligent directement* » ([575]). Hormis cette réserve, l'opposabilité en droit administratif est identique à celle de droit privé. Une remarque doit cependant être faite. La réserve émise par M. Duclos ne nous concerne pas ici. En effet, concernant le rapport de droit qui constitue l'objet de l'opposabilité que nous étudions, nous avons mis en valeur la nature de ce rapport de droit. Il s'agit d'un fait ou d'un acte juridique. Dans la catégorie des actes juridiques, nous excluons les lois du simple fait qu'elles ne relèvent pas de la compétence du juge administratif. Ainsi ces actes juridiques sont constitués par les actes administratifs unilatéraux qui comprennent les actes individuels et les règlements, et les contrats. S'il est évident que les règlements obligent les personnes concernées par ces actes, nous en déduisons aussi qu'ils sont opposables aux personnes qui ne sont pas concernées par eux. Ainsi la réserve de l'auteur peut être totalement levée, notamment par le fait qu'il ne donne aucune précision dans son utilisation du terme de « *sujets de droit* ». Considère-t-il les sujets concernés par l'acte ou tous les sujets de droit ?

Enfin, il faut s'intéresser à la connaissance des actes opposables. Pour qu'un acte soit opposable et qu'il produise les effets attachés à cette opposabilité, il est nécessaire d'être

---

d'inviolabilité ». » Nous estimons que cette critique de l'opposabilité des contrats est pertinente puisque cet auteur releve qu'« *il n'y a pas de bonne raison de penser que l'opposabilité des actes juridiques soit différente de celle qui vient d'être décrite à propos des faits* », p. 93.

[575] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 22. « *Le concept d'opposabilité ainsi défini s'applique également au droit public. Sauf à préciser que, contrairement à une terminologie habituelle, la loi et le règlement envisagés comme tel ne sont pas vraiment opposables aux sujets de droit ; ils les obligent directement.* » Souligné par nous.

connu par les tiers. Selon M. Duclos, il s'agit de la « *clef de voûte de la mise en œuvre de l'opposabilité* » ([576]). En effet, comment les effets de l'opposabilité d'un élément juridique pourraient se produire, c'est-à-dire l'obligation d'inviolabilité pesant sur les tiers, si ces mêmes tiers n'ont aucune connaissance de cet élément juridique ? Les tiers doivent avoir connaissance de l'élément juridique opposable pour pouvoir respecter cette opposabilité. Par ailleurs, si la connaissance des éléments juridiques opposables permet à l'opposabilité de produire ses effets, l'opposabilité ne s'exprime réellement qu'au sein des contentieux ou plus généralement des litiges. Selon M. Levis, l'opposabilité s'exprime lors des contentieux latents ([577]). En fait, l'opposabilité s'exprime pleinement lorsque l'on y porte atteinte par l'intervention d'un tiers dans le rapport de droit, ce qui conduit le plus souvent au contentieux.

II. Le cercle générateur et la notion de tiers

Après avoir étudié les notions de rapport de droit et d'opposabilité, nous pouvons envisager le cercle générateur et son apport en tant que critère de détermination du tiers. La notion de cercle générateur est utilisée par M. Duclos, même s'il utilise cette notion de manière plutôt discrète ([578]). Il n'en reste pas moins qu'il en utilise plus fortement l'image. Pour élaborer ce cercle générateur, il s'est inspiré de deux anciens auteurs qui eux, utilisaient la notion de « *sphère juridique de l'initiative agissante* » ([579]).

Reprenons la définition donnée du cercle générateur par M. Duclos. Il faut « *imaginer un cercle dont la circonférence délimite, en deçà et au-delà, deux types de rapport juridique. L'intérieur représente le domaine de l'effet direct : il concerne les personnes directement en relation avec l'élément juridique considéré, et que l'on peut donc appeler globalement les « acteurs directs » ou « sujets directs ».* […] *A l'extérieur du cercle symboliquement tracé, se*

[576] *Ibid.*, p. 30. « *La connaissance par les tiers des éléments juridiques représente indubitablement la clef de voûte de la mise en œuvre de l'opposabilité aux tiers (et pas les acteurs directs).* »

[577] M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Droit privé, 1989, p. 17. « […] *exprimant la possibilité d'opposer un droit, la virtualité d'une opposition, elle implique au moins un contentieux latent.* » Dans son étude de l'opposabilité des droits réels, il met en lumière l'« *analyse qui met l'accent sur la sanction du droit comme élément essentiel de son opposabilité […] de ne faire apparaître le droit réel que lorsqu'il y est porté atteinte* », p. 124.

[578] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 22. « […] *isoler un cercle générateur* »

[579] G. RIPERT, M. TEISSEIRE, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, *RTDC*, 1904, p. 757.

développe le rapport juridique indirect, domaine spécifique de l'opposabilité, laquelle en conséquence intéresse ceux qui ne sont pas acteurs directs, c'est-à-dire les tiers » ([580]). Ainsi la particularité de ce cercle générateur est de donner des sujets au cercle, des sujets qui vont interagir ou non au sein de ce cercle. Ces sujets regroupent deux catégories différentes sur lesquelles le cercle produira différents effets. Ces deux catégories sont les acteurs au rapport de droit qui sont alors qualifiés de sujets actifs, et les tiers qui sont, eux, qualifiés de sujets passifs ([581]). De plus, M. Duclos donne une définition du tiers, ainsi qu'une explication de cet état : « *en matière d'opposabilité* […] *toute personne étrangère au cercle d'activité directe d'un élément donné doit être qualifiée de tiers. Cette « extranéité » peut s'expliquer par le défaut de participation de cette personne à la création de l'élément opposé, et plus généralement par la structure particulière de ce dernier* » ([582]).

Afin de déterminer le protocole de détermination du tiers, nous proposons de retenir ce critère du cercle générateur et ainsi d'appliquer la théorie de M. Duclos au droit administratif. Il convient de reprendre les caractéristiques composant ce cercle. Le cercle générateur est composé d'un objet, des sujets actifs et passifs présents dans la notion d'opposabilité, et d'effets qui à la différence des effets de l'opposabilité, sont doubles.

Le cercle générateur est constitué d'un objet. Cet objet est de nature diverse : faits ou actes juridiques. L'objet du cercle générateur est le rapport de droit, qui doit, en ce qui nous concerne, être un rapport de droit public. C'est à partir de ce rapport de droit que le cercle va se dessiner. Si cet objet n'existait pas, le cercle n'aurait aucune raison d'être. Le cercle tracé autour de ce rapport de droit a pour but d'isoler la nouvelle situation juridique créée par le rapport de droit. Il ne s'agit pas d'un isolement dans le sens d'une mise à l'écart de la situation juridique. Il s'agit, tout simplement, de séparer les situations juridiques les unes des autres afin de ne pas les confondre entre elles. Isoler une situation juridique par la création du cercle générateur permet de mieux appréhender cette situation et ainsi de pouvoir définir efficacement les effets qui sont produits par ce cercle.

Le cercle générateur est composé de deux types différents de sujets : il s'agit des sujets actifs et des sujets passifs. Il s'agit des mêmes sujets qu'en ce qui concerne la définition de

[580] J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 23.

[581] *Ibid.*, p. 24. « *Les acteurs directs et les tiers sont les sujets actifs et passifs de l'opposabilité*. »

[582] *Ibid.*, p. 25.

l'opposabilité. Mais il convient de développer ce point. Les sujets actifs sont les personnes qui ont pris part à l'objet du cercle générateur : le rapport de droit. Ces sujets actifs sont les personnes qui ont créées la nouvelle situation juridique illustrée par le cercle générateur. Il faut caractériser ces sujets actifs au niveau du droit administratif. Si le rapport de droit est un fait juridique, celui qui en est l'auteur ou celui qui en subi les effets doit être une personne morale de droit public. Il est tout simplement nécessaire que l'un des sujets actifs soit une personne publique ou alors une personne de droit privée mais qui relèverait de la compétence du juge administratif en raison des cas particuliers énumérés par la jurisprudence. Si le rapport de droit est issu d'un acte juridique, nous serons devant trois types différents de couples-sujets actifs ([583]). Si l'acte juridique est un contrat, le couple de sujets actifs est constitué par les cocontractants. Si l'acte juridique est un acte administratif unilatéral, alors les sujets actifs sont un couple auteur de l'acte / destinataire de l'acte. Par exemple, si l'acte administratif est un permis de construire, le couple de sujets actifs est constitué par la personne publique auteur de l'acte, la commune, et par le destinataire du permis de construire, le propriétaire. Enfin, si l'acte juridique est une décision de justice, les sujets actifs sont le couple formé par les parties au litige. Par exemple, dans un litige touchant un problème de responsabilité administrative, le couple de sujets actifs est constitué par la personne publique auteur du dommage et par la victime ayant subi ce dommage, ce couple étant lié par la décision de justice rendue. Or il en va de même en ce qui concerne les sujets actifs à un rapport de droit formé par un fait juridique, les sujets actifs à un rapport de droit formé par un fait juridique quel qu'il soit, doivent au moins compter une personne publique en leur sein. En réalité, la présence d'au moins une personne publique ou d'une personne privée « assimilée » à une personne publique vient du fait qu'ici, nous ne prenons en considération que les rapports de droit régis par le droit administratif. Cela implique la présence d'une personne publique au sein des sujets actifs du cercle générateur.

Le second type de sujets du cercle générateur est constitué par les sujets passifs. Le fait de considérer le cercle générateur comme un critère de détermination du tiers prend alors tout son sens. Les sujets passifs sont les personnes qui n'ont pas pris part au rapport de droit

[583] Nous utilisons le terme de « couple », ce qui signifie l'implication de deux personnes. Cependant nous ne concevons pas cette expression de manière aussi restrictive. Nous prenons en considération le fait que nous sommes en présence de deux personnes au minimum, donc nous sommes forcément en présence d'un couple. Le vocable utilisé ne doit pas faire obstacle à la réalité des faits : les sujets actifs seront généralement plus de deux personnes.

ou plus précisément, qui ne sont pas liés par le rapport de droit. Si le cercle générateur isole la situation juridique créée par le rapport de droit, alors les sujets passifs seront en dehors de ce cercle. Cela signifie que ce sont des personnes extérieures au cercle. Cela rappelle le postulat de base du tiers : un tiers est une personne extérieure ou étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Ainsi les sujets passifs sont des tiers. Il s'agit, par exemple, des voisins d'un propriétaire ayant obtenu un permis de construire, de l'entourage d'une victime de dommages causés par une personne publique… La détermination précise du cercle générateur permet au final de déterminer les tiers. Cependant ce n'est pas parce qu'ils sont tiers et donc extérieurs au cercle générateur, qu'ils n'en subissent aucun effet.

Le cercle générateur produit deux types différents d'effets. Il s'agit de l'effet direct et de l'effet indirect. C'est en cela que le cercle générateur est différent de la seule opposabilité qui ne compte qu'un seul effet : l'effet indirect par l'obligation d'inviolabilité. L'effet direct du cercle générateur doit être défini. Il s'agit tout simplement des effets inhérents au rapport de droit, objet du cercle générateur. L'effet direct correspond aux effets que produit le rapport de droit. Ces effets atteignent uniquement les sujets actifs du cercle générateur. Par exemple, si le rapport de droit implique une obligation de faire caractérisant ainsi un créancier et un débiteur de cette obligation, les sujets actifs du cercle générateur prennent alors ces qualifications de créancier et de débiteur, et doivent respecter l'obligation de faire / objet du cercle générateur. La caractéristique de l'effet direct est qu'il ne peut avoir d'effets que sur les sujets actifs du cercle, par principe, eux seuls sont atteints. En effet, les sujets passifs du cercle générateur sont, eux, atteints par l'effet indirect du cercle générateur. Cet effet indirect est exactement le même que celui de l'opposabilité. En réalité, le cercle générateur produit un effet direct sur les sujets actifs, nous venons de l'expliquer. Ce cercle générateur a pour but de protéger ces sujets actifs de l'intervention des sujets passifs dans le rapport de droit constitué. C'est pour cette raison que le rapport de droit est opposable aux sujets passifs du cercle. Cette opposabilité s'exprime par l'effet indirect : les sujets passifs ne sont pas obligés par le rapport de droit en cause, cependant pèse sur eux l'obligation d'inviolabilité qui constitue l'effet indirect du cercle générateur. Par l'effet indirect et donc l'obligation d'inviolabilité, le cercle générateur permet aux sujets actifs d'être libres dans leurs engagements réciproques, dans leur rapport de droit, mais il protège aussi les sujets passifs, car ils ne pourront pas être obligés par le rapport de droit, ils ne devront que respecter l'obligation d'inviolabilité.

Si nous suivons ce principe, la notion de tiers n'a pas d'intérêt. En effet, le cercle générateur et l'obligation d'inviolabilité sont censés empêcher toute intrusion des sujets passifs dans le cercle générateur. Dans un tel cas, la notion de tiers n'a que peu d'intérêt puisqu'ils ne seront jamais en relation avec les sujets actifs. Ces tiers ne seraient censés qu'observer le rapport de droit et rester totalement extérieurs, totalement étrangers. Ainsi aucun contentieux ne devrait faire intervenir des tiers puisqu'ils respecteraient complètement l'obligation d'inviolabilité. La notion de tiers serait, dans un tel cas, inutile à la doctrine et aux praticiens puisqu'elle ne fournirait aucun contentieux étudiable. Cette vision des choses parait improbable en droit administratif. En effet, un acte administratif unilatéral édicté, un contrat établi, une décision de justice rendue peuvent potentiellement toucher un ou plusieurs administrés. Les personnes publiques imposent en raison de leur obligation de satisfaire l'intérêt général. Ainsi lorsqu'une personne publique est impliquée dans un fait ou un acte juridique, potentiellement cela peut atteindre, même de manière indirecte, les sujets passifs, ce qui les conduit à passer outre l'obligation d'inviolabilité.

Le contentieux administratif démontre que la notion de tiers a un intérêt puisque les tiers, les sujets passifs ne respectent pas forcément l'obligation d'inviolabilité. Il est vrai que dans la majorité des cas, les sujets passifs vont respecter le cercle générateur, ils ne vont pas intervenir dans le rapport de droit. Dans une telle configuration, il n'existe aucun contentieux concernant l'intervention des tiers par le simple fait, qu'ils respectent l'obligation d'inviolabilité, ils respectent l'opposabilité imposée par le rapport de droit. Cependant, les sujets passifs peuvent interagir avec le cercle générateur, les tiers peuvent intervenir dans le cercle générateur donnant lieu à des contentieux. Logiquement, en raison du non respect de l'obligation d'inviolabilité, les tiers devraient être sanctionnés. La réalité contentieuse démontre que cette intervention prend généralement la forme d'un recours contentieux contestant le rapport de droit liant les sujets actifs. Or à la différence de ce qui se passe en droit civil, où les sujets passifs sont sanctionnés par la mise en jeu de leur responsabilité délictuelle ([584]), le juge administratif propose une autre solution à cette intervention. En effet, si l'intervention des sujets passifs paraît injustifiée, alors il se contente de déclarer la requête irrecevable. Par contre, si la demande des sujets passifs trouve une justification, alors il

[584] J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, p. 777. « *L'opposabilité se traduit vis à vis des tiers par une obligation de ne pas faire, sanctionnée par la responsabilité délictuelle, qui ne peut être assimilée à une extension des effets obligatoires du contrat*. »

acceptera d'en connaître et jugera l'affaire en cause. Nous retrouvons ici l'intérêt de la notion de tiers : sa fonction, c'est-à-dire réguler l'accès au prétoire du juge administratif.

Ces développements ont permis de mettre en lumière l'importance de la notion de cercle générateur dans la détermination du tiers et dans l'élaboration de sa notion. Nous restons en réalité avec une définition assez large du tiers : il s'agit d'une personne extérieure, d'une personne étrangère à un groupe ou à une situation juridique. Cependant la notion de cercle générateur permet de donner un protocole de détermination du tiers particulièrement efficace. Le protocole de détermination commence donc par l'identification de la situation juridique en cause ; il s'agit d'une situation juridique dans un cadre contentieux. Il faut en déduire un rapport de droit, ainsi que sa nature, afin de délimiter les domaines contentieux et le droit administratif spécifique à appliquer. Reste alors à délimiter les sujets actifs des sujets passifs, les tiers. Il est des contentieux où cela sera simple à réaliser, mais dans d'autres cas, délimiter les sujets actifs des sujets passifs restera délicat, notamment dans les cas où les débiteurs d'une obligation imposée par la personne publique, ne sont pas identifiés, mais identifiables, comme par exemple, les obligations imposées par des actes administratifs réglementaires. Au final, nous obtenons, pour une situation juridique donnée, les différents éléments constituant le cercle générateur qui seront alors délimités et ainsi plus aisés à traiter. Les sujets passifs, les tiers pourront alors être étudiés dans leurs interactions avec le cercle générateur.

Toutefois, ce protocole de détermination a une lacune. En effet, ce protocole ne prend pas en compte l'élément temporel dans la détermination du tiers. Or nous allons nous apercevoir que cet élément temporel fait parti des critères de détermination du tiers, puisqu'en fonction de cet élément, un tiers peut se voir reconnaître ou non la qualification de tiers.

Section 2 : Rapport de droit, référentiel temporel et les tiers

Les personnes pouvant être qualifiées de tiers sont des personnes publiques ou des personnes physiques ou morales de droit privé. Elles sont étrangères à un rapport de droit administratif, elles subissent l'opposabilité de ce rapport de droit administratif. Elles sont ainsi qualifiées de sujets passifs du cercle générateur créé. Nous proposons donc un protocole de détermination du tiers qui finalement n'inclut pas de définition négative, mais qui est issu d'un système de déduction scientifique. Cependant, ce protocole souffre encore d'une lacune : il n'intègre pas la dimension mouvante de la notion de tiers.

Les situations juridiques sont forcément inscrites dans un environnement temporel. A un moment « t », une situation juridique naît. Cela signifie qu'au moment « t -1 », elle n'existait pas et qu'au moment « t +1 », elle n'existera peut être plus. Or la qualification de tiers varie en fonction de ces différents moments t, t -1 et t +1. Le protocole de détermination manque donc d'un élément temporel : la détermination de l'espace-temps à prendre en compte. Il s'agit alors d'établir un tel référentiel temporel.

Après avoir établi ce dernier critère de détermination du tiers, nous arriverons à un constat final. Il faudra concevoir deux catégories de tiers. Nous sommes en présence d'une notion « de » tiers, mais cette notion comprend « des » tiers. Si la notion de tiers trouve son liant dans sa fonction, c'est-à-dire la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif, elle trouve sa division dans son aspect temporel et dans son rattachement au rapport de droit. De la notion de tiers nous déduisons une échelle des tiers.

I. Le référentiel temporel : la détermination d'un espace-temps

Jusqu'à maintenant, nous avons éludé un référentiel important : le temps. Le droit régit les situations juridiques, cependant cela se réalise dans un espace temporel déterminé. Or cet espace temporel joue un rôle fondamental dans la qualification d'une personne en tiers.

Temporaire signifie : « *pour un temps déterminé (sur le calendrier)* » ([585]). Un espace temporel correspond ainsi à une durée de temps déterminée, une période calculée en jours, mois ou années. Concernant notre recherche, l'espace-temps, l'espace temporel va être défini comme la période allant de la conception au terme d'une situation juridique donnée. A l'image de l'être humain, il faudra ainsi prendre en compte la conception de la situation juridique, sa naissance, sa croissance, puis son terme. Ces différents espaces-temps ont une importance dans la qualification de personnes en tiers. En effet, il est tout à fait envisageable qu'une personne soit intervenue lors de la conception de la situation juridique, pour finalement ne pas être présente lors de sa naissance et de sa croissance, obtenant alors la qualification de tiers. Inversement, une personne peut être qualifiée de tiers de la conception à la croissance de la situation juridique et donc constituer un tiers, pour finalement tenir un rôle à son terme et ainsi perdre sa qualification de tiers. L'aspect temporel a donc une importance fondamentale en la matière. En fonction de celui-ci, varie la qualification de tiers. La notion de tiers n'est pas une notion fixée, figée dans le temps. Il s'agit d'une notion mouvante, comme le tiers en droit civil. Une personne qui obtient cette qualification à un moment « t », peut très bien la perdre à un moment « t +1 ». L'intérêt de la notion de tiers réside aussi dans cet aspect variable et non définitif. Envisager qu'une même personne puisse être tiers, perdre cette qualification, pour, peut être, la retrouver peu de temps après, prouve la complexité de cette notion.

La qualification de tiers n'est pas définitive. Cela implique de définir pour chaque espèce contentieuse un point de référence permettant de savoir à quel moment nous allons réaliser la qualification ou non des personnes en tiers. Il sera nécessaire de se placer systématiquement, pour chaque espèce, dans un référentiel donné ou prédéterminé à l'avance. Ce travail ne peut cependant se réaliser en amont. En effet, si la qualification de tiers dépend de l'espace-temps pris en compte, en dépend aussi sa qualification plus précise de tiers pur ou

[585] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 760. « *Pour un temps déterminé (sur le calendrier) ; par extension, pour une durée non fixée mais limitée par référence à une mission déterminée*. »

de tiers intéressé. Ainsi lorsque nous étudierons dans la seconde partie de cette thèse les actions contentieuses engagées par les tiers, il conviendra systématiquement de définir ce référentiel temporel.

II. Tiers pur et tiers intéressé

Définir la notion de tiers permet de reconnaître, au sein d'un contentieux déterminé, d'une espèce précise si un tiers est intervenu ou non. Ainsi il s'agit de pouvoir qualifier telle ou telle personne de tiers. Pour se faire, il est nécessaire d'appliquer les critères du protocole de détermination proposé. Il s'agit alors d'élaborer un cercle générateur : déterminer son objet, c'est-à-dire le rapport de droit, se placer dans un référentiel temporel déterminé, qualifier les sujets actifs et passifs. Les sujets passifs seront donc les tiers.

Cependant cette qualification de tiers apparaît, maintenant, imprécise. La notion de tiers en tant que telle est vague et ne révèle pas la réalité du contentieux administratif. Elle est révélée par le cumul des critères de détermination du tiers et par sa fonction : la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif. Tous les tiers ne reçoivent pas le même traitement. Il ne faut pas comprendre que le juge administratif va traiter de manière inégalitaire les tiers, il ne va pas instaurer de discriminations au sein des tiers, car dans ce cadre-là le juge ne respecterait pas ses obligations notamment issues du droit au procès équitable. Cependant, tous les tiers n'obtiendront pas satisfaction à leur demande de la part du juge administratif. Nous avons déjà expliqué que le juge administratif utilisait la notion de tiers afin de réguler l'accès à son prétoire. Il réalise cette régulation par différents moyens : l'admission de l'intérêt à agir du tiers ou sa restriction, l'ouverture ou la fermeture de certaines voies de droit... Cette différence de traitement des différentes requêtes formées par les tiers devant le juge administratif trouve sa solution dans une proposition : celle d'établir une échelle des tiers.

L'échelle des tiers constitue un élément de définition de la notion de tiers elle-même. La notion de tiers comprend une notion d'échelle selon laquelle nous pouvons proposer de déterminer différents niveaux en fonction de différents éléments notamment issus de l'aspect fonctionnel de la notion de tiers : la régulation de l'accès au juge. Pour exprimer clairement notre propos, il est nécessaire de considérer une espèce particulière : l'arrêt du Conseil d'Etat,

Société Tropic travaux signalisation ([586]). Cet arrêt a ouvert aux candidats évincés un recours afin de pouvoir contester les contrats administratifs devant le juge du contrat ; cette voie de recours constitue un recours de pleine juridiction. Le candidat évincé est un tiers puisqu'il fait parti des sujets passifs du cercle générateur formé par le rapport de droit : le contrat administratif. Or implicitement le Conseil d'Etat a utilisé la notion de tiers afin de réguler l'accès à son prétoire en ouvrant une voie de recours nouvelle, mais en la limitant à certains tiers. La question est alors de savoir comment fixer la barrière entre les tiers qui peuvent bénéficier de cette nouvelle voie de droit et ceux pour qui elle est fermée. La réponse est notamment donnée par le commissaire du gouvernement Casas : « *nous vous proposons d'admettre que certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent* » ([587]). Cette notion de proximité au contrat est aussi reprise par Mme Ubaud-Bergeron : « *cette méthode nous semble la plus cohérente puisqu'elle conduit à apprécier l'intérêt à agir du tiers en fonction de son degré de proximité avec le contrat* » ([588]). Dans cet arrêt, nous avons un élément d'ordre objectif : la relation plus ou moins proche du tiers avec le contrat administratif. Cet élément permet au juge administratif de réaliser un tri au sein de la notion de tiers et ainsi d'ouvrir l'accès à son prétoire uniquement à certains de ces tiers. La notion de tiers proposée a une unité et des critères de détermination communs, mais en son sein existe une échelle, car tous les tiers ne se ressemblent pas et ne peuvent agir de la même manière. Reste alors à définir les différents échelons de tiers.

L'échelle des tiers se compose de deux catégories différentes. Elle se compose des tiers intéressés et des tiers purs. Reste alors à expliquer ces termes. Ces deux expressions de tiers pur et de tiers intéressé ont toutes deux été utilisées par M. Delvolvé dans sa note sur l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* ([589]). Il utilise tout d'abord l'expression tiers

[586] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

[587] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007 p. 345.

[588] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[589] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 329 et 331.

intéressé pour rappeler la jurisprudence existante en ce qui concerne les recours en excès de pouvoir pouvant être intentés contre les contrats de recrutement d'agent public ([590]). Ensuite il utilise l'expression de tiers pur pour expliquer le fait que le recours de pleine juridiction ouvert aux candidats évincés soit fermés aux autres tiers ([591]). Cependant l'utilisation de ces expressions par M. Delvolvé, si elle est illustratrice dans la note en cause, ne correspond pas à l'image et aux définitions que nous souhaitons donner à ces expressions. Les tiers vont obtenir leur qualification en fonction de leur proximité ou de leur éloignement par rapport au cercle générateur, mais pas seulement.

Pour mieux comprendre cette échelle des tiers composée des tiers intéressés et des tiers purs, nous pouvons prendre l'image du nuage électronique et l'appliquer à l'échelle des tiers proposée. Selon les données de chimie-physique, un atome a une constitution particulière composée d'un noyau et d'électrons d'énergie quantifiée, variée. La modélisation de l'atome la plus élémentaire est représentée par le schéma n° 1. Les électrons gravitent autour du noyau selon une trajectoire circulaire. Cette énergie quantifiée permet de définir une trajectoire circulaire stable pour chaque électron d'un même noyau, ainsi qu'une distance noyau-électron. Cette trajectoire circulaire est dénommée « couche électronique » ; l'ensemble de ces couches forme le nuage électronique. Cette modélisation constituent le modèle de Bohr ([592]). Tous les électrons n'ont pas la même énergie et ne sont donc pas tous à la même distance du noyau. Les électrons seront d'autant plus proches du noyau que la relation noyau-électron, ainsi formée, sera forte, légitime.

[590] *Ibid.*, p. 329. « *Enfin les tiers intéressés ont été jugés recevables à attaquer par la même voie les contrats de recrutement d'agents publics*. »

[591] *Ibid.*, p. 331. « *Les tiers « purs », qui n'avaient aucun titre à faire valoir pour obtenir le contrat, ne sont pas recevables à intenter contre lui le nouveau recours*. »

[592] P. ARNAUD, *Cours de chimie physique*, Dunod, 3e éd., 1993, p. 22.

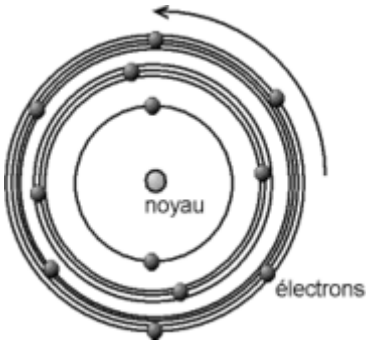

Schéma n° 1 : Le modèle de l'atome de Bohr ([593])

Cette modélisation de l'atome par le nuage électronique constitue, croyons-nous, l'illustration de l'échelle des tiers. Puisque nous proposons une échelle, nous aurions pu modéliser les tiers selon une représentation graduelle ou « en strates ». Nous aurions alors obtenu le schéma n° 2.

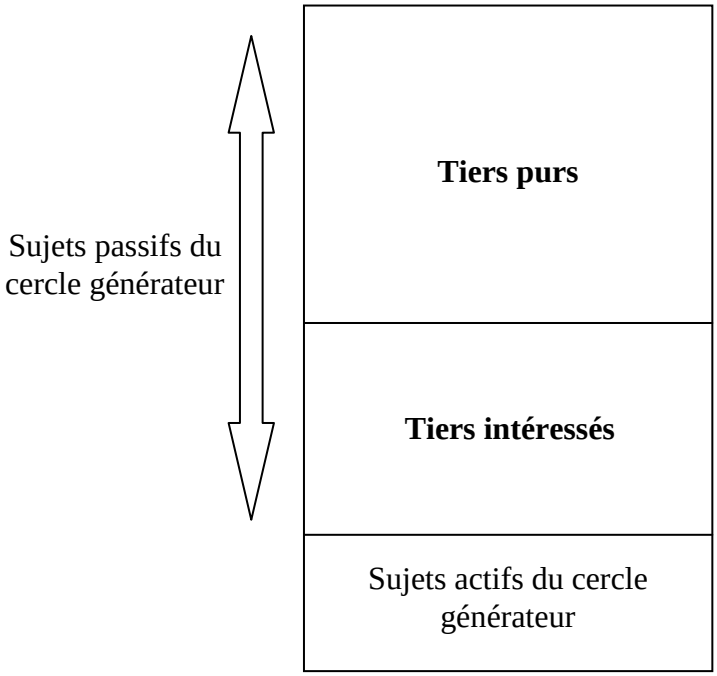

Schéma n° 2 : Echelle des tiers, vision en strates ou en graduations

[593] http://fr.wikipedia.org/wiki/Mod%C3%A8le_de_Bohr

Cependant ce schéma n° 2, qui a le mérite de mettre en image une échelle, celle des tiers, composée de ses deux échelons, ceux de tiers intéressés et de tiers purs positionnés par rapport au sujets actifs et passifs du cercle générateur, n'illustre pas complètement notre propos. Nous proposons donc de reprendre l'image issue du modèle de Bohr pour l'adapter à la notion de tiers. Nous obtenons alors le schéma n° 3.

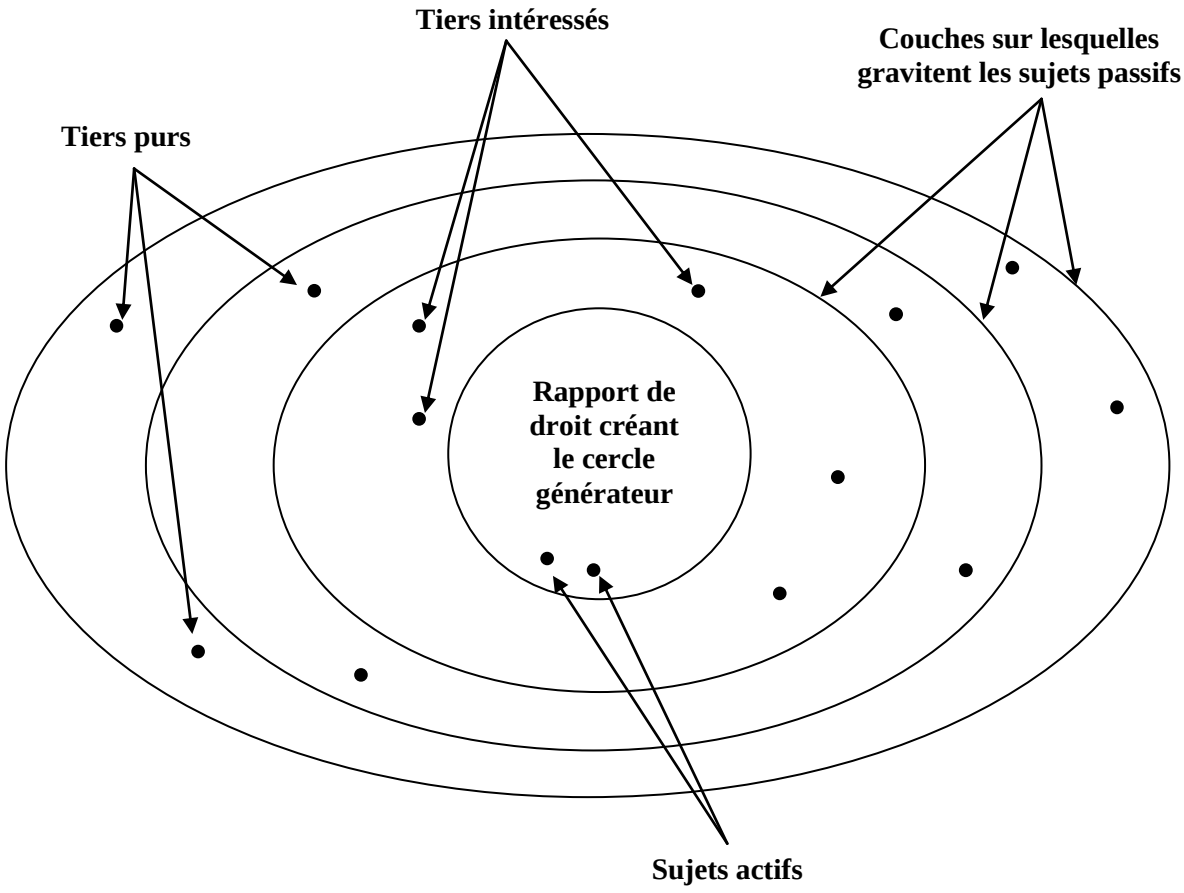

Schéma n° 3 : Echelle des tiers, vision nuage électronique

A l'image de ce schéma, les tiers se répartissent entre les différentes couches ci-dessus représentées. Les tiers forment alors un nuage tel le nuage électronique. Les tiers gravitent autour d'un noyau composé par le rapport de droit et les sujets actifs, comme le font les électrons autour du noyau atomique. Une répartition se réalise en raison du lien de proximité au rapport de droit. Plus le tiers est proche du rapport de droit, plus il a de chance d'obtenir la qualification de tiers intéressé. A l'inverse, plus il est éloigné de ce rapport de droit, plus il a

de chance d'obtenir la qualification de tiers pur. Les tiers, sujets passifs du cercle générateur, obtiennent leur qualification précise de tiers pur ou de tiers intéressé en raison de la proximité au rapport de droit. Ainsi à l'image de l'électron qui se positionne sur les couches les plus externes du nuage électronique et donc pouvant être attiré par un autre atome, les tiers étant les plus éloignés du rapports de droit, donc *a priori* les tiers purs, sont de moins en moins atteints par l'opposabilité du rapport de droit. C'est alors pour cette raison que le juge administratif utilise la notion de tiers afin de réguler l'accès à son prétoire, et dans cet exemple, plutôt pour fermer l'accès à son prétoire. Pour finir sur ce point, il est nécessaire de préciser la proximité du tiers intéressé par rapport au cercle générateur. En effet, le tiers intéressé détient une place particulière. Nous pouvons séparer la première couche du nuage électronique des suivantes, car cette couche cache en réalité le lien unissant le tiers intéressé au noyau du cercle générateur. Le tiers intéressé tient cette qualité particulière du fait de son intervention, à un moment donné, au sein de ce cercle, d'où sa proximité temporelle et matérielle avec le rapport de droit.

Conclusion de chapitre

Ce chapitre a permis de proposer des critères de la reconnaissance des tiers au sein d'une espèce contentieuse. Ces critères ont ainsi permis de développer la définition de la notion de tiers. Nous avons donc proposé un protocole de reconnaissance qui a l'avantage d'être positif. Le tiers ne sera plus recherché en raison de critères négatifs tels que « ce n'est pas une partie au contrat », « ce n'est pas le destinataire d'un acte administratif unilatéral »…, mais en réalisant une déduction en vertu de critères positifs.

Le tiers est défini comme une personne, physique ou morale, de droit privé ou de droit public, extérieur, étranger à un groupe ou à une situation juridique. La notion de tiers est utilisée implicitement par le juge administratif pour réguler l'accès à son prétoire. Il maintient ainsi équilibrée une balance dont l'un des plateaux comprend la nécessité de protéger les droits des tiers, et l'autre comprenant la nécessité de protéger les différentes situations juridiques formées et éviter l'encombrement de son prétoire par un trop grand nombre de requêtes. L'apport de ce chapitre est donc de compléter cette définition par des critères de détermination de tiers et d'élaborer un protocole de détermination. Les tiers sont les sujets passifs du cercle générateur qui protège chaque situation juridique formée. Ces sujets passifs sont qualifiés de tiers à un moment « t ». Cela signifie donc qu'à un moment « t +1 » ou « t -1 », ces tiers pourront obtenir une autre qualification en fonction de leur relation avec le noyau du cercle générateur considéré. La qualification de tiers n'est pas fixée dans le temps, elle peut évoluer, elle est mouvante. D'ailleurs, l'un des intérêts de cette notion de tiers réside aussi dans son aspect temporel et temporaire.

La notion de tiers est unique, mais les tiers ne sont pas tous les mêmes. La création du protocole de détermination a permis de démontrer la présence d'une échelle des tiers. Cette échelle s'applique aux sujets passifs du cercle générateur et permet de qualifier ces sujets passifs soit de tiers purs, soit de tiers intéressés. Cette double qualification dépend alors de la proximité du tiers par rapport au noyau du cercle générateur, au rapport de droit pris en considération. C'est à partir de cette échelle que les actions contentieuses de tiers vont pouvoir être envisagées.

Conclusion de titre

Le tiers en droit administratif constitue une notion fonctionnelle.

Nous proposons de retenir que la notion de tiers constitue un catalogue épars de notions et d'espèces contentieuses. Pourtant, ce catalogue n'est pas voué à rester un simple catalogue ; il peut constituer une notion puisqu'il présente une certaine unité. De manière implicite, le tiers permet au juge administratif de réguler l'accès à son prétoire ; cet accès sera ouvert ou fermé aux différents tiers en fonction des domaines contentieux et de différentes conditions qu'il reste à étudier.

Si le tiers constitue une notion fonctionnelle, la notion fonctionnelle ne permet pas à elle-seule de le définir complètement. Ainsi des critères d'identification ont dû être établis afin de pouvoir déterminer, dans une espèce contentieuse précise, si un tiers est présent. Un protocole de détermination a donc été élaboré. Ce protocole est constitué de plusieurs critères : la présence d'un rapport de droit, élément fondateur d'une situation juridique entre différentes personnes, opposable aux tiers présents à un moment donné, dans un espace donné. Ce protocole s'inspirant d'un modèle scientifique, le modèle de Bohr, permet d'identifier le tiers par une suite de déductions. Il a donc fallu renoncer à la possibilité de créer une définition entièrement positive du tiers. Pourtant, le protocole proposé permet non seulement de pouvoir identifier le tiers et donc pouvoir étudier ses actions contentieuses, mais il permet aussi d'obtenir une représentation visuelle de ces mêmes tiers.

Le tiers se définit comme une notion fonctionnelle et s'identifie par l'application d'un protocole de détermination. Il se définit aussi par des oppositions. Le tiers ne constitue pas un standard. En effet, puisque le tiers ne trouve son unité que dans sa fonction, il apparait délicat qu'il puisse constituer, en tant que tel, un référentiel. Bien au contraire, le tiers est multiple et ne constitue pas une notion homogène. En ce sens, nous mettrons en lumière l'un des points communs existant entre le tiers en droit administratif et le tiers en droit civil. Or il est possible de regrouper ces différents tiers par le biais d'une échelle. Nous obtenons ainsi un tiers pur et un tiers intéressé.

Conclusion de Partie

Par essence, toute personne est un tiers qualifié soit de pur, soit d'intéressé.

Au sein des notions doctrinales et jurisprudentielles, le tiers, en tant que notion conceptuelle, n'existe pas. Ni la doctrine, ni le juge n'ont désiré élaborer et/ou consacrer la notion de tiers. Pourtant, le tiers n'est pas absent du droit administratif. Il est présent au sein de créations jurisprudentielles et au sein d'articles doctrinaux. Il existe, en réalité, un catalogue de notions de tiers disparates et imprécises, mais où apparaissent parfois des éléments semblables. Le tiers en droit administratif constitue dès lors une notion hétérogène, comme la notion de tiers en droit civil.

Notre objectif est, pourtant, de proposer une notion de tiers globale et suffisamment précise dont l'application serait transversale au droit administratif. Pour cela, nous avons choisi un postulat fondateur : le tiers est une personne extérieure ou étrangère à un groupe ou à une situation. Il se fonde sur un élément commun aux notions de tiers et aux espèces contentieuses étudiées : l'élément d'extranéité ou d'extériorité. Si ce postulat est fondateur, il ne permet, cependant, pas de définir, à lui seul, le tiers. En effet, différents éléments ne sont pas pris en compte tels que la qualification de la notion de tiers ou les référentiels temporel, spatial et matériel. La notion de tiers en droit administratif doit donc être complétée.

La notion de tiers est-elle une notion conceptuelle ? Elle n'est pas conceptuelle puisque les éléments de clarté, précision, cohérence et simplicité, bien que présents au sein du postulat de base, ne le sont pas au sein de la notion générale de tiers en droit administratif. La notion de tiers est-elle fonctionnelle ? Dans le catalogue de notions de tiers et d'espèces contentieuses étudiées apparaît un élément spécifique et variable : le sort réservé par le juge aux actions contentieuses engagées. Ce catalogue met en lumière la régulation, positive ou négative, de l'accès au prétoire du juge administratif. Cette régulation donne une unité à ce catalogue de tiers permettant sa caractérisation : la notion de tiers a donc bien un caractère fonctionnel. Même si ce caractère permet de mieux cerner le tiers, il faut également établir des critères d'identification sous la forme d'un protocole de détermination, afin d'expliquer les actions contentieuses engagées par les tiers.

Nous proposons donc de retenir un protocole de détermination du tiers fondée sur la notion de cercle générateur. Le cercle générateur est composé d'un noyau et de couches

externes gravitant autour de ce noyau. Son noyau est composé d'un rapport de droit. En fonction de ce rapport de droit, les sujets de droit se répartissent en deux catégories distinctes : les sujets actifs faisant parties du noyau et les sujets passifs, c'est-à-dire les tiers positionnés sur les couches externes. Ce protocole ne peut toutefois pas être appliqué en dehors de tout référentiel temporel et spatial. En effet, la qualification de tiers en droit administratif, comme en droit civil, n'est pas fixée dans le temps, il s'agit d'une notion mouvante. Une personne qualifiée de tiers par rapport à une situation juridique peut, à un moment donné, s'immiscer dans cette situation et perdre sa qualification de tiers. Le référentiel de l'espace-temps doit être pris en compte dans le protocole de détermination du tiers afin de permettre une qualification des plus efficaces.

Il pourrait nous être reproché de nous éloigner des notions de tiers établies et appliquées par le juge administratif (tiers opposant et tiers en sein du droit de la responsabilité administrative). En effet, nous tendons à les exclure, par principe, mais nous restons attentifs à leurs éventuelles incorporations au cas par cas en fonction des espèces contentieuses en présence. Cette distance, entre la notion proposée de tiers et les notions de tiers existantes à l'heure actuelle, est nécessaire puisque nous proposons de retenir une notion globale, transversale et applicable à l'ensemble du droit administratif. Les notions de tiers en présence ne permettent pas d'obtenir un tel résultat puisqu'au contraire il s'agit de notions applicables à des domaines spécifiques.

L'application du protocole de détermination proposé conduit à un constat : les tiers se répartissent sur les couches externes du cercle générateur en fonction du lien de proximité plus ou moins fort les liant au noyau du cercle constitué par le rapport de droit et les sujets actifs. Cela nous conduit à établir une échelle des tiers constituée par deux échelons : les tiers purs et les tiers intéressés.

PARTIE 2 : L’ECHELLE DES TIERS

Par essence, toute personne doit être qualifiée de tiers. Selon les configurations de temps, d'espace, de relations juridiques, toute personne peut être un tiers pur ou un tiers intéressé. Quels sont alors les éléments permettant de qualifier une personne de tiers pur ou de tiers intéressé et quelles en sont les conséquences ?

Le travail réalisé dans la partie précédente a permis de construire une notion globale et transversale du tiers en droit administratif. Il a abouti à la création d'un protocole de détermination du tiers mais aussi à la reconnaissance du caractère fonctionnel de la notion de tiers. Ainsi le tiers en droit administratif est une notion permettant implicitement au juge administratif de réguler l'accès à son prétoire soit de manière positive, soit de manière négative. Est alors apparue la nécessité de réaliser une distinction au sein de la notion du tiers.

Le tiers constitue une notion fonctionnelle. En ce sens, la notion de tiers est unique. Mais le tiers est composé de deux catégories différentes : le tiers comprend en son sein le tiers pur et le tiers intéressé. En ce sens, la notion de tiers est double. De cette notion double, nous avons pu en déduire une échelle, l'échelle des tiers.

Le protocole de détermination que nous avons proposé doit alors être précisé en fonction des caractéristiques propres à chaque tiers. L'utilisation du cercle générateur ou nuage électronique emprunté au modèle de Bohr sera opportune afin de préciser ce protocole. Ainsi le rôle du protocole sera de définir le positionnement exact du tiers sur les couches externes du cercle générateur pris en considération. Ce positionnement permettra l'attribution de la qualification de tiers pur ou de tiers intéressé.

La qualification finale du tiers en tiers pur ou en tiers intéressé n'est pas sans conséquences. La notion de tiers est une notion fonctionnelle. Par conséquent, les sous-notions de tiers pur et de tiers intéressé constituent aussi des notions fonctionnelles qui ont la même fonction que la « notion-mère » de tiers : les notions de tiers pur et de tiers intéressé permettant au juge administratif de réguler positivement ou négativement l'accès à son prétoire. Cette régulation s'exprime par les recours pouvant être engagés par ces différents tiers. Ainsi puisque tiers pur et tiers intéressé sont des notions issues d'une « notion-mère », certains des recours qu'ils peuvent engager sont communs. Mais puisqu'il s'agit de notions différentes, tiers pur et tiers intéressé vont pouvoir également engager des recours différents, spécifiques. La régulation de l'accès au prétoire du juge administratif s'exprime non

seulement dans les recours communs ouverts aux tiers, mais surtout dans les recours spécifiques offerts soit aux tiers purs, soit aux tiers intéressés et justifiant l'élaboration de l'échelle des tiers.

Titre 1 : Le tiers pur

Titre 2 : Le tiers intéressé

Titre 1 : Le tiers pur

Le tiers pur est une personne extérieure au noyau du cercle générateur et qui lui est resté extérieure ; le tiers pur n'est jamais intervenu dans le noyau de ce cercle.

Le tiers pur en droit administratif est comparable au tiers absolu en droit civil ([594]). Tous deux se définissent par leur extranéité pleine et entière envers une situation juridique. De plus, tiers pur et tiers absolu sont détenteurs d'actions : le tiers pur peut s'immiscer dans la sphère publique, le tiers absolu peut invoquer la nullité absolue d'un contrat conclu par des personnes privées ([595]). Pourtant, tiers pur et tiers absolu diffèrent : les tiers purs se voient reconnaître un plus grand pouvoir d'intervention dans les relations constituées entre différents sujets actifs, que le tiers absolu.

Le tiers pur est une personne extérieure et qui est restée extérieure au noyau du cercle générateur. Pourtant, il est détenteur d'actions contentieuses lui permettant de s'immiscer dans ce noyau et de pouvoir remettre en cause le rapport de droit créé par les sujets actifs. Ces actions ne sont pas anodines, elles peuvent conduire à la destruction du noyau du cercle générateur par l'annulation contentieuse du rapport de droit.

Nous proposons donc de préciser le protocole de détermination du tiers en y intégrant les caractères spécifiques permettant de définir le tiers pur. Ainsi nous pourrons identifier le tiers pur au sein d'instances contentieuses. Il nous sera alors possible d'étudier précisément les actions engagées par les tiers purs : à l'encontre de quels actes peuvent-elles être formées ? Quelles conditions spécifiques les tiers purs doivent-ils remplir pour présenter un intérêt à agir recevable ? Comment le juge administratif reçoit-il ces actions ? Pour réaliser cette étude, nous souhaitons dissocier les actions engagées à l'encontre des actes administratifs unilatéraux et celles contestant des relations contractuelles.

Chapitre 1 : Le tiers pur à l'acte administratif unilatéral

Chapitre 2 : Le tiers pur au contrat

[594] V. : Introduction générale, p. 23.
[595] *Ibid*., pp. 29-30.

Chapitre 1 : Le tiers pur à l'acte administratif unilatéral

Les tiers purs sont les personnes extérieures à un rapport de droit déterminé. Sur le cercle générateur, ils se situent sur les couches les plus éloignées du noyau : rapport de droit / sujets actifs. Ils ont vocation à respecter l'obligation d'inviolabilité issue de ce rapport de droit, en contre partie les sujets actifs ne doivent pas les impliquer dans ce même rapport. Les tiers purs ont vocation à rester neutres. Pourtant certains tiers purs interviennent dans le noyau.

En raison de l'obligation d'inviolabilité, les tiers purs restent neutres par rapport aux actes administratifs unilatéraux ([596]), qui ne les concernent pas. Ils ne doivent pas pouvoir engager d'actions contentieuses à leur encontre ou, s'ils le font, ces actions seraient nécessairement déclarées irrecevables et rejetées par le juge administratif. Force est de constater que cela n'est pas toujours le cas : des tiers purs peuvent engager des actions qui seront recevables. Pour certaines d'entre elles, ils obtiendront satisfaction par l'annulation de ces actes. Les tiers purs peuvent donc contester un acte administratif et obtenir son annulation, alors qu'ils ont vocation à ne pas interagir avec le noyau du cercle générateur.

Face à ce paradoxe, quels éléments permettent aux tiers purs de ne pas rester neutres ? Il convient alors de mettre en place le protocole de détermination spécifique au tiers pur, pour ensuite pouvoir étudier précisément leurs actions contentieuses et en tirer les conséquences nécessaires : l'action du tiers pur ne fait-elle qu'encombrer le prétoire du juge administratif ou permet-elle la protection d'intérêts divers tels que les intérêts personnels ou la protection de la légalité administrative ?

[596] V. : B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 5 et suivantes.

Section 1 : L'identification du tiers pur

Dans ce chapitre les actions engagées par les tiers purs à l'encontre des actes administratifs unilatéraux seront détaillées. Avant de pouvoir étudier l'action contentieuse, c'est-à-dire sa recevabilité, son examen au fond par un juge, …, il est nécessaire d'en fixer le cadre, c'est-à-dire le type de recours, l'acte contesté et principalement le requérant.

Le requérant, c'est-à-dire le tiers pur, doit être identifié. Pour cela, un protocole de détermination a été envisagé dans la partie précédente. Cette section va permettre de parfaire ce protocole de détermination qui fera intervenir l'acte contesté, l'auteur et son destinataire afin de fixer le noyau du cercle. Ainsi il sera possible de distinguer les sujets actifs des sujets passifs : les tiers. Au sein de ces tiers, il s'agira d'établir une distinction entre les deux échelons composant l'échelle des tiers : les tiers intéressés et les tiers purs. Après avoir posé les éléments constitutifs des actions contentieuses, la recherche de la motivation poursuivie par les tiers purs devra être étudiée puisque dans une certaine mesure, elle permet au juge administratif de déclarer la requête recevable et donc de contrôler la légalité de l'acte administratif unilatéral.

I. Le protocole de détermination du tiers pur

Suivant le postulat que les tiers purs contestent certains actes administratifs unilatéraux, cela implique de déterminer l'acte administratif mais aussi de pouvoir identifier précisément le tiers pur. Nous allons mettre en place un protocole de détermination du tiers. Il va mettre en lumière la situation juridique formée, ainsi que les sujets qui la font exister : les sujets actifs, et ceux qui gravitent autour : les tiers y compris les tiers purs.

A. La situation juridique : l'objet du cercle générateur

Le cercle générateur se compose d'un noyau et de couches externes gravitant autour de ce noyau. Ce noyau est composé des sujets actifs et de l'objet du cercle, c'est-à-dire le rapport de droit. Ici ce rapport de droit est constitué par l'acte administratif unilatéral. Cet acte se situe dans un système juridique. Il est donc opposable et connu par les sujets passifs.

1. Le rapport de droit : l'acte administratif unilatéral

Le rapport de droit, aussi appelé rapport juridique est une « *espèce de relation sociale liant deux sujets au moins, où, la règle juridique valable étant la même pour les sujets concernés, l'objet de l'obligation de l'un de ces sujets consiste dans un comportement déterminé envers l'autre* » ([597]). Le rapport de droit constitue l'objet du noyau du cercle générateur. Pour ce chapitre, ce rapport de droit impliquant des droits et obligations est constitué par l'acte administratif unilatéral.

« *On pourrait penser qu'une notion aussi fondamentale en droit administratif que celle de l'acte administratif a fait l'objet d'une définition unique et certaine. Il n'en est rien* » ([598]), la définition de l'acte administratif dépend de l'angle d'étude considéré ([599]). L'acte administratif est une « *notion fondamentale du Droit administratif* », mais il répond à différentes définitions ([600]). Sur cet acte repose principalement l'action

---

[597] M. Z. S., W. K., Rapport juridique, in *A. J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 502.

[598] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, p. 513 ; A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1980, p. 230.

[599] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 513.

[600] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 12.

administrative ([601]), il est le mode privilégié d'expression des autorités administratifs en raison de son efficacité ([602]). Sa définition peut être formelle ou organique, matérielle (l'opposition entre l'acte administratif et l'acte législatif) ou fonctionnelle (l'acte relève du droit administratif) ([603]). Il convient alors d'examiner la notion d'acte administratif sous différents angles.

L'acte administratif unilatéral est comme son nom l'indique un acte unilatéral. Il est, par définition, l'opposé de l'acte plurilatéral, c'est-à-dire « *l'acte à plusieurs* ». L'acte unilatéral est « *l'acte à un seul ou l'acte d'un seul* » ([604]). Il est un « *acte accompli par une seule personne ou par plusieurs personnes dans la considération d'un même intérêt, en vue de produire un effet de droit* » ([605]). Il s'oppose par sa nature aux contrats. En effet, le contrat est le résultat d'un accord de volonté passé entre plusieurs personnes, alors qu'un acte administratif unilatéral est le résultat d'une décision prise par l'autorité publique et imposée à ses destinataires sans leur consentement.

L'acte administratif unilatéral peut également être défini sous un angle organique ou formel ([606]). Dans ce cadre, la nature de l'autorité édictant l'acte est prise en considération : cette autorité est administrative ([607]). Cette définition se rapproche de l'expression « *actes de l'administration* » ([608]). Cette définition est limitée d'une part par son manque de précision et d'autre part par l'absence de prise en compte des personnes privées habilitées à prendre de tels actes ([609]). De plus, cette définition nie que les personnes publiques puissent souhaiter, pour une opération donnée, que l'acte relève du droit privé, c'est-à-dire les actes pris par les

---

[601] P. FOILLARD, *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 185.

[602] D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2009, p. 225.

[603] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 231-245.

[604] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1982, p. 416.

[605] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 20.

[606] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 513-519.

[607] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 17-18 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 12.

[608] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrétien, Domat droit public, 5e éd., 2008, p. 275.

[609] CE Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. CE, p. 239, D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P. C., JCP 1942, II, 2046, concl. Ségalat, note Laroque, RDP 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard, S. 1942, III, 37, concl. Ségalat, GAJA.

Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 519.

personnes publiques en tant que « *puissance privée* » ([610]). Ces actes ainsi que ceux relevant par exception de la compétence du juge judiciaire seront exclus de cette étude.

Finalement l'acte administratif unilatéral est un « *acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération administrative ; en général, on réserve cependant l'expression pour désigner ceux de ces actes qui ont un caractère unilatéral, par opposition aux contrats administratifs* » ([611]). C'est un acte édicté de manière non conventionnelle, par une autorité administrative ou une personne privée chargée de la gestion d'un service public afin édicter des normes s'imposant à leurs destinataires et dont la connaissance en cas de litige revient au juge administratif sous l'angle du droit administratif ([612]) : « *relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou les contrôle* » ([613]).

L'acte administratif unilatéral doit être décisoire ([614]). Il s'agit d'un élément particulier de définition : c'est en fonction de ce caractère que l'acte pourra être contesté devant le juge administratif. L'acte décisoire modifie l'ordonnancement juridique ou au contraire le maintien en l'état ([615]), il est « *par essence même, normatif* » ([616]). L'acte décisoire est parfois

---

[610] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 533.

[611] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 17.

J.-L. de CORAIL, Acte administratif, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 11. « *On réserve le terme d'acte administratif à l'acte juridique unilatéral qui émane d'une seule volonté, produit des effets à l'égard des tiers et constitue le procédé normal de l'action administrative*. »

V. :Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 513-528 ; B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 5 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 22e éd., 2008, pp. 378-386.

[612] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 533.

[613] Conseil Constitutionnel, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. CE, p. 8, AJDA 1987, p. 345, note Chevalier, JCP 1987, II, 20854, note Sestier, RFDA 1987, p. 287, note Genevois, p. 301, note Favoreu, RDP 1987, p. 1341, note Gaudement, D. 1987, p. 117, note Luchaire, GAJA.

[614] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, p. 261 et suivantes.

[615] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 502 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 502.

[616] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 35.

dénommé acte faisant grief. L'acte faisant grief correspond à une « *expression désignant, dans la terminologie du recours pour excès de pouvoir, les actes administratifs de nature à produire par eux-mêmes des effets juridiques et contre lesquels ce recours est ainsi recevable* » ([617]). Le terme de « décisoire » se définit quant à lui en ce sens : « *qui entraîne la décision d'un litige ; synonyme en ce sens de décisif*. […] *qui décide ; qui contient une décision* » ([618]). La décision ou l'acte administratif unilatéral décisoire, est « *le symbole et la concrétisation la plus achevée de l'acte unilatéral* » ([619]). Dans le droit du contentieux administratif, seuls les actes administratifs unilatéraux décisoires peuvent faire l'objet de recours ([620]). Ainsi, pour que la requête formée par le tiers pur soit examinée au fond par le juge administratif, la requête, au stade de sa recevabilité, ne doit concerner que des actes administratifs unilatéraux décisoires ou faisant grief. Cependant, les tiers purs comme d'autres requérants ne contestent pas uniquement ce type d'actes. Dans un tel cas, la solution au litige sera évidente, le juge administratif rejettera la requête comme irrecevable.

L'acte administratif unilatéral est un acte juridique, émanant d'une autorité exerçant un pouvoir administratif, ayant un caractère unilatéral donc étant l'« *œuvre d'une seule personne* », et un caractère décisoire, c'est-à-dire imposant une volonté de manière positive en apportant une innovation à l'ordonnancement juridique ou négative en « *refusant à un administré l'avantage, l'autorisation qu'il sollicitait* » ([621]), ce qui lui permet de pouvoir être porter à la connaissance du juge administratif.

Les actes administratifs unilatéraux se divisent en catégories. Les deux principales sont fondées sur la distinction entre les actes réglementaires et les actes individuels. Il s'agit ici d'une définition matérielle de l'acte administratif ([622]). Ces deux catégories se distinguent

---

[617] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 360.

[618] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 269.

[619] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 502.

[620] *Ibid.*, p. 502.

[621] M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette Supérieur, 1989, pp. 99-102.

J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 378. « *La décision exécutoire – encore désignée par l'expression d'acte administratif unilatéral – est un acte juridique accompli unilatéralement par une autorité publique administrative et créant pour les tiers des droits ou des obligations*. »

[622] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 520.

par leurs portées, mais aussi par le mode de publicité et les modalités d'extinction de l'acte : retrait et/ou abrogation ([623]). Selon la doctrine, nous pouvons ajouter à ces deux catégories celles des décisions d'espèce ([624]), qui sont cependant exclues de notre étude. La différence entre les deux principales catégories concerne le caractère personnel ou non de l'acte. Les actes réglementaires vont désigner des destinataires de manière abstraite, ce seront des destinataires déterminables, alors que les actes individuels vont désigner leurs destinataires de manière nominative, les destinataires seront déterminés et identifiés ([625]). Un autre critère de distinction est celui de la généralité de l'acte : si l'acte est général, il sera réglementaire. Cependant il ne faut pas comprendre ce critère dans un sens quantitatif, les actes individuels pouvant concerner un grand nombre de personnes, il faut alors examiner si son « *champ d'application* […] *est circonscrit* » ([626]). L'acte individuel est un « *acte destiné à produire ses effets au profit, ou à l'encontre, d'un destinataire déterminé ou de plusieurs destinataires individualisés* » ([627]), ce qui s'oppose à l'acte réglementaire « *qui a une portée générale et impersonnelle* » ([628]). « *L'acte réglementaire régit une situation considérée en termes généraux ; l'acte individuel caractérise la situation de droit d'un administré nommément*

---

[623] *Ibid.*, p. 521.

[624] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 527. « *Ces décisions, qui pendant longtemps n'ont pas attiré l'attention, édictent des normes qui ne sont ni individuelles ni générales. C'est dire que, avec elles, on rencontre l'ambiguïté.* […] *En termes positifs, on ne peut mieux présenter ces décisions que comme édictant des normes d'espèce, se rapportant à une situation ou à une opération particulière*. »

Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 522-523 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 233.

[625] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, pp. 525-527.

[626] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, pp. 47-48.

[627] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 16.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 19.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 525 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7e éd., 2004, p. 425 ; P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 193 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 83.

[628] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 16.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 20.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 526 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 424 ; P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 193 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 83.

désigné dans l'acte » ([629]). L'acte réglementaire présente ainsi deux principaux caractères l'opposant à l'acte individuel : généralité et impersonnalité ([630]), certains auteurs relèvent que ces caractères sont au nombre de trois, ils y ajoutent la permanence ([631]). Les actes réglementaires et individuels peuvent aussi être définis sous un angle plus fonctionnel : « *l'acte individuel est un acte d'exécution, donc de subordination, l'acte réglementaire est un acte de conception, signe de pouvoir, et l'histoire a démontré que le pouvoir réglementaire était la condition de vie de l'Etat* », « *alors que l'acte individuel est un acte d'inégalité, l'acte réglementaire, de par sa généralité, assure l'égalité et la liberté des citoyens* » ([632]).

Enfin la place de l'acte collectif est sujet à discussion. Il peut être considéré comme une catégorie intercalée entre les actes individuels et les actes réglementaires. Ce point de vue est notamment sous entendu par G. Cornu dans sa définition de l'acte individuel : « *se dit d'un acte administratif unilatéral concernant une personne nommément désignée ; s'oppose ainsi à l'acte collectif et à l'acte réglementaire* » ([633]). R. Odent estimait que les actes collectifs faisaient parti des actes non réglementaires puisque l'acte collectif, comme l'acte individuel, ne recouvrent pas les trois caractères de l'acte réglementaire (contenu personnel, généralité et permanence) ([634]). D'autres auteurs estiment pourtant que l'acte collectif est assimilé aux actes réglementaires ([635]). Nous proposons de retenir que l'acte collectif est un acte « *à effet collectif* ». A ce titre, il est « *un assemblage de mesures individuelles absolument identiques, une somme de segments individuels* » ([636]). Ainsi par esprit de

---

[629] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 521.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 18 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 424.

[630] D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 232.

[631] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, Dalloz, 2007, p. 246 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, *op. cit.*, p. 121.

[632] J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1966, p. 28.

[633] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 19.

[634] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, *op. cit.*, p. 246.

[635] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 425. « *Les actes individuels* […] *se distinguent des actes collectifs – que la jurisprudence a tendance à assimiler aux actes réglementaires – par l'absence de solidarité entre les personnes visées.* » Souligné par nous.

[636] J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, *op. cit.*, pp. 18-19. Si nous avons privilégié cette définition il, ne faut, cependant, pas négliger que l'auteur propose une seconde définition de l'acte collectif : « *l'acte collectif n'est plus une juxtaposition d'actes individuels absolument identiques*

synthèse, nous proposons de le regrouper avec les actes individuels, notamment parce qu'ils ont en commun un caractère nominatif ([637]).

2. Opposabilité et connaissance du rapport de droit ([638])

L'opposabilité est le « *rayonnement d'un acte* […] *à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés* » ([639]). « *L'opposabilité signifie que l'Administration, les destinataires et les tiers pourront imposer ou exiger le respect de l'acte, c'est-à-dire invoquer dans leurs relations les droits et obligations qu'il crée* » ([640]). L'opposabilité joue un rôle fondamental envers les tiers, son rôle liant le destinataire à l'auteur de l'acte est plus négligé ([641]). Les actes administratifs sont « *opposables erga omnes et créent des situations qui s'impose au public* », les « *situations juridiques administratives sont opposables à tous* ». Ce caractère *erga omnes* est ainsi présent chez Hauriou en raison de sa vision de l'Etat : « *l'administration de l'Etat est une vaste institution disciplinaire dont les administrés eux-mêmes font parties en qualité de sujets* » ([642]). Tout acte administratif a ainsi vocation à être opposable, ce qui implique des conséquences : en ce qui concerne les tiers purs, l'acte administratif « *ne peut être méconnu par les tiers, lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets*. » ([643]). Les tiers purs peuvent ainsi être atteints par l'acte alors qu'ils n'ont aucune vocation à le contester. Finalement, l'opposabilité aux tiers est la justification des actions contentieuses des tiers purs.

L'opposabilité ne doit pas se confondre avec la validité de l'acte administratif. La validité consiste en la conformité de l'acte avec le bloc de légalité, alors que l'opposabilité

---

les uns aux autres, mais une imbrication d'actes individuels ; l'acte collectif ne se situe plus sur le plan horizontal, mais sur le plan vertical ».

[637] D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 232.

[638] V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, p. 188 et suivantes.

[639] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 501.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 637.

[640] D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 245.

[641] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 94.

[642] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12[e] éd., 2002 (rééd.), p. 379.

[643] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 638.

correspond bien aux effets produits par l'acte administratif ([644]). L'entrée en vigueur de l'acte n'est pas atteinte par un défaut de publicité ([645]). L'acte ne sera simplement pas opposable. Une particularité existe en ce qui concerne les actes édictés par les collectivités territoriales : ils sont soumis à une double formalité pour devenir opposables. Ces actes sont soumis à l'obligation de transmission au préfet, en supplément de la publicité traditionnelle ([646]). Ces actes deviennent alors exécutoires ou « *exécutable*[s] » ([647]), ils vont pouvoir produire des effets et devront être respectés par les tiers purs. La notion d'opposabilité appelle donc une autre notion : la connaissance : « *chacun comprend que, si personne n'est censé ignorer un acte administratif unilatéral qui lui est applicable, encore faut-il qu'il soit connu !* » ([648]). En ce qui concerne le tiers, l'opposabilité dépend de la publicité de l'acte, c'est-à-dire « *porter une information* [l'acte] *à la connaissance du public* » ([649]).

« *Si nul n'est censé ignorer la loi (publiée), l'administration doit être censée connaître la loi et a fortiori ses propres actes (même non publiés)* » ([650]). Qu'en est-il pour les administrés ? Qu'en est-il pour les tiers purs ? Peuvent-ils avoir connaissance de tous les actes administratifs ? La connaissance de l'acte par le tiers pur se présente alors comme un premier obstacle au recours contentieux.

---

[644] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 447. « *La validité d'un acte administratif est sa rectitude au regard du droit. Elle s'apprécie au jour où l'acte a été signé. L'opposabilité est l'aptitude de l'acte à produire des effets juridiques à l'égard des personnes concernées. Elle s'apprécie au jour où ces personnes ont eu une connaissance régulière – c'est-à-dire faite sous les formes requises – de l'acte*. »

[645] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1 Droit administratif général, op. cit.*, p. 622. « *L'acte administratif entre en vigueur du fait et à partir de son émission par l'autorité administrative. Mais il ne devient opposable aux administrés que du jour où il a été porté à leur connaissance par un procédé de publicité*. »

[646] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 313.

[647] *Ibid.*, p. 274. « *Par ailleurs, le terme exécutoire est très ambigu. En droit privé, est exécutoire le titre juridique (jugement ou acte authentique) susceptible d'être exécuté par la force. Parler ici de décision exécutoire risque d'entraîner de graves confusions car l'acte administratif, au contraire, ne peut pas, en principe, être exécuté par la contrainte. Le terme de décision exécutoire doit donc être banni du vocabulaire de droit public. Il vaudrait mieux parler de décision « exécutable »*. »

[648] D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 246.

[649] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 94.

[650] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1 Droit administratif général, op. cit.*, p. 623.

Envisageons la théorie de la connaissance juridique. La première acception de cette théorie concerne la connaissance des lois, « *information sur ce qu'une autorité législative a posé* », or pour notre étude, nous ne nous intéressons pas aux lois, mais aux actes administratifs. Ainsi nous souhaitons retenir l'acception suivante : la connaissance juridique est l'« *information obtenue par des produits formels, qui consistent à tirer des implications nécessaires de concepts donnés dans des documents juridiques* » ([651]). Le tiers pur va tirer les conséquences de l'opposabilité et de l'obligation d'inviolabilité par la connaissance directe de l'acte administratif, connaissance permise par les mesures de publicité. Il faut d'ailleurs noter que la publicité de l'acte ne permet pas seulement de le rendre opposable ([652]), elle permet de faire courir les délais contentieux ([653]). Les mesures de publicités constituent finalement un impératif de sécurité juridique ([654]), pour les sujets actifs qui verront leur relations protégées dès le terme des délais contentieux et pour les tiers qui pourront engager des actions contentieuses afin de protéger leurs intérêts.

La forme des mesures de publicité des actes administratifs va dépendre de leur contenu. Une publication ou un affichage peuvent être organisés, ces moyens « *assure*[nt] *la plus large diffusion possible* » dans le cas où l'acte a une portée générale ([655]), ou s'il s'agit d'un acte individuel dont les destinataires sont trop nombreux ([656]). Les actes réglementaires et collectifs peuvent donc faire l'objet d'une telle publication ([657]). Les actes individuels feront eux l'objet d'une notification aux destinataires ([658]). Cependant ils peuvent aussi faire

---

[651] J. W. H., F. M., Théorie de la connaissance juridique, in A. J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 94.

[652] CE, 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale et autres, Rec. CE, p. 506, RFDA 2004, p. 186, chron. Terneyre.

[653] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 376.

[654] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 313. « *Afin qu'un acte administratif puisse être opposable, s'imposer aux destinataires de la norme, il faut qu'il ait fait l'objet de mesures de publicité suffisantes, ce qui est obligatoire. C'est un impératif minimal de sécurité juridique.* »

[655] P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, p. 305.

[656] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, pp. 496-497 ; B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 96 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 246-247.

[657] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1 Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 623 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5e éd., *op. cit.*, p. 313.

[658] Article 8 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. « *Sauf disposition prévoyant une décision implicite de rejet ou un accord tacite, toute décision individuelle prise au nom de l'Etat,*

l'objet de publication ou d'affichage. Par exemple, un permis de construire, acte individuel permettant la construction de bâtiment, doit être affiché sur la propriété faisant l'objet du permis ([659]). Le propriétaire voisin aura ainsi connaissance du permis et de ce fait il lui sera opposable. Or si l'acte lui est opposable et qu'il porte atteinte à ses intérêts, ce propriétaire pourra le contester devant le juge administratif. Si l'acte administratif unilatéral qu'il soit individuel ou réglementaire, est publié ou affiché, le tiers pur pourra en avoir connaissance plus aisément. Encore faut-il que les tiers purs soient attentifs : lecture des journaux de publications officiels, recherche d'affichage sur les terrains constructibles ou sur les bâtiments, recherche d'affichage en mairie… Il faut reconnaître que cela paraît malaisé à réaliser au quotidien. La connaissance des actes administratifs unilatéraux apparaît alors comme un obstacle à l'engagement d'actions contentieuses par les tiers purs. Cet obstacle subtil devient un obstacle périlleux lorsque sont en cause des actes individuels notifiés aux destinataires. Alors la connaissance par le tiers pur se réalise par tout moyen. Mais cette connaissance est évidemment plus délicate puisque, par définition, il n'y a pas d'information au public. Ces actes seront alors plus difficilement opposables aux tiers, ce qui constitue aussi un écueil pour la sécurité juridique des sujets actifs, les délais contentieux ne peuvent pas courir.

La connaissance des actes administratifs unilatéraux peut être réalisée par des mesures de publicité, mais aussi par le biais la théorie de la connaissance acquise, c'est-à-dire la « *connaissance de fait* » ([660]). Cette théorie implique que le requérant a eu connaissance de l'acte alors que les formalités de publicité n'ont pas été mises en œuvre, les délais de recours

---

d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme, fût-il de droit privé, chargé de la gestion d'un service public, n'est opposable à la personne qui en fait l'objet que si cette décision lui a été préalablement notifiée. »

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 313 ; B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 96.

[659] Article R. 424-15 du Code de l'urbanisme. « *Mention du permis explicite ou tacite ou de la déclaration préalable doit être affichée sur le terrain, de manière visible de l'extérieur, par les soins de son bénéficiaire, dès la notification de l'arrêté ou dès la date à laquelle le permis tacite ou la décision de non-opposition à la déclaration préalable est acquis et pendant toute la durée du chantier.* […]

En outre, dans les huit jours de la délivrance expresse ou tacite du permis ou de la décision de non-opposition à la déclaration préalable, un extrait du permis ou de la déclaration est publié par voie d'affichage à la mairie pendant deux mois. […] » Souligné par nous.

[660] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 614.

vont alors courir dès cette connaissance. La connaissance acquise d'un acte réglementaire ne peut être invoquée ([661]). La connaissance acquise peut être invoquée dans trois hypothèses. Tout d'abord en ce qui concerne les organes collégiaux ([662]) : leurs membres convoqués et présents ont connaissance acquise des actes pris par l'assemblée ([663]), pour les membres du conseil municipal, il suffit qu'ils aient été convoqués pour que la connaissance acquise leur soit opposée ([664]). Or les membres de telles assemblées délibérantes ne sont généralement pas qualifiés de tiers purs. Selon la deuxième hypothèse, la connaissance acquise se révèle tout simplement lorsque le requérant a eu une connaissance parfaite, c'est-à-dire complète et précise, de l'acte alors que les formalités de publications n'ont pas encore eu lieu ([665]). Cette hypothèse intéresse particulièrement le tiers engageant des actions à l'encontre d'actes créateurs de droits pour son destinataire. Ainsi si le tiers pur procure au Tribunal administratif une copie de l'acte alors qu'il ne lui a pas été notifié, ce tiers a évidemment une connaissance acquise de cet acte ([666]). La troisième hypothèse de connaissance acquise concerne la publication indirecte, c'est-à-dire que la publication d'un acte implique forcément la présence, l'existence d'un acte antérieur ([667]). Dans un tel cas, nous pouvons aussi parler d'information indirecte ([668]). La connaissance acquise est un moyen pour le tiers pur d'avoir connaissance d'actes administratifs, notamment des actes individuels notifiés qui sont portés à la connaissance des tiers par tout moyen. Cependant elle peut être invoquée à l'encontre du tiers, dans un tel cas, on lui opposera une fin de non recevoir pour délais tardifs, puisque la connaissance acquise à l'image des formalités de publicité, fait courir les délais de recours ([669]).

La connaissance de l'acte administratif et donc son opposabilité au tiers pur constituent le premier obstacle à franchir par celui-ci. En effet, si le tiers pur n'a pas

[661] CE, 19 février 1993, Nainfa, Rec. CE, T., p. 945, DA 1993, n° 186 ; CE, 7 juillet 1993, Syndicat CGT du personnel de l'hôpital de Dupuytren, Rec. CE, T., p. 945.

[662] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 616.

[663] CE, 3 décembre 1999, Région Guadeloupe, Rec. CE, T., p. 658.

[664] CE, 24 mai 1995, Ville de Meudon, Rec. CE, p. 208.

[665] CE Ass., 4 Avril 1952, Gerbaud, Rec. CE, p. 211.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 617.

[666] CE, 11 avril 2008, Société Défi France, Rec. CE, T., p. 850.

[667] CE, 25 juin 1954, Fabre et Mercier, Rec. CE, p. 383.

[668] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 619.

[669] *Ibid*., p. 616.

connaissance de l'acte, il n'en ressentira pas les effets produits. N'étant pas atteint, il n'engagera aucune action contentieuse. La confrontation de la notion de connaissance du rapport de droit avec la notion de tiers amène à un constat : nous sommes en présence d'une régulation « naturelle » des actions engagées par les tiers purs.

B. Les sujets du cercle générateur

Le protocole de détermination du tiers pur consiste en un système de déduction : il est nécessaire de déterminer les sujets actifs afin d'en déduire les sujets passifs. En réalisant cette étape, les tiers, les sujets passifs seront déduits. Mais ces tiers composent les deux échelons de l'échelle des tiers. Il convient alors de développer un protocole pour distinguer les tiers purs des tiers intéressés.

1. Les sujets actifs

« *Les sujets du rapport juridique sont au moins deux, liés par le nœud droit-devoir* » ([670]). Ce « nœud droit-devoir » est ici constitué par le rapport de droit : l'acte administratif unilatéral. Déterminer les sujets actifs consiste à déterminer les sujets du rapport de droit. Selon cette citation, ils seront au minimum deux, mais finalement leur nombre importe peu, à l'inverse de leur qualité. Les sujets actifs sont les personnes ayant la qualité d'auteur et de destinataire de l'acte.

Le premier sujet actif à déterminer est l'auteur de l'acte. Un acte administratif dont la particularité est d'être édicté sans mode conventionnel, sans accord de volonté, doit être pris par un organe particulier. Il doit être édicté par une autorité administrative ([671]), autorité ayant

[670] M. Z. S., W. K., Rapport juridique, *op. cit.*, p. 503.

[671] Selon l'article 32 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat, le recours en excès de pouvoir n'est ouvert qu'à l'encontre des « *actes des diverses autorités administratives* ». Il ne faut pourtant pas négliger les actes susceptibles de recours en excès de pouvoir édictés par des personnes privées.

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 410. « *Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre un acte exécutoire et susceptible de faire grief, prise par une autorité contenue dans la hiérarchie ou dans une tutelle administrative* ». Souligné par nous.

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1984, p. 163 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 438 ; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 237-238 ; J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 381-382 ; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4e éd., 1946, p. 115, 361.

une place déterminée dans la « *hiérarchie administrative* » ([672]). Les agents publics peuvent aussi édicter de tels actes ([673]). Les autorités administratives sont les personnes détentrices du pouvoir décisionnel aussi dénommé pouvoir de décision unilatérale ([674]). Ces autorités administratives représentent les personnes publiques, elles ont la qualité pour prendre des actes en leur nom ([675]). Si l'acte administratif doit être pris par une autorité administrative ou par l'un des agents, ces personnes doivent être compétentes ([676]), ainsi il faut s'attacher à la qualité selon laquelle elles ont pris l'acte ([677]). Si l'acte a été pris par plusieurs personnes, la compétence de chaque auteur devra être vérifiée. La multitude d'auteurs d'actes administratifs peut conduire à des problèmes de compétences ([678]). Si par principe les autorités administratives sont les détentrices du pouvoir décisionnel, certaines personnes privées chargées de la gestion d'un service public peuvent édicter des actes administratifs ([679]). Ainsi défini le cercle générateur se compose d'un sujet actif : le ou les auteurs de l'acte, qu'ils soient des autorités publiques, donc des personnes publiques ou des personnes privées chargées de la gestion d'un service public.

L'acte administratif a un auteur, mais il est destiné à une ou plusieurs personnes. Cette personne est le destinataire, il fait parti des sujets actifs du cercle générateur. Déterminer le ou

---

[672] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2*, LGDJ, 1989 (rééd.), p. 390.

[673] R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public*, Sirey, 2e éd., 1932, p. 184.

[674] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 273.

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 373. L'autorité administrative est « *un organe de l'administration ayant reçu dans ses attributions, de par les règles de l'organisation administrative, le pouvoir de prendre des décisions juridiques* ».

[675] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 133. « *Le terme d'autorité administrative désigne essentiellement les individus ou organismes collectifs qui ont qualité pour prendre des actes juridiques au nom des personnes publiques*. »

[676] J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 385-386.

[677] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 134.

[678] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1 Droit administratif général, op. cit.*, p. 601.

[679] CE Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. CE, p. 239, D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P. C., JCP 1942, II, 2046, concl. Ségalat, note Laroque, RDP 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard, S. 1942, III, 37, concl. Ségalat, GAJA.

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, pp. 136-143 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 293-296 ; P. LANDON, *Le recours en excès de pouvoir depuis 1954, 12 ans de jurisprudence*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1968, pp. 85-86.

les destinataires d'un acte administratif va dépendre de l'acte litigieux : s'agit-il d'un acte individuel ou d'un acte réglementaire ? Considérons la première hypothèse : nous sommes en présence d'un acte individuel. Les destinataires seront identifiés dans l'acte lui-même. Ainsi la détermination des destinataires / sujets actifs est aisée. Il suffit de lister ces sujets actifs nommés dans l'acte. La seconde hypothèse est plus délicate : nous sommes en présence d'un acte réglementaire. Par définition, l'acte s'adresse à des destinataires de manière abstraite. Prenons un exemple, les actes à caractère réglementaire constituant le Code de la route. Ces actes ne vise aucune personne de manière nominative, mais il vise toutes les personnes empruntant les voies publiques en véhicules motorisés ou non dont ils sont conducteurs ([680]). Les sujets actifs sont déterminés d'une manière théorique. Ainsi en présence d'actes réglementaires, établir la liste des destinataires n'est pas impossible. Parfois, ce listage sera d'ailleurs aisé. Reprenons l'exemple du Code de la route, les destinataires sont ceux qui ont empruntés, qui empruntent et qui vont emprunter les voies publiques. Il est finalement inutile de dénommer ces personnes, les caractères permettant de déterminer leur qualité sont suffisants. Cependant le listage des sujets actifs pourra être plus délicat, notamment si l'acte est particulièrement abstrait. Dans un tel cas, il conviendra d'être attentif dans le travail de listage puisque de ce travail dépend la déduction des tiers.

Enfin, il convient de prendre en compte une distinction existante au sein des destinataires d'actes administratifs. Les actes administratifs n'ont pas tous le même contenu. Deux catégories peuvent être retenues selon que l'acte « *crée des obligations ou fait naître des droits* ». Ainsi nous serons en présence d'un « *assujetti* » ou d'un « *bénéficiaire* » ([681]). Nous proposons cependant de retenir d'autres termes afin de qualifier ces destinataires. Ainsi si l'acte est créateur de droit, qu'il a donc un effet positif sur le destinataire, nous proposons de retenir le terme de destinataire avantagé. Si l'acte a pour but d'imposer des obligations, des sujétions, mais aussi s'il a pour but de refuser un droit ou un avantage, donc s'il a un effet négatif sur son destinataire, nous proposons alors de la qualifier de destinataire désavantagé. Ces deux catégories de destinataires n'auront pas les mêmes interactions avec les actions engagées par les tiers.

---

[680] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 526 ; P. FOILLARD, *Droit administratif, op. cit.*, p. 192.

[681] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 273. « *L'acte administratif* […] *crée des obligations ou fait naître des droits – par le seul effet de la volonté de l'administration, indépendamment de tout consentement de l'assujetti ou du bénéficiaire, lorsqu'ils en sont les destinataires.* »

2. Les sujets passifs

Les sujets actifs sont déterminés, le noyau du cercle générateur est alors défini de manière complète. Reste à définir ce qui entoure ce cercle : les couches externes composées des sujets passifs, c'est-à-dire des tiers. Sur le plan pratique, il suffit de prendre en considération les sujets actifs, toutes les personnes qui n'auront pas cette qualité seront qualifiées de tiers. Or nous estimons que toutes les couches externes du cercle générateur ne sont pas équivalentes, que certaines sont plus proches du noyau que d'autres, à l'image du nuage électronique. Les tiers représentent deux catégories différentes : les tiers purs et les tiers intéressés.

Une différence fondamentale existe entre les tiers purs et les tiers intéressés : les tiers intéressés sont intervenus au sein du cercle générateur, alors que les tiers purs sont restés totalement neutres par rapport à ce cercle. Ainsi pour pouvoir déterminer les tiers purs au sein d'un litige, il ne faut pas seulement établir une liste des sujets actifs permettant d'en déduire les tiers, il faut aussi établir une seconde liste composée des tiers intéressés afin d'en déduire les tiers purs. Nous proposons ainsi de définir le tiers intéressé : il s'agit d'un sujet passif qui est intervenu à un moment donné dans le cercle générateur, plus précisément dans son noyau, il est intervenu soit en amont de la création du rapport de droit, soit en aval dans son exécution. Cependant le tiers intéressé n'est pas un sujet actif, il n'est pas obligé directement, il ne tire aucun droit direct du rapport de droit. Le tiers intéressé est en dehors du cercle, mais en raison de son intervention, il se situe sur une couche proche du noyau, couche plus rapprochée du noyau que celles des tiers purs ([682]). Toutefois, la définition proposée est incomplète. En effet, lorsque qu'un tiers pur conteste un acte administratif, il intervient dans le cercle générateur puisqu'il « attaque » directement le rapport de droit liant les sujets actifs. Or un tiers intéressé se détermine par son intervention au sein du cercle. Si nous restons à cette définition incomplète, un tiers pur contestant un acte obtient automatiquement la qualification de tiers intéressé. Nous ne souhaitons pas retenir une telle définition. De plus, les qualifications de sujet actif, de tiers pur et intéressé ne sont pas statiques dans l'écoulement du temps. Finalement les qualifications ne peuvent être réalisées que pour un instant temporel

[682] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, p. 390 et suivantes.

donné. Ainsi l'espace-temps en tant que critère de détermination et de qualification, doit être mis en œuvre ([683]).

L'espace-temps est le critère permettant d'observer à un moment donné la situation juridique et de réaliser la qualification des sujets qu'ils soient actifs ou passifs. Il permet aussi d'exclure de l'étude certains laps de temps et de lieu pour lesquels les qualifications ne seraient pas probantes. Nous proposons de retenir une césure au sein de l'espace-temps : le « moment de la relation juridique » c'est-à-dire le laps de temps allant de la formation de l'acte à son terme en excluant tout recours contentieux, et le « moment contentieux », c'est-à-dire la période allant de la prise de décision de contester l'acte au terme de l'action en justice.

Tout d'abord le « moment de la relation juridique », cet espace-temps va permettre de réaliser la distinction entre les tiers purs et les tiers intéressés. Les tiers purs sont selon la définition proposée, totalement extérieurs au rapport de droit litigieux, ils y sont restés étrangers, ils ne sont jamais intervenu au sein du cercle, à la différence des tiers intéressés. Prenons un cercle générateur dont l'objet est un acte administratif. Il faudra observer pendant l'espace-temps allant de la formation de l'acte à son terme, si le tiers est intervenu ou non dans le noyau du cercle de quelque manière que ce soit, il s'agit d'observer s'il a interagi avec les sujets actifs et/ou le rapport de droit. Si la réponse est positive, nous sommes en présence d'un tiers intéressé, il se situera sur la couche la plus proche du noyau et bénéficiera alors de recours particuliers ([684]). Si la réponse est négative, le sujet passif pourra recevoir la qualification de tiers pur et se situera sur les couches les plus externes. Nous notons dès à présent l'importance d'appliquer scrupuleusement le protocole proposé en faisant une référence systématique à l'espace-temps considéré. A ce « moment de la relation juridique » s'ajoute le « moment contentieux ». Il correspond à l'espace-temps pendant lequel le tiers pur va contester le rapport de droit. Cet espace-temps doit être exclu du protocole de détermination afin de limiter les relations triangulaires, qui sont de deux sortes.

« *Tout procès se joue à trois* » ([685]). Un procès met en scène les parties à l'instance et le juge. Ce juge doit avoir certaines qualités, il doit notamment être impartial « *et tiers aux*

[683] V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, p. 200.

[684] V. Partie 2, Titre 2, p. 385 et suivantes.

[685] N. FOULQUIER, *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e^ au XX^e^ siècle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 169.

parties » ([686]). Le juge est-il un tiers dans le rapport de droit ? La réponse est négative. Le juge a pour rôle précis de censurer ou non ce rapport, il ne peut y être tiers, c'est-à-dire neutre, sans action. Il faut ici comprendre le sens de « tiers » comme un synonyme d'impartial, de personne sans parti pris pour l'une ou l'autre des parties. Ainsi si nous observons l'instance, plusieurs sujets seront présents : le ou les juges administratifs et les parties, c'est-à-dire un sujet actif par rapport à l'acte contesté, l'auteur de l'acte, et un sujet passif par rapport à l'acte contesté, le tiers pur. La relation triangulaire est alors caractérisée. Ces personnes s'inscrivent dans une nouvelle relation que nous pouvons considérée comme détachée de celle ayant donné lieu au contentieux. Si nous sommes en présence d'une nouvelle relation, c'est-à-dire d'un nouvel espace-temps, les qualifications données dans l'espace-temps antérieur : le « moment de la relation juridique », n'ont plus aucun intérêt puisqu'ils deviennent non probants. Il s'agit alors de refaire un travail de qualification applicable à la nouvelle relation en présence. Cette relation triangulaire n'a pas de réel intérêt pour notre étude puisqu'elle tend à multiplier les situations. Notamment la personne qualifiée de tiers pur perdra sa qualité au moment même où il contestera l'acte administratif unilatéral.

Le second cas de relation triangulaire est le suivant : un tiers pur va recevoir une nouvelle qualité en engageant une action contentieuse, il va devenir partie à l'instance contentieuse ([687]). D'un point de vue purement contentieux, cette personne qualifiée de tiers pur à l'origine, ne peut plus être qualifiée de tiers puisqu'elle est rentrée en relation avec le noyau du cercle. Cette intervention a fait naître un nouveau cercle dans lequel elle est qualifiée de sujet actif. Si le tiers pur a perdu sa qualité, n'en va-t-il pas de même pour l'un des sujets actifs du cercle générateur initial ? Les relations triangulaires sont principalement intéressantes lorsque le sujet actif perd sa qualité pour devenir tiers à l'instance dans une nouvelle relation juridique ici contentieuse, alors qu'il était le destinataire bénéficiaire d'un acte administratif individuel créateur de droit ([688]). En effet, « *bien que l'administré qui met en cause l'acte puisse être vu comme participant au respect de la légalité, son intervention*

[686] *Ibid.*, p. 169.

[687] V. TOMKIEWICZ, La protection du tiers dans le contentieux de la légalité des actes administratifs individuels créateurs de droit, *RDP*, 2006, p. 1285. « *Grâce à l'intervention, la personne admise à participer à l'instance perd sa qualité de tiers pour devenir partie. Le tiers se transforme alors en demandeur ou* […] *en défendeur*. »

[688] *Ibid.*, p. 1279.

aboutit en revanche à fragiliser la situation juridique du bénéficiaire de l'acte » ([689]). La relation triangulaire produit deux conséquences différentes. D'un point de vue purement contentieux, l'« ancien » sujet actif verra sa situation juridique fragilisée en raison du risque d'annulation de l'acte et donc de la perte possible des avantages qui lui avaient été concédés, même si lui sont offertes, des possibilités d'intervenir à l'instance ou encore de faire tierce opposition ([690]). Du point de vue de notre étude, les relations triangulaires emportent trop d'ambiguïtés. Nous proposons d'exclure le moment contentieux de notre étude pour deux raisons interdépendantes. Permettre cette exclusion évite la multiplication des cercles générateurs et ainsi des qualifications. Ce qui a pour conséquence et ce qui constitue la seconde justification, d'avoir une vue d'ensemble. Ainsi même si le destinataire reste étranger à l'instance pour diverses raisons, du point de vue de notre étude, il reste bien sujet actif du cercle générateur. De même, le tiers pur contestataire gardera sa qualité malgré sa qualification simultanée de partie à l'instance. Dans un tel cas, les tiers purs contesteront bien des actes administratifs ce qui fera l'objet d'une étude.

Le protocole de détermination des tiers purs est achevé. Il conviendra de l'appliquer aux espèces étudiées, au cas par cas. En effet, le nombre de couches externes porteuses des tiers purs dépend de l'acte contesté ; par exemple, si une autorité administrative édicte un acte dont les destinataires sont les ressortissants français. Les tiers purs seront alors peu nombreux, il s'agira des personnes étant sur le territoire français mais n'ayant pas la qualité de ressortissants français. Les couches externes du cercle seront peu nombreuses. Si l'acte pris ne touche que les habitants d'une rue déterminée, dans une commune déterminée, les personnes n'habitant pas dans cette rue seront qualifiées de tiers purs. Les couches externes seront alors beaucoup plus nombreuses. De plus, les tiers purs se répartiront sur ces couches en fonction de leur éloignement par rapport au noyau du cercle. Plus les couches seront éloignées, c'est-à-dire plus les tiers purs seront éloignés de la rue concernée, moins ils seront concernés et atteints par l'acte. Cette répartition « spatiale » des tiers purs a une influence incontestable sur la recevabilité de leurs actions devant le juge administratif.

[689] *Ibid.*, p. 1279.

[690] *Ibid.*, pp. 1281-1299.

II. Recherche sur la motivation poursuivie par les tiers purs

Les tiers purs sont par définition extérieurs au cercle générateur. Logiquement, ils n'interviennent pas dans ce cercle, ils n'ont pas vocation à interagir avec lui. Ainsi les tiers purs ne devraient pas contester les actes administratifs unilatéraux afin de respecter leur obligation d'inviolabilité. Notons que cette logique est plutôt respectée. Or le souci de respecter l'obligation d'inviolabilité est-elle l'unique justification à l'inaction des tiers purs ? Les tiers purs n'ont pas toujours une connaissance effective de tous les actes administratifs pris par toutes les autorités administratives. Ils ne peuvent agir contre quelque chose qu'ils ignorent. Cette explication rend compte d'une majorité des inactions des tiers. Ensuite, les tiers purs ne vont pas contester un acte ne les touchant pas, ne les atteignant pas. Ils resteront neutres à cet acte puisqu'ils ne se sentiront pas concernés par celui-ci. Ils n'auront donc aucune motivation à le contester. Les tiers purs ne peuvent pas intervenir dans le cercle générateur, ils peuvent rester neutres par respect de leur obligation d'inviolabilité. Cette obligation leur interdit de porter atteinte au rapport de droit, ce qui inclut évidemment le fait de ne pas contester ce rapport. Dans un tel cas, ils auront connaissance de l'acte et subiront peut être des effets indirects produits par cet acte. Cependant, lui étant « tiers », ils refuseront de le contester. Un dernier élément peut conduire les tiers purs à ne pas contester l'acte et donc indirectement à respecter l'obligation d'inviolabilité : les obstacles contentieux. Les tiers purs subissant les effets indirects du rapport de droit : l'acte administratif, peuvent décider de ne pas contester l'acte pour éviter d'engager une action contentieuse pouvant se révéler longue. Dans ce cas, l'obligation d'inviolabilité serait respecter par le tiers pur, mais il ne s'agirait que d'une conséquence.

A l'inverse, les tiers purs peuvent subir des effets indirects issus de l'acte administratif. Ils peuvent aussi constater que l'acte ne respecte pas la légalité. Dans de tels cas, les tiers purs disposent d'une option : contester l'acte. Par cette action qui constitue en une immixtion dans le cercle générateur, ils tendront à poursuivre un ou plusieurs buts. Il convient ici d'étudier ces buts, puisqu'ils vont conditionner le sort réservé par le juge administratif à l'action contentieuse. Certains de ces buts vont conduire au rejet pur et simple de la requête, alors que d'autres seront qualifiés de suffisants pour reconnaître au requérant un intérêt à agir. Trois motivations différentes peuvent être relevées : la protection de la légalité, des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Il est toutefois courant de regrouper la

protection des intérêts patrimoniaux avec celle des intérêts extrapatrimoniaux ([691]). Observons dès maintenant, que ces trois motivations sont communes que l'action concerne un acte réglementaire ou un acte individuel. De plus, ces trois motivations vont pouvoir se cumuler au sein d'une seule et même action. Elles ne sont pas exclusives les unes des autres.

Par cette étude différenciée des motivations poursuivies, nous souhaitons mettre en lumière des exemples types de recours contentieux engagés ou potentiellement engagés par les tiers purs, à aide d'une étude quasi sociologique des requérants réalisée en 2004 par M. Lemaire ([692]). L'auteur avait examiné la notion de « requérant d'habitude » en se référant aux décisions de justice rendues par le juge administratif, en réalisant des courriers, des questionnaires, ainsi que des entretiens, aussi bien avec les requérants d'habitude qu'avec les magistrats ayant eu connaissance de leurs recours ([693]). Le requérant d'habitude se définit en fonction du nombre important de recours formés en prenant en compte l'objet de ces recours. Pour être qualifié de requérant d'habitude, il ne suffit pas d'avoir engagé différents recours concernant une même affaire ou un même problème juridique. Le requérant d'habitude est différent du requérant utilisant toutes les voies de recours qui lui sont offertes. Le requérant d'habitude se reconnaît par le nombre important de recours engagés à l'encontre de différents actes ou situations juridiques, dans différents domaines contentieux ([694]). Pourquoi s'intéresser au requérant d'habitude dans cette étude réservée aux motivations poursuivies par les tiers purs ? L'auteur relève que ces requérants d'habitude sont proches, en ce qui concerne les raisons qui les poussent à agir, du requérant type ([695]). Le requérant type correspond à une moyenne constatée au sein des différents requérants, il est le justiciable qui agit classiquement en la matière, c'est le requérant « témoin ». A ce titre, il permet d'illustrer les motivations qui

[691] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *RFDA* 2004, p. 557.

[692] *Ibid.*, pp. 554-572.

[693] *Ibid.*, p. 555.

[694] *Ibid.*, p. 555. « *S'il semble difficile d'inclure la personne qui s'est limitée à deux recours, il reste délicat de fixer un seuil. Tout autant que leur nombre, c'est aussi l'objet des actions qui importe. La distinction se fera entre celui qui entame des procédures concernant des affaires diverses et le justiciable qui utilise, pour un litige donné les différentes voies de droit qui lui sont offertes*. […] *On englobera ainsi les requérants qui ont formé un nombre de recours significatif intéressant des contentieux distincts*. »

[695] *Ibid.*, p. 554. « *Leurs profil sociologique, motivation et façon d'agir ne sont pas très différents de ceux du requérant type*. » « *Les requérants d'habitude se distinguent ainsi par la systématisation des recours mais leur mobile n'est pas différent de celui de n'importe quel justiciable. Cette hétérogénéité des motivations à l'origine de leur activité contentieuse se retrouve dans leur façon d'agir devant la juridiction administrative* », p. 561.

peuvent être poursuivies par les tiers purs. L'apport principal de cet article est de classer les requérants d'habitude en fonction de la motivation qu'ils poursuivent. Cette classification répond à une interrogation : l'action est-elle personnelle ou objective ([696]), c'est-à-dire poursuit-elle la protection d'un intérêt personnel ou la protection de la légalité ? D'ailleurs ces motivations peuvent se cumuler au sein d'une même action ([697]). Il est opportun d'examiner cet article puisqu'il va permettre de corroborer les motivations poursuivies par les tiers purs que nous tentons d'avancer.

A. La protection de la légalité

La légalité administrative, aussi appelé principe de légalité administrative, est un principe issu du libéralisme politique qui doit être respecté par l'action administrative ([698]). Selon ce principe, l'Administration ou plus généralement les différentes autorités administratives, doivent agir en respectant le Droit : les normes supérieures qui s'imposent à elle, des traités internationaux régulièrement publiés et ratifiés à la Constitution, du bloc de constitutionnalité aux principes généraux du droit ([699]). Ainsi tout acte administratif unilatéral, qu'il soit réglementaire ou individuel, doit respecter les normes qui lui sont supérieures. Or les illégalités administratives existent. Les tiers purs peuvent-ils alors invoquer la protection de la légalité pour engager une action contentieuse et ainsi permettre au juge administratif d'avoir connaissance de ces illégalités administratives ? Cette action au profit de la légalité

[696] *Ibid.*, pp. 557-561.

[697] *Ibid.*, p. 557. « *Si cette classification permet de mieux cerner les motivations de ces requérants, elle n'est pas cloisonnée dans la mesure où certaines personnes relèvent de plusieurs rubriques*. »

[698] Y. GAUDEMET, Principe de légalité, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 917. « […] *il est considéré* […] *comme la donne de base du droit administratif : il signifie en effet soumission des autorités administratives (ou de l'action administrative publique) à la légalité, mais à une légalité spécifique, autonome dans son principe et distincte au moins pour partie de celle encadrant l'activité des personnes privées*. »

[699] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 538. « *Conformité à la loi, caractère de ce qui est conforme à la loi (au sens formel), plus largement au Droit écrit, parfois même du Droit positif dans son ensemble*. » « *Principe de la légalité. Principe d'après lequel les autorités publiques doivent respecter la légalité (et qui traduit la subordination de l'administration à la loi). Nom souvent donné par des auteurs à une maxime, considérée par eux comme faisant partie du Droit en vigueur, d'après laquelle les décisions individuelles et spéciales de l'autorité ne peuvent être prises qu'en vertu et en conformité de règles générales préétablies.* »

peut se rapprocher des actions holistes. L'action holiste attribuée à L. Dumont ([700]), s'oppose à l'action individualiste : « *s'opposent les doctrines individualistes où l'individu, en tant qu' « être moral, indépendant, autonome »* […] *est valorisé et, en contre partie, la totalité sociale, le groupe est subordonné ou négligé, et les doctrines holistes où, à l'inverse, la totalité sociale est valorisée et l'individu subordonné ou négligé* » ([701]). Les actions holistes offertes aux personnes privées sont, selon M. Melleray, les actions engagées par les contribuables locaux et notamment les autorisations de plaider par lesquelles le contribuable va agir au nom de la collectivité ([702]). Les actions holistes ainsi définies ne peuvent qu'être rapprochées des actions aux fins de protection de la légalité. Les actions holistes tendent à protéger les intérêts de la société, du groupe et donc de ses besoins propres. Elles n'ont pas pour but unique de protéger la légalité, mais elles peuvent atteindre un tel but si en dépendent les besoins du groupe ou de la collectivité.

« *Le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat contre l'acte, recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* » ([703]). Cet extrait montre l'importance reconnue par le Conseil d'Etat au recours en excès de pouvoir, recours qui permet la protection de la légalité. Ainsi si le requérant / tiers pur invoque la protection de la légalité comme but poursuivi par son action contentieuse, cela donnera un indice fort sur la qualification du recours : il s'agira principalement d'un recours pour excès de pouvoir. En effet, le recours de pleine juridiction a principalement vocation à réparer une atteinte, faire constater une créance au profit du requérant pour laquelle la personne publique sera devenue débitrice, sauf dans des contentieux spécifiques où le juge devra se prononcer sur l'annulation ou la réformation d'actes administratifs unilatéraux ([704]). Le recours de pleine juridiction a

---

[700] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001, p. 271.

[701] *Ibid.*, pp. 274-275.

[702] *Ibid.*, pp. 325-328.

[703] CE Ass., 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, Rec. CE, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline, GAJA.

[704] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 600.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 774. « *Recours sur lequel la juridiction administrative prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes. Ainsi*

pour but « *la satisfaction de la fin individualiste* » ([705]). Ce but a conduit M. Melleray a classé ce recours dans les actions individualistes qui s'opposent par essence aux actions holistes ([706]). Enfin, il ne faut pas nier la place particulière laissée au recours en excès de pouvoir en ce qui concerne la protection de la légalité. Le fait que la jurisprudence *Dame Lamotte* ait été réitérée plusieurs fois par le Conseil d'Etat ([707]), a confirmé que le recours en excès de pouvoir constituait « *un instrument général du contrôle de la légalité* » ([708]). La jurisprudence « *Dame Lamotte se révèle ainsi être une sauvegarde du contrôle de la légalité contre la tentation que pourrait avoir le gouvernement de limiter ce contrôle grâce à son pouvoir réglementaire élargi* » ([709]). Si le juge administratif et les auteurs relèvent que le recours en excès de pouvoir à un rôle de protection de la légalité administrative, nous en venons à la question suivante : les tiers purs peuvent-ils poursuivre une motivation touchant à la protection de la légalité dans leurs actions contentieuses ?

Pour répondre à cette question, reprenons tout d'abord l'arrêt *Dame Lamotte*. La requérante que nous pouvons qualifier de tiers intéressé en raison du lien existant entre elle et le noyau du cercle générateur, conteste l'acte administratif / rapport de droit unissant le préfet et le « tiers » qui a obtenu le terrain de la requérante. Si le juge administratif a relevé que le recours en excès de pouvoir permettait de protéger la légalité, il est évident qu'en l'espèce, la requérante recherchait la protection d'un intérêt personnel : la protection de son droit de propriété. Ainsi la protection de la légalité est-elle réellement une motivation que pourraient poursuivre les tiers purs ou seulement l'intérêt que reconnaît le juge administratif au recours en excès de pouvoir ?

---

le juge peut-il, suivant la définition classique de Laferrière, réformer les décisions de l'administration non seulement quand elles sont illégales mais encore lorsqu'elles sont erronées, leur substituer des décisions nouvelles, constater des obligations et prononcer des condamnations pécuniaires. »

[705] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, p. 334.

[706] *Ibid*., pp. 334-335.

[707] CE Ass., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Rec. CE, p. 175, D. 1953, p. 683, note Eisenmann, RDP 1953, p. 448, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline, JCP 1953, II, 7598, note Vedel ; CE Sect., 17 mai 1957, Simonet, Rec. CE, p. 314, concl. Heumann, S. 1957, p. 351, concl. Heumann, D. 1957, p. 580, note Jeanneau, AJDA 1957, II, p. 270, chron. Fournier et Braibant.

[708] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 392.

[709] *Ibid*., p. 393.

Il est possible que des tiers purs désirent voir disparaître les actes administratifs unilatéraux illégaux. Pour se faire, ils invoqueront la protection de la légalité ([710]). Cependant si la motivation est uniquement la protection de la légalité, nous caractérisons l'action populaire ([711]). Or encore aujourd'hui, le prétoire du juge administratif est fermé à de telles actions ([712]). Cela n'empêche pas M. Chapus de voir dans certaines actions une motivation uniquement axée sur la défense de la légalité : « *ce qui est notamment le cas lorsqu'un requérant n'invoque rien d'autre que sa qualité de « citoyen », de consommateur ou même d'« élu »* » ([713]). Toutefois, il faut admettre que ces actions dont l'unique motivation est de défendre ou de protéger de la légalité ne sont pas admises par le juge administratif ([714]).

La protection de la légalité va principalement se réaliser par le biais du recours pour excès de pouvoir, nous obtiendrons dans un tel cas, une action purement objective puisque le recours est objectif et que le but l'est aussi. En matière d'actions objectives, deux catégories de requérants d'habitude sont présentes : le politique et le « *chevalier blanc* » ([715]). En ce qui concerne la catégorie du politique, le requérant va tout simplement utiliser le prétoire du tribunal comme une tribune politique ([716]). Pourtant l'auteur ne donne pas de réelle définition

---

[710] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *op. cit.*, pp. 564-565.

[711] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 598. « *L'« action populaire », c'est-à-dire une action ouverte à tous les citoyens dans le seul intérêt de la légalité.* »

[712] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 597-598 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 711 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 439 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 481 ; A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, *op. cit.*, pp. 551-552 ; J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Travaux et mémoires de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille – centre de recherches administratives, 1976, p. 51 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 176 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, p. 544.

[713] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 455.

[714] CE, 29 décembre 1995, Beucher, Rec. CE, p. 480, DA 1996, n° 102, obs. C. M.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 455. Selon M. Chapus, l'exigence d'un intérêt à agir personnel s'oppose à ce type d'actions. Cela se justifie puisque le juge administratif n'accepte pas les actions populaires dont la caractéristique est de ne pas comporter d'intérêt personnel.

[715] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *op. cit.*, pp. 559-561.

[716] *Ibid.*, p. 565. « *L'objectif de ces requérants n'est, d'ailleurs, pas toujours d'obtenir l'annulation d'un acte ou un dédommagement. Ils se servent, parfois, des juridictions comme d'une tribune. C'est le cas notamment des « politiques » comme MM. Avrillier et Tête.* »

précise du requérant d'habitude politique. Cela est particulièrement critiquable, l'auteur ne donnant en réalité que des exemples de requérants politiques : les actions qu'ils ont engagé et leur motivation ([717]). Nous pouvons rapprocher les actions engagées par les requérants politiques, des actions qui pourraient être engagées par certaines associations. Le politique va avoir pour but soit de pouvoir diffuser ses opinions par le biais du « prétoire / tribune politique » offert par le tribunal - dans un tel cas, nous sommes éloigné du souci de protéger la légalité -, soit de défendre les intérêts communs de son groupe - nous serons alors dans le cas d'une action holiste. Le fait de protéger la légalité administrative risque alors de n'être qu'un accessoire ou une étape pour arriver au but ultime : la politique elle-même. Ce n'est pas un intérêt propre au requérant, il s'agit bien d'une action objective. Cependant il ne s'agit pas d'une action purement objective dans le but de protéger la légalité administrative, ce qui oppose le politique au « chevalier blanc ».

Le « chevalier blanc » agit dans le but de faire préciser une question de droit, d'obtenir l'évolution de la jurisprudence ([718]), mais aussi d'intervenir pour le maintien d'une décision ([719]). Le « chevalier blanc » intervient, non dans le but de protéger ses intérêts personnels, mais dans un but beaucoup plus « glorieux » : protéger le droit et protéger la légalité administrative en contestant toutes mesures ne respectant pas la légalité administrative ou protéger les décisions légales qui seraient contestées. Le « chevalier blanc » n'agit pas pour lui, pour son propre compte. Il agit pour la légalité et donc pour le groupe, exerçant ainsi une action holiste. Cependant, il faut remarquer que l'auteur qualifie cette catégorie de « *minoritaire au sein des requérants d'habitude* », elle l'est aussi au sein de la catégorie de requérant type ([720]), c'est-à-dire qu'il existe peu de chevalier blanc, il ne s'agit pas d'une catégorie particulièrement représentative. De plus, leurs actions n'arrivent pas

[717] *Ibid.*, pp. 559-560.

[718] *Ibid.*, p. 560. « *M. Meyet est le digne représentant de cette catégorie qui lui vaut d'être qualifié, par un membre du Conseil d'Etat, de « collaborateur éminent du service public de la justice ». Il recherche comme premier objectif « à faire préciser telle ou telle question juridique… ou à faire évoluer la jurisprudence ». Il se distingue ainsi des autres requérants d'habitude qui sont involontairement à l'origine des avancées du droit administratif. La multiplication de leurs recours donne davantage d'occasions au juge administratif de changer sa jurisprudence, mais ce n'est pas l'objet de leur action*. »

[719] *Ibid.*, p. 560.

[720] *Ibid.*, p. 561.

forcément à satisfaction, notamment quand ces actions avaient pour but d'aboutir à un revirement de jurisprudence ([721]).

Les tiers purs peuvent-ils alors intégrer ces catégories de requérants politiques ou de « chevalier blanc » ? Il n'est pas possible de donner une réponse en ce qui concerne la catégorie du politique, puisqu'il faudrait identifier des tiers purs utilisant le prétoire du juge comme une tribune, ce qui n'est visible qu'au sein des audiences. Cependant une réponse est donnée en ce qui concerne la catégorie du « chevalier blanc ». Reprenons l'action contentieuse exercée par M. Hauchemaille. Ce requérant contestait des opérations électorales alors qu'il n'était pas électeur ([722]). Selon le protocole de reconnaissance du tiers pur, ce requérant n'entre pas dans le cercle générateur, puisqu'il ne peut pas être qualifié de sujet actif, n'étant pas électeur ou candidat. Il n'est donc pas intervenu dans le cercle générateur. Il s'agit bien d'un tiers pur. Or cette personne est qualifiée de « chevalier blanc ». Ainsi des tiers purs peuvent être intégrés dans cette catégorie. Ils peuvent vouloir protéger la légalité administrative et donc engager des actions holistes, sans forcément de garantie quant à leur succès.

B. La protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux

La protection de la légalité peut être invoquée dans les actions contentieuses engagées par les tiers purs. Cette motivation n'est pas la motivation majoritaire. Au contraire les tiers purs comme le requérant d'habitude et le requérant type vont vouloir protéger leurs intérêts propres en engageant des actions contentieuses : « *on verra que les nombreux recours intentés par des particuliers ne visent qu'à défendre un de leurs intérêts* » ([723]). La protection des intérêts propres recouvrent deux motivations différentes : soit le requérant va souhaiter protéger ses droits patrimoniaux, soit il protégera ses droits extrapatrimoniaux.

[721] *Ibid.*, p. 560.

[722] *Ibid.*, p. 560. « *M. Meyet est rejoint dans le domaine électoral par M. Hauchemaille, dont quinze des seize recours visent à contester des actes préliminaires à des opérations électorales ou leurs résultats (dans des élections où il n'était pas candidat ni, parfois, électeur).* » Souligné par nous.

[723] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *op. cit.*, p. 554.

1. La protection des intérêts patrimoniaux

Les tiers purs peuvent contester des actes administratifs unilatéraux afin de protéger leurs droits subjectifs. Un droit subjectif est une prestation offerte à un sujet de droit, lui permettant de jouir des choses ou d'exiger des autres ([724]), il s'agit d'une prérogative individuelle emportant pour son détenteur un statut juridique privilégié ([725]). Plus particulièrement, les tiers purs vont chercher à protéger leurs droits patrimoniaux ([726]), c'est-à-dire qu'ils veulent protéger les droits subjectifs contenus dans leur patrimoine, ce qui se situe dans le commerce juridique ([727]), à la différence de la protection des intérêts moraux. Si les tiers peuvent rechercher la protection de la légalité administrative, dans la plupart des actions contentieuses engagées, la recherche de la légalité ne sera qu'un but accessoire. Les tiers agissent principalement pour protéger leurs intérêts propres, notamment leurs droits patrimoniaux. Afin d'illustrer ce propos, il parait opportun d'envisager deux de ces droits patrimoniaux pouvant être indirectement atteints par des actes administratifs unilatéraux, poussant ainsi les tiers purs à agir.

L'un des droits patrimoniaux pouvant être atteint par les actes administratifs unilatéraux est le droit de propriété. Une autorisation administrative peut porter atteinte au droit de propriété. Cependant, il faudra alors entendre l'expression « porter atteinte » dans un sens relativement large. Si un acte administratif prive une personne de son droit de propriété, cette personne ne pourra être considérée comme un tiers pur puisqu'un rapport de droit sera créé, la personne obtiendra alors la qualité de sujet actif, en l'espèce elle sera considérée comme un destinataire désavantagée. Le droit de propriété étant protégé constitutionnellement ([728]), la personne publique ne peut y porter atteinte sous peine de

---

[724] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 271.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 334. « *Dans un sens technique de précision, le droit subjectif* […] *: prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui.* »

[725] D. GUTMANN, Droit subjectif, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 529-530.

[726] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 230.

[727] *Ibid.*, p. 230.

[728] Article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*. »

commettre une voie de fait ([729]). Ainsi pour notre étude, il faut comprendre l'expression « atteinte au droit de propriété » dans le sens où l'acte administratif unilatéral litigieux va produire des conséquences, va avoir des effets sur la propriété du tiers pur, mais de manière indirecte. Il n'y aura aucune dépossession en l'espèce. Le tiers pur va donc subir l'opposabilité particulière des actes administratifs unilatéraux litigieux. Deux exemples particulièrement illustrateurs peuvent ainsi être étudiés : le permis de construire de l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme ([730]), et les autorisations ou déclarations d'installations classées pour la protection de l'environnement, issues de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement ([731]).

---

[729] TC, 8 avril 1935, Action française, Rec. CE, p. 1226, concl. Josse, S. 1935, III, 76, concl. Josse, D. 1935, III, 25, concl. Josse, note Waline, RDP 1935, p. 309, concl. Josse, note Jèze, GAJA.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 970. « […] *irrégularité manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique, commise par l'administration dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution.* »

S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 743. « *Théorie d'origine jurisprudentielle, protectrice des droits des administrés en ce qu'elle entraîne pour l'Administration la perte de la majeure partie de ses privilèges traditionnels. Il y a voie de fait si l'Administration accomplit un acte matériel représentant une irrégularité manifeste soit parce qu'elle exécute une décision ne se rattachant pas à un pouvoir qui lui appartient (comme une décision grossièrement illégale, ou annulée par une juridiction), soit parce qu'elle exécute selon une procédure grossièrement illégale une décision même légale, et à condition que cet agissement porte atteinte à la propriété mobilière ou immobilière ou à une liberté publique. Les juges judiciaires deviennent alors compétents pour connaître de cette irrégularité, à titre exclusif en matière d'action en responsabilité, et concurremment avec les juges administratifs pour prononcer l'annulation de l'acte.* »

[730] L. 421-1 du Code de l'urbanisme : « *Les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire.*

Un décret en Conseil d'Etat arrête la liste des travaux exécutés sur des constructions existantes ainsi que des changements de destination qui, en raison de leur nature ou de leur localisation, doivent également être précédés de la délivrance d'un tel permis. »

[731] Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement :

Article 1er : « *Sont soumis aux dispositions de la présente loi les usines, ateliers, dépôts, chantiers, et d'une manière générale les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients* […]. »

Article 2 : « *Les installations visées à l'article 1er sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'Etat* […]. *Ce décret soumet les installations à autorisation ou à déclaration suivant la gravité des dangers ou des inconvénients que peut présenter leur exploitation*. »

Prenons l'exemple de la délivrance d'un permis de construire à une personne privée. L'auteur de cet acte est une autorité publique qui établit un rapport de droit avec le destinataire avantagé : la personne propriétaire d'un terrain. La personne publique et ce propriétaire sont les sujets actifs. Ce destinataire avantagé va afficher son permis de construire sur son terrain et peut être commencé les travaux alors que le délai contentieux de deux mois n'a pas pris fin. Deux cas peuvent alors exister : soit le propriétaire a obtenu son permis de construire sur son terrain qui est dans un endroit inhabité, sans aucun voisin, soit le terrain est mitoyen à un autre terrain ou est proche d'autres habitations sans mitoyenneté. Le rapport de droit établi, la liste des tiers purs peut être réalisée : les tiers purs seront les voisins. Mais il faut entendre le terme de voisin dans un sens très large, non seulement le voisin dont le terrain est mitoyen à celui faisant l'objet du permis de construire, mais aussi les autres habitants de la commune ([732]). L'impact du projet faisant l'objet du permis de construire sera différent selon que la commune est un village 500 habitants ou une ville fortement urbanisée. Au sein de cette liste de tiers purs, des différences apparaissent. Les tiers purs vont être atteints indirectement par le permis de construire de manière importante, pour certains de manière moins forte, enfin pour d'autres aucune atteinte, aucun effet ne sera ressenti. Au sein des tiers purs, tous les tiers ne sont pas identiques. Nous obtenons ce que nous désignons par l'expression : « tiers pur encore plus pur » (sous entendu : qu'un autre tiers pur). D'autres expressions auraient pu être envisagées, telles que « tiers ultra pur ». Cependant le choix proposé permet la mise en lumière d'une gradation, d'une notion de degré dans la « pureté » de la qualification de tiers. Cette sous catégorie de tiers pur est prégnante dans le domaine des atteintes aux différents droits patrimoniaux. Ainsi un propriétaire est voisin d'un terrain faisant l'objet d'un permis de construire. Il est possible que sa propre propriété perde de sa valeur en raison de la construction nouvelle faisant l'objet du permis. Cette perte de valeur est due à un effet indirect produit par le permis de construire : le propriétaire peut avoir vue sur un paysage particulier, et la construction future cacherait cette vue. Seuls les voisins « proches » seraient touchés, plus précisément ceux ayant un risque de perte de vue. Ce sont

---

D. DEHARBE, Installations classées soumises à autorisation, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4012, p. 1. Une autorisation est demandée pour une installation dont les risques pour l'environnement sont importants. L'obtention de l'autorisation nécessite la présentation d'un dossier et une acceptation par le préfet.

F. BRAUD, A. MOUSTARDIER, Installations classées soumises à déclaration, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4014, p. 3. Les installations moins dangereuses sont soumises à déclaration. Cette déclaration permet un contrôle *a posteriori* de la personne publique, sur l'installation.

[732] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 455-456.

des tiers purs. Un permis de construire peut aussi concerner la construction d'un immeuble de plusieurs étages, les voisins qui ont vue sur cet immeuble, pourront risquer une dévaluation de leur bien. Par contre un voisin qui habite à un kilomètre du terrain en question et/ou un voisin qui ne subit pas de perte de vue, ne seront pas touchés par cette dévaluation, ils seront alors qualifiés de « tiers purs encore plus purs ». Lorsqu'un tiers pur choisit d'intenter une action contentieuse à l'encontre d'un permis de construire afin de protéger son droit de propriété, il ne cherche en réalité qu'à protéger son patrimoine : éviter une perte de vue, éviter une dévaluation de son bien. Ce n'est pas un but de protection de la légalité qui est poursuivi, il s'agit bien de protéger les intérêts propres du requérant. Ce but de la protection du « droit de propriété » des tiers purs est aussi présent en ce qui concerne le contentieux des installations classées. En effet, si un entrepreneur obtient une autorisation d'implanter ou de modifier son installation classée, les voisins ou habitants proches de cette installation risquent de voir diminuer la valeur marchande de leur bien. Le but poursuivi par leur action contentieuse contre l'autorisation sera aussi la protection de leur patrimoine. Dans ce domaine contentieux tout comme dans le contentieux des permis de construire, apparaitra la notion de gradation de la « pureté » du tiers pur. Ainsi nous pouvons tout simplement remarquer qu'un tiers pur va souhaiter protéger ses droits patrimoniaux. Si un acte administratif unilatéral peut, même d'une manière très indirecte, y porter atteinte, alors ce tiers contestera cet acte et protègera ses intérêts propres.

Un autre exemple peut illustrer ce propos en matière de protection des droits patrimoniaux par les tiers purs. Au sein d'un service de la fonction publique, un fonctionnaire A espère un avancement ayant des incidences financières sur son traitement, ce fonctionnaire remplit les conditions requises pour cet avancement. Il a donc une espérance dans un futur traitement issu de l'avancement : une augmentation. Cependant cet avancement est réservé à un fonctionnaire B. Le fonctionnaire B et l'autorité administrative auteur de l'acte sont les sujets actifs, le fonctionnaire A est, lui, un tiers pur puisqu'il n'a aucun rapport avec le noyau du cercle générateur. Ainsi l'acte administratif unilatéral, ici individuel, « porte atteinte » aux intérêts financiers du fonctionnaire A : il a perdu l'espérance de voir son traitement augmenté. Le fonctionnaire A peut alors intenter un recours en excès de pouvoir à l'encontre de cet acte individuel. Dans un tel cas, la perte de l'augmentation du salaire qui pousse le fonctionnaire tiers pur à agir est-elle la seule justification à cette action ou rend-elle compte d'un intérêt extrapatrimonial ?

L'étude sur les requérant d'habitude met en avant une catégorie particulière au sein des actions personnelles permettant de mettre en valeur la protection des intérêts propres des tiers purs et notamment de la protection de leurs droits patrimoniaux. Il s'agit de la catégorie de « *la « victime » d'une injustice personnelle* » ([733]). La victime d'une injustice personnelle va former des recours dans le but de régler des litiges qui lui sont propres ([734]). Ces actions sont les plus couramment œuvrés dans trois domaines : la fonction publique, le domaine fiscal et l'urbanisme ([735]). La « victime » va agir dans le seul but d'obtenir satisfaction, c'est-à-dire mettre fin à l'atteinte subie. Cette catégorie de requérants est la principale en terme de nombre de requérant. Cela n'est pas étonnant puisque les domaines de la fonction publique, de l'urbanisme et le contentieux fiscal emporte le plus grand nombre de recours. Elle peut être donnée à certaines actions contentieuses engagées par les tiers purs. Les exemples cités ci-dessus montrent, même si le terme est peut être exagéré, des injustices personnelles. Le fait d'être « victime » d'une atteinte à leurs droits patrimoniaux peut être une motivation poursuivie par les tiers purs. Toutefois, une « injustice personnelle » peut aussi être vécue d'un point de vue extrapatrimonial.

[733] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *op. cit.*, pp. 557-558.

[734] *Ibid.*, p. 557. « *C'est souvent suite à un problème personnel que ces requérants sont devenus des habitués du prétoire*. » « *Plus généralement, l'essentiel de leurs recours est lié à leur situation personnelle*. » Souligné par nous.

[735] *Ibid.*, pp. 557-558. «*Il s'agit, pour la plupart, de problèmes professionnels, notamment dans la fonction publique. Les litiges fiscaux, sont, également, assez fréquents*. […] *Cette importance des requêtes en matière de fonction publique et fiscale n'a rien d'exceptionnelle car elle se retrouve dans la répartition générale des contentieux devant la juridiction administrative. L'urbanisme constitue aussi un de leurs contentieux de prédilection.* »

2. La protection des intérêts extra patrimoniaux

Les tiers purs peuvent vouloir protéger ce qui n'entre pas dans leur patrimoine. Ici, nous allons pouvoir envisager les droits extrapatrimoniaux, c'est-à-dire les droits subjectifs qui n'entrent pas de manière directe dans le patrimoine ([736]). Ces droits vont principalement recouvrir les allégations de violation aux droits et libertés des requérants, par exemple, une atteinte à la liberté religieuse. Mais il s'agira aussi d'éléments totalement étrangers au droit : des motivations d'ordre personnel, psychologique et/ou moral ([737]). Si les atteintes aux droits extrapatrimoniaux donnent à leur détenteur un intérêt à agir, il en va de même pour les intérêts moraux ou spirituels ([738]). Nous proposons ici d'envisager principalement les motivations d'ordre personnel.

Reprenons l'exemple du fonctionnaire qui a été étudié ci-dessus. La perte d'espérance dans l'augmentation, mais aussi les avantages liés à l'avancement peuvent constituer un but justifiant une action contentieuse engagée par ce tiers pur. Cette motivation peut être associée et parfois remplacée par une autre motivation : la protection des intérêts personnels, moraux, voire d'ordre psychologique propres au fonctionnaire A. Imaginons que les fonctionnaires A et B ont des problèmes d'ordre personnel. L'action contentieuse engagée par le fonctionnaire A ne pourrait-elle pas recouvrir un but d'animosité personnelle, d'intention de nuire, certains pourraient même envisager la « vengeance » ? Dans un tel cas, le but poursuivi par le requérant n'est pas la protection de son patrimoine, même si cela peut constituer un but accessoire, le but principal étant la protection de ses intérêts « moraux ». Or pouvons-nous créer une hiérarchie au sein de la motivation poursuivie ? La protection des droits

---

[736] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* pp. 395-396. « *Qui ne fait pas partie du patrimoine, mais touche à la personne ; qui n'a pas le caractère d'un bien, mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce (sans exclure néanmoins que l'atteinte à un droit extrapatrimonial donne lieu à une indemnisation pécuniaire). Exemple : garde, surveillance, éducation sont les attributs extrapatrimoniaux de l'autorité parentale ; le droit au nom est un droit extrapatrimonial.* »

B. BEIGNIER, Droits, in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, pp. 533. « *Les droits extrapatrimoniaux, quant à eux, sont dépourvus de toute valeur pécuniaire, en principe du moins. Ils ne sont donc pas des bien car ils dépendent étroitement de la personne, à tel degré que celle-ci n'en est pas vraiment maitresse. Elle ne peut en disposer comme pour les droits patrimoniaux. Ils ne sont pas dans le commerce juridique*. »

[737] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.,* p. 447. « *L'intérêt peut être purement moral, c'est-à-dire, qu'il importe peu que l'annulation demandée ne soit en rien de nature à procurer au requérant des satisfactions d'ordre patrimonial ou « matériel ».* »

[738] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.,* p. 482.

patrimoniaux est-elle supérieure à la protection des intérêts extrapatrimoniaux et des intérêts d'ordres moraux ? Cette réponse est donnée par le juge administratif lorsqu'il examine la recevabilité de la requête quant aux conditions à remplir par le requérant. Force est de constater que le juge se borne à reconnaître ou non un intérêt à agir, mais qu'aucune hiérarchie n'est établie en la matière.

L'importance que peut revêtir l'animosité personnelle comme but poursuivi dans les actions engagées par les tiers purs n'est pas à sous-estimer. Un exemple particulièrement illustrateur est fourni dans un arrêt du Conseil d'Etat, *Bellanger* ([739]). En l'espèce, un inspecteur du travail en état d'ébriété a causé un accident de la circulation ayant entraîné la mort du père du requérant. Cet inspecteur du travail a aussi commis des infractions pénales, dont le délit de fuite et de fausses déclarations. L'auteur de l'accident a été sanctionné disciplinairement. Cette sanction est contestée par M. Bellanger. Le rapport de droit est établi entre l'autorité administrative détentrice du pouvoir disciplinaire et l'auteur de l'accident, un fonctionnaire, ils constituent les sujets actifs du cercle générateur. Le requérant est un tiers pur, il n'intervient pas dans le rapport de droit, ici le rapport de droit disciplinaire. De plus, le requérant est extérieur, étranger au service dans lequel l'auteur de l'accident exerce ses fonctions. Le requérant se situe sur une couche particulièrement éloignée du cercle générateur. Cependant, ce tiers pur décide d'agir contre la sanction disciplinaire : il conteste la peine retenue comme insuffisamment sévère. Il demande donc au Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement d'aggraver cette sanction disciplinaire. Confronté au refus du Ministre, le requérant forme un recours en excès de pouvoir contre ce refus. Il est évident qu'ici la protection de la légalité n'est pas le but recherché, il en va de même pour la protection des droits patrimoniaux du requérant. M. Bellanger recherche uniquement la punition la plus sévère pour l'auteur de l'accident ayant causé la mort de son père. Il cherche à punir l'auteur des faits. Son action est conduite par son animosité personnelle. L'intérêt est bien d'ordre moral. Le commissaire du gouvernement a d'ailleurs relevé cet élément puisqu'il estime que le requérant invoque bien « *un intérêt moral à agir* » ([740]). Cet arrêt *Bellanger* illustre les catégories du persécuté et celle du rancunier. Le persécuté va agir dans un but de vengeance en raison de l'existence d'une injustice ([741]). Dans l'arrêt, cette injustice

[739] CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, RFDA 2006, p. 890, chron. Terneyre, AJDA 2006, p. 1072, obs. Montecler, p. 1513, concl. Keller, JCP A 2006, 1212, note Jean-Pierre, JCP 2006, I, 170, chron. Plessix.

[740] R. KELLER, concl. sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *AJDA* 2006, p. 1514.

[741] F. LEMAIRE, Les requérants d'habitude, *op. cit.*, pp. 558-559.

correspondrait à la sanction peu sévère au regard des faits : un homicide involontaire. Le rancunier va, lui, attaquer la personne publique ou ses actes dans le but de lui « *faire payer* » un comportement non apprécié par le requérant dans le passé ([742]). « *Si de tels comportements* [les actions engagées par le rancunier et dont l'auteur a donné plusieurs exemples] *peuvent paraître mesquins, ils sont la réponse à une administration qui oublie, parfois, que ces décisions doivent être motivées par l'intérêt général et non par le souci de nuire à l'un de ses agents. C'est parfois la défense de l'intérêt général qui guide les recours des habitués du prétoire* » ([743]). L'auteur met ici en avant la passerelle existant entre les actions personnelles et les actions objectives. Ainsi la motivation poursuivie par le requérant / tiers pur sera souvent multiple : elle aura un but principal et un ou plusieurs buts accessoires. Toutefois, si le tiers pur invoque principalement la protection de ces intérêts propres, la protection de la légalité qui peut être accessoire, sera souvent plus une conséquence qu'un but propre.

Pour conclure, nous souhaitons revenir sur les conséquences des actions contentieuses engagées par les requérants d'habitude. L'examen de ces conséquences révèle celles des actions engagées par les tiers purs qu'elles soient holistes ou individualistes. La première remarque est l'apport positif de ces actions au profit de la légalité et de la création du droit administratif ([744]). Cela peut paraître étonnant, non en ce qui concerne les actions objectives, mais en ce qui concerne les actions personnelles puisqu'elles ne visent pas en premier lieu la protection de la légalité ou l'élaboration du droit public, mais tout simplement la sauvegarde d'intérêts propres. Pourtant les actions individualistes pourront avoir pour effet la protection de la légalité. Cette protection ne se réalise pas seulement par le nombre de fois où ils obtiennent satisfaction ([745]). Par exemple, obtenir le maintien d'une décision légale est un apport pour le respect de la légalité, si le tiers pur invoquait à tort son illégalité. D'ailleurs, les actions engagées par les requérants d'habitude aboutissent rarement à des annulations ([746]).

---

[742] *Ibid*., p. 559. « *Ces requérants se caractérisent en attaquant les décisions d'une même administration à laquelle ils veulent faire payer un précédent comportement.* » « *Si de tels comportements peuvent paraître mesquins, ils sont la réponse à une administration qui oublie, parfois, que ses décisions doivent être motivées par l'intérêt général et non par le souci de nuire à l'un de ses agents.* »

[743] *Ibid*., p. 559.

[744] *Ibid*., p. 562.

[745] *Ibid*., p. 564.

[746] *Ibid*., p. 565. «*Par ailleurs, il arrive, assez souvent, que la décision des premiers juges soit censurée, mais que le recours n'aboutisse pas pour autant car il est rejeté pour d'autres motifs*. […] *Les recours formés conduisent, par conséquent, rarement à l'annulation de l'acte attaqué. L'intérêt pour la sauvegarde de la*

Mais le fait que leurs actes peuvent être potentiellement soumis au juge administratif peut conduire les personnes publiques à être plus vigilantes et à respecter le droit ([747]). Ainsi « *les requérants d'habitude contribueraient* […] *indirectement au respect de la légalité* » ([748]). De plus, ces requérants ont un rôle à jouer en ce qui concerne les actes des collectivités territoriales et leur contrôle de légalité, leurs actions peuvent combler le nombre peu élevé des déférés formés par le préfet ([749]). Pour finir, les actions des requérants d'habitude comme celles des tiers purs permettent au juge d'élaborer, de parfaire le droit administratif ([750]). Ainsi si les actions engagées par des personnes se situant sur les couches les plus externes des cercles générateurs peuvent inquiéter quant à leur incidence sur l'engorgement des prétoires, il convient de penser que ces actions, de part leur but et leurs effets, permettent manifestement la protection du droit administratif.

---

légalité semble donc assez réduit. Il est vrai qu'à ces quelques succès personnels on peut ajouter les fois où ces requérants concourent à l'annulation d'un acte en conseillant l'auteur du recours, même si la décision obtenue ne porte pas leur nom. »

[747] *Ibid*., p. 565. « *Cependant, on peut penser que les nombreux recours formés par un individu contre les actes pris par une administration peuvent conduire celle-ci à veiller particulièrement à leur légalité afin d'éviter une censure ou parce qu'elle souhaite décourager ceux qui attaquent systématiquement ses décisions en voyant reconnaître, à chaque fois, par le juge administratif, la validité de ses actes.* »

[748] *Ibid*., p. 565.

[749] *Ibid*., p. 565. « […] *les requérants d'habitude peuvent apparaître comme un palliatif aux carences du contrôle de légalité opéré par l'Etat sur les actes des collectivités locales*. »

[750] *Ibid*., p. 566. « *Si les ouvrages consacrés aux décisions qui ont marqué la jurisprudence font ainsi peu de place à nos requérants, il en va différemment du Lebon. Ces requérants ont ainsi incontestablement permis de préciser les règles du droit public tant en ce qui concerne la procédure contentieuse que le fond*. »

Section 2 : L'action du tiers pur

Les tiers purs contestent les actes administratifs unilatéraux. Le juge administratif aura alors connaissance de ces actions. Que va-t-il advenir de ces actions ? La méthode du juge est la suivante : il va tout d'abord examiner la recevabilité de la requête. Ainsi il considérera si l'action remplit les conditions simultanément quant à l'acte et quant au requérant. Si les conditions ne sont pas remplies, la requête sera irrecevable. L'action contentieuse prendra alors fin, aucun examen de l'allégation d'illégalité de l'acte administratif ne sera réalisé ([751]). Si les conditions sont remplies, la requête recevable sera examinée au fond par le juge qui statuera sur les conclusions présentées. Le tiers pur verra alors sa requête rejetée ou au contraire ses conclusions accueillies.

Dans ce descriptif fait de la technique du juge administratif, il n'existe aucune différence entre une requête présentée par un tiers pur et une requête présentée par un sujet actif. Or la notion de tiers, et par conséquent de tiers pur, est une notion fonctionnelle permettant au juge administratif de réaliser une régulation de l'accès à son prétoire. Cette notion doit donc jouer un rôle au sein de cette technique. Cette section va permettre de mettre en lumière aussi bien les éléments de raisonnement du juge dans lesquels il utilise la notion de tiers pur aux fins de régulation, mais aussi ceux pour lesquels cette notion est exclue.

[751] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, p. 476. « *Si l'une de ces conditions fait défaut, le juge rejettera comme irrecevable sans même examiner si elle est fondée, c'est-à-dire si l'acte critiqué était effectivement illégal*. »

Les actions engagées par les tiers purs seront de deux types : soit des recours pour excès de pouvoir, soit des recours de pleine juridiction. Ce recours pour excès de pouvoir était qualifié par M. Hauriou comme « *une voie de nullité contentieuse conférant au Conseil d'Etat le pouvoir d'annuler une décision exécutoire administrative, si celle-ci contient un excès de pouvoir formel de l'autorité qui a pris la décision (incompétence, violation des formes, détournement de pouvoir, violation de la loi)* » ([752]). Ce recours se définit aujourd'hui comme un « *recours juridictionnel dirigé, en vue de les faire annuler pour cause d'illégalité, contre des actes unilatéraux émanant soit d'une autorité administrative, soit d'un organisme privé agissant dans le cadre d'une mission de service public* » ([753]). Il présente trois caractères : c'est un procès fait à un acte, d'utilité publique et d'ordre public ([754]). Nous considérons cependant que d'un procès fait à un acte, il est devenu un procès entre parties ([755]). E. Laferrière résumait les possibilités offertes au juge administratif lors d'un tel recours : « *l'action est dite recevable lorsqu'elle remplit les conditions nécessaires pour qu'elle soit reçue par le juge et examinée dans ses moyens et conclusions ; elle est dite bien ou mal fondée, selon que les conclusions de la demande paraissent ou non justifiées* » ([756]).

Si le tiers pur utilise principalement le recours en excès de pouvoir, le recours de pleine juridiction ne leur est pas étranger. « *Si, en effet, le contentieux de l'excès de pouvoir correspond en gros au contentieux objectif, il ne le constitue pas en totalité ; car le contentieux de pleine juridiction, lui, n'est pas toujours un contentieux subjectif : il existe un contentieux objectif de pleine juridiction* » ([757]), « *le contentieux de la légalité administrative s'affirme désormais comme un contentieux dual composé du recours en excès de pouvoir et*

---

[752] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12e éd., 2002 (rééd.), pp. 403-404.

[753] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 600.

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1984, p. 130 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 116 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 210 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 775 ; A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1980, p. 540 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, Dalloz, 2007, pp. 8-13.

[754] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 210.

[755] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 452-453.

[756] E. LAFERRIERE, *Traité de la justice administrative et des recours contentieux, t. 2*, LGDJ, 1989 (rééd.), p. 389.

[757] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 458.

du plein contentieux objectif » ([758]). Pour cette raison, une autre classification qui vise à opposer contentieux objectif et contentieux subjectif peut être réalisée. Le critère de distinction est fonction de la question posée au juge administratif ([759]).

Le recours de pleine juridiction est un « *recours juridictionnel par lequel un requérant peut demander au juge, en invoquant tous les moyens pertinents, de constater l'existence à son profit d'une créance contre l'Etat ou une autre collectivité publique, et (ou) d'annuler ou de réformer un acte administratif n'entrant pas dans le champ d'application du recours pour excès de pouvoir (exemple : contentieux fiscal, contentieux des contrats administratifs ou de la responsabilité des personnes publiques)* » ([760]). L'objet de ce recours est la « *situation juridique individuelle subjective* » ([761]). Ce recours s'oppose au contentieux de l'annulation notamment en raison des pouvoirs attribués au juge ([762]). Plus généralement son opposition avec le recours en excès de pouvoir est fondée sur trois éléments : l'objet du litige, le rôle du juge et le caractère de la décision ([763]). Un autre élément caractéristique de ce recours de pleine juridiction est l'hétérogénéité des contentieux le composant ([764]). Il se compose de

---

[758] H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, Paris, 2008, p. 236.

[759] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 39.

[760] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 600.

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 577. « *Le recours de pleine juridiction est celui dans lequel le juge est invité à statuer sur l'existence, le contenu et les effets des droits subjectifs que des particuliers ou même des personnes morales font valoir à l'encontre d'une personne morale de droit public.* »

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 774. « *Recours sur lequel la juridiction administrative prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes. Ainsi le juge peut-il, suivant la définition classique de Laferrière, réformer les décisions de l'administration non seulement quand elles sont illégales mais encore lorsqu'elles sont erronées, leur substituer des décisions nouvelles, constater des obligations et prononcer des condamnations pécuniaires*. »

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, pp. 13-14.

[761] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 453.

[762] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 38. « *La distinction entre contentieux de (simple) annulation et de pleine juridiction a assurément sa logique en opposant le juge qui seulement défait et celui qui véritablement fait ou refait* » « *Les moyens qu'ils confèrent a priori au juge différent toujours radicalement, la pleine juridiction permet au juge de réparer et statuer à la place de l'Administration, quand l'excès de pouvoir est centré sur l'élimination de l'acte vicieux.* »

[763] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 452.

[764] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 223.

recours ordinaires de plein contentieux ([765]), et de recours objectifs de plein contentieux ([766]), qui sont eux aussi multiples ([767]). La présentation globale des recours objectifs de plein contentieux peut être critiquée, elle est souvent présentée comme « *une série d'exemples, d'illustrations, à l'exception de M. Chapus qui propose une énumération quasi exhaustive de ceux-ci* » ([768]). Ce contentieux spécifique présente deux caractères ([769]). Le premier concerne la nature de la question posée au juge : « *le juge doit tout à la fois trancher la question de la légalité qui lui est posée et déterminer l'étendue des droits et obligations du requérant qui résultent directement de cette question de légalité* ». Ainsi « *le plein contentieux objectif est un contentieux de la légalité appliqué à une situation juridique* » ([770]). La seconde caractéristique concerne les pouvoirs du juge, c'est-à-dire son pouvoir de réformation ([771]). Pour notre étude, seuls les recours objectifs de plein contentieux seront effectivement pris en

[765] *Ibid.*, p. 224.

[766] *Ibid.*, p. 225.

[767] *Ibid.*, p. 227. « *La première* [catégorie] *correspond à ce qu'on peut appeler « le recours objectif concluant à une condamnation pécuniaire »*. » « *La seconde catégorie englobe des contentieux qui sont inclus dans la pleine juridiction, soit parce que les textes qui les régissent confèrent au juge le pouvoir de prendre (en bref) des décisions positives, soit pour que le juge dispose d'un tel pouvoir. De toute façon, l'influence de Laferrière se manifeste également de façon évidente*. » Ainsi différents contentieux vont intégrer cette catégorie : le contentieux fiscal, électoral, du partage et de la jouissance des biens communaux, des immeubles menaçant ruine, des installations classées, des immeubles insalubres, de la tarification sanitaire et sociale, de la qualité de réfugié, de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, des autorisations de plaider, pp. 227-230. « *Quant à troisième et nouvelle catégorie de recours objectifs de plein contentieux, elle résulte d'une impressionnante convergence de dispositions législatives (pour la plupart), qui (essentiellement depuis 1989, et sous l'influence ou la pression du droit européen) désignent très explicitement le « recours de pleine juridiction » comme celui par lequel les décisions (prononçant des sanctions, dans la plupart des cas) peuvent être déférées au juge administratif, - alors que le droit commun n'aurait fait aucun obstacle à leur contestation par la voie du recours pour excès de pouvoir* », p. 230. Concernant cette troisième catégorie, nous remarquons d'ailleurs que le Conseil d'Etat tend lui-même à transférer certains contentieux du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction. Il en va ainsi concernant le contentieux des sanctions administratives infligées aux administrés. CE, 16 février 2009, Société ATOM, AJDA 2009, p. 583, note Liéber et Botteghi ; CAA Nancy, 22 juin 2009, Caisse primaire d'assurance maladie de la Marne, JCP A 2010, 2136, note Jurvilliers-Zuccaro.

[768] H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif, op. cit.*, p. 166.

[769] *Ibid.*, p. 167.

[770] *Ibid.*, p. 173.

[771] *Ibid.*, p. 174.

compte puisqu'ils concernent la seule contestation des actes administratifs, objet de ce chapitre.

I. Les obstacles

Le juge administratif doit suivre une certaine technique de contrôle afin de pouvoir rendre sa décision juridictionnelle. Cette technique fait intervenir des données concernant par exemple le requérant ou l'acte qu'il conteste, à des moments différents. Elle fait alors apparaître des obstacles différents s'imposant aux tiers purs et pouvant remettre en cause le succès de son action. Ces obstacles se divisent en deux catégories : l'une présente des obstacles communs à l'ensemble des requérants, alors que la seconde fait intervenir la notion de tiers pur même de manière implicite.

A. Les obstacles indifférents

Les obstacles indifférents sont des obstacles communs à tous les types de requérants. Que nous soyons en présence de tiers purs ou intéressés, ou de sujets actifs, la solution sera identique. Ces obstacles indifférents à la notion de tiers purs concernent les conditions de recevabilités liés à l'acte attaqué, ainsi que l'examen au fond de la requête.

1. L'acte attaqué

« *Pas de décision, pas d'action* », il s'agit de la règle de la liaison du recours contentieux ([772]). Cette règle aussi appelée règle de la liaison du contentieux, prévaut que

---

[772] Article R. 421-1 du Code de justice administrative : « *Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée.* » Souligné par nous.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 506 ; P. GONOD, Introduction de l'instance, in *Juris-classeur, Justice administrative, t. 1*, fasc. 40, p. 4.

O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009, p. 225. « *Selon le principe : pas de décision, pas d'action, la décision administrative préalable sert à lier le contentieux en ce sens qu'elle permet de transformer le contentieux non juridictionnel de l'administration en un contentieux juridictionnel. Cette règle dite de la liaison du recours contentieux trouve son origine dans la théorie de la justice retenue : le chef de l'Etat, en tant que juge, ne peut rendre sa décision en Conseil d'Etat que sur demande préalable, portée directement devant lui ou devant le ministre-juge en première instance.* »

M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, p. 315. « *Le recours ne peut être formé que contre une décision administrative préalable. Pour qu'il y ait litige, le contentieux doit être « lié ». Il existe deux*

nous soyons en présence d'un recours en excès de pouvoir ou d'un recours de pleine juridiction ([773]). Puisque les actions contentieuses engagées par les tiers purs à l'encontre d'actes administratifs unilatéraux sont étudiées, cette règle est censée être automatiquement remplie. Cependant pour être remplie, l'acte doit recouvrir certaines caractéristiques. Selon M. Hauriou, « *le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre un acte exécutoire et susceptible de faire grief, pris par une autorité contenue dans la hiérarchie ou dans une tutelle administrative* » ([774]). La difficulté en la matière est de trouver une certaine unité au sein des termes utilisés. En effet, les auteurs utilisent les expressions « acte décisoire », « acte faisant grief », « acte à caractère normateur », ou « acte exécutoire », soit comme synonymes, soit pour décrire des réalités différentes.

Tout d'abord, l'acte doit être décisoire ([775]). Un acte décisoire est un acte « *qui entraine la décision d'un litige, synonyme en ce sens de décisif* », « *qui décide ; qui contient une décision (au fond)* » ([776]). Il est l'expression de la volonté de l'autorité administrative qui l'édicte. Sa forme peut varier sans que cela n'ait d'incidence sur sa capacité à pouvoir faire l'objet d'un recours contentieux. Ainsi cet acte décisoire aussi appelée décision, peut être exprès ou implicite, verbal ou écrit ([777]), il peut prendre différentes formes ([778]). Le terme même de décision pose des difficultés. M. Chapus relève qu'« *il ne faut pas croire que les décisions liant le contentieux doivent être des décisions « faisant grief » ou des décisions « exécutoires »* » ([779]). Pour que la liaison du contentieux se réalise, il suffirait que le requérant conteste une « *décision* » ([780]). Le terme de décision suffit à décrire l'acte puisque la

---

principales manières de lier le contentieux, sur décision expresse ou par le silence gardé par l'administration pendant un certain délai. »

[773] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 225-226.

[774] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 410.

[775] O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 226.

[776] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 268.

[777] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 516.

[778] *Ibid.*, pp. 516-517. « *La décision peut, bien entendu, avoir été prise en bonne et due forme et avec une dénomination telle que celle de décret ou d'arrêté*. » « *Elle peut tout aussi bien résulter du contenu, par exemple, d'un communiqué de presse ou, ce qui est fréquent, des termes d'une lettre, portant à la connaissance de son destinataire la position arrêtée par l'administration sur une question déterminée*. »

[779] *Ibid.*, p. 517.

[780] *Ibid.*, p. 518. « *Ainsi, le terme de décision suffit : le contentieux est lié, dès lors que la mesure qui fait l'objet du recours édicte une norme traduisant la volonté de modifier l'ordonnancement juridique ou, au contraire, celle de le maintenir en l'état*. »

caractéristique principale qui doit justement être présente au sein de l'acte préalable requis : la modification de l'ordonnancement juridique, est inclue dans la définition donnée de la décision. Ainsi, « *un acte unilatéral est une décision lorsque la manifestation de volonté de son auteur se traduit par l'édiction d'une norme destinée à modifier l'ordonnancement juridique ou bien, au contraire, à le maintenir en l'état.* » ([781]). Il s'agit donc d'un acte à caractère normateur ([782]), il a pour but de produire des effets sur l'ordonnancement juridique, qu'il le modifie ou qu'il le maintienne en l'état. Ce but est issu de la volonté de son auteur, volonté qui produit ses effets immédiatement au-delà de ce seul auteur ([783]), présentant ainsi un caractère exécutoire. Le caractère décisoire se situe hors contexte contentieux, sa reconnaissance est indépendante des actions pouvant être engagées ([784]). Nous proposons d'utiliser l'expression d'acte administratif unilatéral décisoire ([785]), afin d'éviter toute ambiguïté.

La difficulté principale concernant les caractéristiques que doit recouvrir l'acte afin d'être recevable lors d'une action contentieuse et principalement lors d'un recours pour excès de pouvoir, est issue du caractère connu sous l'expression : « acte faisant grief ». L'utilisation de cette notion correspond à une « *terminologie habituelle du Conseil d'Etat* » ([786]). La difficulté consiste en ce que cette expression recouvre des réalités différentes selon les auteurs. Pour certains auteurs, l'expression « acte faisant grief » recouvre les caractéristiques d'autres notions : il s'agit d'un synonyme. L'acte faisant grief peut être considéré comme un acte modifiant l'ordonnancement juridique. En ce sens, il est synonyme d'acte décisoire, de décision. ([787]). L'acte faisant grief peut aussi être considéré comme ayant le « *caractère de décision exécutoire* » ([788]), l'acte ou la décision exécutoire étant « *une déclaration unilatérale de la volonté administrative en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés,*

[781] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 502.

[782] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit, 5e éd., 2008, pp. 438-439.

[783] B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 35.

[784] *Ibid*., p. 39.

[785] *Ibid*., p. 35. « *L'adjectif décisoire parait le plus approprié à l'identification de ces actes administratifs unilatéraux normatifs.* »

[786] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit*., p. 478.

[787] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit*., p. 360. « *Expression désignant dans la terminologie du recours pour excès de pouvoir, les actes administratifs de nature à produire par eux-mêmes des effets juridiques et contre lesquels ce recours est ainsi recevable.* »

[788] A. de LAUBADERE, *Manuel de droit administratif*, LGDJ, 11e éd., 1978, p. 108.

conforme au bien du service » ([789]). L'acte faisant grief est alors un acte administratif unilatéral manifestant la volonté de modifier ou de maintenir en l'état l'ordonnancement juridique et produisant des effets directs par lui-même. Acte faisant grief et décision, acte décisoire, et acte exécutoire deviennent alors des synonymes. L'acte faisant grief peut être considéré comme une condition dépendant du requérant et de son intérêt à agir. Un développement particulier est réservé à cet aspect dans la suite de ce paragraphe ([790]). L'acte faisant grief peut apparaître comme un mélange entre les différentes notions d'acte normatif, d'effet à l'encontre des administrés, d'intérêt à agir… « *La jurisprudence utilise souvent l'expression de décision faisant grief, c'est-à-dire d'actes produisant des effets certains sur les situations de droits et ayant des conséquences sur la situation des intéressés qui leur donne qualité à saisir le juge*. » ([791]). Si dans ce propos, la référence à l'intérêt à agir est prégnant, l'acte faisant grief peut être défini comme un mélange entre des caractéristiques liées à l'acte lui-même, mais aussi aux effets produits sur les personnes ([792]). L'acte faisant grief peut aussi être défini par des exemples épars dont découle une définition. Cette définition mélangera alors des notions définies. Ainsi l'acte faisant grief doit soit modifier l'ordonnancement juridique, en d'autre termes être un acte décisoire, soit affecter les tiers, en d'autres termes produire des effets se répercutant sur les individus ([793]). M. Hauriou résumait aussi les actes ne faisant pas grief : « *quand elle est mise à néant ou bien qu'elle n'est encore opposable à personne, ou bien qu'elle ne contient pas d'effet de droit nouveau, ou que son effet de droit ne vise pas le réclamant* » ([794]). Sauf le dernier exemple, l'acte faisant grief ou ne faisant pas grief concerne des caractéristiques propres à l'acte lui-même, sans interférence du requérant, seule la dernière expression y fait référence.

---

[789] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit*., p. 377. « *Toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraine l'exécution d'office* », p. 373.

[790] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, p. 269 et suivantes.

[791] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit*., p. 439.

[792] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.,* p. 292. « *La décision faisant grief peut être définie comme un acte ayant un contenu juridique positif, un effet de droit, c'est-à-dire un acte opérant un apport sur le plan du droit et pouvant, par la suite, modifier la situation des administrés dans un sens qui leur est dommageable*. »

[793] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, p. 640.

[794] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit*., p. 414.

Selon d'autres auteurs, l'acte faisant grief a une existence propre. Le terme de « faisant grief » correspond à une caractéristique particulière que l'acte doit revêtir afin de pouvoir former un recours pour excès de pouvoir à son encontre ([795]). L'acte ne doit pas seulement être décisoire, il doit aussi faire grief. M. Seiller relève que la notion d'acte faisant grief a une indépendance propre, indépendante de l'analyse de l'intérêt à agir. Sa technique d'appréciation est d'ailleurs différente de celle de l'intérêt à agir ([796]) : « *l'acte faisant grief est caractérisé en lui-même, indépendamment de celui qui le conteste* » ([797]). Cependant l'acte faisant grief peut être reconnu à l'aide d'un élément d'appréciation : celui de l'appréciation « *au travers de la situation du requérant* ». Cet élément permet de relever si l'acte a bien un impact sur l'ordonnancement juridique, s'il « *affecte de manière suffisamment immédiate ou grave l'ordonnancement juridique* » ([798]). Alors que cet auteur plaide pour l'indépendance des notions, nous remarquons qu'il a lui-même des difficultés à tracer des frontières infranchissables entre ces mêmes notions. Pour apprécier la notion d'acte faisant grief, il faut notamment un examen de la situation du requérant. La décision : l'acte normatif qui modifie l'ordonnancement juridique, doit faire grief, c'est-à-dire avoir un impact notable sur cet ordonnancement. La notion ne reflèterait-elle pas une idée de degré d'atteinte ou de modification de l'ordonnancement juridique, alors que cette atteinte ou cette modification est issu de l'acte décisoire ? Un acte faisant grief est un acte produisant des effets juridiques, qui entraine des conséquences juridiques ([799]). Nous obtenons alors la distinction entre les actes préparatoires et la décision finale ([800]). Une autre distinction doit alors être faite entre la décision pouvant être contestée et les actes qui lui sont postérieurs et/ou confirmatifs qui eux ne peuvent faire l'objet de recours. Cette distinction est réalisée avec l'idée que, pour faire grief, un acte doit entrainer « *le plus directement et le plus complètement* [des] *conséquences*

---

[795] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 38.

[796] *Ibid.*, p. 39. « […] *la qualité d'acte faisant grief ne dépend pas de l'intérêt du requérant à agir à son encontre.* […] *alors que l'intérêt à agir s'analyse au regard de la relation de la personne du requérant à l'acte* […]. » Souligné par nous.

[797] *Ibid.*, p. 39.

M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette Supérieur, 1989, p. 440.

[798] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 39.

[799] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 478 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 187-188 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 165.

[800] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 197.

juridiques génératrices de grief » ([801]). Nous retrouvons l'idée de degré d'atteinte. Une autre proposition de définition peut être trouvée. Le grief peut n'être qu'une conséquence produite par l'acte décisoire : l'acte décisoire produit un effet juridique, cet effet juridique peut faire grief ([802]). Ici « grief » est utilisé comme synonyme de dommageable, or le dommage est causé à quelque chose ou à quelqu'un. Faire grief implique la présence de personnes, mais non forcément du requérant. Un acte décisoire faisant grief est alors un acte ayant un ou plusieurs effets, ces effets affectant des personnes, les administrés ([803]). Ce n'est pas pour autant qu'il faut confondre le caractère d'acte faisant grief avec l'intérêt à agir des personnes atteintes ([804]). M. Truchet résume les difficultés liées à la notion d'acte faisant grief. Il estime que cette notion recouvre deux caractères : un caractère objectif lié à l'acte lui-même et un caractère subjectif lié à ces conséquences : porter atteinte à des intérêts et impliquant alors un intérêt à agir ([805]). L'obstacle indifférent se situe dans le caractère objectif de l'acte faisant grief, puisqu'il ne prend aucunement en considération le requérant.

L'acte contesté doit remplir certaines caractéristiques : être un acte décisoire et faire grief. Il convient alors de vérifier en quoi l'examen de la recevabilité quant à l'acte est un obstacle indifférent à la notion de tiers purs. Cet examen ne prend en compte que l'acte administratif unilatéral dans ces caractéristiques objectives. Ainsi la notion de tiers pur n'intervient pas dans cet examen, puisqu'il ne s'agit pas d'observer les relations entre le tiers pur et l'acte. Nous estimons que l'examen par le juge administratif de la recevabilité du recours à l'encontre de l'acte est bien un obstacle indifférent, puisque cet examen peut empêcher le tiers pur de voir sa requête examinée au fond, si un constat d'irrecevabilité est fait. Or dans cet examen, la notion de tiers pur est totalement indifférente. L'examen sera réalisé de la même manière quelque soit le requérant : tiers pur, intéressé ou sujet actif. Ainsi des tiers purs peuvent très bien contester des actes administratifs unilatéraux non décisoires tels que les mesures d'ordre intérieur, les circulaires non impératives, les directives et les autres actes administratifs unilatéraux non décisoires comme les vœux, les avis, les

[801] *Ibid.*, p. 197.

[802] R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public*, Sirey, 2e éd., 1932, p. 185.

[803] P. GONOD, Introduction de l'instance, *op. cit.*, p. 7.

[804] *Ibid.*, p. 8.

[805] D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2009, p. 226. « *Elle comporte une dimension objective, qui est synonyme d'acte administratif unilatéral mais elle a en outre une dimension subjective : seules les personnes auxquelles l'acte fait grief (c'est-à-dire, aux intérêts desquels il porte atteinte) sont recevables à en demander l'annulation au juge.* »

recommandations, les propositions, les mises en demeure, les actes types ([806]). Les tiers purs peuvent contester tous les actes administratifs. Cependant, de telles requêtes sont vouées à l'échec indépendamment de leur intérêt à agir. D'ailleurs, même si le requérant aurait eu intérêt à agir, son recours peut être déclaré irrecevable si l'acte ne fait pas grief ([807]), contredisant M. Chapus : « *si le recours exercé contre une décision ne faisant pas grief est irrecevable, c'est pour cause de défaut d'intérêt à agir* » ([808]). Cet examen particulier de la recevabilité est bien un obstacle indifférent quelque soit le requérant.

2. Les recours au fond

« *Le juge administratif est compétent pour mettre fin à l'acte administratif unilatéral, notamment en tant que censeur de l'administration* », « *il a pour fonction première de veiller au respect du principe de légalité, il est le gardien de la légalité administrative* » ([809]). Au regard de ces citations, le juge administratif, lorsqu'il statue au fond, ne prend en compte aucun fait ayant attrait au requérant. C'est l'acte qui est au centre des considérations du juge. L'examen du fond des requêtes constituant alors un obstacle indifférent.

La formation de jugement, formation collégiale ([810]), va rendre une décision. Elle devra être constituée par différents éléments : publicité, noms des juges, motivation, obligation de répondre aux moyens soulevés, caractère exécutoire ([811]). Les caractéristiques de cette décision juridictionnelle sont identiques qu'il s'agisse d'un constat d'irrecevabilité ou

[806] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, pp. 511-524.

[807] CE Sect., 6 mai 1996, Association « Aquitaine Alternatives », Rec. CE, p. 145.

[808] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 518.

[809] F. CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'Harmattan, 2003, p. 60.

[810] Article L. 3 du Code de justice administrative : « *Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi*. »

O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 339 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 32.

[811] Code de justice administrative :

Article L. 10 : « *Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus*. »

Article L. 9 : « *Les jugements sont motivés*. »

Article L. 11 : « *Les jugements sont exécutoires*. »

Article R. 741-1 : « *Réserve faite des dispositions applicables aux ordonnances, la décision est prononcée en audience publique.* »

O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 345-349 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, pp. 333-358 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 36-37.

d'une solution sur le fond de l'affaire. Purement en la forme, la décision juridictionnelle est identique quelque soit le requérant. La différence entre une irrecevabilité et une décision au fond concerne la présence ou non de réponses données par le juge aux moyens et aux conclusions des requérants. Dans le cas d'une irrecevabilité, la question se réduit à ceci : la requête est-elle recevable ? Or dès le moment où le juge statue au fond, les questions posées, les moyens soulevés vont être multiples, le juge devant avoir une réponse à toutes et ainsi vérifier la véracité des allégations des requérants ([812]). Si la requête formée constitue un recours pour excès de pouvoir, le juge doit alors constater ou non une illégalité ([813]). Ainsi « *la décision* [juridictionnelle] *ne peut que rejeter le recours ou prononcer l'annulation de l'acte attaqué* » ([814]). Le jugement au fond de la requête est un obstacle puisque de cet examen par le juge dépend la solution au litige : la satisfaction ou non aux intérêts du requérant.

Le jugement au fond est un obstacle qualifié d'indifférent. Le rôle du juge administratif est soit d'accueillir la demande, soit de la rejeter. La technique employée par le juge lors de l'examen de la requête est strictement identique quelque soit le type de requérant : tiers pur, tiers intéressé ou sujet actif. Le juge administratif est indifférent à la qualité du requérant dès le moment où la question de la recevabilité de la requête a été résolue. Il est donc logiquement indifférent à la notion de tiers pur dès le moment où il statue au fond. Ce constat est un élément appuyant l'hypothèse proposée : la notion de tiers, ici de tiers pur, est une notion fonctionnelle permettant au juge administratif de réguler l'accès à son prétoire. En effet, l'accès au prétoire se réalise par l'examen de la recevabilité. Le juge va alors ouvrir ou fermer son prétoire aux actions des tiers. Cependant, dès que « les portes » sont ouvertes, la notion fonctionnelle de tiers pur, ayant rempli son rôle, s'épuise et perd ainsi tout intérêt. Cette notion n'aura alors plus aucune influence sur le déroulement de l'instance.

---

[812] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 37.

[813] Ces illégalités sont les cas d'ouverture du recours en excès de pouvoir : incompétence, violation des formes, formant la légalité externe, détournement de pouvoir et violation de la loi, formant la légalité interne.
V. : G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 640 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, pp. 437-457 ; E. LAFERRIERE, *Traité de la justice administrative et des recours contentieux, t. 2, op. cit.*, pp. 468-533 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 303-311.

[814] E. LAFERRIERE, *Traité de la justice administrative et des recours contentieux, t. 2, op. cit.*, p. 541 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, p. 594.

B. La délicate distinction entre décision ne faisant pas grief et défaut d'intérêt à agir

« *Si le recours exercé contre une décision ne faisant pas grief est irrecevable, c'est pour cause de défaut d'intérêt à agir* » ([815]). Se retrouve ici, l'ambiguïté existante entre les notions d'intérêt à agir et d'acte faisant ou non grief, compris dans son acception subjective. La notion d'intérêt à agir doit alors être observée pour être en mesure de la confronter avec la notion d'acte faisant grief et essayer de remédier à cette distinction délicate.

1. L'intérêt à agir

« *Pas d'intérêt, pas d'action* » ([816]). Un requérant doit avoir qualité à agir, c'est-à-dire la capacité à ester en justice et l'intérêt à l'annulation de l'acte, pour que son recours en excès de pouvoir soit recevable ([817]). Plus généralement, pour qu'un recours contentieux soit recevable, le requérant doit présenter une qualité à agir et un intérêt à agir : « *la qualité tient à la capacité du requérant, considéré en lui-même, à ester en justice ou à représenter une autre personne au nom de laquelle il agit, tandis que l'intérêt concerne la possibilité d'introduire un recours déterminé. La qualité touche à la personne du requérant, l'intérêt à l'action qu'il engage* » ([818]). L'intérêt à agir est l'une des conditions de recevabilité des actions ([819]). Il a pour but de garantir « *que l'auteur du recours, non seulement défend la légalité, mais encore poursuit un avantage personnel* » ([820]). L'intérêt à agir est double : il aura soit un caractère légal, il en va ainsi pour le préfet lorsqu'il exerce un déféré préfectoral, soit un caractère jurisprudentiel ([821]).

---

[815] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 518.

[816] B. STIRN, Intérêt, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 837.

[817] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, 2002, p. 423.

[818] B. STIRN, Intérêt, *op. cit.*, p. 837.

[819] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 445 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 506 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 219 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 398 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, Dalloz, 2007, pp. 808-811 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 236-237 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 442-444 ; B. STIRN, Intérêt, *op. cit.*, p. 837.

[820] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 174.

[821] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 236-237.

Pour qu'une requête soit déclarée recevable, l'intérêt à agir présenté doit être « *suffisant* » ([822]), et présent à la date de saisine du juge ([823]). Dès lors, il ne peut plus être perdu. Mais s'il n'existe pas lors de l'introduction de la requête, une régularisation peut avoir lieu en cours d'instance ([824]). Son appréciation se réalise « *au regard des conclusions de la requête et non de ses moyens* » ([825]). L'appréciation de l'intérêt à agir par le juge vise la situation du requérant vis-à-vis de l'acte, ce que nous appelons la qualité du requérant ([826]). Les problèmes de recevabilité liés à l'intérêt à agir vont être différents selon qu'il s'agit d'un recours de pleine juridiction ou d'un recours pour excès de pouvoir. En effet, si le requérant présente un recours de pleine juridiction, il lui suffit de démontrer « *la méconnaissance du droit dont* [il] *demande réparation* », un droit doit être lésé ou violé pour constituer l'intérêt à agir ([827]). Alors que l'intérêt à agir dans le recours en excès de pouvoir est apprécié différemment, la jurisprudence montrant en la matière une admission de plus en plus large de cet intérêt à agir ([828]).

Trois conceptions de l'intérêt à agir existent : soit toute personne peut agir, c'est-à-dire que le prétoire du juge est ouvert à l'action populaire, soit l'atteinte d'un droit subjectif est exigée à l'image de ce qui existe pour le recours de pleine juridiction, soit le prétoire du juge est ouvert mais non submergé, alors nous exigeons un intérêt froissé. Cet intérêt froissé constitue l'intérêt à agir recevable en matière de recours pour excès de pouvoir ([829]). L'intérêt

---

[822] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 5e éd., 2007, p. 323.

[823] A. de CHAISEMARTIN, Intérêt pour agir, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 3*, p. 2 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 256.

[824] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 4e éd., 2005, p. 300, 5e éd., *op. cit.*, p. 322 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 237.

[825] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 256 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 175 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 237.

[826] P. GONOD, Introduction de l'instance, *op. cit.*, p. 10.

[827] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 322 ; J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Travaux et mémoires de la faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille – centre de recherches administratives, 1976, p. 47.

[828] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 322 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 238 ; B. STIRN, Intérêt, *op. cit.*, p. 838.

[829] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 481 ; A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, *op. cit.*, p. 552.

à agir doit remplir certaines caractéristiques pour être recevable. Il doit être pertinent ([830]), direct, personnel et légitime ([831]), il peut être individuel ou collectif, matériel ou moral ([832]). L'intérêt à agir se reflète dans l'atteinte portée par l'acte au requérant, atteinte portée « *dans des conditions suffisamment spéciales, certaines et directes* » ([833]).

L'intérêt à agir doit être personnel, c'est-à-dire que l'acte administratif unilatéral doit toucher le requérant dans sa situation personnelle ([834]), l'annulation de cet acte doit avoir une incidence sur cette situation ([835]). Le juge administratif a pour rôle d'apprécier le « *degré d'individualisation* » de l'intérêt ([836]). Cela permet d'exclure l'intérêt « *impersonnel* » ([837]). Ainsi les actions populaires et les actions pour la défense de la légalité sont alors déclarées irrecevables sur ce fondement ([838]) : agir au profit de la légalité est un fait pouvant concerner tous les administrés, qu'ils soient touchés ou non par l'acte litigieux, mais présentant alors un intérêt impersonnel irrecevable. L'intérêt à agir doit être direct. L'atteinte touchant la situation personnelle du requérant doit être issue directement de l'acte administratif unilatéral

---

[830] P. GONOD, Introduction de l'instance, *op. cit.*, p. 11 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 238.

[831] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 424.

[832] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 323 ; P. GONOD, Introduction de l'instance, *op. cit.*, pp. 12-15.

[833] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 323.

[834] R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public, op. cit.*, p. 187 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1, op. cit.*, p. 808 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 174.

[835] J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 22e éd., 2008, p. 596 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 634.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 176. « […] *s'agissant d'actes individuels, on peut trouver anormal que leur critique émane de ceux qu'ils ne lèsent pas quand ceux qui sont touchés par lui s'en satisfont ; s'agissant d'actes plus généraux, il est rationnel aussi d'en refuser la contestation par ceux qu'ils ne gênent pas.* »

[836] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1, op. cit.*, p. 554.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 178. Le requérant « *même affecté moins individuellement que le destinataire même de l'acte* […] *doit quand même l'être effectivement en tout cas différemment de la masse des administrés, donc en deçà d'un intérêt à agir collectif et indifférencié* ».

[837] J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français, op. cit.*, p. 52. « […] *vise simplement à exclure l'intérêt « impersonnel » dont peut se prévaloir tout citoyen en droit d'exiger la soumission de l'administration à la loi*. »

[838] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 238.

litigieux ([839]). L'intérêt à agir doit ensuite être, selon la formule, « certain, né et actuel ». Cependant cette formulation est trompeuse. Si nous considérons cette formule à la lettre, nous excluons non seulement l'intérêt purement éventuel qui doit d'ailleurs être exclu, mais aussi l'intérêt futur. Or un intérêt futur peut être « né et actuel » dès le moment où il est certain. L'intérêt éventuel peut être pris en compte, mais dans ce cas, il doit répondre à une condition : il doit s'agir d'un intérêt éventuel fortement probable. Le constat est que le juge administratif a une appréciation particulièrement souple en la matière ([840]), cela lui permet de statuer en fonction de la réalité des faits, plutôt que de s'enfermer dans des définitions et des conditions extrêmement rigides et difficilement applicables. Enfin les derniers caractères que doit recouvrir l'intérêt à agir posent moins de difficultés. L'intérêt peut être matériel ou moral ([841]), le requérant peut ainsi protéger, à la fois, des intérêts propres et matériels, c'est-à-dire les droits patrimoniaux, mais aussi des intérêts moraux comme la défense d'une croyance. Ils peuvent ainsi défendre leurs droits et libertés. L'intérêt doit aussi être légitime et conforme aux principes juridiques. Le requérant ne doit pas défendre une situation irrégulière ([842]). Au regard de ces critères, il apparaît clairement que le juge administratif prend en compte deux éléments distincts et contradictoires dans son appréciation. Il a le souci d'ouvrir largement son prétoire aux requêtes, mais il a aussi le souci d'éviter un flux trop important pouvant encombrer ce même prétoire ([843]).

Si un requérant présente un intérêt à agir composé de ces différents caractères, il faudra pourtant que cet intérêt ait une certaine force. Le juge administratif recherche la

---

[839] *Ibid.*, p. 239.

[840] *Ibid.*, p. 240.

[841] R. BONNARD, *Précis élémentaire de droit public*, *op. cit.*, p. 187 ; A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, *op. cit.*, pp. 552-554 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 263 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 240.

[842] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 240.

[843] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 323. O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 220-221 ; J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 51 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 238.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 177. « *Pour le Conseil d'Etat, la condition d'intérêt va servir à canaliser et non museler le recours en excès de pouvoir*. »

présence d'intérêt froissé ([844]), ou lésé ([845]), l'important est que le requérant ait été touché, mais « *pas forcément blessé par l'acte* » ([846]). Pour cette raison, certains auteurs relèvent qu'un recours n'est recevable qu'en présence de « *personnes « intéressées » par l'acte* » ([847]). Ce développe alors la notion de « *cercle d'intérêts* » ([848]). Seules les personnes présentes dans ce cercle auront intérêt à agir ([849]). La grandeur des cercles et donc le nombre de personnes pouvant présenter un intérêt à agir va augmenter en fonction de l'acte concerné ([850]). Etre présent au sein de ce cercle n'est pas suffisant, il faut évidemment que la situation soit légitime et que les intérêts invoqués soient précis ([851]), c'est-à-dire que l'intérêt à agir remplisse les différentes caractéristiques présentées.

« *La théorie de l'intérêt à agir signifie non pas que le droit de recours est refusé à d'aucuns, mais qu'il est réservé à certains, ceux que l'acte regarde et à qui un monopole de contestation doit être conféré, à l'exclusion de ceux qui sont tiers par rapport à lui* » ([852]). Une synthèse des actions recevables en fonction du caractère positif ou négatif de l'acte peut alors être présentée : « *défavorable, le contentieux appartient à ceux auxquels il nuit. Favorable, l'acte sera attaquable par les tiers sur lesquels il retentit.* » ([853]). A cette synthèse, peut s'ajouter une répartition des requérants en fonction du degré de personnalisation de

---

[844] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 439 ; J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 49.

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 424. Selon l'auteur, un « *droit violé* » n'est pas exigé pour que l'action soit recevable, un « *simple intérêt froissé* » est nécessaire.

[845] P. GONOD, Introduction de l'instance, *op. cit.*, p. 10.

[846] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 177-178.

[847] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 235.

[848] B. CHENOT, concl. sur CE, 10 février 1950, Gicquel, *Rec. CE*, p. 102. « *Celui qui forme un recours pour excès de pouvoir peut fort bien, aujourd'hui, ne pas être directement et personnellement visé par l'acte qu'il attaque, mais il ne suffit pas qu'il montre que cet acte a pour lui des suites fâcheuses, il faut encore que ces conséquences placent le requérant dans une catégorie nettement définie d'intéressés. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre et spécial au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés, sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la communauté nationale.* » Soulignés par nous.

[849] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 483.

[850] *Ibid.*, p. 237.

[851] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 268.

[852] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 176.

[853] *Ibid.*, p. 178.

l'acte : « *moins l'acte est personnalisé et plus des qualités elles-mêmes larges et lâches deviendront invocables* » ([854]), plus l'acte va s'appliquer à des catégories diverses de personnes, plus le nombre de situations touchées et donc les intérêts à agir pouvant être invoqués seront alors importants. A l'inverse, plus l'acte sera précis et applicable à des catégories spécifiques de personnes, moins le juge administratif acceptera de recevoir les actions de requérants ne présentant pas la qualité visée par l'acte.

L'intérêt à agir étant défini, il est maintenant possible de le confronter à la notion d'acte faisant grief.

2. La confrontation entre les notions d'intérêt à agir et d'acte faisant grief

« *En réalité, l'expression de décision faisant grief, n'a de sens que relativement à l'exigence d'un intérêt lésé : si le recours exercé contre une décision ne faisant pas grief est irrecevable, c'est pour cause de défaut d'intérêt à agir* » ([855]). La confusion entre la notion de faire grief et celle d'intérêt à agir est révélatrice de la délicate définition de l'acte faisant grief. Nous proposons de retenir l'interprétation de M. Truchet, l'acte faisant grief est composée de deux acceptions différentes : l'une objective, l'autre subjective ([856]). Conçue ainsi l'acte faisant grief est double : il « fait grief » en lui-même puisqu'il produit des effets juridiques et il cause « un grief » à une personne particulière alors habilitée à contester cet acte. Le grief est alors un désavantage issu directement du caractère décisoire de l'acte ([857]). Dans la conception subjective, l'acte faisant grief se trouve être un synonyme d'intérêt à agir.

Les acceptions objective et subjective doivent pourtant être présentes pour déclarer une requête recevable. « *Il ne suffit pas cependant que l'acte attaqué soit, en lui-même, de nature à faire grief. Il faut également qu'il fasse effectivement grief au requérant et, à ce point de vue, l'appréciation ne peut être opérée qu'au regard du requérant* » ([858]). Le grief

[854] *Ibid.*, p. 178.

[855] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 518.

[856] D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 226.

[857] M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4e éd., 1946, p. 105. « *Il faut d'abord que cet acte constitue une décision modifiant l'ordonnancement juridique antérieur* […] *et ceci de telle façon qu'il puisse en résulter pour le requérant un désavantage, ce que le Conseil d'Etat appelle, d'un mot fort expressif, une « décision faisant grief »*. »

[858] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 233. Souligné par nous.

dans son aspect subjectif doit présenter un caractère certain sans forcément être actuel ([859]). Cette caractéristique du grief n'est pas sans rappeler l'un des critères de l'intérêt à agir recevable. Ainsi un acte n'ayant aucun effet sur le requérant ([860]), ou celui lui bénéficiant ne peuvent faire grief ([861]), puisque ce requérant n'aurait aucun intérêt à les contester. Autre rapprochement entre l'intérêt à agir et l'acte faisant grief dans son acception subjective, l'acte doit affecter le requérant. S'il invoque une qualité particulière, l'acte devra affecter le requérant dans la qualité invoquée ([862]).

L'origine du « *rapprochement troublant* » entre intérêt à agir et acte faisant grief est issu des décisions du juge administratif qui confond parfois ces deux notions : elles sont alors utilisées comme synonymes ([863]). Ce « *rapprochement troublant* » ne doit pourtant pas troubler le lecteur. La notion d'acte faisant grief est une notion double teintée d'objectivité et de subjectivité, le rapprochement fait avec l'intérêt à agir ne doit pas conduire à confondre les appréciations à réaliser : « […] *la qualité d'acte faisant grief ne dépend pas de l'intérêt du requérant à agir à son encontre.* […] *alors que l'intérêt à agir s'analyse au regard de la relation de la personne du requérant à l'acte* […] » ([864]).

Pour que le recours pour excès de pouvoir engagé par un tiers pur soit recevable, il faut « *à la fois que l'acte visé constitue bien une décision qui fait grief et à l'égard de laquelle*

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 200. En ce sens, un grief peut être une atteinte à une situation juridique, à une situation de fait, à une situation matérielle ou morale.

[859] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 231.

[860] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 414. M. Hauriou résumait les actes ne faisant pas grief par cette phrase : « *quand elle est mise à néant ou bien qu'elle n'est encore opposable à personne, ou bien qu'elle ne contient pas d'effet de droit nouveau, ou <u>que son effet de droit ne vise pas le réclamant</u>* ». Souligné par nous.

[861] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 231.

[862] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 182. « *Par delà l'exigence que l'acte fasse grief en lui-même, cela impose que le requérant soit véritablement affecté par lui et au titre de la qualité dont il excipe.* » « *Il doit établir que l'acte l'affecte bien au titre même de la qualité qu'il invoque* », p. 183.

[863] CE, 13 février 1987, Syndicat des chercheurs scientifiques, Rec. CE, p. 46.

B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 39. « *Il est vrai que les juges recherchent parfois si l'acte contesté fait grief au requérant pour retenir l'intérêt à agir de celui-ci et établissent ainsi un rapprochement troublant mais d'ordre purement terminologique entre les deux problèmes.* »

[864] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 39.

le requérant a intérêt à agir » ([865]). La délicate distinction entre le défaut d'intérêt à agir et l'acte ne faisant pas grief disparaît si les notions en présence sont bien définies et délimitées. L'acte doit faire grief de manière objective, donc il doit produire des effets de droit, et le tiers pur doit avoir intérêt à la contester, c'est-à-dire que cet acte doit lui avoir causé un grief, l'acte doit lui faire grief de manière subjective.

II. Les éléments régulateurs du juge administratif

Jusqu'à maintenant, la notion de tiers pur était indifférente au juge administratif, il ne l'utilisait pas dans son contrôle. L'utilisation de la notion se réalise à un moment précis de la procédure : l'examen de la recevabilité liée à l'intérêt à agir du requérant. Le tiers pur va servir dans trois éléments régulateurs : l'extériorité à un groupe, l'éloignement ou la proximité géographique et l'antériorité.

A. L'extériorité à un groupe : le cas de la fonction publique

La notion de tiers pur permet au juge de réguler l'accès à son prétoire. Cependant cette utilisation de la notion de tiers se réalise implicitement, le juge administratif ayant employé d'autres notions dépendantes de l'intérêt à agir. La première de ces notions est celle d'extériorité à un groupe. Son terrain d'intervention est le contentieux de la fonction publique. L'extériorité à un groupe s'illustre de deux manières différentes dans le contentieux de la fonction publique : soit au sein même de la fonction publique, au sein d'un ou plusieurs services considérés, les tiers purs seront des agents publics, soit elle met en scène les administrés dans une relation administrés / fonction publique.

1. Les tiers purs à l'intérieur des services

Le protocole de détermination du tiers pur doit être appliqué. L'objet du cercle générateur est un acte administratif : ici nous nous intéressons aux « *mesures individuelles concernant un autre agent, mais susceptibles de répercussion sur sa propre carrière* [la carrière du requérant] » ([866]) : les nominations, promotions d'agents publics ([867]). Les sujets

[865] *Ibid*., p. 44.

[866] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 85.

[867] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1, op. cit.*, pp. 554-555 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 190 ; R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, pp. 270-273 ; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif, op. cit.*, p. 291.

actifs sont alors l'auteur de l'acte et son destinataire : l'agent ou les agents publics ([868]). Les tiers purs sont alors toutes les personnes gravitant autour de ce cercle. Nous proposons de limiter les couches externes du cercle : seuls les tiers purs qualifiés d'agents publics seront pris en compte, afin de circonscrire l'étude à la seule fonction publique. Il se peut qu'une vision plus restrictive soit retenue, les tiers purs / agents publics d'un seul service seront les seuls pris en compte par exemple. Les tiers purs doivent dans toutes les configurations être des agents publics non destinataires de l'acte litigieux.

Les tiers purs / agents publics peuvent contester des mesures individuelles ne les concernant pas directement puisqu'ils n'en sont pas les destinataires. Ces mesures sont d'une grande diversité mais concernent nécessairement la carrière d'agents. Principalement, les contestations concerneront des nominations d'agent ([869]). Il s'agit d'un contentieux « *abondant parce que largement ouvert* » ([870]). La nomination est un : « *acte de collation d'un emploi. Il y a donc bien évidemment nomination lorsque le nouveau fonctionnaire entre au service de la collectivité ; mais il y* [a] *aussi nomination lorsque l'autorité compétente attribue à une personne qui a déjà la qualité de fonctionnaire, un nouveau poste, à la suite soit d'une promotion, soit d'une mutation, soit d'une affectation* » ([871]). Si la contestation des nominations est globalement majoritaire en la matière, les tiers purs peuvent aussi contester le tableau d'avancement ([872]). Globalement, le contentieux de la fonction publique est plutôt ouvert aux contestations, sauf en ce qui concerne les mesures d'organisation du service ([873]), qui constitue l'« *un des rares domaines où la jurisprudence ait évolué dans un sens restrictif* » ([874]), ainsi qu'en matière de contestation des ordres et instructions des supérieurs

[868] F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, pp. 62-63. L'agent public se définit selon la jurisprudence, par la réunion de deux critères cumulatifs : l'emploi par une personne publique et la prise en compte de la nature de l'activité gérée par l'employeur / personne publique : un service public administratif ou industriel et commercial.

[869] *Ibid.*, pp. 247-248.

[870] A. PLANTEY, *La fonction publique, Traité général*, Litec, 2001, p. 297.

[871] *Ibid.*, p. 278.

[872] J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Précis, 6e éd., 2009, p. 255-256 ; J. FIALAIRE, Fonction publique, notation, formation, avancement, changement de corps et affectation, in *Juris-classeur, Administratif, t. 3*, fasc. 187, pp. 12-13.

[873] O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis Droit, 2007, p. 301.

[874] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 484.

hiérarchiques par rapport à l'exécution du service ([875]). Pour autant, le juge administratif, à l'image des autres contentieux, recherche l'équilibre entre l'ouverture de son prétoire et la protection contre un afflux massif de requête ([876]).

Comme tout requérant, le tiers pur / agent public voulant contester une nomination ou toute autre mesure ayant attrait à la carrière d'un autre agent public, doit présenter un intérêt à agir, dans le cas contraire, son recours en excès de pouvoir sera déclaré irrecevable. La difficulté pour le juge est de recevoir une action présentée par une personne extérieure à la relation contestée. Il utilise alors les notions de concurrence ([877]), d'aggravation de la concurrence pour l'avancement du requérant ([878]), et de retard dans l'avancement ([879]). « *Considérant que les fonctionnaires appartenant à une administration publique ont qualité pour déférer au Conseil d'Etat les nominations illégales faites dans cette administration lorsque ces nominations sont de nature à leur porter préjudice en retardant irrégulièrement leur avancement ou en leur donnant d'ores et déjà pour cet avancement des concurrents ne satisfaisant pas aux règles exigées par les lois et règlements ; qu'il suit de là que les fonctionnaires ont intérêt à poursuivre l'annulation des nominations* » ([880]). Le requérant peut contester les actes créant une concurrence au sein de son service, de son corps d'appartenance, mais la concurrence peut aussi être présente dans un corps que le requérant

[875] CE, 10 février 1933, Association amicale du personnel de l'administration centrale de l'agriculture, Rec. CE, p. 193.

M. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 817.

[876] A. de LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 5, La fonction publique*, LGDJ, 12e éd., 2000, pp. 210-211. « […] *apparaît à fois le souci d'ouvrir assez largement ce recours en en faisant un instrument de protection des intérêts de carrière, mais aussi éviter la surcharge entrainée par une recevabilité trop généralement en se montrant assez exigeant sur les notions d'intérêt personnel et d'intérêt individuel*. »

[877] CE, 26 décembre 1925, Rodière, Rec. CE, p. 1065, RDP 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador, S. 1925, III, 49, note Hauriou, GAJA ; CE, 11 décembre 1903, Lot, Rec. CE, p. 780, S. 1904, III, 113, note Hauriou ; CE, 22 mars 1918, Rascol, Rec. CE, p. 318 ; CE, 18 octobre 1968, Vacher-Desvernais, Rec. CE, p. 494.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2*, *op. cit.*, p. 85 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 462.

[878] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 243.

[879] O. DORD, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 302.

[880] CE, 26 décembre 1925, Rodière, *op. cit.* Souligné par nous.

peut intégrer ([881]). Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit immédiate : « *le fait que la concurrence pour l'avancement entre lui et ses collègues va se trouver aggravée, ne serait-ce que pour l'avenir, lèse ses intérêts de carrière de façon suffisamment certaine pour lui donner qualité à agir* » ([882]). Il suffit que l'acte crée un grief suffisamment certain au requérant pour que son action soit recevable. C'est de ce grief certain que découle l'intérêt à agir.

La notion de concurrence fait finalement appel à deux conditions devant être remplies par le tiers pur pour qu'il ait intérêt à agir. Le tiers pur / agent public doit remplir les conditions permettant de pouvoir bénéficier de la promotion. Ces conditions doivent être suffisamment précises afin de délimiter un cercle de requérant ([883]). Selon la seconde condition, « *la décision attaquée* [doit être] *de nature à porter atteinte dans l'avenir à* [la] *situation* » du requérant tiers pur ([884]). Les agents doivent prouver qu'ils « *auraient pu être*

---

[881] *Ibid.* « […] *qu'il suit de là que les fonctionnaires ont intérêt à poursuivre l'annulation des nominations lorsqu'elles consistent en promotions soit à l'un des grades supérieurs, soit aux classes supérieures du même grade, soit à la classe dont ils font partie :*

Considérant qu'ils peuvent même contester les nominations à l'une des classes inférieures dans le cas particulier où ces promotions à une classe inférieure auraient pour effet de leur donner des concurrents pour leur avancement ultérieur […]. » Soulignés par nous.

O. DORD, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 302.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 462. « *Un fonctionnaire demande l'annulation d'une nomination prononcée dans le corps auquel il appartient, ou de la promotion d'un de ses collègues (à son grade, ou à un grade supérieur ; ou même, parfois, à un grade inférieur).*» « *Même appréciation dans l'hypothèse du recours d'un fonctionnaire contre une nomination prononcée dans un corps auquel il a vocation à accéder* [CE, 9 février 1968, Dame Pourcher, Rec. CE, p. 108.] *; - ou dans un corps dont les membres ont vocation à accéder à celui auquel il appartient* [CE Sect., 1er juillet 1955, Charles, Rec. CE, p. 379, AJDA 1955, II, p. 302, concl. Laurent.] *; - ou enfin, dans un corps dont les membres ont vocation à accéder à un corps ou à un emploi auquel le requérant a également vocation à accéder* [CE, 17 mai 1972, Roty, Rec. CE, p. 373, AJDA 1972, p. 468, concl. Braibant] » Soulignés par nous.

[882] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 462.

[883] CE, 7 janvier 1944, Robert, Rec. CE, p. 7, RDP, 1944, p. 353, concl. Léonard, note Jèze.

B. CHENOT, concl. sur CE, 10 février 1950, Gicquel, *Rec. CE*, p. 102. « […] *la jurisprudence qui autorise les candidats à un emploi public à attaquer les nominations qui y pourvoient, refuse le recours pour excès de pouvoir lorsque les conditions d'accès à l'emploi sont trop générales pour que les intéressés, qui pourtant existent, puissent être enfermés dans une catégorie nettement déterminée*. »

[884] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, pp. 226-227.

choisis à la place de celui qui l'a été » ([885]). Dans le cas contraire, leurs actions sont déclarées irrecevables ([886]). Nous pouvons remarquer que ce contentieux des nominations est majoritairement à l'origine d'actions engagées par des candidats à l'emploi ou au concours ([887]). Or la qualification de ces tiers particuliers est délicate. Etant intervenus en amont de la formation du rapport de droit ils pourraient être qualifiés de tiers intéressés ([888]). Les tiers purs et les tiers intéressés se partageraient alors le contentieux. En ce qui concerne la contestation du tableau d'avancement, les mêmes conditions sont requises pour que le tiers pur puisse voir son recours déclaré recevable : il doit pouvoir être inscrit au tableau ou voir son avancement menacé par ce tableau ([889]).

Les associations ou syndicats de fonctionnaires qualifiés de tiers purs peuvent contester de nombreux actes touchant la fonction publique. Pour que leurs actions soient recevables, l'intérêt collectif défendu par ces groupements devra être atteint. Ils peuvent ainsi contester des nominations, intégrations ou avancements ([890]). Ils peuvent contester des mesures individuelles ainsi que des mesures réglementaires ([891]). Toutefois, les syndicats de fonctionnaires n'ont aucun intérêt à agir contre une sanction disciplinaire infligée à un agent puisqu'elle ne lèse aucun intérêt collectif ([892]). Dans le contentieux présenté, l'élément d'extériorité au groupe se présente plutôt comme une extériorité à la situation juridique. Finalement tout tiers pur est extérieur à un groupe, à une situation. Cela constitue d'ailleurs la définition de base du tiers. Par contre, l'élément d'extériorité va prendre toute son ampleur concernant le domaine des contestations engagées par les tiers purs extérieurs à la fonction

[885] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 483 ; A. de LAUBADERE, *Manuel de droit administratif, op. cit.*, p. 109 ; A. PLANTEY, *La fonction publique, Traité général, op. cit.*, p. 297.

[886] CE, 11 avril 1930, Antona, Rec. CE, p. 437 ; CE, 7 janvier 1944, Robert, Rec. CE, p. 7, RDP, 1944, p. 353, concl. Léonard, note Jèze.

[887] A. de CHAISEMARTIN, Intérêt pour agir, *op. cit.*, p. 7.

[888] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, p. 390 et suivantes.

[889] J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p. 255-256 ; J. FIALAIRE, Fonction publique, notation, formation, avancement, changement de corps et affectation, *op. cit.*, pp. 12-13.

[890] O. DORD, *Droit de la fonction publique, op. cit.*, pp. 305-306.

[891] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 85, 209 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 244.

[892] CE Sect., 13 janvier 1950, Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. CE, p. 26.

D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *JCP A* 2006, 1212.

publique. Domaine qui à l'image de celui des contestations des mesures d'organisation et de fonctionnement des services continue à évoluer dans un sens restrictif quant à la reconnaissance de l'intérêt à agir.

2. Les tiers purs à l'extérieur de la fonction publique

Dans le développement précédent, l'élément d'extériorité au groupe s'exprimait de manière restrictive puisque le groupe ne prenait en compte que les sujets actifs du cercle. Nous proposons maintenant d'étudier les actions engagées par les tiers purs extérieurs à la fonction publique. Ainsi les couches externes sur lesquels les tiers purs / agents publics sont exclues. L'extériorité est alors plus évidente : le groupe est formé par la fonction publique dans son ensemble, alors que les tiers purs ont une existence indépendante de cette entité. Cette extériorité a une conséquence : les recours formés par ces tiers purs à l'encontre d'actes ayant attrait à la fonction publique sont irrecevables. Par exemple, un particulier ne peut contester une nomination de fonctionnaire ([893]). « *Le « cercle d'intérêts » auquel il appartient est trop large* » ([894]). Les tiers purs situés sur les couches externes du cercle ne sont pas concernées par de telles décisions. *A fortiori*, ces tiers purs ne remplissent pas les conditions exigées par la jurisprudence et notamment les conditions liées à la concurrence. La notion de tiers pur et sa visualisation par le cercle générateur permettent de mettre en valeur la notion de « cercle d'intérêts trop large ».

La notion de tiers pur extérieur à la fonction publique trouve une illustration dans l'arrêt du Conseil d'Etat, *Bellanger* ([895]). En l'espèce, un inspecteur du travail en état d'ébriété a causé un accident de la circulation ayant entraîné la mort du père du requérant. Le fonctionnaire en question est aussi l'auteur de délit de fuite et de fausses déclarations sur les circonstances entourant l'accident. Le fonctionnaire est sanctionné disciplinairement par le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement à trois mois d'exclusion temporaire des fonctions, dont deux avec sursis. L'autorité disciplinaire, auteur de la sanction, et le fonctionnaire sont les sujets actifs d'un cercle générateur dont l'objet est constitué par la sanction disciplinaire. Le requérant, tiers pur, estimant que cette sanction disciplinaire n'est

[893] CE, 16 juin 1954, Leroux, Rec. CE, p. 358.

[894] P. LANDON, *Le recours en excès de pouvoir depuis 1954, 12 ans de jurisprudence*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1968, p. 89.

[895] CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, RFDA 2006, p. 890, chron. Terneyre, AJDA 2006, p. 1072, obs. Montecler, p. 1513, concl. Keller, JCP A 2006, 1212, note Jean-Pierre, JCP 2006, I, 170, chron. Plessix.

pas assez sévère, demande au ministre d'aggraver cette sanction, ce qui donne lieu à un refus ([896]). Le requérant forme alors un recours en excès de pouvoir à l'encontre de refus. Les juges du fond estiment la requête irrecevable pour défaut d'intérêt à agir ([897]). Le Conseil d'Etat confirme cette position ([898]). Cet arrêt se rapproche d'un autre arrêt du Conseil d'Etat notamment dans sa solution, il s'agit de l'arrêt *Laplace* ([899]). En l'espèce, le requérant enseignant a vu son cours perturbé par l'intrusion de personnes extérieures au lycée, intrusion organisée par le délégué de classe. Cet élève a alors reçu un avertissement. Le requérant demande au proviseur d'engager une nouvelle procédure disciplinaire afin d'aggraver la sanction, il obtient un refus qu'il conteste. Son action est déclarée irrecevable pour faute d'intérêt à agir.

Les faits auraient pu laisser croire à une évolution de la jurisprudence. En effet, « *les idées et les mœurs ont changés : l'intérêt à agir s'est distendu, les mesures d'ordre intérieur se sont rétractées, et l'Administration est devenue un ordre ouvert vers l'extérieur* » ([900]). D'où cette problématique : « *un tiers a-t-il un intérêt à agir contre une sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire ?* » ([901]). Cette problématique doit ici être reprécisée : un tiers pur, extérieur au cercle générateur, peut-il contester une telle sanction ? La réponse est finalement

---

[896] R. KELLER, concl. sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *AJDA* 2006, p. 1514. « *Estimant cette sanction insuffisante, M. Marc Bellanger, fils de la victime, a demandé à l'administration de retirer cette sanction et d'engager une nouvelle procédure afin de prononcer une sanction plus conforme, selon lui, à la gravité de la faute commise.*»

D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *JCP A* 2006, 1212. « *Mais au regard de la gravité des faits, celle-ci dût apparaître par trop indulgente (un mois d'exclusion ferme) au fils de la victime*. »

[897] CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* p. 281.

[898] *Ibid.* « *Considérant que la victime d'un dommage causé par un agent public dans l'exercice de ses fonctions a la possibilité d'engager une action en réparation en recherchant soit la responsabilité de l'Administration pour faute de service devant le juge administratif, soit, en cas de faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, la responsabilité de l'agent concerné devant le juge judiciaire ; que, dans le cas où une action pénale est intentée à l'encontre de ce dernier, elle peut, en outre, ainsi que M. Bellanger l'a fait en l'espèce, se constituer partie civile ; qu'en revanche la décision par laquelle une autorité administrative inflige, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, une sanction à un agent placé sous ses ordres a pour seul objet de tirer, en vue du bon fonctionnement du service, les conséquences que le comportement de cet agent emporte sur sa situation vis-à-vis de l'Administration ; que, dès lors, un tiers est dépourvu d'intérêt à déférer une telle mesure au juge administratif.* »

[899] CE Sect., 10 juillet 1995, Laplace, Rec. CE, p. 302, AJDA 1995, p. 849, obs. Mallol.

[900] B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *JCP* 2006, I, 170.

[901] *Ibid*.

classique, elle est négative ([902]). « *Faut-il donner à un tiers le droit d'ouvrir ce débat, droit que vous accordez à peine à l'agent sanctionné lui-même ? Nous ne le croyons pas, car la procédure disciplinaire n'a pas pour objet de réparer une atteinte aux droits des tiers : elle vise à sanctionner la méconnaissance des règles qui régissent la fonction publique. Et cette spécificité, nous allons le voir, donne au procès, disciplinaire des particularités qui le distinguent du procès pénal et qui justifient, selon nous, que le tiers n'y ait pas sa place, alors même qu'il a pu être directement victime de l'agissement fautif de l'agent*. » Le commissaire fait ressortir un argument particulier pour justifier son propos : « *ce qui est en cause devant vous, ce n'est pas le comportement de M. I.* [le fonctionnaire], *comme devant le juge judiciaire : c'est celui de l'administration* ». Le problème est que nous risquons de mettre en cause l'autorité disciplinaire, plutôt que l'agent fautif. ([903]). « *Le tiers n'a pas sa place dans le contentieux disciplinaire* » ([904]). Le tiers pur est finalement confronté à une mesure d'ordre intérieur, c'est-à-dire une mesure ne faisant pas grief, qu'il ne peut contester puisque l'un des caractères fondamentaux de l'acte recevable est absent ([905]). Cependant cette problématique peut paraître réductrice. Elle n'envisage pas le problème de l'initiative de la poursuite disciplinaire ([906]).

Le juge administratif se fonde *a priori* sur le défaut d'intérêt personnel et direct pour déclarer la requête irrecevable ([907]). Il est aussi possible d'estimer que l'intérêt à agir ne soit

---

[902] *Ibid*. « *On eût pu prévoir une évolution favorable aux tiers. Il n'en a rien été, et le présent arrêt confirme le classicisme du Conseil d'Etat*. »

[903] R. KELLER, concl. sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*, p. 1515.

D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* ; B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*

[904] D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*, 1212.

[905] B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* « *La sanction disciplinaire demeure une authentique mesure d'ordre intérieur, au sens premier du terme : si elle ne fait pas grief aux tiers, c'est qu'elle « a pour seul objet de tirer, en vue du bon fonctionnement du service, les conséquences que le comportement de cet agent emporte sur sa situation vis-à-vis de l'Administration* ». »

[906] D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* « *D'abord, l'initiative de la procédure disciplinaire appartient à l'autorité administrative. Le principe de l'opportunité des poursuites laisse à cette dernière un large pouvoir discrétionnaire*. […] *Le tiers, victime d'un dommage causé par un fonctionnaire, ne peut former un recours contre le refus qui serait opposé à sa demande de poursuites disciplinaires contre cet agent.»*

[907] R. KELLER, concl. sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*, p. 1515. « *Or, si le comportement de M. I.* [l'agent fautif] *a directement lésé l'intérêt de M. Bellanger, tel n'est pas le cas de la décision de l'administration*

pas légitime ([908]). Si le tiers peut invoquer que les faits nuisent à ses intérêts, il est impossible de dire, en l'état du droit actuel, qu'une sanction disciplinaire lui porte atteinte alors qu'il est extérieur au service ([909]). Une telle décision n'a pour but que d'organiser le bon fonctionnement du service ([910]). En l'espèce, le juge administratif n'a eu aucun mal à exclure le tiers pur du cercle dans lequel il essayait d'intervenir en lui fermant l'accès à son prétoire, notamment parce que d'autres voies de droit lui sont ouvertes : action en responsabilité et action pénale ([911]). Le tiers pur n'est pas démuni juridiquement. En régulant l'accès à son prétoire de manière restrictive, le juge administratif démontre la spécificité du contentieux disciplinaire de la fonction publique ([912]).

Pourquoi refuser aux tiers purs d'intervenir en la matière ? La réponse proposée par M. Plessix est d'éviter l'ingérence dans les affaires internes à l'Administration et la perte de l'opportunité des poursuites disciplinaires ([913]). D'autres arguments peuvent aussi être avancés. Refuser l'accès au prétoire pour les tiers purs permet d'éviter un afflux massif de

---

qui s'intercale entre les deux. L'intérêt du requérant n'est pas directement lésé, selon nous, par la décision qu'il attaque : sa demande ne satisfait donc pas à l'une des conditions essentielles de votre jurisprudence. »

[908] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 182.

[909] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 239.

[910] *Ibid.*, p. 239.

[911] CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* p. 281.

B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* ; M.-C. ROUAULT, Contentieux administratif, *op. cit.*, p. 239.

D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* « *Sans entrer dans le détail de l'application de l'article 13 de la Convention* [européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales], *le moyen ne pouvait qu'être écarté car la victime d'agissements fautifs commis par un agent public bénéficie d'autres voies de droit bien connues. » « Comme le rappelle d'ailleurs l'arrêt, la victime dispose même d'un choix sous la forme d'une option à deux branches en cas de faute de service et de faute personnelle*. […] *Elle peut même dans le cas d'une action pénale et comme le mentionne l'arrêt se constituer partie civile*. »

[912] D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*

[913] B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* « *Au vrai, par delà la barrière technique de l'intérêt à agir, on devine des raisons plus profondes : le danger d'une ingérence abusive des administrés dans la gestion de la fonction publique ; le principe de l'opportunité des poursuites en matière disciplinaires, permettant à l'Administration d'apprécier souverainement, et indépendamment du sort de l'instance pénale, s'il convient ou non de déclencher des poursuites, en tenant compte d'éléments d'opportunité, tels la conduite antérieure de l'agent, sa manière de servir, le souci de la paix sociale ou de l'apaisement des esprits. Autoriser la critique extérieure de l'insuffisance d'une sanction, voire du refus de la prononcer, c'est inviter le tiers à un débat sur l'intérêt du service qui lui échappe et risquer de fragiliser le principe hiérarchique*. »

recours formés par des personnes extérieures à la fonction publique, alors que ce prétoire est fermé s'il s'agit d'actions engagées par des agents publics ([914]). Comment permettre à des tiers purs d'agir alors que des tiers qui se situent sur des couches plus proches du noyau ne peuvent le faire ? Si le Conseil d'Etat avait admis une telle solution, il aurait forcément dû ouvrir intégralement son prétoire. L'irrecevabilité de la requête de M. Bellanger montre comment le juge administratif peut utiliser la notion de tiers pur pour empêcher un afflux trop important de requêtes et lui permet ainsi de protéger le recours en excès de pouvoir et l'action administrative. Le second argument a attrait à la notion de faute disciplinaire. Cette notion répond à la question suivante : y a-t-il eu manquement à une des obligations imposées par le droit de la fonction publique ([915]) ? Le rôle du juge est d'ailleurs de vérifier l'exactitude des faits reprochés, leur qualification juridique, ainsi que la prise en compte par l'autorité administrative du comportement de son agent ([916]). Ainsi la faute disciplinaire n'est pas la faute pénale. D'ailleurs, « *contrairement à ce qu'il en est en matière d'appréciation de la réalité des faits reprochés, la chose jugée par les tribunaux répressifs quant à la qualification juridique de ces faits est sans incidence à l'égard de l'administration et du juge administratif* » ([917]). L'autorité disciplinaire ne doit pas qualifier le comportement au regard du droit pénal, mais au regard du droit de la fonction publique ([918]). Le tiers pur ne peut concevoir qu'un comportement faisant l'objet d'une sanction pénale, ne puisse pas donner lieu à une sanction disciplinaire lourde. Il ne peut prendre en compte les intérêts du service qui dirigent la prise de décision disciplinaire. Or permettre les recours des tiers purs à l'encontre des sanctions reviendrait indirectement pour les autorités disciplinaires à nier ces considérations et à n'avoir qu'une vision proche du droit pénal afin de limiter les risques de contentieux.

La solution rendue par l'arrêt *Bellanger* est donc évidente. C'est un arrêt classique. Cependant des innovations en la matière auraient pu voir le jour. Cet arrêt laisse un sentiment particulier auprès des auteurs : « *l'arrêt du Conseil d'Etat ne satisfait pas entièrement le sentiment de justice : on comprend que la sanction a dû paraître bien faible aux proches de la*

[914] CE Sect., 13 janvier 1950, Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. CE, p. 26.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 343.

[915] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 2, op. cit.*, p. 333.

[916] *Ibid.*, p. 333.

[917] *Ibid.*, p. 336.

[918] *Ibid.*, p. 337.

victime » ([919]). Si nous pensons qu'il ne faut pas verser dans l'émotif, l'ouverture du prétoire du juge administratif à de telles actions engagées par les tiers purs, peut être opportune en raison du mélange des différentes sphères en présence. Au regard de cette critique, il est possible d'envisager un changement de l'état du droit actuel ([920]). Pouvons-nous envisager que la jurisprudence évolue et permette aux tiers pur de contester des sanctions disciplinaires dans des cas aussi particuliers que le cas *Bellanger* ? L'évolution jurisprudentielle serait importante et ne répondrait pas à la logique traditionnelle des revirements par « petits pas » à laquelle est attaché le juge administratif. Mais un intérêt moral identique à celui de l'espèce *Bellanger* pourrait justifier dans certains cas la recevabilité du recours en excès de pouvoir. Cela serait notamment le cas si le fonctionnaire est en fonction au moment des faits, faisant alors intervenir dans une même affaire le mélange des sphères : publique, c'est-à-dire la relation Administration/agent public, et privée, c'est-à-dire la relation auteur du dommage/victime du dommage. Le mélange des sphères publique et privée fait intervenir la notion d'opposabilité ([921]), mais une opposabilité bien particulière.

Reprenons les faits : un agent cause un dommage à un « tiers », nous obtenons alors un premier cercle générateur. A la suite de ce dommage, l'autorité administrative disciplinaire prononce une sanction contre l'agent, créant alors un nouveau cercle, auquel le requérant est tiers pur. Ce tiers pur se trouve être qualifié de tiers par rapport aux deux cercles, pourtant il en ressent les effets, il est atteint par leurs effets. L'action contentieuse de ce tiers pur vise à « superposer » les deux cercles afin de pouvoir intervenir dans ce nouvel ensemble. En effet, il serait l'auteur de cette création, de ce nouvel ensemble en voulant protéger ses intérêts moraux et assurer un contrôle sur un type précis d'actes administratifs : les sanctions disciplinaires ([922]). Finalement, le revirement proposé, s'il parait important théoriquement, se

[919] B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*

D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.* « *Cette jurisprudence laissera un sentiment d'amertume à tous ceux qui, comme le requérant dans la présente espèce, ont été scandalisés par la légèreté de la sanction disciplinaire infligée à l'agent fautif.* »

[920] B. PLESSIX, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*

[921] *Ibid.* « *Mais vis-à-vis des tiers, une sanction ne cré*[e]*-t-elle pas parfois une situation juridique opposable, qui de ce fait leur fait grief lorsqu'elle emporte des conséquences ni trop indirectes ni trop incertaines (ce dont tiens compte déjà le droit de la responsabilité) ?* »

[922] *Ibid.* « *C'est un principe fondateur de notre droit que personne ne peut s'immiscer dans les affaires de l'Administration et contraindre une autorité à prendre une décision. Mais lorsqu'une décision est déjà prise, une sanction déjà prononcée, n'est-ce pas le droit de tout tiers intéressé de déclencher le contrôle juridictionnel*

trouve réduit dans la pratique. Nous proposons une régulation « intelligente » de l'accès au prétoire du juge dans ce type d'espèces : nous ne souhaitons ni une fermeture complète du prétoire, ni son ouverture totale. Nous ne proposons qu'une plus grande admission des requêtes du type *Bellanger* afin de répondre au « *vœu d'Hauriou* » ([923]). La notion de tiers pur et son aspect fonctionnel serait alors d'une particulière utilité pour réaliser cette régulation « intelligente ».

Si nous envisageons les aspects positifs d'une telle évolution, il faut en envisager les points négatifs. En ce sens, une telle ouverture du prétoire, viserait finalement à faire « *un procès à l'Administration* » ([924]). Les actions contentieuses n'arriveraient-elles pas à un non-sens : n'auraient-elles pas un effet platonique voire favorable à l'agent fautif ? Au contraire, cela ne pousserait-il pas l'Administration à être d'office plus sévère envers les fautifs ([925]) ? Sans oublier qu'ouvrir le prétoire du juge encombrera forcément les différentes juridictions, même si cet encombrement reste potentiellement limité ([926]). De plus, nous venons d'envisager l'ouverture du prétoire aux actions à l'encontre des sanctions disproportionnées, mais nous n'avons aucunement envisagé les actions contentieuses ayant pour but de contester le refus de déclencher les poursuites disciplinaires. Le cas où le tiers pur puisse être à l'origine de la poursuite disciplinaire, comme cela est déjà le cas dans d'autres domaines que la fonction publique, n'a pas été envisagé ici. Cette question non tranchée par l'arrêt ([927]), pourrait permettre une ouverture du prétoire plus limitée, opportune et régulée par la notion

---

si emblématique de notre histoire et faire vérifier l'absence de détournement de pouvoir ou de disproportion manifeste ? » Souligné par nous

Nous ne partageons pas l'utilisation par M. Plessix de l'expression « *tiers intéressé* ». Selon nous, il ne s'agit pas d'un tiers intéressé, mais bien d'un tiers pur comme nous venons de le démontrer. L'expression « *tiers intéressé* » utilisée par l'auteur lui permettait, croyons-nous, de mettre en valeur l'atteinte particulière dont faisait l'objet ce tiers.

[923] *Ibid.* « *Faire prudemment évoluer la situation du tiers, ce serait assouvir, un siècle plus tard, le vœu d'Hauriou qui rappelait que « en chacun de nous sommeille un contrôleur général de l'administration publique ».* »

[924] D. JEAN-PIERRE, note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *op. cit.*

[925] *Ibid.*

[926] *Ibid.*

[927] *Ibid.* « *En effet, si nous sommes convaincus qu'il ne serait guère judicieux de déclarer recevable un recours formé par un tiers contre une sanction disciplinaire que celui-ci considère comme trop légère ou, pourquoi pas, comme trop lourde, la question de la recevabilité du recours contre un refus de déclencher des poursuites nous paraît pouvoir être davantage discutée. Le présent arrêt ne tranche d'ailleurs pas ce point*. »

de tiers pur ou par une autre notion comme le propose M. Jean-Pierre : « *ne serait-il pas temps de faire preuve d'audace et d'ouvrir la voie aux tiers, ou à tout le moins aux usagers, scandalisés, parfois à raison, de l'inaction de l'Administration à diligenter des poursuites disciplinaires contre un agent fautif ?* […]. *Bien sûr, si la jurisprudence était amenée à consacrer une telle évolution et à admettre la recevabilité de tels recours formés par des usagers (sans aller jusqu'aux tiers), il est probablement à prévoir quelques dérapages procédant d'usagers revanchards. Mais pourquoi ce qui a été jugé possible dans le contentieux ordinal* [CE, 30 avril 1997, Mme Bouteille] *ne le serait-il pas pour la fonction publique ?* » ([928]). Cette proposition permettrait d'ouvrir le prétoire par le biais de la notion d'usager, notion montrant un lien certain entre le requérant et la personne publique, mais aussi moins importante en quantité par rapport à celle de tiers pur. Ce serait alors une première évolution qui bien que ne permettant pas de trouver pour le moment une solution aux espèces *Bellanger*, constituerait le premier pas vers une évolution plus importante intégrant notre espèce.

B. L'éloignement géographique : le cas de l'urbanisme

La contestation des autorisations d'urbanisme ([929]), permet de mettre en lumière l'utilisation de la notion d'éloignement géographique. Ces autorisations concernent les déclarations de travaux ([930]), et principalement le permis de construire, c'est-à-dire une « *autorisation administrative préalable nécessaire à quiconque désire entreprendre une construction, et délivré après vérification de la conformité du projet aux règles d'utilisation du sol applicables sur le terrain considéré* » ([931]). C'est un acte positif, favorable ([932]), délivré

[928] *Ibid*. Souligné par nous.

[929] Articles L. 421-1 et suivants, et R. 421-1 et suivants du Code de l'urbanisme.

[930] J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Mémentos, 7e éd., 2006, p. 123. Une déclaration de travaux consiste à « *contrôler préventivement certains travaux de construction qui, en raison de leur nature ou de leur faible importance, sont soumis à une procédure simplifiée par rapport à celle du permis* ».

[931] M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, *op. cit.*, p. 612.

J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 123. « *Autorisation donnée par l'administration d'édifier une construction après vérification de la conformité du projet à la réglementation d'urbanisme.* »

[932] B. DROBENKO, *Droit de l'urbanisme*, Gualino, 4e éd., 2008, p. 237 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 179.

sous réserve des droits des tiers ([933]). Cette autorisation peut donc être mise en cause postérieurement au délai contentieux de deux mois, notamment en raison de violation de règles de droit privé ([934]). La notion de réserve des droits des tiers signifie l'indépendance entre le permis et les servitudes de droit privé ([935]). Ce n'est pas pour autant que le permis « *saurait porter atteinte aux droits et intérêts privés que le juge civil est chargé de faire respecter* » ([936]). Le permis de construire donne lieu à une relation triangulaire entre l'auteur du permis, son bénéficiaire avantagé et les tiers purs qui gravitent autour de la situation juridique constituée et qui peuvent être atteints par celle-ci ([937]). En ce qui concerne plus précisément le contentieux du permis de construire, cette autorisation peut faire l'objet de recours en excès de pouvoir. Celui-ci est autorisé dans un délai contentieux de deux mois ([938]), délai qui court après affichage du permis en mairie et sur le terrain ([939]). Les recours font ensuite l'objet d'une notification à l'auteur de l'autorisation, ainsi qu'à son destinataire ([940]). La publicité du recours est organisée en raison des intérêts « *considérables* » en présence, notamment si les travaux de construction sont en cours ([941]).

La contestation de déclarations d'urbanisme exigent que le requérant ait intérêt à agir. Cet intérêt est fonction de l'acte d'urbanisme contesté, parfois en fonction du contenu même

---

[933] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, Dalloz, Connaissance du droit, 1997, p. 99. « […] *pas de contrôle préalable du respect des droits et obligations entre les particuliers et qu'il ne préjuge en rien du respect de ces droits dont la garantie sera assurée par ailleurs*. »

[934] S. PERIGNON, Les autorisations d'urbanisme et le recours des tiers, *Defrénois notarial* 1988, I, 34261, p. 763.

[935] P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 3e éd., 2000, p. 536.

[936] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 1.

[937] *Ibid.*, pp. 1-2. « […] *qui évoque aussi, le plus largement, le rôle dévolu aux tiers pour contester, au nom de l'intérêt général, la régularité de l'autorisation. Ici se manifeste le caractère « triangulaire » des relations nouées entre le pétitionnaire, l'administration et ceux, nombreux, que le projet de construction concerne*. »

[938] Article R. 600-2 du Code de l'urbanisme.

[939] G. LIET-VEAUX, Permis de construire, contentieux administratif, in *Juris-classeur, Construction et urbanisme, t. 5*, fasc. 26-50, p. 26 ; J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, pp. 68-70.

[940] Article R. 600-1 du Code de l'urbanisme.

R. CRISTINI, Contentieux de l'urbanisme, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 4*, p. 57 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 260 ; S. PERIGNON, Les autorisations d'urbanismes et le recours des tiers, *op. cit.*, p. 761 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 564.

[941] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 259.

de l'acte. Par exemple, un requérant conteste un permis de démolition, ce requérant peut n'avoir aucun intérêt à contester l'acte, alors qu'il aurait eu intérêt à contester l'autorisation permettant la construction du bâtiment qui va faire l'objet de la démolition ([942]). Nous souhaitons étudier l'intérêt à agir que doit présenter un tiers pur lorsqu'il veut contester un permis de construire. En la matière, M. Liet-Veaux parle de « *tiers intéressé* » en référence à l'intérêt à agir devant être personnel et direct ([943]). L'auteur considère sous cette expression les tiers purs. Cependant nous estimons qu'il a voulu mettre en valeur le fait que le tiers doit être personnellement et directement « intéressé » par le permis de construire, c'est-à-dire qu'il doit être directement concerné par cette autorisation.

L'intérêt à agir peut se présenter sous la forme d'une qualité que peut revêtir le tiers pur. En ce qui concerne la contestation des permis de construire, de nombreuses qualités peuvent être invoquées : habitant, propriétaire, voisin ([944]), contribuable local ([945]), sinistré ou usufruitier ([946]). D'ailleurs le requérant peut présenter plusieurs qualités dans un même litige ([947]). Plusieurs de ces qualités appellent des précisions.

Si le requérant invoque une qualité de voisin, il a de grandes chances de voir son recours déclaré recevable, puisque cette qualité illustre une idée de proximité ([948]). Le « voisin » n'est pas forcément le voisin mitoyen. Il n'a pas à être propriétaire du terrain. Il suffit qu'il remplisse la condition de résidence ([949]). Si cette qualité rend majoritairement recevable le recours, ce n'est pas toujours le cas. En effet, cette recevabilité va dépendre du

[942] CE, 25 mai 1983, Calary de Lamazière, Rec CE, T., p. 815.

[943] G. LIET-VEAUX, Permis de construire, contentieux administratif, *op. cit.*, p. 14 ; G. LIET-VEAUX, Permis de construire, contentieux administratif, in *Juris-classeur, Administratif, t. 8*, fasc. 452-10, p. 14.

[944] R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, pp. 266-268 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 241.

[945] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 242.

[946] CE, 10 février 1950, Gicquel, Rec. CE, p. 100, concl. Chenot ; CE, 20 juin 1969, Wambergue, Rec. CE, p. 324.

M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 242.

[947] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 176.

[948] J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 150 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme, op. cit.*, p. 552.

[949] G. LIET-VEAUX, Permis de construire, contentieux administratif, *op. cit.* pp. 14-15.

contenu du permis. Ainsi les recours sont irrecevables si le permis de construire concerne des travaux à l'intérieur du bâtiment ([950]).

Certaines des qualités pouvant être invoquées sont irrecevables lors d'un recours en excès de pouvoir. Il en va ainsi pour la qualité d'habitant, sous entendu l'habitant de la commune dans laquelle a lieu la construction ([951]), ou celle de propriétaire ([952]). Par exception, la qualité d'habitant de la commune serait recevable si le permis de construire concerne des « *constructions importantes modifiant sensiblement l'apparence de l'agglomération* » ([953]). Au-delà de cette exception, les qualités d'habitant et de propriétaire peuvent être recevable si la condition principale, celle de la proximité, est présente ([954]). Finalement, ce n'est pas la qualité en elle-même qui rend le recours irrecevable, mais le fait d'être invoquée sans remplir la condition de proximité. Une autre qualité rendant le recours irrecevable est celle d'agent immobilier, alors que l'action pourrait être recevable si elle était présentée sous la qualité d'habitant remplissant la condition de proximité ([955]). Le juge prend en compte les intérêts que souhaite protéger le requérant selon la qualité qu'il invoque. Par exemple, un voisin va protéger sa propriété, sa vue, son bien être… Un agent immobilier va protéger des intérêts commerciaux, alors qu'il n'a pas forcément de lien de proximité avec la propriété faisant l'objet du permis, cette proximité n'est pas intrinsèque à sa qualité, à la différence de celle de voisin pour qui la condition de proximité est forcément intrinsèque.

---

[950] CE, 25 mai 1983, Calary de Lamazière, Rec. CE, T., p. 815.

[951] R. CRISTINI, Contentieux de l'urbanisme, *op. cit.*, p. 57.

[952] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 455.

[953] J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 150.

[954] Arrêts pour lesquels l'intérêt à agir a été reconnu : CE, 15 avril 1983, Commune de Menet, Rec. CE, p. 154, AJDA 1983, p. 491, obs. J. C. ; CE, 24 juin 1991, Société Inter Provence Côte d'Azur, Rec. CE, p. 1110 ; CE, 3 février 1992, Mme Girod, Rec. CE, p. 1197.

Arrêts pour lesquels l'intérêt à agir n'a pas été reconnu : CE, 25 mars 1981, Lochet, Rec. CE, p. 164, DA 1981, n° 178 ; CE, 30 septembre 1988, Société nationale de télévision en couleur « Antenne 2 », Rec. CE, p. 324, AJDA 1989, p. 131, 2e espèce, concl. Lévis ; TA Paris, 18 décembre 1991, Bertin, AJDA 1991, p. 346, note Plouvin.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 455.

[955] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 446. « *L'agent immobilier qui habite au voisinage du lieu où l'édification (ou bien la démolition) d'une construction a été autorisée peut sans difficulté, et comme toutes autres personnes habitant dans le voisinage, assurer la recevabilité de son recours en invoquant son intérêt de voisin. Il en ira autrement s'il se présente comme agissant en sa qualité d'agent immobilier*. »

Le tiers pur, comme tout requérant, doit présenter un intérêt à agir pour que sa requête soit déclarée recevable. Cet intérêt doit être suffisamment direct et personnel. Cependant ce n'est pas en ces termes que le juge administratif le reconnaît. L'intérêt à agir direct et personnel : « *transposé dans le contentieux du permis de construire cet intérêt se mesure à deux conditions : la spécificité et la proximité* » ([956]).

Que l'on conteste une autorisation d'urbanisme concernant une habitation, un bâtiment commercial ou une installation classée ([957]), le juge va se fier à un élément : la proximité, afin de retenir ou non l'intérêt à agir du tiers pur ([958]). Ce critère de proximité peut aussi apparaître sous le terme de « critère de voisinage » ([959]). Le terme de proximité met en lumière que le requérant ayant intérêt à agir sera forcément dans un rapport géographiquement rapproché avec l'autorisation. Nous avons choisi d'utiliser la notion d'éloignement géographique pour démontrer que le juge administratif utilise la notion de tiers pur comme régulateur de l'accès à son prétoire. Le terme d'éloignement pourrait apparaître comme l'opposé de la proximité. Il ne convient pas de retenir une telle définition. La notion d'éloignement appelle seulement des considérations de distance d'un point à un autre sans y inclure de jugement, ni de conséquences quant au sort que va subir la requête. D'ailleurs, le critère de proximité ne doit pas être analysé restrictivement quand il est appliqué au contentieux particulier des installations classées. Un requérant éloigné mais pouvant être atteint par l'activité d'une l'installation classée est recevable à agir au contentieux. Ici c'est bien un critère d'éloignement qui est mis en œuvre, puisque la mise en œuvre du critère de proximité se solderait par la solution inverse ([960]). Cependant, cette espèce est particulière au contentieux des installations classées, pour lequel le prétoire du juge est largement ouvert aux tiers en

[956] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 116.

[957] D. DEHARBE, Installations classées soumises à autorisation, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4012, p. 1

[958] CE, 13 mai 1996, Ville de Limoges, Rec. CE, p. 767.

E. GUILLAUME, Contentieux des installations classées, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 3*, p. 4.

[959] R. CRISTINI, Contentieux de l'urbanisme, *op. cit.*, p. 57. ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 242.

[960] CE, 15 octobre 1990, Province de la Hollande Septentrionale, Rec. CE, p. 278, JCP 1990, IV, 406.

raison des « *inconvénients ou des dangers que le fonctionnement de l'installation présente* » ([961]).

La proximité est « *beaucoup plus difficile à cerner* » ([962]). Définir la proximité conduit à considérer que le tiers pur ne doit pas être éloigné du terrain faisant l'objet du permis. On prend ainsi en compte deux points sur une carte et on mesure leur éloignement. Cette définition est trop restrictive et ne prend pas en compte un élément fondamental : la configuration des lieux ([963]). La proximité ne peut être appréciée uniquement de manière mathématique, juste en calculant un écartement sur une carte. « *La distance de la propriété du requérant par rapport à la future construction est, certes, prise en compte mais on y ajoute la configuration des lieux : il y aura intérêt à agir si le requérant, même éloigné, a une bonne visibilité sur le projet situé sur une colline mais pas d'intérêt si la future construction, même assez proche, ne peut heurter le regard du requérant* » ([964]). L'appréciation de la proximité se réalise au regard de la configuration des lieux et de l'importance du projet immobilier, de ces caractéristiques ([965]). Nous pourrions presque affirmer que la condition de proximité n'est pas la condition essentielle. En réalité, cette condition est une condition découlant de l'élément fondamental : la visibilité du projet ([966]). Le terrain est donc à prendre en compte. Des propriétaires peu éloignés les uns des autres n'auront pas tous un intérêt à agir. Dans de tels cas, nous remarquons que le juge administratif est particulièrement précis, presque pointilleux, dans son raisonnement. Il en va ainsi dans l'arrêt *Association des citoyens et contribuables de la communauté de communes Saône-et-Vienne* : « *en dépit de ce que ces éoliennes, d'une hauteur totale, pales comprises, de 120 m, étaient situées à une distance de moins d'un kilomètre de la propriété de ce requérant, celui-ci n'était pas recevable à*

[961] E. GUILLAUME, Contentieux des installations classées, *op. cit.*, p. 3.

[962] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 117.

[963] A. de CHAISEMARTIN, Intérêt pour agir, *op. cit.*, p. 9 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 455-456.

[964] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 117.

[965] CE, 15 avril 1983, Commune de Menet, Rec. CE, p. 154, AJDA 1983, p. 49, obs. J. C.
R. CRISTINI, Contentieux de l'urbanisme, *op. cit.*, p. 58 ; B. DROBENKO, Droit de l'urbanisme, *op. cit.*, p. 316 ; G. LIET-VEAUX, Permis de construire, contentieux administratif, *op. cit.*, p. 15 ; J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 117 ; P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 552.

[966] CE, 27 octobre 2006, Dreysse et autres, Rec. CE, T., p. 1109, AJDA 2006, p. 2094, obs. Brondel, JCP A 2006, act. 954, chron. Rouault, BJDU 2006, n° 6, p. 474, concl. Olléon, AJDA 2007, p. 316, note Nicoud.

demander l'annulation du permis en cause. […] *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la propriété de M. et Mme X est située en bordure d'agglomération, face à un paysage agricole plat offrant une vue dégagée, à une distance d'environ 900 mètres des éoliennes à construire, lesquelles s'élèveront, ainsi qu'il a été dit, à une hauteur de 120 mètres, pales comprises ; qu'ainsi, alors même que les nuisances sonores de ces machines sont inexistantes au-delà de 400 mètres, les intéressés justifient d'un intérêt suffisant pour attaquer le permis litigieux* » ([967]). Des requérants étant à des distances équivalentes des constructions ne sont pas atteints de la même manière. Or de cette atteinte dépend leur intérêt à agir. La conception purement mathématique de la proximité est à proscrire. Un élément complémentaire doit être ajouté en ce qui concerne la condition de proximité. La proximité peut être invoquée par les personnes physiques, c'est ce que nous venons d'étudier, mais aussi par les personnes morales, notamment les personnes publiques. Une commune s'est vue reconnaître un intérêt à agir afin de contester un permis de construire ayant effet sur le territoire d'une commune voisine. La condition de proximité était remplie par le caractère limitrophe touchant ces deux communes ([968]).

Le critère de proximité permet au juge administratif de réguler l'accès à son prétoire. Dans les espèces étudiées, les requérants sont de tiers purs. Or tous ne sont pas recevables à agir. Cela signifie qu'il existe soit un nouvel échelon dans l'échelle des tiers, soit que l'échelon des tiers purs est composé de plusieurs catégories. Nous proposons de retenir cette seconde solution. Le critère de proximité introduit dans l'intérêt à agir une logique géographique conduisant le juge à distinguer entre les tiers purs « proches » et ceux qui ne le sont pas. L'échelon des tiers purs appliqué au contentieux des contestations d'autorisation d'urbanisme est donc composé d'une catégorie de tiers purs ayant intérêt à agir et d'une catégorie de tiers ne présentant pas un tel intérêt et donc qualifiés de tiers purs particulièrement purs ou de tiers purs totalement étrangers à la situation considérée.

L'intérêt à agir en matière de contestation de permis de construire s'illustre par la notion de proximité, mais elle est insuffisante. Pour que le recours soit recevable, la condition de spécificité doit être remplie. Cette condition concerne les « *intérêts d'urbanisme* » ([969]).

[967] CE, 15 avril 2005, Association des citoyens et contribuables de la communauté de communes Saône-et-Vienne, Rec. CE, T., p. 901.

[968] CE, 17 juin 1987, Ville de Boulogne-Billancourt, Rec. CE, p. 218.

[969] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 116.

Ces considérations d'urbanismes sont aussi appelées « *considérations urbanistiques et esthétiques* » ([970]). Une gêne urbanistique et esthétique peut concerner la taille du bâtiment à venir ou la disproportion entre sa taille et le fait d'être implanté dans un commune de petite taille ([971]). Si nous reprenons l'exemple de l'agent immobilier, nous observons que cette qualité ne peut permettre la recevabilité du recours puisque la condition de proximité n'est pas remplie mais aussi en raison des considérations invoquées concernant des intérêts financiers ou concurrentiels ne touchant pas à la taille, la forme, l'ampleur… du nouveau bâtiment. Il en va ainsi si le recours est formé par une société concurrente ([972]). Le Conseil d'Etat n'accepte pas « *que l'on puisse invoquer à l'encontre d'un permis de construire un intérêt d'ordre non urbanistique mais de nature commerciale* » ([973]). Par contre, une société affectée dans ses conditions d'exploitation par un permis de construire délivré à une société concurrente peut être recevable à contester cet acte ([974]). Une telle société est recevable parce qu'elle présente un intérêt urbanistique et non seulement un risque de concurrence accru. En effet, la construction en elle-même ou les effets qu'elle peut produire seront de nature à affecter la société requérante. Il ne s'agit pas de mise en avant des intérêts économiques, mais une répercussion réelle d'une construction sur son environnement. Dans un tel cas, le juge administratif est particulièrement regardant qu'en aux faits de l'espèce.

Le contentieux des permis de construire démontre que le prétoire du juge est largement ouvert aux requêtes engagées par les tiers purs ([975]). Ce n'est pas pour autant que le juge ne recherche pas à : « […] *assurer le délicat équilibre entre les intérêts légitimes du constructeur et ceux non moins légitimes des citoyens, en principe défenseurs de l'intérêt général* » ([976]). Des garanties sont aussi nécessaires pour les destinataires avantagés puisqu'ils se retrouvent dans « *une chicane où les constructeurs ne sont pas sur le devant de la scène mais cantonnés aux coulisses et à la cage du souffleur* » ([977]). Malgré ces difficultés, il faut

---

CE Sect., 5 octobre 1979, SCI Adal d'Arvor, Rec. CE, p. 365.

[970] P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 549, 553.

[971] CE, 17 juin 1974, Vincent, Rec. CE, T., p. 1216.

[972] CE, 13 mars 1987, Société albigeoise de spectacles et Société Castres Spectacles, Rec. CE, p. 97.

[973] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 484.

[974] CE, 22 février 2002, Société France Quick SA, Rec. CE, T., p. 843 ; CAA Nancy, 8 octobre 2009, Société des Grands Moulins Becker et autres, JCP A 2010, 2136, note Jurvilliers-Zuccaro.

[975] P. SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 549.

[976] J. MORAND-DEVILLER, *Le permis de construire*, *op. cit.*, p. 115.

[977] *Ibid.*, p. 114.

remarquer que ce contentieux est globalement opportun puisqu'il a « *permis de faire progresser le contrôle de légalité* » ([978]).

Si nous reprenons la notion de « cercles d'intérêts » en matière d'urbanisme, nous remarquons qu'ils se manifestent « *de façon physique* » ([979]). L'intérêt de la notion de tiers pur et de sa représentation schématique sous forme de nuage électronique est de permettre de mieux identifier ces différents cercles ou couches de tiers purs. Nous obtenons une carte topographique des tiers purs. Nous proposons de prendre un exemple : un permis de construire permettant de réaliser une habitation individuelle de type classique (un pavillon sur un étage, d'une surface habitable de 100 m^2). Le schéma n° 4 présente la répartition des tiers purs.

[978] *Ibid.*, p. 117.

[979] A. de CHAISEMARTIN, Intérêt pour agir, *op. cit.*, p. 9.

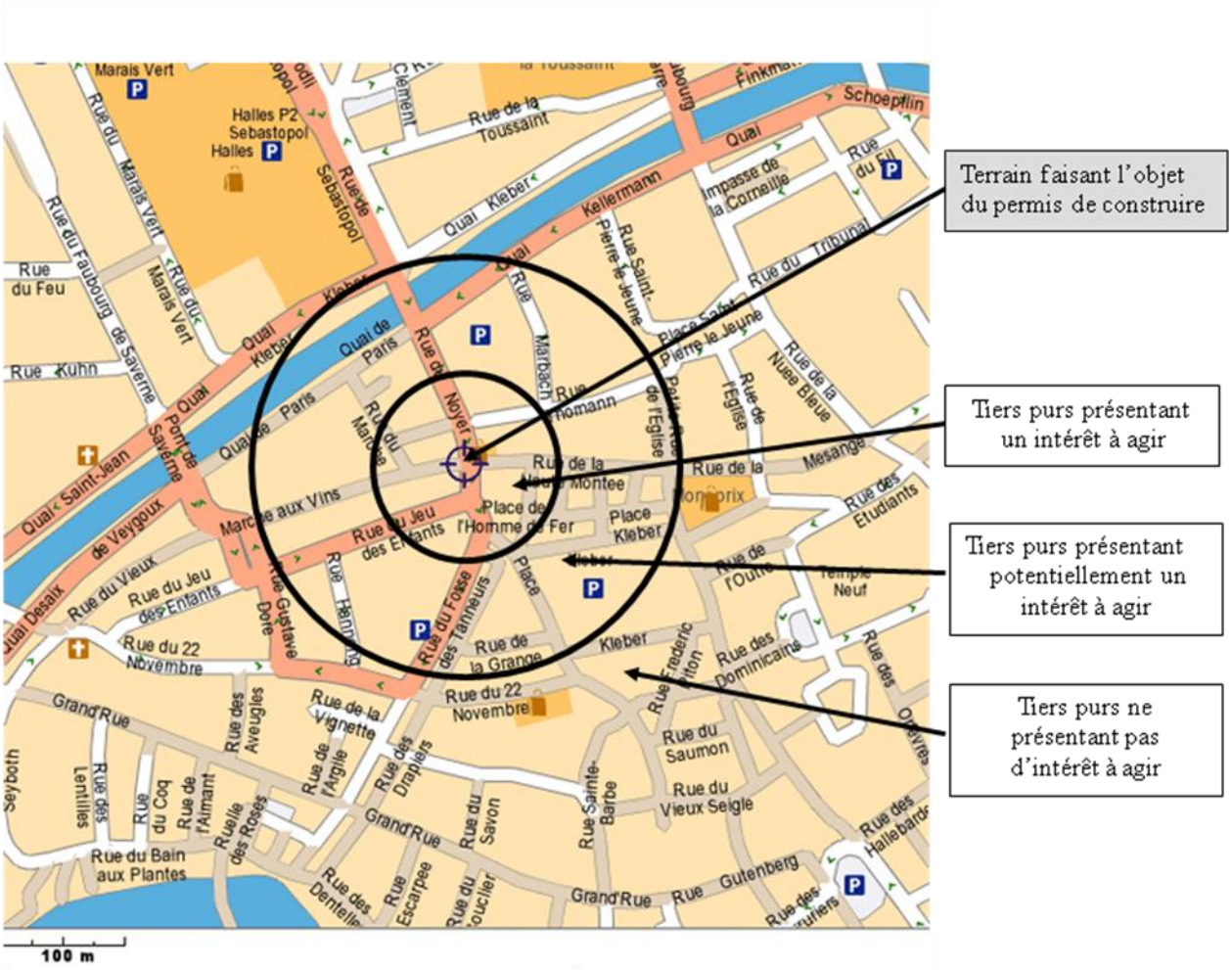

Schéma n° 4 : Représentation « circulaire » des tiers purs au permis de construire

Ce schéma, s'il prend en compte la taille du projet, ne prend pas en compte la configuration concrète des lieux. Tenter une répartition par couches circulaires aboutit à nier la prise en compte de la réalité du terrain. La configuration des lieux est niée alors qu'elle est présente dans l'appréciation de l'intérêt à agir en son caractère de proximité. Ainsi un nouveau schéma, le schéma n° 5, peut être obtenu.

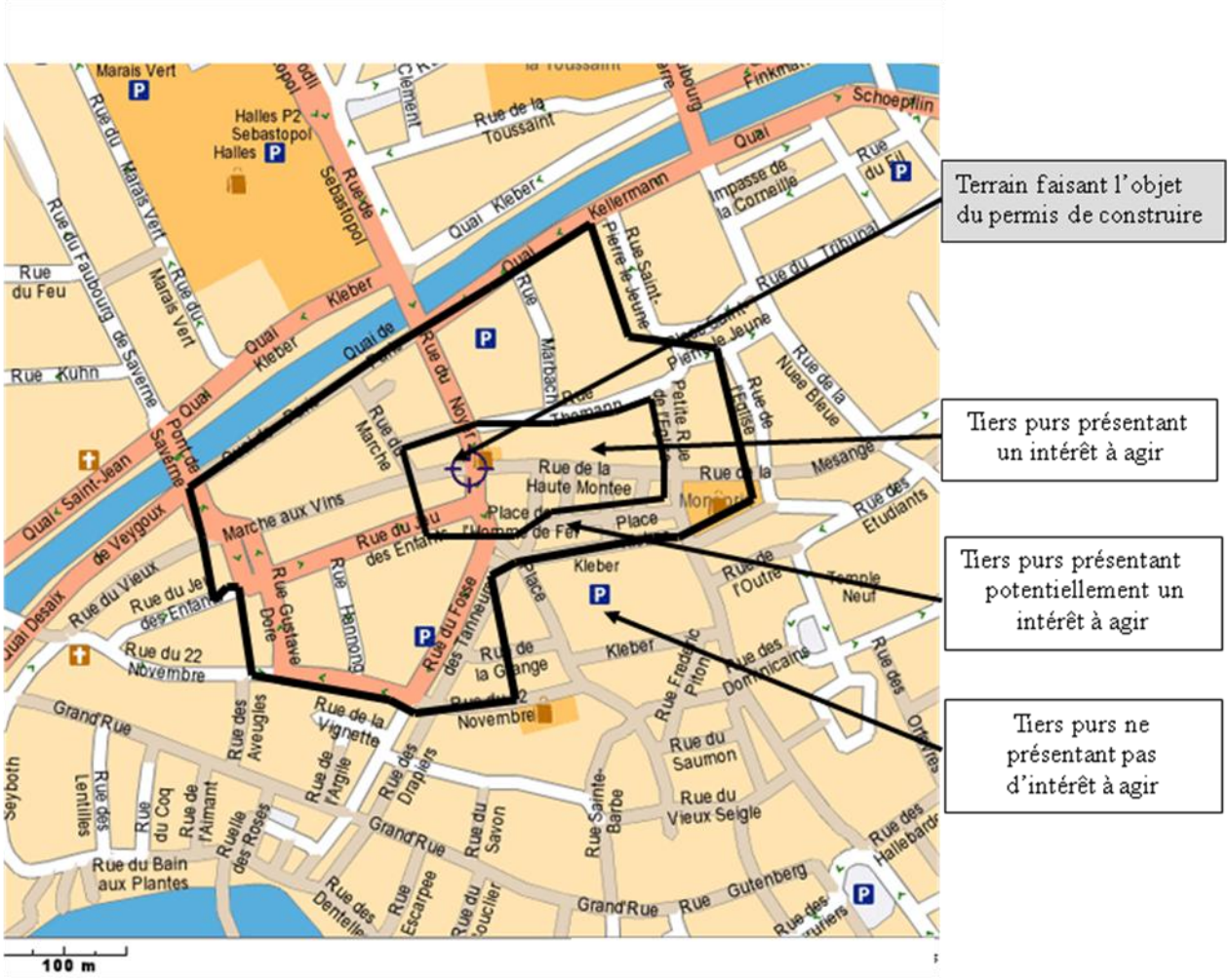

Schéma n° 5 : Représentation des tiers purs au permis de construire prenant en compte la configuration du terrain

Finalement la notion de tiers purs appliquée au contentieux des autorisations d'urbanisme conduit en réalité à renouveler son approche. Elle permet d'examiner les conditions de recevabilité sous un angle différent. Mais à la différence du contentieux des contestations de sanctions disciplinaires par les tiers purs, elle ne conduit pas à proposer un renouvellement du contentieux présent.

C. L'antériorité : le cas des installations classées

Les installations classées font l'objet de deux procédures différentes : la procédure de déclaration ou celle d'autorisation en fonction du degré de dangerosité de l'établissement ([980]). Le régime de déclaration est destiné aux installations ne menaçant « *pas gravement le voisinage* » ([981]). Avant leur mise en service, le préfet délivre un récépissé qui est publié aux fins d'informations des tiers ([982]). Les installations plus dangereuses font l'objet du régime d'autorisation de droit commun ([983]). Une procédure aggravée existe pour les installations présentant un degré de dangerosité particulier. Afin d'obtenir l'autorisation de droit commun, l'entrepreneur doit déposer un dossier d'autorisation. Des études d'impacts et de dangers sont alors organisées. La décision finale appartient au préfet de département ([984]).

Concernant la régulation par l'éloignement, nous avons noté que les tiers purs devaient notamment remplir la condition de proximité pour que leur recours soit déclaré recevable. Cette condition concernant la contestation des autorisations d'urbanismes est aussi applicables en matière d'installations classées puisque leurs exploitants doivent détenir de telles autorisations. Plus généralement, cette condition de proximité est exigée dans l'ensemble du contentieux spécial des installations classées engagé par les tiers purs. Ainsi un tiers pur doit avoir intérêt à agir, c'est-à-dire que cet intérêt doit remplir les conditions de proximité et d'antériorité.

---

[980] Article L. 511-1 du Code de l'environnement : « *Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique.*

Les dispositions du présent titre sont également applicables aux exploitations de carrières au sens des articles 1er et 4 du code minier. »

[981] Article L. 512-8 du Code de l'environnement.

[982] F. BRAUD, A. MOUSTARDIER, Installations classées soumises à déclaration, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4014, p. 3 ; C. GADOLDE, Installations classées pour la protection de l'environnement, in *Juris-classeur, Administratif, t. 6*, pp. 27-29.

[983] Article L. 512-1 du Code de l'environnement.

[984] D. DEHARBE, Installations classées soumises à autorisation, *op. cit.*, p. 1 ; C. GADOLDE, Installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, pp. 15-26.

Le juge administratif distingue les requérants pouvant agir à l'encontre des récépissés de déclarations ou à l'encontre des autorisations d'installations classées en fonction d'un critère d'antériorité. Ce critère apparaît dans l'article L. 514-6 du Code de l'environnement : « *les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'acte portant autorisation ou enregistrement de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative* ». Les tiers purs recevables à intervenir dans le contentieux des installations classées sont les personnes qui se situaient à proximité du site avant que l'installation classée n'affiche l'autorisation ou la déclaration d'installations classées pour la protection de l'environnement. Le critère d'antériorité fait appel au critère de l'espace-temps. L'espace-temps va alors jouer un rôle en la matière, non pour distinguer les tiers purs des tiers intéressés, mais pour réaliser une distinction au sein même des tiers purs : ceux pouvant contester les déclarations ou autorisations parce que présentant un intérêt à agir et ceux ne présentant aucun intérêt à agir.

Deux types d'antériorité existent : antériorité par rapport à l'activité et par rapport au requérant. L'antériorité par rapport à l'activité concerne une situation indépendante du requérant. En effet, tout exploitant peut décider de modifier son installation par des agrandissements de l'exploitation, des diversifications d'activités… De telles modifications demandent de nouvelles prescriptions. De nouveaux récépissés ou autorisations entreront donc en vigueur. Le requérant n'aura pas de choix dans l'objet de sa contestation. Il ne pourra pas, par exemple, contester l'autorisation initiale alors qu'une autorisation complémentaire est entrée en vigueur. S'il s'agit d'une installation soumise à déclaration, le requérant ne pourra contester que le récépissé de l'activité nouvelle ([985]). Cette antériorité liée à l'activité permet une régulation liée à l'acte et non à la notion de tiers pur. Il en va différemment en ce qui concerne le second type d'antériorité.

L'antériorité liée au requérant est mise en lumière par un arrêt du Conseil d'Etat, *Société française de meunerie*. En l'espèce, un voisin, tiers pur, avait obtenu de la part du Tribunal administratif, la modification de l'arrêté préfectoral concernant une installation classée. Cependant ce voisin acquiert sa qualité de voisin postérieurement à l'autorisation initiale de l'installation classée. La société conteste l'intérêt à agir du voisin estimant que la

[985] CE, 9 février 1968, Epoux Cherest, Rec. CE, T., p. 968.

condition d'antériorité n'est pas remplie. Le Conseil d'Etat considère « *qu'en vertu du cinquième alinéa de l'article 14 de la loi du 19 juillet 1976 les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'arrêté autorisant l'ouverture de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative ; que si ces dispositions font obstacle à ce que les tiers mettent en cause la légalité des actes antérieurs à leur installation dans le voisinage qui déterminent les conditions de fonctionnement d'une installation classée, elles ne s'opposent pas, en revanche, à ce qu'ils contestent, s'ils y ont intérêt, les actes postérieurs à leur établissement et par lesquels l'autorité compétente modifie ou complète les prescriptions imposées à l'exploitant pour la protection de l'environnement* » ([986]). La société requérante invoque la condition d'antériorité, aussi appelée « *théorie de la pré-occupation* » ([987]). Cette théorie permettait aux voisins d'une installation classée de contester tous les actes administratifs liés à cette ouverture, du simple fait qu'ils étaient présents avant l'établissement de l'installation classée. La condition d'antériorité s'appréciait en fonction de l'affichage ou de la publication de l'arrêté d'autorisation ([988]). L'antériorité imposait *a contrario* qu'un tiers pur s'installant postérieurement à cette ouverture ne pouvait plus contester les actes affectant l'installation**.** Ce tiers avait connaissance de l'existence de l'installation. Il avait donc connaissance des nuisances et des inconvénients de voisinage qu'elle pouvait causer. L'inconvénient de cette théorie était de conduire à la création de deux catégories de tiers purs n'ayant pas les mêmes droits. Les tiers purs présents lors de l'établissement de l'installation avaient un droit de recours contre l'autorisation initiale mais aussi à l'encontre des actes modificateurs, alors que les tiers purs installés après l'établissement initial n'avaient aucun droit ([989]). Cette théorie n'était cependant invocable par l'exploitant que dans le cas où il avait scrupuleusement respecté les prescriptions en vigueur ([990]).

---

[986] CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, Rec. CE, p. 383, AJDA 2004, p. 2150, chron. Landais et Lenica, RDP 2005, p. 505, note Guettier. Souligné par nous.

[987] Article 14 de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

C. LANDAIS, F. LENICA, note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, *AJDA* 2004, p. 2151.

[988] F. FERRAND, Contentieux des installations classées, in *Juris-classeur, Environnement, t. 2*, fasc. 1040, p. 8.

[989] C. GUETTIER, note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, *RDP* 2005, p. 508. « *Si l'on retient cette dernière interprétation, deux catégories de tiers apparaissent : ceux qui se sont installés*

La nouvelle solution retenue par le Conseil d'Etat met un terme à une telle conception trop inégalitaire. L'antériorité dépend maintenant de l'intervention de nouvelles circonstances de droit, comme les modifications des prescriptions de l'installation ou des circonstances de fait, c'est-à-dire la modification des nuisances et des inconvénients de voisinage. Si le tiers pur est présent avant l'intervention de ces circonstances, il est alors fondé à engager une action contentieuse. La recevabilité de son action ne dépend plus de sa présence ou non lors de l'établissement initial de l'installation ([991]). « *Seules les décisions antérieures à l'arrivée du tiers échappent au recours de leur part* » ([992]).

Par cet arrêt, le juge administratif décide de réguler positivement l'accès à son prétoire en l'ouvrant à une catégorie de tiers purs jusque là exclue. L'antériorité donne aux tiers purs un intérêt à agir « temporel » en fonction de leur résidence ou non lors de l'entrée en vigueur d'une autorisation ou déclaration initiale d'une installation classée, ou de sa modification par des circonstances de fait ou de droit. L'antériorité permet au juge de distinguer les tiers purs en fonction d'un critère objectif. Ici apparaît la double composition de l'échelon du tiers pur : les tiers purs recevables à agir et ceux ne l'étant pas en raison de leur extériorité par rapport à la situation considérée. Nous retrouvons les deux catégories de tiers purs établies grâce au critère de proximité : les tiers purs recevables et les tiers purs particulièrement purs ou étrangers à la situation considérée, non recevables à agir.

---

avant l'autorisation d'ouverture de l'établissement classé et ceux qui se sont installés après. Les premiers disposent d'un droit de recours s'étendant à la généralité des actes susceptibles d'emporter des effets indésirables pour eux (arrêtés autorisant l'ouverture, arrêtés atténuant ou même aggravant les prescriptions primitives). En revanche, les seconds n'ont aucun droit […]. »

[990] Cass., Civ. 3e, 10 octobre 1984, n° 83-14.811, Bull. civ., III, n° 165.

[991] C. LANDAIS, F. LENICA, note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, *op. cit.*, p. 2152. « *Elle vise, en premier lieu, tous les actes postérieurs à l'installation des tiers, quel que soit leur sens, que l'autorité allège, aggrave ou complète par d'autres prescriptions les servitudes qui pesaient initialement sur l'installation classée.*

Elle ouvre en second lieu largement le prétoire aux tiers, en faisant de la date de leur installation un pivot essentiel dans l'examen de la recevabilité des demandes. »

[992] E. GUILLAUME, Contentieux des installations classées, *op. cit.*, p. 4.

Conclusion de chapitre

Identifier les tiers purs, c'est identifier les tiers qui, théoriquement, ne peuvent contester les actes administratifs unilatéraux. Plusieurs obstacles, en effet, empêchent le tiers pur d'accéder à la possibilité d'une action contentieuse. Pourtant, au sein de chacun de ses obstacles, le concept de tiers pur peut jouer ou non un rôle, ce qui ouvre à certains tiers purs, l'accès au prétoire du juge.

Le premier obstacle est celui de la connaissance des actes administratifs. Toute personne ne peut avoir connaissance de tous les actes administratifs en vigueur à un moment « t » sur l'ensemble du territoire. Seuls les actes connus par les tiers purs peuvent potentiellement être contestés. La régulation de l'accès au prétoire du juge se réalise alors par un élément extérieur au juge : la publicité réalisée ou non par les personnes publiques et/ou les organismes privés chargés d'une mission de service public. La notion de tiers pur intervient-elle dans cet obstacle ? La notion n'est qu'un simple fait, une donnée : le tiers pur se situe sur les couches externes du cercle générateur, et plus il est éloigné du noyau du cercle, moins il a de chances d'être atteint indirectement par l'acte. Ainsi la probabilité d'avoir connaissance de l'acte diminue, et avec elle, diminue la probabilité d'exercer un recours.

Si le tiers pur a connaissance de l'acte, l'obligation d'inviolabilité s'impose alors à lui. Il doit le respecter et ne pas intervenir dans le cercle créé. Apparaît alors le deuxième obstacle : le renoncement à l'action. Le tiers pur connaît l'acte mais décide de respecter l'obligation d'inviolabilité. Il n'agira pas sur le plan contentieux pour des raisons qui lui sont propres : sa situation personnelle et/ou morale n'est pas atteinte, il ne ressent aucun effet produit par l'acte. Il peut aussi refuser d'agir par crainte d'échec contentieux alors que l'acte lui porte atteinte indirectement. Il peut enfin refuser d'agir afin de respecter l'obligation d'inviolabilité malgré l'atteinte subie. Dans tous ces cas, le refus d'agir permet une régulation naturelle de l'accès au juge.

Si le tiers pur ayant connaissance de l'acte décide d'agir, de nouveaux obstacles apparaissent : ceux relatif à la recevabilité de la requête. Le juge sera alors le seul acteur dans la régulation de l'accès à son prétoire. Dans l'examen de la recevabilité quant à l'acte, la notion de tiers pur n'est pas prise en compte par le juge. En effet, le contrôle est identique quelque soit le requérant en présence. La régulation se réalise par l'acte et non par la personne du requérant. Le tiers pur est exclu de cette régulation. Cependant, la notion de tiers pur joue

un rôle fondamental dans le second obstacle lié à la recevabilité de la requête : l'examen de l'intérêt à agir. Le positionnement du tiers pur sur les différentes couches externes du cercle va permettre au juge administratif de réaliser un tri au sein des requêtes qui lui sont soumises. Ce positionnement varie selon les différents domaines contentieux et selon les différentes espèces.

Enfin, dès le moment où la requête est recevable, la notion de tiers pur est complètement absente de l'examen du juge. Il ne prend pas en compte la qualité du requérant lorsqu'il se prononce sur le fond de l'affaire. C'est dans son rôle fondamental, permettre ou non à la requête d'être recevable, que la notion de tiers pur prend fin. Dans la suite de l'examen, cette notion n'a plus aucun intérêt pour le juge.

La notion de tiers pur voit ainsi son influence s'accroitre petit à petit depuis l'édiction de l'acte administratif unilatéral, sa connaissance par un tiers pur, pour finalement atteindre son point culminant lors de l'examen de la recevabilité de la requête engagée permettant ou non à cette requête d'être examinée au fond par un collège de juges. Si la requête passe les portes de la recevabilité vers l'examen au fond, la notion de tiers reste, elle, derrière ces mêmes portes. Une représentation schématique de l'influence de la notion de tiers pur peut ainsi être proposée (schéma n° 6).

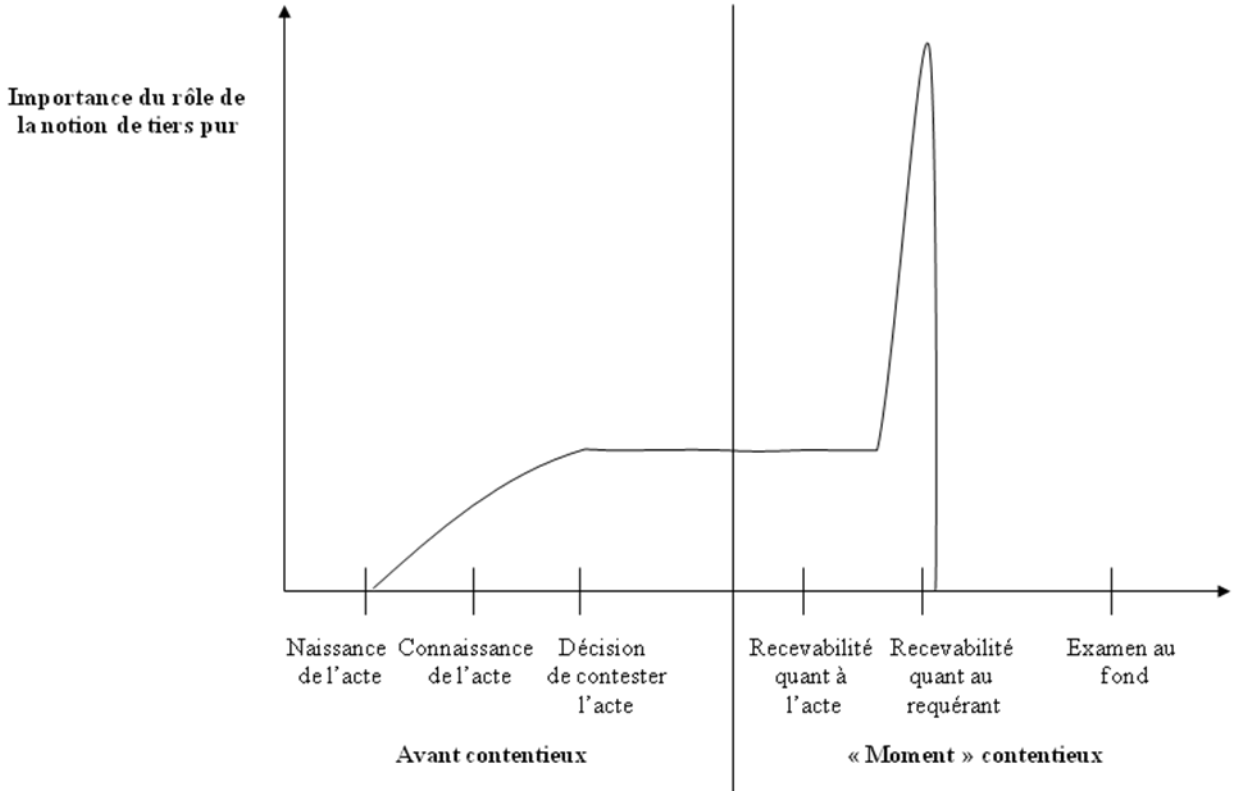

Schéma n° 6 : Influence de la notion de tiers dans le procès administratif

La lecture des contestations engagées par les tiers purs à l'encontre des actes administratifs unilatéraux permet une relecture de ce contentieux. Le juge administratif utilise différentes notions dans l'examen des requêtes, or la notion de tiers pur y apparaît en filigrane. Pourtant elle n'appelle pas une modification de l'état du droit, mais permet une relecture « visuelle » du contentieux. D'un défaut : ne pas être un apport du point de vue contentieux, la notion de tiers pur y trouve sa force : pouvoir être utilisée en complément d'autres notions moins visuelles et ainsi permettre une meilleure compréhension du droit administratif.

Chapitre 2 : Le tiers pur au contrat

Le mode classique d'action des personnes publiques est la voie unilatérale ([993]). Elles n'hésitent pourtant pas à utiliser, dans le respect de leurs compétences ([994]), le mode contractuel qui a ainsi pris de l'ampleur ([995]). Le contrat est une : « *convention faisant naître une ou plusieurs obligations ou bien créant ou transférant un droit réel* » ([996]). Le contrat est le résultat d'un accord de volonté entre plusieurs personnes ([997]). Si une personne publique est partie au contrat, ce n'est pas pour autant que ce contrat pourra être porté à la connaissance du juge administratif. Tous les contrats passés par les personnes publiques ne sont pas administratifs, donc tous ne seront pas étudiés ici.

Si les contrats sont le résultat d'un accord de volonté passé entre plusieurs personnes dont au moins une est une personne publique, ils n'ont d'effet qu'entre les parties. Comment ces contrats peuvent-ils intéresser les tiers purs alors qu'ils sont étrangers à la relation contractuelle ? Les contrats constituent avec les actes administratifs unilatéraux un mode d'action des personnes publiques ([998]). A ce titre, les contrats peuvent atteindre indirectement les administrés non parties : les tiers purs. Ils peuvent alors décider d'agir au contentieux afin de protéger leurs intérêts. Or à l'opposé de la protection des situations personnelles des tiers purs, se trouve l'intérêt de la personne publique et de son cocontractant de protéger leur lien contractuel. Dans ce double souci de protéger les tiers mais aussi la sécurité juridique des contractants, le juge administratif s'efforce de réguler l'accès à son prétoire de manière suffisamment ouverte pour recevoir les actions des tiers, mais de manière limitée afin de

---

[993] P. FOILLARD, *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 183.

[994] J. GHESTIN, Contrat, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 277.

[995] P. FOILLARD, *Droit administratif, op. cit.*, p. 225 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, p. 335 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, p. 664.

[996] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 189.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 231. « *Espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété (exemple : bail, vente) ; en ce sens, s'oppose aux autres sources d'obligation, délit, quasi-contrat.* » « *Parfois synonyme de convention : en ce sens et en tant que manifestation d'autonomie de la volonté individuelle s'oppose traditionnellement à loi et jugement*. » « *Dans la pratique, écrit destiné à constater l'accord des parties contractantes.* »

[997] J. GHESTIN, Contrat, *op. cit.*, p. 277.

[998] *Ibid*., p. 277.

garantir une certaine stabilité contractuelle. De cette régulation apparaît un « *dédoublement du recours pour excès de pouvoir : l'un portant sur le contrat, l'autre sur l'acte unilatéral* » ([999]).

Le contentieux contractuel présente plusieurs caractéristiques : souci de protéger les relations contractuelles, de permettre le recours des tiers, mais aussi multiplication des juges, des recours et des catégories de requérants. L'échelle des tiers se justifie par la répartition des tiers sur les couches du cercle générateur, mais aussi par la présence de recours spécifiques ouverts. Ainsi distinguer les tiers purs des tiers intéressés se réalise par une étude de la répartition des différents recours ouverts ou fermés entre les tiers. Il faut alors concevoir que le tiers pur constitue la « base » des requérants : en matière de contentieux contractuel lui sont ouverts de nombreux recours. Or pour le différencier du tiers intéressé autrement que par sa position sur les couches externes, il faudra comparer les recours pouvant être engagés. Au sein de ces recours, certains seront communs, d'autres non.

[999] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *AJDA* 2003, p. 585.

Section 1 : L'identification du tiers pur : une difficulté

Le contrat est une « *transaction ou convention par laquelle des obligations sont créées par les parties contractantes* » ([1000]), sa source est issue de la volonté des parties ([1001]). Le contrat est une loi entre les parties selon l'article 1134 du Code civil. Il ne peut atteindre les tiers. Ce principe de droit privé pose de réelles difficultés dans son application au domaine administratif. Le contrat administratif n'est pas une simple loi entre les parties contractantes. Etant conclu dans le but de répondre aux besoins de l'intérêt général, ses effets vont probablement se répercuter sur les tiers qui désireront alors protéger leurs intérêts.

La difficulté relative au contentieux contractuel est son caractère particulièrement ouvert aux « tiers » ([1002]). L'utilisation du terme de « tiers » entraine des inquiétudes : qui est ce tiers ? Est-ce un tiers pur ou un tiers intéressé ? L'application du protocole de détermination du tiers pur ne pose pas de difficultés particulières. Cependant nous observerons rapidement que les tiers purs ne vont être que des requérants parmi d'autres recevables à agir. En matière de contentieux contractuel, les tiers purs constituent une base de requérants bénéficiant de voies de recours, sur laquelle vont s'ajouter d'autres catégories de requérants tels les tiers intéressés mais aussi les sujets actifs.

Avant de pouvoir étudier les différentes voies de recours mises à la disposition du tiers pur pour pouvoir contester les relations contractuelles, il s'agit de qualifier les différents acteurs par l'application du protocole de détermination proposé dans le chapitre précédent.

[1000] H. C., A. D. M., Contrat privé, in A. J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ 1988, pp. 70-71.

[1001] H. C., A. D. M., Contrat, in A. J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 105.

[1002] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, LGDJ, 1956, pp. 328-329.

I. Le cercle générateur en matière contractuelle

Le noyau du cercle générateur est composé d'un objet : le rapport de droit, ainsi que de sujets : les sujets actifs. La détermination préalable de ce noyau est fondamentale puisqu'elle permet de mettre en œuvre un système de déduction des tiers. L'application du protocole de détermination du tiers pur doit débuter par l'identification de l'objet du noyau. Alors qu'en matière d'acte administratif unilatéral, cet objet était justement constitué par l'acte, en matière contractuelle, nous ne pouvons retenir une vision aussi stricte. Nous devons prendre en compte l'ensemble de la situation juridique. Ensuite la détermination des sujets actifs démontrera des divergences de vocabulaire puisque certains d'entre eux sont appelés « tiers ».

A. L'objet du cercle générateur

Lorsqu'une contestation d'une relation contractuelle par un requérant est engagée, différentes voies de droit sont ouvertes. Elles vont dépendre de l'acte : contrat ou acte administratif unilatéral, et de la qualité du requérant : sujet actif, tiers intéressé ou tiers pur. Ainsi la voie de l'excès de pouvoir est ouverte en fonction de l'acte : à l'encontre des actes administratifs unilatéraux, mais aussi exceptionnellement à l'encontre du contrat. La voie du plein contentieux est ouverte, elle, en fonction de la qualité du requérant. Il convient d'examiner les actes contestables et leur implication dans l'objet du cercle générateur.

1. Le contrat

Le contrat est la représentation ultime de la relation contractuelle : il matérialise cette relation, sans lui elle n'existe pas. Le contrat est un : « *accord conclu entre deux personnes au moins, d'où résultent des droits et obligations* » ([1003]), « *le contrat résulte de la rencontre de plusieurs volontés* » ([1004]). S'il est fondé sur un accord de volonté émanant des parties, cette volonté, même si elle constitue l'essence du contrat, n'est pas le seul élément liant les contractants, ils sont liés par les idées de bonne foi, de justice objective et de confiance

[1003] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 9.

[1004] *Ibid.*, p. 10. « *La notion d'accord renvoie à celle de volonté : le contrat résulte de la rencontre de plusieurs volontés, il repose sur la « volonté de se lier par des obligations réciproques » (CE, 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré, Rec. CE, p. 87, DA 1996, n° 307).* »

légitime ([1005]). Cette conception du contrat est issue du droit civil, elle est aussi applicable en matière de contrat administratif.

Il est illusoire de penser que le seul mode d'action des personnes publiques est le mode unilatéral. Le droit administratif connaît aussi des contrats. « *Evincer l'Etat – et ses satellites- du monde du contrat relève donc de la simplification abusive et d'une option idéologique à habillage scientifique. La question du fondement de la valeur obligatoire du contrat se pose aussi en droit public*. » ([1006]). Les contrats conclus par des personnes privées et ceux conclus par des personnes publiques, qu'ils soient de droit commun ou administratifs, sont une même et seule notion, seuls leurs régimes varient ([1007]). Le fondement des contrats de droit privé est l'autonomie de la volonté. Même si ce fondement est contestable en raison de l'inégalité existante entre les parties, l'autonomie de la volonté constitue bien le fondement des contrats administratifs ([1008]).

Les personnes publiques concluent des contrats administratifs et des contrats de droit commun ([1009]). Le juge compétent va dépendre de cette qualification du contrat ([1010]). Le contrat de droit commun conclu par une personne publique est soumis au droit privé et relève donc de la compétence du juge judiciaire ([1011]). Le contrat administratif est, lui, soumis

---

[1005] *Ibid.*, pp. 16-17.

[1006] *Ibid.*, p. 17.

[1007] *Ibid.*, p. 9. « *Que la notion soit identique n'implique cependant pas que les régimes juridiques le soient : le contrat administratif est régi par des règles particulières dont les plus importantes sont caractérisées par l'inégalité des parties.* »

[1008] *Ibid.*, p. 18. « *Pourtant dans la jurisprudence administrative, la volonté des parties apparaît de prime abord comme la source unique des obligations contractuelles. Pour déterminer la portée de ces obligations, le juge administratif se réfère constamment à l'intention des parties, parfois même pour retenir des solutions contraires à la lettre du contrat ou pour fonder des constructions dont il est en fait exclu qu'elles aient été envisagées par les parties.* » « *De toute façon, même si l'équilibre des droits et obligations résultant du contrat administratif ne procède pas entièrement de la volonté des parties, il n'en demeure pas moins que cette volonté reste fondamentale quelle que soit l'importance des notions de service public et d'intérêt général ; c'est à l'intention des parties que le juge se réfère le plus souvent pour déterminer le contenu des obligations et il est certain que dans la pratique les parties à un contrat administratif perçoivent bien celui-ci comme un contrat qui les lie au même titre qu'un contrat de droit privé* », p. 41.

M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 101.

[1009] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1980, p. 354.

[1010] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 291.

[1011] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 21.

aux« *règles spéciales de droit administratif* » ([1012]), il constitue un acte administratif ([1013]). La qualification du contrat conclu par une personne publique est essentielle, puisqu'il en dépend le régime applicable ([1014]). La qualification de contrat administratif est réalisée par deux systèmes différents ([1015]). La loi peut prévoir une qualification expresse ([1016]). Si la loi n'apporte aucune qualification, il revient au juge de le réaliser la qualification. Il utilise deux critères différents : l'un organique, l'autre matériel ([1017]).

Le contrat administratif se caractérise par un critère organique : la présence d'un moins une personne publique est requise ([1018]). Organiquement, le contrat se définit alors par la présence d'une personne publique, le droit applicable : le droit administratif, et le juge compétent : le juge administratif ([1019]). « *Tout contrat passé par l'administration, par une personne publique, n'est pas, ipso facto, un contrat administratif* » ([1020]). Mais aussi, tous les contrats administratifs ne sont pas conclus par des personnes publiques, certains de ces contrats sont conclus par des personnes privées ([1021]). Il en va ainsi en présence de mandat au sens civiliste : « *un contrat signé entre deux personnes privées peut lier une personne privée*

[1012] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, p. 671.

[1013] *Ibid.*, p. 529. « *Si l'acte administratif au point de vue formel se caractérise par l'application du droit administratif et la compétence contentieuse administrative, les contrats conclus par l'administration peuvent être considérés comme des actes administratifs lorsqu'ils relèvent de ce droit et de cette compétence*. »

[1014] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, t. 1*, *op. cit.*, pp. 356-364.

[1015] A. de LAUBADERE, *Manuel de droit administratif*, LGDJ, 11e éd., 1978, pp. 209-210.

[1016] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 112-114 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Hachette Supérieur, 1989, p. 179.

[1017] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 115-117 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 180-186.

[1018] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 529, 675. « *Sous réserve d'exception de portée limitée, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits s'en tiennent à l'idée que la qualification de contrat administratif suppose la présence d'au moins un personne publique comme partie au contrat.* »

[1019] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 21. « *Un contrat est de droit public à la fois parce qu'au moins une des deux parties est une personne publique et parce que le régime juridique applicable relève du droit public, ce qui signifie qu'il est autonome par rapport au Code civil et sous-tendu par l'intérêt général et que le juge administratif est compétent sur les litiges.* »

[1020] M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, *op. cit.*, p. 178.

[1021] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 120.

et une personne publique si un des deux signataires agit comme représentant d'une personne publique. Rien ne s'oppose alors à la qualification comme contrat administratif étant donné qu'à travers le mandataire c'est le mandant qui consent » ([1022]). Le contrat peut aussi être qualifié d'administratif en présence de mandat administratif ([1023]). Le mandat administratif s'illustre dans deux décisions : la décision *Peyrot* concernant la construction des autoroutes ([1024]), et la décision *Commune d'Agde* impliquant la notion d'être « *conclu pour le compte de* » ([1025]). Les personnes privées concluant des contrats administratifs doivent bénéficier de mandat administratif impliquant la présence de la personne publique.

Le critère organique est insuffisant à qualifier seul le contrat administratif. Le juge administratif a conçu un second critère : le critère matériel composé d'une alternative. Sera qualifié d'administratif un contrat contenant une clause exorbitante du droit commun ou faisant apparaître un lien avec le service public ([1026]). La notion de clause exorbitante repose sur la distinction entre gestion publique et privée des personnes publiques ([1027]), issue de l'arrêt *Terrier* ([1028]). Cette clause est l'expression de l'inégalité des parties, de la volonté de se voir appliquer un droit différent du droit civil ([1029]). Si aucune clause exorbitante n'est

[1022] *Ibid.*, p. 123.

[1023] *Ibid.*, p. 126.

[1024] TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. CE, p. 787, D. 1963, p. 534, concl. Lasry, note Josse, RDP 1963, p. 776, concl. Lasry, 1964, p. 767, note Fabre et Morin, S. 1963, p. 273, concl. Lasry, AJDA 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré, 1966, p. 474, chron. Colin, Gaz. Pal. 1964, II, 58, note Blaevoet, JCP 1963, II, 13375, note Auby, GAJA.

Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 676 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 126-127.

[1025] TC, 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. CE, p. 798, D. 1977, p. 8, note Bettinger, JCP 1975, II, 18171, note Moderne ; CE Sect., 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Rec. CE, p. 326, AJDA 1975, p. 345, chron. Franc et Boyon, D. 1976, p. 3, note Moderne.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 128.

[1026] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 678-683.

[1027] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 92-101.

[1028] CE, 6 février 1903, Terrier, Rec CE, p. 94, concl. Romieu, D. 1904, III, p. 65, concl. Romieu, S. 1903, III, 25, concl. Romieu, note Hauriou, AJDA 2003, p. 153, art. Costa, GAJA.

[1029] CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. CE, p. 909, concl. Blum, D. 1916, III, 35, S. 1917, III, 15, concl. Blum, RDP 1914, p. 145, note Jèze, GAJA.

présente, le contrat peut être administratif si le contrat a pour but le lier le contractant au service public ([1030]).

Le contrat administratif est composé de plusieurs caractéristiques internes et externes. La principale caractéristique interne est constituée par l'inégalité ([1031]). « *A la fois comme titulaire de prérogatives de puissance publique et comme responsable de l'intérêt général, l'administration dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat, elle peut, notamment, infliger des sanctions ou modifier unilatéralement certaines clauses (moyennant compensation du préjudice causé). Toutefois, cette caractéristique se trouve nécessairement infléchie lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques* » ([1032]). La seconde caractéristique interne concerne l'indisponibilité : « *les personnes publiques ont des prérogatives qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs dont elles pourraient disposer. Il en résulte que certains objets échappent au contrat. Ainsi il n'est pas possible à la personne publique de s'engager sur l'exercice d'une compétence ou de renoncer à son pouvoir d'organiser un service* » ([1033]). A ces caractéristiques internes, s'ajoutent des caractéristiques externes telles que les sources juridiques du droit des contrats ([1034]), la place du contrat dans les actes juridiques des personnes publiques ([1035]). La caractéristique externe principale est l'effet relatif du contrat : « *le contrat ne crée de droits et d'obligations que pour les parties, ce qui ne l'empêche cependant pas d'exister pour les tiers à qui est, par exemple, opposable le droit réel issu d'un contrat. Le principe de l'effet relatif s'applique aussi en droit administratif. Pas plus qu'un contrat de droit privé un contrat de droit public ne saurait imposer d'obligation à un tiers. Toutefois, d'importantes exceptions sont apportées au principe soit en vertu de la loi, soit en vertu de la théorie dite des clauses ou des effets*

[1030] CE Sect., 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. CE, p. 167, AJDA 1956, II, p. 272, concl. Long, p. 221, chron. Fournier et Braibant, RDP 1956, p. 869, concl. Long, note Waline, D. 1956, p. 433, note de Laubadère, RA 1956, p. 496, note Liet-Veaux, GAJA ; CE Sect., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard, Rec. CE, p. 168, AJDA 1956, II, p. 187, concl. Long, p. 221, chron. Fournier et Braibant, RDP 1956, p. 1058, concl. Long, note Waline, D. 1956, p. 429, concl. Long, note P. L. J., RA 1956, p. 496, note Liet-Veaux, GAJA.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 101-110.

[1031] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 22.

[1032] *Ibid.*, p. 24.

[1033] *Ibid.*, pp. 23-24.

[1034] *Ibid.*, pp. 24-25.

[1035] *Ibid.*, p. 31.

réglementaires de certains contrats. » ([1036]). Ces caractéristiques sont dues aux éléments de qualification des contrats administratifs : la présence naturelle d'une personne publique et le but poursuivi lors de sa conclusion : la poursuite de l'intérêt général ([1037]).

Le contrat constitue l'objet du cercle générateur puisqu'il constitue l'expression de la relation contractuelle. Cependant le principe veut que les tiers ne puissent contester directement le contrat ([1038]).

2. L'acte détachable du contrat

Les actes détachables sont des « *actes pris par une autorité administrative dans l'exercice d'une compétence à caractère non contractuel* » ([1039]). D'une manière moins restrictive, l'acte détachable est « *un acte administratif faisant partie d'une opération juridique complexe et dont la jurisprudence admet qu'il puisse en être disjoint, soit pour rentrer dans la compétence administrative dont cette opération était en tant que telle exclue, soit pour faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir malgré l'existence d'un recours parallèle* » ([1040]). Le principe classique en matière de contentieux des contrats administratifs est l'irrecevabilité du recours en excès de pouvoir formé à l'encontre du contrat ([1041]). La théorie de l'acte détachable du contrat a permis l'ouverture du prétoire du juge administratif aux contestations des relations contractuelles engagées par les tiers ([1042]).

« *Les contrats conclus par les personnes publiques se traduisent par la prise de multiples actes qui ont le caractère d'acte administratif unilatéral. L'accord de volonté que manifeste le contrat exige, en effet, la formalisation de la volonté et de l'accord de la personne publique, qui s'expriment par une ou plusieurs décisions* » ([1043]). Les actes détachables du contrat sont des actes administratifs unilatéraux. « *L'acte administratif*

[1036] *Ibid.*, pp. 31-32; M. WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 8e éd., 1959, p. 559.

[1037] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 32.

[1038] CE, 22 avril 1988, Labit, inédit au Lebon, RDP 1988, p. 1457.

[1039] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1984, pp. 155-156.

[1040] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 19.

[1041] CE, 22 avril 1988, Labit, *op. cit.*, p. 1457.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 179.

[1042] CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE, p. 749, concl. Romieu, D. 1907, III, 49, concl. Romieu, RDP 1906, p. 249, note Jèze, S. 1906, III, 49, note Hauriou, GAJA.

[1043] B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 10.

unilatéral se présente ainsi comme un instrument du procédé contractuel » ([1044]). Pour faire l'objet d'un contrôle du juge administratif, ces actes doivent remplir les conditions de recevabilité liées au recours en excès de pouvoir, c'est-à-dire constituer des décisions faisant grief ([1045]). Les actes détachables du contrat sont des « *décisions prises au cours de la procédure de passation du contrat, par exemple la délibération du Conseil municipal autorisant le Maire à signer le contrat, et qui sont considérées comme ayant une individualité, se « détachant » du contrat* » ([1046]).

Il est possible de distinguer deux catégories d'actes détachables du contrat ([1047]). Cette distinction se fonde sur un élément objectif : la temporalité. Les deux catégories d'actes détachables vont se distinguer en fonction de la signature du contrat. Ainsi la première catégorie est composée d'« *acte administratif concernant le contrat et intervenant jusqu'à la conclusion définitive de celui-ci* » ([1048]). Ces actes sont appelés « *actes support* » ou « *actes soutien* » ([1049]). La seconde catégorie est constituée par les actes d'exécution du contrat ([1050]).

Dans le chapitre précédent, nous avons estimé que l'objet du rapport de droit était constitué par l'acte administratif unilatéral. Dans ce chapitre, nous considérons une base d'étude. En effet, si nous limitons l'objet du cercle générateur à un acte détachable ou au contrat, le cercle générateur va être réduit dans son objet et dans ses sujets actifs. Pour contourner ce risque, nous proposons que l'objet du cercle soit fondé sur un rapport de droit, constitué selon les cas de l'acte détachable ou du contrat. Mais ce rapport de droit ne constitue qu'une partie de l'objet du cercle. L'objet du cercle générateur doit prendre en compte l'ensemble de la relation contractuelle. Il va donc englober le contrat et l'ensemble des actes détachables de sa formation mais aussi de son exécution.

[1044] *Ibid.*, p. 10.

[1045] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 181.

[1046] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, p. 386.

[1047] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 689.

[1048] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 156.

G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, pp. 89-90 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 249 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 180.

[1049] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 689.

[1050] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 93-94 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, p. 374.

B. Les sujets actifs du cercle générateur

La qualification de tiers s'obtient par une déduction : les personnes non qualifiées de sujets actifs sont des sujets passifs donc des tiers. En matière contractuelle, la détermination des sujets actifs est délicate puisque la relation fait intervenir de nombreuses personnes à différents instants. Plusieurs étapes sont alors à suivre : définir les contractants, étudier le cas particulier des sujets actifs à un rapport de droit constitué par un acte détachable du contrat, puis finir par la qualification des membres des assemblées ou les organes délibérants des personnes publiques contractantes.

1. Les contractants

Si l'objet du noyau du cercle générateur est constitué par un contrat, la détermination des sujets actifs devient aisée. Le noyau est au minimum constitué de deux sujets actifs. Différentes configurations sont possibles. Prenons en compte un contrat public. Un contrat public est un contrat conclu par une personne publique. Selon les critères remplis, il sera qualifié de contrat administratif ou de contrat de droit commun. Les sujets actifs sont alors constitués d'au moins une personne publique, la qualification de son cocontractant étant sans influence. Prenons maintenant l'exemple d'un contrat administratif. Par définition il est conclu par une personne publique ([1051]). Les sujets actifs pourront être uniquement des personnes publiques dans le cas où elles ont conclu le contrat entre elles ([1052]). Les sujets actifs pourront aussi être composés de personnes publiques et privées ([1053]). Un contrat administratif peut aussi être uniquement composé de contractants de nature privée. Il en va ainsi lorsque le contrat administratif est conclu en raison d'un mandat, d'un mandat administratif notamment si l'objet du contrat concerne la construction d'autoroutes ([1054]). La nature des contractants d'un contrat public est variée mais ne pose pas de difficulté quand à

[1051] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, pp. 438-441.

[1052] *Ibid.*, pp. 441-443 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 115 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 117-118 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 261.

[1053] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 94 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 120-123 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 261-263.

[1054] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 443-444 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 121 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 118-120 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 263-265.

leur détermination. L'objet du cercle générateur en matière contractuelle ne peut être réduit au simple contrat, il ne peut concerner qu'un seul acte à la différence des cercles fondés sur un acte administratif unilatéral. Le contrat avant d'être signé impose un processus de passation. Après avoir été signé, il impose une exécution. Dès lors les contractants ne sont plus les seuls sujets actifs su noyau.

2. Contestation d'un acte détachable de la formation du contrat : détermination des sujets actifs

Un tiers peut notamment contester un contrat, mais il peut souvent contester un acte détachable de ce même contrat. Il s'agit alors de déterminer les sujets actifs en la matière. Une telle configuration est équivalente à celle de la contestation des actes administratifs unilatéraux. Un acte détachable du contrat recevable à faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir est un acte administratif unilatéral. La détermination des sujets actifs est donc équivalente. Les sujets actifs seront constitués par le ou les auteurs de l'acte, donc principalement des autorités publiques, ainsi que du ou des destinataires de l'acte. Par exemple, l'acte détachable est l'autorisation donnée au maire afin de signer le contrat. Cette autorisation est édictée par l'assemblée délibérante : le conseil municipal ; son destinataire est le maire. Les sujets actifs du cercle générateur sont alors le conseil municipal et le maire. Dans cet exemple, le ou les cocontractants ne sont pas qualifiés de sujets actifs. La même détermination des sujets actifs réalisée pour la contestation générale des actes administratifs unilatéraux ne peut pas être appliquée en matière contractuelle puisqu'elle revient à exclure le cocontractant de la personne publique qui constitue naturellement un sujet actif.

Un autre système de détermination doit être utilisé en matière contractuelle. Nous proposons de retenir comme objet du cercle générateur non seulement le rapport de droit directement contesté, qu'il soit constitué par l'acte détachable du contrat ou le contrat lui-même, mais l'objet dans sa globalité : la relation contractuelle. Dans un tel système, les sujets actifs sont les contractants mais aussi les personnes participant directement à la formation ou à l'exécution du lien contractuel par une prise de décision.

3. Les membres des assemblées délibérantes

Les assemblées délibérantes interviennent dans le processus contractuel. Pour cela, elles édictent différents actes qui pourront être qualifiés de détachables du contrat et recevables lors d'un recours pour excès de pouvoir. Les assemblées délibérantes sont à ce titre qualifiées de sujets actifs. Qu'en est-il des membres composant ces assemblées ? Logiquement, les membres des assemblées délibérantes forment un tout indivisible avec cette assemblée. A ce titre, ils s'engagent avec l'assemblée dans le processus contractuel : ils participent directement au processus contractuel. Les membres des assemblées délibérantes sont des sujets actifs du cercle générateur.

La qualification de ces membres ne devrait pas poser de difficultés. Pourtant elle se confronte à celle communément admise : ces membres sont qualifiés de « tiers ». Cette qualification apparaît dans l'arrêt *Martin* ([1055]). En l'espèce, le requérant, membre d'une assemblée délibérante (un conseil général) demande l'annulation de délibérations prises par cette assemblée. Cet arrêt est interprété comme celui ouvrant aux « tiers » une voie de recours en matière contractuelle : « *il est particulièrement admis pour les tiers, qui ne peuvent engager un contentieux contractuel, limité aux parties au contrat : c'est spécialement pour eux que le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables est possible. Tel est le cas : des membres d'une assemblée locale dont la délibération est nécessaire pour autoriser la conclusion du contrat, qui se plaignent notamment de la méconnaissance de leurs prérogatives.* » ([1056]). Le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur cet arrêt utilisait lui-même la qualification de tiers pour justifier l'ouverture du recours : « *il n'y a donc, pour les tiers, d'autre juge que le juge de l'excès de pouvoir : si on déclare le recours*

[1055] CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.* p. 315.

[1056] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 90. Souligné par nous.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 181. « *Cette conception extensive de la détachabilité s'inscrit dans la philosophie générale du recours pour excès de pouvoir en vue d'ouvrir libéralement aux intéressés, et surtout aux tiers, la seule voie de recours qui permette de sanctionner l'illégalité commise dans la conclusion de tout contrat et ce, même si le contrat a été signé et mis à exécution*. »

A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, pp. 328-329 ; W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *AJDA* 2003, p. 586 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *RFDA* 2006, p. 29.

pour excès de pouvoir non recevable, il n'y a plus de juge » ([1057]). Cette qualification de « tiers » est critiquée ([1058]). Pouvons-nous estimer qu'un membre de l'assemblée délibérante «*se détache, du corps auquel il appartient lorsqu'il conteste les décisions prises par la majorité* » ([1059]) ? Suivant cette interprétation, ce membre serait qualifié de sujet passif, il serait bien qualifié de tiers. Cette interprétation semble toutefois trompeuse et nie l'action du membre au sein de l'assemblée même si son but est de ne pas faire aboutir la formation du contrat.

La qualification de sujets actifs ne doit pas être imposée d'office. Dans certaines espèces, un membre de l'assemblée délibérante peut recevoir la qualification de sujet passif. Il en va ainsi dans l'arrêt *Ville de Lisieux* ([1060]). Selon le commissaire du gouvernement Stahl, le requérant « *M. Fanton doit certainement se voir reconnaître intérêt pour contester, au nom de ses prérogatives de conseiller municipal, le recrutement par le maire de contractuels alors que le conseil municipal n'a pas préalablement créé les emplois correspondants* » ([1061]). Le requérant est un membre d'une assemblée délibérante qui n'a pas pu édicter les actes nécessaires à la formation des contrats contestés. L'espèce présente une absence d'intervention de l'assemblée dans le cercle générateur. A ce titre, le requérant ne peut être qualifié de sujet actif. Selon les faits rapportés, il n'a pas pu présenter son opposition à la formation des contrats tout comme l'assemblée délibérante. Le requérant doit donc être qualifié de sujet passif, il est tiers au noyau du cercle générateur.

La qualification des membres des assemblées délibérantes en sujet actif ou passif dépend uniquement des faits de l'espèce. Il convient de réaliser la qualification en fonction de différents éléments. Un membre empêché pour diverses raisons de participer à la formation de

---

[1057] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *Rec. CE*, p. 753. Souligné par nous.

[1058] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 26. « *A l'origine, il s'agissait de permettre le recours* […] *d'un membre de l'assemblée délibérante de cette collectivité contre la décision de conclure le contrat. L'analyse juridique de la situation de ces requérants est d'ailleurs délicates, puisqu'il ne s'agit pas à proprement parler de tiers :* […] *quant au membre de l'assemblée délibérante, il se détache, du corps auquel il appartient lorsqu'il conteste les décisions prises par la majorité.* » Souligné par nous.

[1059] *Ibid.*, p. 26.

[1060] CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. CE, p. 375, concl. Stahl, RFDA 1999, p. 128, concl. Stahl, note Pouyaud, AJDA 1998, p. 969, chron. Raynaud et Fombeur, JCP 1999, II, 10045, note Haïm.

V. : B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 254.

[1061] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 129.

la relation contractuelle peut être qualifié de tiers, même si l'assemblée délibérante a participé à cette formation. Si cette assemblée n'a pas pu participer à la formation du lien contractuel pour cause d'empêchement, elle sera qualifiée dans son ensemble de tiers. Dans une telle configuration, les membres de l'assemblée seront par conséquent qualifiés de tiers. Ces deux cas de figures sont finalement logiques. La difficulté pouvant être rencontrée concerne la qualification d'un membre ayant participé à la formation du contrat en s'y opposant. Un tel membre ne peut être qualifié de tiers de part son action sous forme d'opposition. Pour autant, la qualification de sujet actif peut paraître pour certains excessif et niant son opposition au projet.

II. La détermination des tiers purs

Le contrat peut se définir par son effet relatif issu de l'autonomie des volontés ([1062]). L'effet relatif produit deux conséquences : « *le contrat ne nuit point aux tiers et ne leur profite pas* » ([1063]). L'effet relatif implique que le contrat ne doit pas porter atteinte aux sujets passifs, il ne doit pas les obliger juridiquement alors que leur consentement n'a pas été recueilli ([1064]). « *Impossibilité d'invoquer une stipulation du contrat à son profit, interdiction pour le contrat de faire peser sur les tiers une obligation : tiers et contrat sont isolés comme deux entités parfaitement autonomes* » ([1065]). Le noyau du cercle générateur serait séparé des couches externes par une frontière infranchissable. Cette frontière infranchissable n'existe pas. L'effet relatif n'impose que l'absence d'effet obligatoire et non l'absence d'effet matériel qui peuvent atteindre les tiers ([1066]). Le contrat « *est cependant opposables aux tiers* » ([1067]). S'il ne peut obliger juridiquement les tiers, la contre partie réside dans le respect des tiers du lien contractuel. Les tiers ne doivent porter atteinte au lien contractuel. Cet effet relatif constituant un principe civiliste est applicable aux contrats administratifs ([1068]).

[1062] M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 577.

[1063] *Ibid.*, p. 577.

[1064] *Ibid.*, p. 577, 581.

[1065] *Ibid.*, p. 582.

[1066] *Ibid.*, p. 577. « […] *la restriction ainsi posée ne postule pas l'absence d'effet matériel d'un contrat sur les tiers mais seulement l'absence d'effet obligatoire.* »

[1067] *Ibid.*, p. 584.

[1068] *Ibid.*, pp. 578-579, 585.

Pourtant un contrat peut préjudicier aux tiers. Un sujet passif « *peut avoir à se plaindre des stipulations du contrat de concession de ce service* » ([1069]). Ses tiers pouvant être atteints se situent sur des couches proches du noyau. Une liste partielle de ses sujets passifs peut être établie : préfet, candidat évincé, usager, contribuable local ([1070]). « *Comme en droit civil, la distinction binaire des parties et des tiers est dépassée pour laisser la place à une classification plus complexe, où les tiers sont multiples et se distinguent en fonction de leur degré d'intérêt personnel vis-à-vis du contrat* » ([1071]). Le contentieux contractuel ne fait pas seulement intervenir les contractants excluant complètement les « tiers ». Bien au contraire, les différents sujets du cercle sont amenés à jouer un rôle au sein de ce contentieux. La classification complexe doit comprendre une acception élargie des sujets actifs, ainsi qu'une distinction délicate entre les différents sujets passifs.

A. L'exclusion des tiers intéressés

Certains auteurs définissent le « tiers intéressé » comme le tiers ayant établi « *une relation juridique antérieure avec les parties* » au contrat ([1072]). Ce n'est pas la définition que nous proposons de retenir. Les tiers intéressés se définissent comme des personnes étant intervenues dans le noyau du cercle générateur à un moment donné, c'est-à-dire pendant la formation du lien contractuel, lors de la conclusion du contrat ou pendant l'exécution de ce contrat, à l'exclusion du moment contentieux. Selon cette définition, trois catégories de personnes peuvent se voir qualifier de tiers intéressé : le préfet, les usagers du service public et les concurrents évincés ([1073]).

Nous proposons de nous intéresser au concurrent évincé. La notion de concurrent évincé est apparue dans l'arrêt *Ballande* ([1074]). Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Romieu propose d'étendre la jurisprudence de l'arrêt *Martin* à d'autres tiers :

[1069] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 179.

[1070] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 176 ; M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, p. 588.

[1071] M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, p. 591.

[1072] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *AJDA* 1998, p. 975.

[1073] V. Partie 2, Titre 2, p. 385 et suivvantes.

[1074] CE, 30 mars 1906, Ballande, Rec. CE, p. 279, concl. Romieu, RDP 1906, note Jèze.

ceux qui ont été écarté ou évincés de la procédure de conclusion du contrat ([1075]). Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables d'un contrat leur est alors ouvert ([1076]). Cette voie de droit est ouverte à de « *vrais tiers* » ([1077]). Jusqu'en 2007, nous aurions pu considérer que les candidats évincés ne se distinguaient pas de la catégorie des tiers purs puisque le recours pour excès de pouvoir est ouvert communément à ces deux catégories de tiers. Cependant l'arrêt *Société Tropic travaux* met fin à cet état du droit ([1078]). Il met fin au recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables d'un contrat conclu puisque le candidat évincé doit contester directement le contrat ([1079]). Il met en lumière l'apparition d'une nouvelle catégorie de requérants : les « *tiers « privilégiés »* » ([1080]), que nous proposons d'appeler tiers intéressés. M. Delvolvé justifie l'ouverture de la nouvelle voie de droit aux seuls candidats évincés en raison de leur qualité particulière : celle de « *cocontractant potentiel* », qualité que ne peuvent avoir les autres sujets passifs qui seront alors qualifiés de « *tiers « purs »*» ([1081]).

[1075] J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 280. « *Le recours n'est possible que de la part des soumissionnaires admis à prendre part à une adjudication*. » « *Mais il en est autrement lorsque des industriels ont été admis à prendre part à une adjudication. Ils peuvent alors former un recours contentieux. En effet, du moment qu'une adjudication a été ouverte régulièrement et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus de la liste de ceux qui sont appelés à déposer leur soumission : ils ont droit à ce que l'adjudication soit faite conformément à la loi, il sont donc qualité, n'étant plus les premiers venus, n'étant plus des tiers, pour former un recours, s'ils estiment qu'il a été procédé irrégulièrement* », p. 281.

[1076] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 528.

[1077] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 26. « *La situation est plus simple lorsque c'est un tiers par rapport au contrat – un vrai tiers, serait-on tenté de préciser – qui est admis à attaquer un acte détachable, solution que consacre l'arrêt du 30 mars 1906, Ballande, au profit d'un concurrent évincé.* »

[1078] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

[1079] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 255.

[1080] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 529.

[1081] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 331.

B. Les tiers purs

A côté des tiers intéressés et notamment des concurrents évincés, les contribuables intentent des actions à l'encontre des relations contractuelles ([1082]). Ces actions ont pour but de préserver les finances de la collectivité à laquelle ils se rapportent ([1083]). La catégorie des contribuables constitue la catégorie la plus représentative de tiers pur. En effet, un contribuable n'intervient ni dans la formation du lien contractuel, ni lors de son exécution. Par contre, il peut décider d'intenter des actions contentieuses. Au sein de cette catégorie, deux types de contribuables sont présents : les contribuables locaux et nationaux. Cette distinction a une importance pratique puisque leur sort quant à la recevabilité de leurs actions est différent. Un requérant pourra invoquer la qualité de contribuable local et être recevable à agir ([1084]). Alors qu'invoquer celle de contribuable national le rend irrecevable à agir ([1085]). Refuser une telle qualité n'est pas surprenant dans la mesure où l'action populaire n'est pas autorisée ([1086]). La qualité de contribuable national tendrait à produire les mêmes effets que l'action populaire.

Si les contribuables locaux constituent la principale catégorie de tiers purs requérants, d'autres tiers purs peuvent être identifiés. Il va ainsi des membres des assemblées délibérantes qui auront été empêchés de participer à la formation du lien contractuel. Si nous avons défini le tiers intéressé comme celui étant intervenu dans le cercle générateur, *a contrario* le tiers pur est celui n'y étant pas intervenu. En ce sens, les membres d'assemblée délibérante empêchés répondent à cette définition. S'ils sont « intéressés » par le lien contractuel, ils sont restés tiers pur par rapport à cette relation juridique ([1087]).

Une dernière question est issu de l'arrêt *Société Tropic travaux* et de son interprétation ([1088]). La création de la catégorie des candidats évincés a-t-elle une conséquence sur les définitions données aux tiers purs et intéressés ? M. Delvolvé relève que les personnes

[1082] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 176.

[1083] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 483.

[1084] *Ibid.*, p. 483.

[1085] CE, 13 février 1930, Dufour, Rec. CE, p. 176.

[1086] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 483.

[1087] Nous nous séparons ainsi de l'utilisation de l'expression « *tiers intéressé* » dans le commentaire de M. Pouyaud : D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, pp. 139-140.

[1088] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* p. 323.

n'étant pas qualifiées de candidat évincé, sont forcément des « *tiers purs* ». Il établit une liste partielle des personnes concernées : « *les membres des assemblées délibérantes (comme dans l'affaire Martin) dont l'autorisation est nécessaire pour que le contrat puisse être conclu* […] *les usagers du service public sur lequel porte le contrat, les contribuables locaux dont les impôts vont être accrus du fait des dépenses entrainées par le contrat, les groupements (associations, syndicats) ayant pour objet la défense des intérêts auxquels se rapporte le contrat* » ([1089]). Si nous reprenons cette liste en lui appliquant les qualifications proposées, nous obtenons une liste des « *tiers purs* » composée de sujets actifs, de tiers intéressés et de tiers purs. L'arrêt n'impose pas de désavouer les définitions proposées, il démontre finalement qu'en matière contractuelle il est particulièrement délicat d'établir des classifications strictes et rigides.

Au regard des constatations réalisées, le schéma n° 7 peut être proposé :

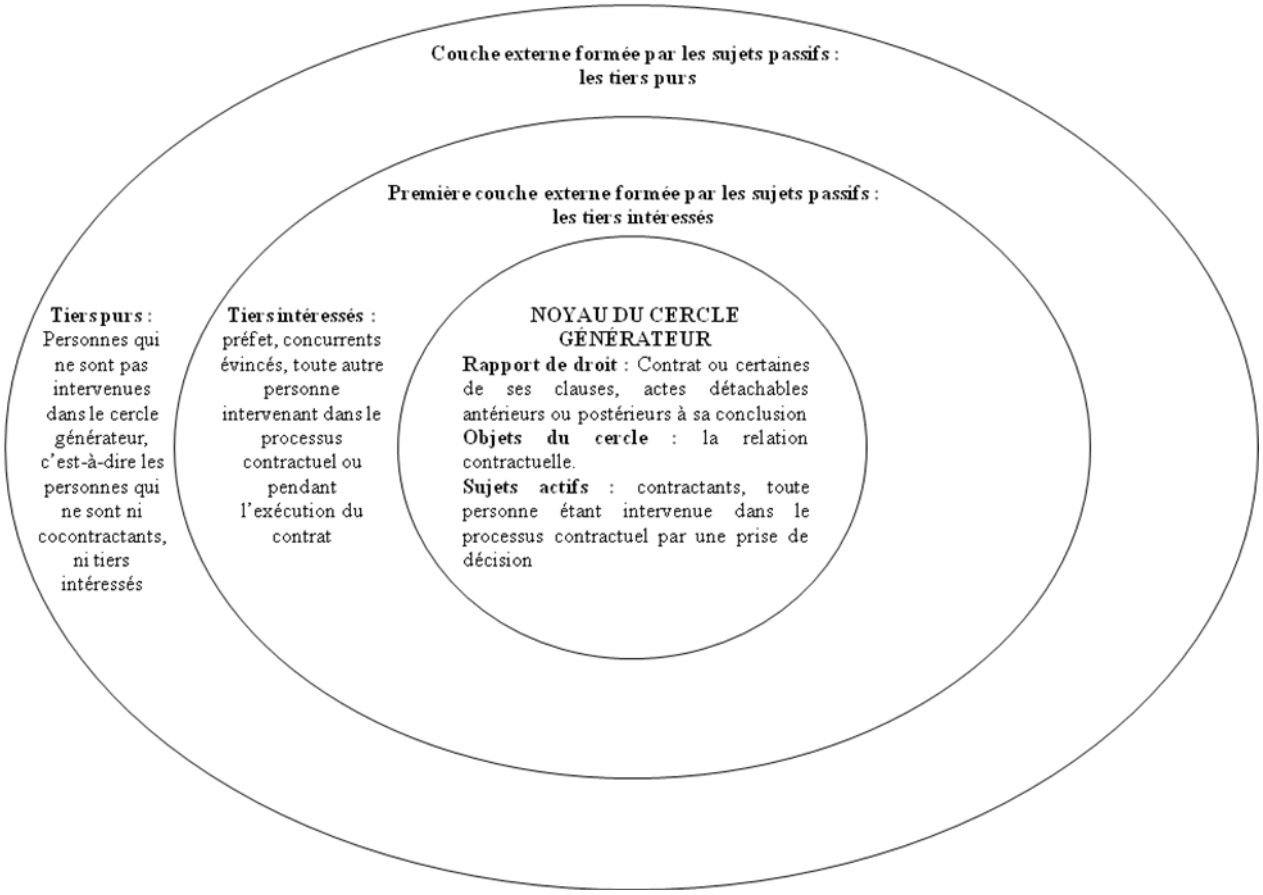

Schéma n° 7 : La répartition et la qualification des différents intervenants dans la relation contractuelle

[1089] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

Section 2 : L'action du tiers pur

Les contrats signés par les personnes publiques et leurs cocontractants doivent bénéficier comme tous les contrats d'une stabilité contractuelle préservant un cadre propice pour une exécution sereine. Cette stabilité est en partie garantie par l'obligation d'inviolabilité issue du cercle générateur. Cependant comme en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux, cette obligation n'est pas forcément respectée par les tiers purs. Le juge administratif a alors utilisé un moyen de limiter l'accès à son prétoire aux actions engagées par les tiers purs : seules les contestations à l'encontre des actes détachables du contrat sont recevables. Pour que la requête soit recevable dans son ensemble, il est exigé, comme dans le contentieux général des actes administratifs unilatéraux, que l'acte lèse le requérant, lui cause un grief lui donnant ainsi intérêt à agir ([1090]).

Ces dernières années, le juge administratif accepte la recevabilité d'actions à l'encontre directe de contrats. Par la notion de tiers pur, le juge réalise une régulation positive mais assez limitée de l'accès à son prétoire. D'abord très limitée, cette recevabilité s'étend peu à peu à l'ensemble du contrat, mais uniquement à des contrats déterminés. Malgré le souhait de préserver les relations contractuelles, l'effet relatif du contrat se retrouve atteint par l'évolution de la jurisprudence ([1091]). « *A plusieurs reprises le Conseil d'Etat a accepté d'infléchir sur ce point sa jurisprudence sans pour autant aller jusqu'au bout de la logique en la matière* » ([1092]). Encore aujourd'hui, l'accès au prétoire du juge administratif par le biais du recours pour excès de pouvoir à l'encontre directe de tout contrat administratif est fermé.

[1090] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 180.

[1091] M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 587.

[1092] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 861-862.

Avant de débuter l'étude contentieuse des actions engagées par les tiers purs, il convient de rappeler les voies de droit ouvertes en matière de contentieux contractuel. Deux juges se partagent le contentieux de la validité des contrats : le juge du plein contentieux et celui de l'excès de pouvoir ([1093]). « *En principe, les contrats ne font l'objet que de recours de plein contentieux, intentés par les parties, devant le juge du contrat ; le recours pour excès de pouvoir, en annulation, n'étant recevable que contre les actes unilatéraux, dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité* » ([1094]).

Le juge compétent en matière de contestation des tiers purs est celui de l'excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir est considéré comme un « *complément procédural du principe de légalité, le recours pour excès de pouvoir permet à l'administré qui est lésé par un acte unilatéral illégal d'en obtenir l'annulation*. » ([1095]). Les tiers purs peuvent engager des recours en excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat et être recevables depuis l'arrêt *Martin* du Conseil d'Etat ([1096]). A l'heure actuelle, si le recours en excès de pouvoir est toujours la seule voie de droit ouverte aux tiers purs, nous remarquons que les actes détachables ne sont plus les seuls actes contestables par ces tiers.

I. Une régulation positive par l'acte contesté

Les tiers purs peuvent engager des actions à l'encontre des relations contractuelles de nature administrative où l'un des contractants est une personne publique. La nature particulière de ces relations, être un accord de volonté donc engager non seulement la personne publique mais aussi la ou les personnes cocontractantes, fait naitre une préoccupation pour le juge administratif : préserver la stabilité juridique de ces relations. Cette préoccupation se confronte à celle de protéger le droit au recours des tiers purs qui peuvent être atteints dans leur situation personnelle. La régulation de l'accès au prétoire doit prendre en compte ces deux exigences. Elle peut alors être réalisée par le biais de l'intérêt à

[1093] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 168.

[1094] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, p. 358. « […] *le juge a considéré qu'en amont, ou le cas échéant en aval, existaient des actes unilatéraux détachables du contrat et justiciables de l'excès de pouvoir.* »

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 168.

[1095] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 168.

[1096] CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE, p. 749, concl. Romieu, D. 1907, III, 49, concl. Romieu, RDP 1906, p. 249, note Jèze, S. 1906, III, 49, note Hauriou, GAJA.

agir des requérants. Mais la matière contractuelle montre une particularité : si le requérant doit présenter un intérêt à agir recevable, ce n'est pas cet intérêt qui constitue l'élément régulateur. Le juge administratif régule l'accès à son prétoire par la recevabilité liée à l'acte contesté. D'un premier abord, il est difficile de remarquer l'existence d'un lien unissant l'acte contesté à la notion de tiers pur. L'examen de cette recevabilité montre pourtant l'intérêt porté par le juge au tiers pur. Ainsi d'une contestation des actes détachables, le juge a ouvert son prétoire à l'encontre de contestations directes du contrat, dans ses clauses ou dans son ensemble.

A. La contestation des actes détachables du contrat : juges de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat pour une protection des intérêts des tiers purs

L'intérêt d'ouvrir le prétoire aux contestations des relations contractuelles par les tiers apparait au début du XX^{e} siècle avec l'arrêt *Martin*. Une prise de conscience a amené le juge administratif à permettre la recevabilité de certaines actions, même si cette contestation est limitée. Toujours dans le souhait de protéger les relations contractuelles, le juge n'a pas admis les contestations directes à l'encontre des contrats. Pourtant au XIX^{e} siècle, le recours pour excès de pouvoir était ouvert à l'encontre des contrats ([1097]). En l'état actuel du droit, le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats est irrecevable ([1098]). Cependant le juge administratif a permis aux tiers de contester les actes qui en sont détachables pour ensuite en tirer toutes les conséquences pertinentes.

[1097] CE, 14 février 1842, Chevassus, Rec. CE, p. 56.

P. LANDON, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, 1942, p. 44.

[1098] D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, pp. 14-16 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^{e} éd., 2001, p. 477 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, Thémis Droit, 2^{e} éd., 2009, pp. 278-279 ; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4^{e} éd., 1946, p. 117.

A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, LGDJ, 1956, p. 323. L'auteur expose différentes justifications à cette irrecevabilité. Ces justifications seront étudiées ci-dessous. Cependant, nous proposons d'en énumérer certaines : le recours pour excès de pouvoir n'est recevable qu'à l'encontre des actes unilatéraux, alors que le contrat est, au moins, un acte bilatéral ; il n'est recevable qu'à l'encontre d'actes émanant d'« *autorités administratives* ». De plus, l'exception du recours parallèle s'oppose à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, alors que le contrat fait l'objet d'un contentieux devant le juge du contrat.

1. Une contestation classique : le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables

Les relations contractuelles doivent être stables. Il revient au juge administratif d'assurer cette stabilité juridique en limitant les possibilités de contestations des tiers. L'accès au prétoire ne doit cependant pas être restreint. Les tiers doivent avoir un droit de regard sur les contrats pouvant porter atteinte à leur situation personnelle. Un équilibre est à trouver entre ces deux exigences. Le juge utilise l'examen de la recevabilité des requêtes pour réaliser cette conciliation nécessaire. Evidemment, l'intérêt à agir entre en considération permettant, comme nous l'avons déjà observé, de réaliser un tri au sein des tiers purs recevables. A la différence du contentieux général de la contestation des actes administratifs unilatéraux, le juge utilise principalement la recevabilité liée à l'acte contesté pour réguler l'accès à son prétoire.

Les « *tiers ne dispos*[ent] *pas de l'action contractuelle* » ([1099]), « *l'intérêt de la stabilité des contrats administratifs supposés nécessaires au bon fonctionnement des services publics prime sur le respect de la légalité* » ([1100]). Seuls les contractants peuvent saisir le juge du contrat. La voie du recours de pleine juridiction est fermée aux tiers. Il leur reste la voie de l'excès de pouvoir. Ce recours pour excès de pouvoir est irrecevable à l'encontre des contrats afin de préserver les relations contractuelles acquises ([1101]). Cette irrecevabilité et donc cette fermeture du prétoire se justifie par les caractéristiques du recours pour excès de pouvoir ([1102]), et à l'effet relatif des contrats : « *le contrat ne profite pas aux tiers, ce qui*

[1099] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 88.

[1100] M.-C. VINCENT-LEGOUX, note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, *RFDA* 2007, p. 951.

[1101] CE, 22 avril 1988, Labit, inédit au Lebon, RDP 1988, p. 1457 ; CE, 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne, Rec. CE, T., p. 638, RFDA 1997, p. 349, note Delvolvé. P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 358 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 179 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, p. 386 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *RFDA* 2006, p. 25 ; M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 117.

[1102] M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, p. 581. « *L'irrecevabilité de tout recours d'un tiers formé directement à l'encontre d'un contrat s'explique par deux considérations convergentes qui sont le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir*

signifie que les tiers à un contrat ne peuvent invoquer à leur profit des dispositions d'un contrat » ([1103]). Historiquement le juge administratif permettait de contester les actes de formations antérieurs à la conclusion du contrat. Dès sa conclusion, ces actes formaient alors un ensemble indivisible avec le contrat. Les recours à leur encontre devenaient irrecevables ([1104]). Il s'agissait de la théorie du « *tout indivisible* » constituant un « *grave inconvénient* » pour les tiers privés de toute action ([1105]).

Le juge administratif a alors ouvert son prétoire à la contestation des actes détachables du contrat. Le premier arrêt en la matière concerne la contestation d'un acte préparatoire à un contrat de droit de privé ([1106]). Le juge administratif a ensuite admis un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte détachable d'un contrat administratif : une délibération d'un conseil général relative à une concession de tramways ([1107]). Le requérant, un conseiller général, conteste plusieurs délibérations estimant qu'elles ont été prises en méconnaissance des prérogatives appartenant à l'assemblée délibérantes ([1108]). Ce requérant est un sujet actif du cercle générateur.

---

et l'effet relatif de la convention qui s'oppose à ce que les tiers puissent saisir le juge du contrat. Si cette fermeture du contentieux contractuel aux tiers connaît des aménagements importants, le principe demeure pleinement en vigueur. »

[1103] *Ibid.*, p. 581.

[1104] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *Rec. CE*, p. 751. « […] *les actes administratifs, délibérations de corps électifs ou actes de tutelle qui concourent à former un contrat, ne peuvent être attaqués et annulés pour excès de pouvoir, en tant qu'actes administratifs, que autant que le contrat n'est pas encore définitif ; une fois, au contraire, que le contrat est devenu définitif par l'approbation de l'autorité supérieure et qu'il est en cours d'exécution, les actes administratifs se trouvent incorporés au contrat lui-même, en font parties intégrantes, et ne peuvent plus en être détachés au point de vue des recours contentieux dont ils seraient individuellement susceptibles.* »

[1105] P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, A. Pedone, 1952, pp. 201-202.

[1106] CE, 11 décembre 1903, Commune de Gorre, Rec. CE, p. 771, S. 1906, III, 49, note Hauriou.

[1107] CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.* p. 328.

[1108] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.*, p. 750. « *Les membres des corps électifs, conseillers municipaux ou généraux, ne sont pas recevables en principe à attaquer, en cette seule qualité, les délibérations des corps dont ils font partie. Mais cette règle souffre une exception : c'est le cas où le requérant fonde son recours sur une atteinte portée à ses droits ou prérogatives en tant que membre de ce corps ; il a le droit, comme représentant de ses électeurs, à ce que les délibérations de l'assemblée à laquelle il appartient, soient prises dans les conditions extrinsèques de légalité fixées par la loi*. »

L'arrêt *Martin* est important en raison des conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement Romieu : « *nous croyons qu'il y a lieu, à cet effet, de distinguer entre le cas où le recours pour excès de pouvoir contre l'un des actes administratifs sur lequel repose le contrat, est formé par l'un des contractants et le cas où ce recours est formé par des tiers* » ([1109]). Cette voie de droit est créée pour des requérants particuliers : les « tiers » ([1110]). Le commissaire du gouvernement concevait une prescription de l'irrecevabilité des actions engagées par le cocontractant. Cette prescription a été suivie ([1111]), mais finalement elle a été abandonnée ([1112]). La jurisprudence *Martin* permet aux « tiers » de contester les actes détachables du contrat par le biais du recours pour excès de pouvoir ([1113]).

Le théorie de l'acte détachable se définit en ces termes : « *l'acte est considéré comme détachable et le recours en excès de pouvoir est recevable si le requérant ne peut trouver dans le contentieux relevant de l'autre juridiction le moyen de résoudre le litige dans des conditions semblables à celles que lui aurait procurées l'exercice du recours en excès de pouvoir* » ([1114]), « *lorsqu'il est fait application de cette méthode, le caractère détachable ou non détachable des actes, et, partant, la recevabilité du recours en excès de pouvoir est affirmé à l'égard de tous sans qu'il y ait lieu de considérer la situation des requérant vis-à-vis du contentieux dont il s'agit, l'existence ou l'absence à leur profit d'une autre voie de droit dans ce contentieux* » ([1115]).

Les actes détachables d'un contrat sont des « *décisions prises au cours de la procédure de passation du contrat, et qui sont considérées comme ayant une individualité, se*

[1109] *Ibid.*, p. 752.

[1110] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 180. « *La seule innovation se trouvait dans les conclusions de Romieu selon lesquelles le recours pour excès de pouvoir n'était recevable que de la part des tiers, à l'exclusion des cocontractants qui peuvent saisir le juge du contrat*. »

[1111] CE, 28 novembre 1954, Syndicat de raffinerie de soufre française, Rec. CE, p. 620.

[1112] CE, 4 février 1955, Ville de Saverne, Rec. CE, p. 73.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 180.

[1113] J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 281. « *Ce sera un recours en excès de pouvoir*. »

D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs, *op. cit.*, pp. 17-19 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 279-280 ; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, pp. 202-203.

[1114] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1984, p. 148.

[1115] *Ibid.*, pp. 148-149.

« détachant » du contrat. » ([1116]). Dès que l'acte est déclaré détachable, la seule exigence est que cet acte ait un caractère administratif ([1117]). Ainsi les requérants peuvent contester les actes détachables d'un contrat, que ce contrat soit de droit commun ou administratif ([1118]). Le juge a une conception peu stricte quant à la forme de l'acte détachable. Il admet qu'il soit par exemple, purement « *intellectuel* » ([1119]). Il en va ainsi pour : « *la « décision de signer » qui se manifeste par le fait même de la signature* » ([1120]). Si l'acte est déclaré détachable et peut alors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il faut évidemment que cet acte lèse le requérant pour que la requête soit déclarée recevable ([1121]). Enfin, le recours est ouvert pendant un délai contentieux de deux mois, mais ce délai ne court que dès la mise en œuvre des mesures de publicité. Or les actes détachables sont rarement publiés. Les requérants ne peuvent alors se voir opposer des délais pour agir. Ce fait augmente considérablement l'instabilité des relations contractuelles ([1122]).

Les actes détachables du contrat sont de deux types. La distinction entre les deux catégories se réalise par un critère temporel. Nous séparons les actes en fonction du moment de leur édiction : avant ou après la signature du contrat. Les tiers purs peuvent contester les actes détachables antérieurs à la conclusion du contrat ([1123]), c'est-à-dire les « *actes supports du contrat* » ([1124]). La principale critique faite à la théorie des actes détachables du contrat concerne le caractère réellement unilatéral de ces actes. Les actes détachables traduisent la volonté de l'un des contractants. En ce sens, ce sont bien des actes unilatéraux puisqu'ils sont

---

[1116] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 386.

[1117] CE, 29 avril 1994, GIE Groupetubois, Rec. CE, T., p. 786.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 180.

[1118] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 90 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 477 ; A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, pp. 293-294 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 180.

[1119] CE, 9 novembre 1934, Chambre du commerce de Tamatave, Rec. CE, p. 1034.

[1120] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 181.

[1121] *Ibid.*, p. 180.

[1122] *Ibid.*, p. 180.

[1123] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, p. 370 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 517 ; A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 324.

[1124] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 324.

l'œuvre d'une seule personne ([1125]). Cependant, « *ces actes sont isolés du contexte contractuel dans lequel ils prennent place et sens et regardés comme imputables à la seule personne publique qui les prend. On « oublie » qu'ils n'interviennent que pour permettre au consentement de la personne publique en cause de rencontrer celui d'une autre personne (privée ou publique, peu importe ici) en vue de la conclusion du contrat* » ([1126]). Le caractère décisoire peut aussi poser des difficultés. « *On peut ajouter que ces actes, à les supposer même unilatéraux, ne sont certainement pas décisoires : il s'agit d'actes préparatoires d'un engagement qui, quant à lui, ne prendra effet qu'à rencontrer celui de l'autre partie* » ([1127]). Les actes détachables du contrat pris avant sa conclusion ne devraient pas faire l'objet de recours puisqu'ils ne sont pas unilatéraux, ou s'ils sont considérés comme tels, ils ne sont pas décisoires puisque préparatoires à la décision finale. Le juge administratif fait alors « *preuve d'un optimisme singulier (ou plutôt n'envisager les choses que du point de vue des conséquences de l'arrêt, c'est à savoir l'élargissement de la recevabilité)* » ([1128]). Il faut féliciter l'esprit ouvert du juge qui a permis aux tiers de pouvoir contester ces actes, même si cela a conduit à réaliser une césure paradoxale au sein de la formation des relations contractuelles.

Les tiers peuvent ensuite contester les actes détachables postérieurs à la conclusion du contrat ([1129]). Ces actes sont des mesures d'exécution du contrat concernant sa modification ou son terme ([1130]). Ils ne sont pas tous

---

[1125] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1982, p. 416.

[1126] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 25.

[1127] *Ibid.*, p. 25.

[1128] *Ibid.*, p. 25.

[1129] CE, 24 avril 1964, Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales privées, Rec. CE, p. 239, AJDA 1964, p. p. 308, concl. Combarnous, D. 1965, p. 665, note Debbasch, CJEG 1965, J, 169, note Carron.

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 374. « *Le recours pour excès de pouvoir des seuls tiers cette fois-ci est aussi recevable contre les décisions d'exécution du contrat* […]. »

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2, op. cit.*, p. 158 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, pp. 517-519 ; A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3, op. cit.*, pp. 343-344.

[1130] CE Ass., 2 février 1987, Société TV 6, Rec. CE, p. 29, RFDA 1987, p. 29, concl. Fornacciari, AJDA 1987, p. 314, chron. Azibert et de Boisdeffre.

contestables ([1131]). Ainsi le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat afin de prononcer la nullité du contrat, acte postérieur à la formation du contrat, ne constitue pas un acte détachable dudit contrat et donc insusceptible de recours ([1132]). Leur contestation devant le juge de l'excès de pouvoir parait moins problématique que celle des actes support du contrat puisqu'il s'agit « *de décisions intervenues pour le compte d'une des parties quant à l'exécution de l'acte issu de la volonté commune* » ([1133]). Leur caractère unilatéral est plus facilement reconnu ([1134]).

Au-delà de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, les tiers doivent invoquer des moyens d'annulation ([1135]). Ces moyens sont doubles ([1136]). Ils peuvent être tirés d'un vice interne à l'acte détachable, ce vice touchant sa légalité externe ou interne ([1137]). Ils peuvent aussi être issus de l'illégalité du contrat ([1138]). Pour être recevables, ces moyens ne peuvent pas être fondés sur la violation d'une disposition contractuelle ([1139]). S'il y a illégalité, le juge

---

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 374 ; W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *AJDA* 2003, p. 586 ; J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 866.

[1131] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 587.

[1132] CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunellois, Rec. CE, p. 464, LPA 19 mai 2009, p. 19, note Brenet.

[1133] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 26.

[1134] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 586. « *Ils gravitent donc autour de la sphère contractuelle sans prendre la forme d'une clause*. »

[1135] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, pp. 330-331.

[1136] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 182. « *Le recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable, comme tout recours pour excès de pouvoir, doit reposer sur des moyens de légalité, mais, alors même que l'objet du recours est d'obtenir l'annulation du seul acte détachable, l'illégalité invoquée peut être aussi bien propre à l'acte attaqué que dérivée de celle du contrat.* »

[1137] *Ibid.*, p. 182.

[1138] *Ibid.*, pp. 183-185. « *Le contrat peut d'abord être illégal parce que le consentement des parties est entaché d'un vice, mais il peut aussi l'être parce qu'il est contraire à une règle du droit objectif. Le juge de l'excès de pouvoir est donc amené à confronter le contrat lui-même à la légalité.* […] *La cause la plus fréquente d'annulation tient cependant à la violation des règles de procédure, et notamment des règles de publicité et de mise en concurrence.* »

[1139] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 331.

administratif a la possibilité de prononcer une annulation partielle ou totale ([1140]). Si l'annulation est prononcée, l'acte détachable du contrat disparaît rétroactivement ([1141]). La caractéristique de l'annulation contentieuse par le biais du recours pour excès de pouvoir est respectée ([1142]). Cependant, « *le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte détachable du contrat est susceptible de provoquer l'annulation de cet acte et de lui seul* » ([1143]). Pourtant cette annulation a forcément une influence sur la validité du contrat.

Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat est fondé sur une fiction : la détachabilité d'actes. Il permet aux tiers de pouvoir contester la relation contractuelle, même si ce recours ne leur est pas exclusivement réservé ([1144]). « *Il s'agissait de permettre à des tiers à un contrat de bénéficier, malgré l'absence d'action contractuelle, d'une voie de recours contre les actes qui ont acheminé les parties à la formation du contrat* » ([1145]). Ce recours est ainsi largement ouvert aux tiers ([1146]), « *c'est du reste essentiellement en leur faveur qu'a été abandonnée la jurisprudence du tout indivisible* » ([1147]). Il permet d'éviter tout déni de justice ([1148]), et permet alors une protection contre l'arbitraire, puisque les tiers peuvent agir quelque soit le mode d'action utilisé par la

---

[1140] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 370-371 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 185.

[1141] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 371.

[1142] CE, 26 décembre 1925, Rodière, Rec. CE, p. 1065, RDP 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador, S. 1925, III, 49, note Hauriou, GAJA.

[1143] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 587.

[1144] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3, op. cit.*, p. 329.

[1145] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 586.

[1146] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3, op. cit.*, pp. 328-329.

[1147] *Ibid.*, p. 328.

[1148] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.*, p. 752. « *La théorie, on le voit, procède d'une pensée très exacte et fort louable, mais a une portée singulièrement restrictive des droits des citoyens : non seulement elle comporte des complications de procédure parfois inutiles, mais elle peut même dans certains cas aboutir à de véritables dénis de justice.* » « *Il n'y a donc, pour les tiers, d'autre juge que le juge de l'excès de pouvoir : si on déclare le recours pour excès de pouvoir non recevable, il n'y a plus de juge* », p. 753.
P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin, op. cit.*, p. 29.

personne publique : voie contractuelle ou voie unilatérale ([1149]). Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables répond à la philosophie générale du recours en excès de pouvoir : permettre à de nombreux requérants de protéger la légalité administrative ([1150]).

Par ces développements, nous avons tenté de démontrer que la notion de tiers pur n'est pas utilisée par le juge administratif, il se fonde uniquement sur le caractère détachable ou non de l'acte contesté. D'ailleurs, le juge administratif ouvre ce recours non seulement aux tiers purs mais aussi à certaines personnes pouvant être qualifiées de sujets actifs comme dans l'arrêt *Martin*. La notion de tiers n'est cependant pas absente en la matière puisque le juge administratif a ouvert cette voie de recours pour leur offrir la possibilité de contester des relations contractuelles leur portant atteinte. Finalement, la notion de tiers et celle de tiers pur n'ont que peu d'influence en ce qui concerne les recours à l'encontre des actes détachables du contrat, dès le moment où le juge administratif a admis historiquement de tels recours, le juge régulant l'accès à son prétoire par la combinaison de l'intérêt à agir et de la nature de l'acte détachable contesté. Ce recours n'est pas spécifiquement ouvert aux tiers purs en raison de la vision extensive du juge administratif quant à la notion de « tiers ». Le tiers pur constitue la « base » des requérants possédant une action à l'encontre des relations contractuelles, une sorte de standard minimum ([1151]).

[1149] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 30. « *La lutte contre l'arbitraire est ici clairement une préoccupation commune au Conseil d'Etat et à la Cour européenne des droits de l'homme : là où la seconde refuse d'adopter une solution qui permettrait aux Etats de déterminer à leur guise l'étendues de leurs obligations conventionnelles, le premier entend fermer la possibilité pour l'Administration de faire dépendre l'accès au juge de son propre comportement*. »

[1150] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 181. « *Cette conception extensive de la détachabilité s'inscrit dans la philosophie générale du recours pour excès de pouvoir en vue d'ouvrir libéralement aux intéressés, et surtout aux tiers, la seule voie de recours qui permette de sanctionner l'illégalité commise dans la conclusion de tout contrat et ce, même si le contrat a été signé et mis à exécution*. »

[1151] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Droit privé, 1999, pp. 60-64.

2. De l'effet platonique des annulations contentieuses à « *l'épée de Damoclès* » pesant sur les contractants

La contestation de l'acte détachable du contrat a conduit à son annulation. Quelles seront les répercussions sur le contrat ? Logiquement, si le contrat n'est pas conclu, il ne peut l'être sans violer la chose jugée. Si l'acte annulé est un acte préalable à la conclusion du contrat en ayant un rôle essentiel dans cette conclusion, le contrat devrait être remis en cause ([1152]). Si l'acte annulé est l'autorisation de contracter, le contrat conclu doit disparaître puisqu'il n'a pas pu être régulièrement conclu. Toutefois, cette logique s'est confrontée à la séparation des juges de l'excès de pouvoir et du contrat : l'annulation de l'acte détachable n'entraine pas automatiquement l'annulation du contrat. Les conclusions Romieu sur l'arrêt *Martin* relevaient l'effet platonique de telles annulations : « *les annulations pour excès de pouvoir n'ont, dans bien des cas, qu'un caractère purement platonique : le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché ; il n'a pas à se préoccupé des conséquences, positives ou négatives, de son jugement* » ([1153]). Le commissaire du gouvernement avait d'ailleurs réitéré son propos l'année suivante dans l'arrêt *Ballande* ([1154]). L'annulation d'un acte détachable du contrat n'est pas censé avoir de répercussion sur le contrat lui-même ([1155]). D'autant plus qu'en matière de contestation d'actes pris avant la conclusion du contrat, leur annulation intervient principalement alors que ledit contrat est en cours d'exécution ([1156]). Le juge administratif a réalisé un choix entre la protection de la légalité et la garantie de la stabilité des relations

---

[1152] P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, A. Pedone, 1952, p. 203.

[1153] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.*, pp. 753-754. « *Cette annulation ne peut porter que sur les actes administratifs en eux-mêmes et ne saurait entrainer ipso facto, la rupture du lien contractuel entre les parties.* » « *Cette annulation n'aura et ne pourra avoir par elle-même aucun effet direct sur le contrat auquel le juge de l'excès de pouvoir ne peut toucher : les parties resteront liées tant que le juge du contrat n'aura pas été saisi par l'une d'elles d'une demande en résiliation ou en indemnité*. »

[1154] J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 281. « *La circonstance que le contrat est en cours d'exécution n'empêchera pas que le requérant soit recevable, car l'annulation de l'adjudication pour excès de pouvoir ne rompra point le contrat.* »

[1155] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 477 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 254.

[1156] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 177.

contractuelles ([1157]). Cependant, « *lorsque des actes administratifs, délibérations, approbations, ont abouti à la conclusion d'un contrat, les irrégularités dont ces actes se trouveraient entachés seraient évidemment de nature à nuire à sa validité ; mais il importe avant tout de sauvegarder les droits qui ont pu naitre de l'exécution du contrat et de les laisser en conséquences sous la protection du juge de ce contrat : c'est ce juge qui seul pourra apprécier les obligations des contractants, dire si le lien contractuel doit subsister ou non, et dans quelles limites, en un mot statuer sur la validité du contrat et, le cas échéant, en prononcer la nullité ; sa compétence à cet égard est absolue et limite celle du juge de l'excès de pouvoir, qui s'arrête nécessairement au seuil du contrat lui-même sans pouvoir en connaître à aucun degré* » ([1158]). La matière contractuelle présente la particularité de se diviser en deux contentieux séparés : l'excès de pouvoir qui concerne l'annulation des actes détachables du contrat et le juge du contrat inaccessible aux tiers qui a une compétence exclusive pour prononcer la nullité d'un contrat ([1159]). L'effet platonique de ces annulations est décrié. Il est difficile de concevoir que le juge de l'excès de pouvoir ne puisse tirer toutes les conséquences logiques de ses décisions ([1160]).

La Section du rapport et des études du Conseil d'Etat saisie de cette question propose la procédure à suivre en cas d'annulation : « *selon une jurisprudence ancienne, l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir, à la demande d'un tiers d'un acte détachable du contrat, n'a par elle-même aucun effet direct sur ce contrat : celui-ci demeure la loi des parties et son exécution dans l'intérêt du service peut en principe être poursuivie* ». La personne publique doit saisir le juge du contrat afin de prononcer la nullité du contrat. Elle peut aussi décider de résilier elle-même ce contrat. Toutefois il est essentiel de tirer les conséquences de l'annulation en présence d'un juge ([1161]). L'annulation d'un acte détachable a une incidence

[1157] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 371 ; W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 587 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 185.

[1158] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.*, p. 751.

[1159] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 693.

[1160] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 30.

J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 867.

[1161] CE, 25 janvier 1989, Avis, EDCE 1989, n° 41, p. 127, CJEG 1991, note Pacteau.

CE, 24 mai 2001, Avrillier, Rec. CE, T., p. 1054.

effective sur la nullité pouvant être prononcée par le juge du contrat ([1162]). Cette procédure contredit un arrêt du Conseil d'Etat, *Société l'énergie industrielle* ([1163]). Selon cet arrêt, « *l'annulation de l'acte détachable rompt, ipso facto, le lien contractuel qui est censé n'avoir jamais pris naissance, et cela sans qu'un nouveau recours soit nécessaire* » ([1164]).

Prononcer la nullité ou résilier le contrat n'est pas forcément la solution opportune. Des circonstances diverses peuvent imposer la poursuite du contrat ([1165]). La poursuite de l'intérêt général est évidemment une cause pouvant imposer cette poursuite ([1166]). L'annulation de l'acte détachable peut enfin être sans aucune incidence, sans effet sur la formation ou l'exécution du contrat ([1167]).

Lors d'une annulation d'un acte détachable du contrat, il revient à la personne publique d'en tirer les conséquences sous contrôle du juge. Le tiers pur est absent de cette procédure. La personne publique doit déterminer le retentissement de l'annulation sur le contrat : différents éléments sont à prendre en compte. Il s'agit de « *deux critères essentiels qui sont, d'une part et à titre principal, le motif qui a justifié l'annulation de l'acte détachable, d'autre part et subsidiairement, la nature et le degré du lien existant entre le contrat et cet acte* » ([1168]). Le motif de l'illégalité est prépondérant ([1169]). L'acte détachable va être annulé soit en raison d'un vice interne à cet acte, soit en raison d'une illégalité présente dans le contrat. Il revient alors de différencier plusieurs situations. Si le vice dépend du contrat, sa nullité doit évidemment être tirée de l'annulation de l'acte détachable qui n'avait pour objet que de dénoncer ce vice ([1170]). Si le vice est interne à l'acte détachable, il convient

---

[1162] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 332.

[1163] CE Sect., 1er mars 1946, Société l'énergie industrielle, Rec. CE, p. 66.

[1164] P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, *op. cit.*, p. 207.

[1165] CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, Rec. CE, p. 501, CJEG 2004, p. 246, concl. Piveteau, BJCP 2004, n° 33, p. 136, concl. Piveteau, AJDA 2004, p. 394, obs. Dreyfus. « *Considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat*. »
R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 693 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 186.

[1166] CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *op. cit.*

[1167] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 186.

[1168] M. POCHARD, concl. sur CE, 1er octobre 1993, Société Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas, *AJDA* 1993, p. 812.

[1169] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 187.

[1170] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 694.

alors d'observer le degré de rapport existant entre le contrat et l'acte détachable ([1171]). Plus ce rapport est direct, plus le contrat doit emporter la nullité ([1172]). En pratique, les juges considèrent majoritairement que l'annulation d'un acte détachable implique la nullité du contrat sans forcément prendre en considération les recommandations faites par le Conseil d'Etat, c'est-à-dire notamment les considérations liées à la « bonne administration » ([1173]).

Si la voie de la nullité prononcée par le juge du contrat parait être la voie apportant le plus de garanties, le tiers pur, auteur du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable ne peut saisir lui-même le juge du contrat. Ainsi si la personne publique ne tire pas elle-même les conséquences de cette annulation, il peut lui demander de le faire. Le tiers pur, confronté à un refus, peut demander au juge administratif de prononcer une astreinte à l'encontre de la personne publique ([1174]). A la différence du droit privé, les tiers ne peuvent demander au juge de prononcer la nullité du contrat ([1175]). Ils n'ont finalement qu'un rôle de déclencheur de la procédure.

Cette procédure est toutefois longue et potentiellement décourageante ([1176]). Elle est aussi marquée « *par le fameux « fossé » séparant le juge de l'excès de pouvoir du juge du contrat* » ([1177]). Ce « fossé » empêche les interactions entre ces deux juges. L'effet platonique

---

[1171] D. PIVETEAU, concl. sur CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *op. cit.*, p. 247. « *Il faut en premier lieu, et c'est une évidence, que l'acte annulé entretienne une suffisante proximité avec le contrat. Autrement dit, que le contrat n'ait pas pu exister sans l'acte en question.* »

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 187.

[1172] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 694.

[1173] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 188.

[1174] CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, Rec. CE, p. 430, concl. Schwartz, RFDA 1994, p. 1090, concl. Schwarz, note Pouyaud, AJDA 1994, p. 914, chron. Touvet et Stahl.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 695.

[1175] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 434.

[1176] V. pour exemple : CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, Rec. CE, p. 430, concl. Schwartz, RFDA 1994, p. 1090, concl. Schwartz, note Pouyaud, AJDA 1994, p. 914, chron. Touvet et Stahl ; CA Riom, 28 mars 1996, Mme Henriques, Commune de Moulins et Epoux Lopez, AJDA 1998, p. 167, note Fatôme et Leveneur, RFDA 1997, p. 355, note Pouyaud ; Cass, Civ. 1ère, 12 novembre 1998, Commune de Moulins, RFDA 1999, p. 147, note Pouyaud.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 188-189.

[1177] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 30.

perd ainsi de son ampleur avec l'effet déclencheur des actions des tiers purs ([1178]). L'effet est de plus en plus atténué depuis l'introduction de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative. Le tiers pur peut demander une injonction à fin de nullité lors de sa requête en excès de pouvoir ([1179]). Si l'injonction parait être la solution mettant fin à l'effet platonique des annulations contentieuses, elle n'est pas la solution ultime. Le juge ayant annulé l'acte peut refuser de prononcer l'injonction à fin de nullité ([1180]). Le Conseil d'Etat rappelle « *que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général* » ([1181]). Seulement après avoir réalisé un bilan des intérêts en présence, le juge administratif statuera sur l'opportunité d'une telle injonction.

A côté de ces solutions contentieuses, les deux autres solutions sont aux mains des contractants. Premièrement, ils peuvent régulariser la situation ce qui permet d'allier légalité et respect de la relation contractuelle acquise ([1182]). Deuxièmement, les contractants peuvent constater eux-mêmes, sans l'intervention du juge du contrat, la nullité par voie conventionnelle ([1183]), ou prononcer la résiliation du contrat ([1184]). La voie de la résiliation

---

[1178] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 478.

[1179] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 189 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin, op. cit.*, p. 30.

[1180] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 189.

[1181] CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *op. cit.* p. 340.

[1182] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 190. « *L'existence d'une possibilité de régularisation est au cœur de la démarche du juge de l'injonction.* » « *Si le contrat peut se poursuivre, c'est à condition d'être régularisé, ce qui implique que le contrat est illégal, mais que pendant une période transitoire, le maintien du contrat illégal est admis.* »

[1183] *Ibid.*, pp. 190-191.

[1184] CE, 3 décembre 1997, Avis, Avrillier, AJDA 1998, p. 169, obs. Richer. « *Au plan des principes, si l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir, à la demande d'un tiers, d'un acte détachable du contrat n'a, par elle-même, pas effet direct sur ce contrat qui demeure la loi des parties et dont l'exécution, dans l'intérêt du service public peut, en principe, être poursuivie, sous réserves des droits à indemnité des tiers requérants, il appartient cependant à l'administration d'apprécier si, eu égard aux motifs de la décision d'annulation de l'acte détachable, l'exécution du contrat peut être poursuivie jusqu'à son terme, ou si le contrat doit être résilié.* »

peut paraitre critiquable puisqu'elle suppose l'existence d'un contrat, or d'un point de vue purement juridique, il se peut que ce contrat n'existe plus ([1185]). Les annulations n'ont pas automatiquement vocation à entrainer la nullité du contrat. Une régularisation ou un remplacement de l'acte détachable annulé peut être envisagés ([1186]). Si l'acte est essentiel dans le processus de formation du lien contractuel, la nullité du contrat doit être demandée, mais sa résiliation peut tout de même être prononcée. Si un remplacement ou une régularisation concernant un acte détachable dont l'annulation aurait entrainé la nullité du contrat peut être réalisé. Une nouvelle négociation du contrat a lieu. Nous considérons qu'il s'agit d'un seul et même contrat, malgré cette renégociation le même contrat se poursuit ([1187]).

« *Il faut reconnaître ensuite que pour le justiciable, la procédure ressemble à une étrange course d'obstacles : il doit songer d'abord à la distinction des contentieux et choisir le bon prétoire pour y présenter des conclusions recevables ; s'il obtient l'annulation de l'acte détachable, il doit songer à présenter, immédiatement ou plus tard, des conclusions au juge de l'exécution afin de contraindre l'administration à saisir le juge du contrat, lequel constatera peut-être, eu égard au motif qui justifie l'annulation pour excès de pouvoir, la nullité du contrat* » ([1188]). L'intérêt principal de ce recours est d'avoir eu pour effet « *de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît, de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées* » ([1189]). Même si l'accès au prétoire limité aux seuls actes détachables parait contestable ([1190]), il n'en demeure pas moins que si l'annulation aboutit à la nullité du contrat, cette nullité emporte des conséquences importantes pour les contractants ainsi que des

---

G. BRAIBANT, Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, Réponse à une demande d'éclaircissement du ministre de la mer, 25 janvier 1989, EDCE 1989, n° 41, p. 128 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif, *op. cit.*, p. 371 ; R. SCHWARTZ, concl. sur CE Sect., 7 octobre 1994, Lopez, *RFDA* 1994, p. 1096.

[1185] CE, 20 octobre 2000, Société Citécâble Est, Rec. CE, p. 457, RFDA 2001, p. 359, concl. Savoie.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 191.

[1186] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 371.

[1187] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 192-193.

[1188] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 31.

[1189] J. ROMIEU, concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *op. cit.*, p. 754.

[1190] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 193 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 386.

difficultés financières ([1191]). L'action du tiers pur aura abouti à briser le noyau du cercle générateur.

Dans le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables de la formation du contrat, il n'apparaît aucunement que le tiers pur y trouve une place exclusive puisque le cocontractant, sujet actif, peut lui-même agir. Il en va différemment en ce qui concerne l'annulation des actes détachables postérieurs à la conclusion du contrat. Les tiers peuvent notamment contester et obtenir l'annulation de la résiliation d'un contrat ([1192]). La conséquence d'une telle action est relativement simple : il s'agit de « *contraindre les parties, sur la demande d'un tiers, à demeurer liées par un contrat auquel l'administration contractante voulait mettre fin* » ([1193]). Le tiers pur peut directement empêcher une relation contractuelle de prendre fin. L'annulation de la résiliation du contrat va imposer aux contractants de poursuivre leur relation. L'intervention du tiers pur dans le cercle générateur est alors implacable, les contractants ne sont plus maitres de la relation contractuelle. Ils doivent se soumettre à la volonté d'un sujet passif. Cette intervention est d'autant plus marquante que cette contestation des actes détachables postérieurs à la conclusion du contrat est réservée aux tiers notamment purs ([1194]). Les conséquences des annulations contentieuses des actes détachables du contrat montrent la limite de cette théorie. Le juge administratif doit répondre aux contestations de la doctrine et ouvrir peu à peu son prétoire à la contestation des contrats.

[1191] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 587.

[1192] CE Ass., 2 février 1987, Société TV 6, Rec. CE, p. 29, RFDA 1987, p. 29, concl. Fornacciari, AJDA 1987, p. 314, chron. Azibert et de Boisdeffre.

[1193] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 866.

J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 131. « *En recevant l'action d'un tiers contre l'acte de résiliation d'un contrat, vous avez même admis, au moins pour certains contrats, que le juge de l'excès de pouvoir pouvait contraindre les parties, sur la demande d'un tiers, à demeurer liées par un contrat auquel cependant au moins l'administration contractante souhaitait mettre un terme*. »

[1194] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 587 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 26.

B. Vers la contestation directe du contrat administratif par le biais du recours pou excès de pouvoir

« *Après avoir cerné le contrat, il restait à l'investir et prévoir, au bénéfice des tiers, un recours offensif contre le contrat lui-même, quand bien il serait déjà conclu* » ([1195]). Le recours en excès de pouvoir est par principe irrecevable à l'encontre des contrats. Cependant le contentieux présente des exceptions à ce principe ([1196]). « *Le juge a* […] *indéniablement ouvert une porte aux tiers au sein du contrat par deux décisions qui admettent la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires d'un contrat administratif et du recours exercé contre le contrat de recrutement d'un agent public contractuel* » ([1197]). Le juge administratif a ainsi ouvert peu à peu, « pas à pas », son prétoire à la contestation directe des contrats, puisque « *les contrats administratifs, sont, dans une certaine mesure, créateurs de normes* » ([1198]).

1. La contestation des clauses réglementaires du contrat

La doctrine avait établi une théorie concernant le actes « hybrides » : « *la doctrine utilisait l'expression « acte mixte » comme une expression commode : elle l'appliquait à chaque fois qu'elle croyait déceler, au sein d'un acte, des éléments de natures différentes* » ([1199]). En matière contractuelle, « *l'acte mixte est un contrat (de droit privé ou de droit public) produisant des effets réglementaires* » ([1200]). Ces effets réglementaires peuvent-

[1195] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 254.

J. GOURDOU, P. TERNEYRE, Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle, *CJEG* 1999, p. 258. « *Le moyen le plus efficace consiste à offrir aux requérants (et essentiellement aux tiers) la possibilité de contester directement une convention devant le juge de la légalité, ce qui revient à supprimer l'étape de l'acte détachable de la passation du contrat*. »

[1196] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 865. « *La meilleure preuve qu'il n'y a aucun raisonnement imposant l'interdiction du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un contrat est donc tout simplement que le juge administratif a pu restreindre de plus en plus le champ d'application de celle-ci*. »

[1197] M. UBAUB-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, p. 589.

[1198] J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1966, p. 74.

[1199] Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1971, p. 28.

[1200] *Ibid.*, p. 29.

ils être contestés ? « *La décision Cayzeele permet pour la première fois une incursion du juge de l'excès de pouvoir dans les stipulations, c'est-à-dire dans la substance même du contrat. Est ainsi radicalement remise en cause la règle selon laquelle « le juge de l'excès de pouvoir ne peut s'immiscer dans les rapports contractuels*. » ([1201]). Cet arrêt permet au juge d'avoir connaissance non pas d'effets réglementaires, mais de clauses réglementaires issues de contrats administratifs.

« *Depuis longtemps on admettait que l'on pouvait invoquer la violation des clauses réglementaires à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé par les tiers ou par un usager, mais la juridiction administrative, de manière illogique, n'admettait pas que ces clauses puissent être l'objet même du recours* » ([1202]). Les tiers pouvaient contester la violation des clauses réglementaires depuis une jurisprudence ancienne ([1203]). Suite à cette jurisprudence, l'ouverture du prétoire du juge administratif à la contestation des clauses réglementaires est proposée ([1204]). Pourtant les tiers n'ont été recevables qu'à contester des actes administratifs refusant d'assurer le fonctionnement d'un service conformément aux textes en vigueur. Ils pouvaient cependant invoquer le non respect de clauses réglementaires issues d'actes contractuels comme le contrat de concession ([1205]), ou plus précisément le cahier des charges ([1206]). « *Depuis longtemps la violation des dispositions réglementaires en*

[1201] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *AJDA* 1996, p. 736.

[1202] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 867.

[1203] CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Serguey-Tivoli, Rec. CE, p. 962, concl. Romieu, D. 1907, III, 41, concl. Romieu, S. 1907, III, 33, note Hauriou, GAJA.

[1204] P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports-eau-gaz-électricité)*, Sirey, 1933, p. 74. « *Le cahier des charges, envisagé en lui-même, est un acte administratif unilatéral, un règlement susceptible de recours pour excès de pouvoir. Pourquoi changerait-il de caractère du fait de son incorporation à un contrat de concession ? Voilà bien un acte administratif « détachable » du contrat, et, à notre sens, il faut, pour l'isoler du contrat, un effort bien moindre que pour en détacher l'« acte de passation » de ce contrat. Il nous parait d'ailleurs bien peu logique d'affirmer le caractère réglementaire de ces dispositions au regard des usagers lorsqu'il s'agit de définir les droits et les obligations de ces derniers et de leur refuser ce caractère lorsqu'il s'agit d'ouvrir aux mêmes usagers le recours pour excès de pouvoir*. »

[1205] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 97, 99 ; W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 588 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 27.

[1206] J.-M. RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, *op. cit.*, pp. 74-75.

cause pouvait être utilement invoquée à l'appui d'un recours en excès de pouvoir formé par les tiers » ([1207]). Cette possibilité d'invoquer les clauses réglementaires d'un contrat a ainsi permis au juge d'ouvrir son prétoire à leur contestation directe puisqu'une partie du chemin était fait depuis longue date ([1208]).

Si le juge administratif était prêt à recevoir les contestations à l'encontre de clauses réglementaires du contrat, fallait-il encore que le contentieux offre une affaire opportune. Tout d'abord, la présence d'un contrat administratif est requise ([1209]). Puis se pose la question du requérant, de son intérêt à agir et de sa qualité. Finalement, un tiers pur agit : il demande l'annulation d'un article inscrit dans le contrat conclu entre une société et une personne publique pour la collecte des ordures ménagères. « *Considérant, en second lieu, que M. Cayzeele, qui est propriétaire d'un appartement dans un immeuble en copropriété avait un intérêt personnel à contester la légalité du contrat litigieux* » ([1210]). Selon M. Delvolvé, « *on attendait sa qualité d'usager, ce n'est pas celle qui a été retenue.* […] *C'est sa qualité de propriétaire qui a été prise en considération* » ([1211]). Le juge ne retient-il pas la qualité d'usager du requérant ? Il est possible de s'interroger. Cependant à la lecture de l'arrêt, il s'agit bien d'une qualité de propriétaire, c'est-à-dire d'une personne sans lien direct avec le service public, à moins de retenir que la notion de propriétaire regroupe certaines qualités comme celle d'usager de la collecte des ordures ménagères. Une telle conception n'est pas inenvisageable, elle était peut être dans l'esprit du juge. Il n'en reste pas moins que l'arrêt crée une exception à l'interdiction du recours en excès de pouvoir à l'encontre des contrats. « *Considérant, enfin, que les dispositions dont M. Cayzeele a demandé l'annulation ont un*

Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, op. cit.*, p. 146. « *Il existe deux sortes de cahiers des charges : d'une part, le cahier des charges-type qui est un modèle élaboré pour une catégorie générale de contrat de concession et pouvant être rendu applicable à une concession déterminée ; d'autre part, le cahier des charges particulier à une concession : il se confond avec l'acte de concession, puisque celui-ci ne fait que se référer à celui-là.* »

[1207] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 520.

[1208] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 27.

[1209] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *RFDA* 1997, p. 90.

[1210] CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, Rec. CE, p. 274, AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot, CJEG 1996, p. 382, note Terneyre, RFDA 1997, p. 89, note Delvolvé, Mélanges M. Guibal, t. 1, p. 345, note Mestre, Rec. Lachaume.

[1211] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 94.

caractère réglementaire ; qu'elles peuvent, par suite, être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir. » ([1212]). Les clauses réglementaires d'un contrat administratif peuvent faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir ([1213]). Si on avait pu estimer que le contrat n'était pas détachable ([1214]), l'arrêt *Cayzeele* démontre que les clauses réglementaires d'un contrat en sont divisibles ([1215]).

Il convient alors de définir précisément ces clauses réglementaires. « *Les clauses réglementaires constituent la plus intime combinaison entre les actes administratifs unilatéraux et contractuels* » ([1216]). « *Les clauses réglementaires constituent l'ensemble des dispositions impératives créant, au sein d'un rapport contractuel, une situation objective, dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement d'un service public, et dont les effets s'étendent au-delà du cercle formé par les parties* » ([1217]). Il s'agit d'acte mixte : matériellement ils sont semblables aux décisions administratives, mais formellement ils sont contractuels ([1218]). Ce sont des dispositions impératives intégrées à un contrat dont l'objet est

---

[1212] CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 347.

[1213] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 736. « *Avec la jurisprudence Cayzeele, il est possible d'obtenir, sans détour procédural, l'annulation de clauses réglementaires. Le progrès est indéniable.* »

J.-L. MESTRE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, *op. cit.*, p. 545. « *L'apport essentiel de l'arrêt Cayzeele, le seul qui sera évoqué ici, consiste dans l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une clause réglementaire d'un contrat administratif.* »

W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 588.

[1214] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 158

[1215] D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs, *op. cit.*, pp. 16-17 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 477 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 521-522 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 254.

[1216] B. SEILLER, Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 11.

[1217] Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, p. 230.

[1218] *Ibid.*, p. 324. « *Certaines dispositions des « contrats » acquièrent un effet réglementaire qui lie les tiers sans leur consentement. Le contrat fait donc, non seulement la loi des parties, mais également celle des tiers : c'est un acte mixte.* »

B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 11. « *Le régime des clauses réglementaires tient compte de leur nature hybride. Ce régime emprunte à celui de l'acte administratif unilatéral, du fait de l'objet de ces clauses, et à celui du contrat, en raison de l'accord de volonté à l'origine de ces clauses*. »

l'organisation ou le fonctionnement du service public. Or les effets concernent les sujets actifs, mais aussi les sujets passifs du cercle ([1219]). Elles impliquent deux conséquences. La personne publique détient sur ces clauses un pouvoir de modification unilatérale ([1220]), et leur invocation et contestation par les tiers est possible ([1221]).

Retraçons le raisonnement du juge ayant conduit à ce revirement de jurisprudence. Le point de départ est l'édiction par les autorités administratives d'actes administratifs ([1222]). Naturellement, on oppose acte administratif unilatéral et contrat. On oppose d'autant plus l'acte réglementaire, c'est-à-dire un acte général, impersonnel, permanant et unilatéral au contrat résultant d'un accord de volonté et pour lequel l'effet relatif des contrats s'applique ([1223]). Cependant cette opposition peut disparaître et laisser place à une fusion au sein d'un même acte : les stipulations d'un contrat comportent des caractères d'un acte administratif unilatéral ([1224]). « *La faculté de contester les clauses réglementaires par l'exercice d'un recours en excès de pouvoir les rapproche des actes détachables des contrats. Elles s'en distinguent cependant nettement par le fait qu'elles sont elles-mêmes des stipulations du contrat et non des décisions intellectuellement ou formellement distinctes de celui-ci* » ([1225]). Nous sommes en présence d'un acte

[1219] Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, *op. cit.*, pp. 230-232.

W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 588. « *Elles sont le substrat d'une réglementation édictée par définition unilatéralement. Les clauses d'un contrat de concession, et notamment du cahier des charges, présentent un caractère réglementaire dans le sens où elles concernent l'organisation et le fonctionnement du service public ou l'exploitation de l'ouvrage public.* »

[1220] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 733. « *On peut ajouter qu'il est assez logique d'admettre que lorsque l'administration insère dans un contrat des dispositions qu'elle aurait pu édicter par la voie réglementaire, il faut qu'elle puisse les modifier sans qu'on puisse lui opposer des droits contractuellement acquis.* »

[1221] *Ibid.*, p. 733.

[1222] *Ibid.*, p. 732. « *Le propre de l'administration est de prendre des décisions unilatérales s'imposant aux tiers et créatrices pour eux de droits et d'obligations.* […] *C'est parce que l'intérêt général ne se négocie pas que l'acte unilatéral est le mode naturel d'action de l'administration*. »

[1223] *Ibid.*, pp. 732-733.

[1224] *Ibid.*, p. 733. « *Les contrats de concession et, plus généralement, les contrats par lesquels l'administration confie à une personne privée l'exploitation d'un service public comportent souvent des clauses relatives à l'organisation du service, qui sont parfois regroupées dans un cahier des charges et auxquelles la jurisprudence reconnaît un caractère réglementaire à l'égard des tiers et notamment des usagers du service.* »

[1225] B. SEILLER, Acte administratif, *op. cit.*, p. 11.

mixte ([1226]). Le Conseil d'Etat reconnaît que les « *dispositions dont M. Cayzeele a demandé l'annulation ont un caractère réglementaire* » ([1227]). « *Le mot « dispositions », et non « stipulations » selon le vocabulaire propres aux contrats, souligne déjà que l'article échappe à la forme contractuelle ; il est lié à l'affirmation du caractère réglementaire.* » ([1228]). Plutôt qu'utiliser la théorie de l'acte mixte, il semblerait plus probable que le juge réalise une réelle assimilation : la clause réglementaire a le caractère d'un acte administratif unilatéral d'où la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir ([1229]). Cette assimilation met en valeur l'objet de la clause réglementaire : la satisfaction de l'intérêt général ([1230]). Le juge ne prend plus en compte le caractère purement formel de l'acte (le contrat), il statue en fonction du caractère matériel ([1231]). Cette évolution permet de mettre fin à certains dénis de justice ([1232]).

Cet arrêt a fait l'objet de différentes critiques. La première est la date de son intervention. Le juge acceptait que les clauses réglementaires soient invocables, mais la contestation directe était exclue. « *Paradoxalement, c'est au moment où, enfin, le Conseil d'Etat est parvenu a donné un effet utile aux recours exercés contre les actes détachables du contrat qu'il a accepté de faire une brèche dans le principe selon lequel les stipulations contractuelles ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* » ([1233]). Il a justement fallu attendre que le juge administratif modifie sa politique globale envers les contestations des tiers pour ouvrir un tel recours. La second critique, déjà esquissée, concerne un problème de fond : l'assimilation de la clause réglementaire à un acte administratif unilatéral. Si nous estimons être en présence d'un acte mixte, sa contestation n'est pas

[1226] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 867.

[1227] CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.* p. 347. Soulignés par nous.

[1228] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 92.

[1229] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 27. « *La baguette de sorcier du juge aura pour fonction de faire sortir de la masse contractuelle les éléments unilatéraux qu'elle contient : ceux-ci seront assimilés à des règlements, y compris quant à la recevabilité à leur encontre du recours pour excès de pouvoir, sans perdre pour autant leur nature contractuelle*. »

[1230] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 588.

[1231] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 92.

[1232] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, pp. 734-735.

[1233] *Ibid.*, p. 735 ; P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, pp. 91-92.

problématique puisqu'elle ne porte pas atteinte à l'effet relatif des contrats ([1234]). La difficulté est de considérer le raisonnement du juge comme une simple assimilation. Dans ce cadre, la clause réglementaire « *s'imposant aux tiers,* [présente] *pour eux un caractère unilatéral* » ([1235]). Ce caractère n'existe qu'envers les tiers purs. Ainsi « *la clause réglementaire demeure pleinement une stipulation du contrat entre les parties, qui peuvent la négocier et la modifier en cours d'exécution* » ([1236]). La clause réglementaire n'a pas la même qualification selon la personne l'invoquant : le tiers ou le sujet actif. « *Dès lors, l'admission du recours pour excès de pouvoir contre la clause réglementaire d'un contrat administratif est une dérogation très nette au principe de l'effet relatif du contrat* » ([1237]). Permettre un tel recours porte atteinte à la relation contractuelle formée. Cependant les contrats qualifiés d'administratifs ne sont pas de simples contrats, leur caractère administratif leur confèrent certaines prérogatives, telle qu'une opposabilité pouvant atteindre très nettement la situation personnelle des tiers purs. Leur reconnaître une voie de recours permet d'équilibrer les intérêts en présence. L'équilibre est par ailleurs trouvé dans les conséquences d'une telle action : le contrat subsiste, seule la clause réglementaire est annulée. Il reviendra aux contractants de tirer les conséquences de cette annulation ([1238]). Si la clause réglementaire concerne un des éléments fondamentaux du contrat, le juge annulera-t-il cette clause, au risque de laisser subsister un contrat dénué d'objet ? La doctrine s'est opposée sur ce point, estimant soit que la clause réglementaire est forcément divisible et donc contestable devant le juge de l'excès de pouvoir ([1239]), soit qu'elle sera déclarée indivisible, ne pouvant alors être

[1234] M. UBAUD-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, pp. 590-591.

[1235] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 88.

[1236] M. UBAUD-BERGERON, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, *op. cit.*, pp. 590-591.

[1237] *Ibid.*, pp. 590-591.

[1238] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 97. « *Le contrat n'est évidemment pas annulé pour le tout puisque, par définition, il n'a pu être attaqué dans son ensemble. A l'issue du recours pour excès de pouvoir, il continue à lier les parties. Celles-ci ne peuvent pas cependant, dans leurs relations, ne pas en tirer des conséquences. Un contentieux peut naitre entre elles. Il sera exclusivement contractuel.* »

D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 737.

[1239] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 736. « *Bien que la solution de l'arrêt Cayzeele soit implicite sur ce point, il semble que l'assemblée du contentieux ait prolongé le raisonnement esquissé par Olivier Dutheillet de Lamothe en 1986, en admettant que les clauses réglementaires d'un contrat sont en principe ou même par nature divisibles de l'ensemble du contrat.*

contestée devant ce même juge ([1240]), sauf à ouvrir le prétoire à la contestation de tout contrat administratif ([1241]). La Cour administrative d'appel de Marseille avait donné une réponse à cette interrogation : « *considérant que si les tiers sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir les dispositions réglementaires contenues dans un contrat, cette faculté ne saurait toutefois concerner les clauses qui, portant sur une condition essentielle du contrat, en constituent un élément indivisible, dont l'annulation aurait pour effet de priver le contrat de son objet ou d'en bouleverser l'équilibre* » ([1242]). Pourtant, cette solution n'a pas été retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Association Alcaly et autres* : « *les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat* » ([1243]). Cet arrêt permet une « *clarification utile* ». La recevabilité du recours ne dépend que du caractère réglementaire ou non de l'acte ; le caractère divisible ou non de la clause qui serait qualifiée de réglementaire est sans effet. Même si nous sommes face à une fiction puisque les clauses réglementaires sont des stipulations contractuelles, la solution retenue permet une simplification de l'état du droit ([1244]). Le Conseil d'Etat a donc ouvert son prétoire à la contestation des seules clauses réglementaires par nature divisibles, détachables du contrat, clauses qui sont d'ailleurs plutôt rares ([1245]).

Cette solution prolonge et complète l'œuvre de « décomposition » entreprise avec la théorie des actes détachables. Elle s'inscrit pleinement dans la logique de la théorie de l'acte mixte qui conduit à tirer toutes les conséquences du caractère réglementaire des clauses imposant des obligations aux tiers. »

[1240] C. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, *op. cit.*, pp. 522-523.

[1241] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 98. « *On risque de se trouver alors dans un cercle vicieux : les conclusions d'annulation de la partie réglementaire indivisible du contrat seraient irrecevables pour la raison que le reste du contrat ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.* » « *La contradiction peut être levée de deux manières.* » « *L'une est de considérer que les dispositions réglementaires d'un contrat sont toujours divisibles de celui-ci. Il n'y aurait donc jamais de risque d'une irrecevabilité tenant au caractère partiel des conclusions d'annulation*. » « *L'autre solution est d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat dans son ensemble, au moins dans l'hypothèse où il comporte des dispositions réglementaires indissociables du tout, voire, sans distinction, contre tout contrat administratif, comme contre tout acte administratif unilatéral.* »

[1242] CAA Marseille, 18 décembre 2006, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (CMESE), RFDA 2007, p. 955, note Vincent-Legoux.

[1243] CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, RFDA 2009, p. 463, concl. Boulouis, JCP A 2009, 2215, note Guillaumont.

[1244] O. GUILLAUMONT, note sur CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, *JCP A* 2009, 2215.

[1245] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 131.

« *Ainsi se trouve renversée la jurisprudence constante qui refusait d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un contrat, en tout ou en partie* » ([1246]). Le juge administratif reconnaît par le biais de cette contestation directe la pleine effectivité au caractère réglementaire des clauses ([1247]). Une solution satisfaisante a été trouvée pour les tiers, ils peuvent contester certaines clauses d'un contrat administratif si leur situation personnelle est atteinte ([1248]). Cette solution s'inscrit dans l'évolution globale du recours pour excès de pouvoir ouvert aux tiers à l'encontre des contrats. Cette évolution n'est pas encore parfaite ([1249]).

2. Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats de recrutement des agents publics non titulaires

L'admission du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats « *est en germe dans la jurisprudence actuelle. L'arrêt Cayzeele la fait croitre. D'autres arrêts doivent la faire éclore* » ([1250]). Il est possible de contester les clauses réglementaires divisibles d'un contrat ([1251]). Mais les clauses contractuelles sont exclues d'une telle possibilité ([1252]). Une évolution est donc attendue. A ce titre, « *les conclusions prononcées par M. Stahl sur l'arrêt de Section du 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, la préfigurent et font penser à un ballon d'essai destiné à en vérifier la plausibilité* […] *car les conclusions de M. Stahl constituent la démonstration de la faiblesse théorique des arguments qui fondent le refus d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats et aussi les inconvénients, en termes d'efficacité des recours juridictionnels, que présente ce*

[1246] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 93.

[1247] D. CHAUVAUX, T.-X. GIRARDOT, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 738.

[1248] *Ibid.*, p. 737. « *En ouvrant le recours pour excès de pouvoir à l'égard des clauses réglementaires des contrats, l'arrêt Cayzeele apporte une solution satisfaisante à la situation des tiers au contrat sans remettre en cause le principe de la distinction des contentieux.* »

[1249] *Ibid.*, p. 737. « *Mais c'est justement parce qu'il existe désormais une voie de recours contre les contrats qui, bien que compliquée, est efficace que l'ont est conduit à s'interroger de nouveau sur le bien-fondé de l'exclusion du recours pour excès de pouvoir contre le contrat lui-même. Une grande majorité de la doctrine estime qu'il n'y a pas de raison très convaincante à cette exclusion*. »

P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 99.

[1250] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *op. cit.*, p. 99.

[1251] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *AJDA* 1998, p. 971.

[1252] *Ibid.*, p. 971. « *Toutefois, la règle reste l'irrecevabilité à demander l'annulation au juge de l'excès de pouvoir de clauses contractuelles.* »

refus » ([1253]). Le commissaire du gouvernement fait « éclore le germe » dans une mesure limitée ([1254]). Après un exposé de l'état du droit qui encore aujourd'hui fait foi ([1255]), il propose « *une petite simplification jurisprudentielle dans un contentieux particulier, celui des contrats de recrutement d'agents publics* » ([1256]).

Le Conseil d'Etat est saisi de deux requêtes ayant attrait aux mêmes faits. Un « tiers » et un préfet contestent des contrats de recrutement d'agents publics non titulaires. La difficulté ne porte pas sur le caractère légal de ces contrats, ils ne le sont pas. La question porte sur la recevabilité de la requête du « tiers » ([1257]). En l'état du droit alors applicable était recevable l'action engagée par le « tiers » à l'encontre des actes détachables des contrats puisqu'il ne s'agissait pas de la contestation de clauses réglementaires, alors que le déféré préfectoral à l'encontre directe du contrat étant lui recevable. « *Les présentes requêtes de la commune de Lisieux en donne d'ailleurs une illustration qui, pour être connue, n'en est pas moins caricaturale : le même juge de l'excès de pouvoir, selon qu'il est saisi par le préfet ou par un tiers intéressé, ne dispose pas des mêmes pouvoirs à l'égard du contrat* » ([1258]). « *La proximité des deux espèces mettait en évidence les illogismes de la jurisprudence.* […] *Les deux jurisprudences pouvaient coexister parallèlement tant qu'elles concernaient des contrats distincts, mais leurs paradoxes ne pouvaient que se révéler de manière éclatante lorsqu'elles devraient s'appliquer à un même contrat* » ([1259]).

La qualification du requérant pose des difficultés. Le juge administratif estime qu'il s'agit d'un « tiers ». Cependant, le requérant est un conseiller municipal. A ce titre, il fait parti des membres des assemblées délibérantes qui permettent ou non la formation des relations contractuelles. Le membre des assemblées délibérantes est qualifié de sujet actif. L'espèce conduit à une qualification différente. « *M. Fanton doit certainement se voir reconnaître intérêt pour contester, au nom de ses prérogatives de conseiller municipal, le recrutement par le maire de contractuels alors que le conseil municipal n'a pas préalablement créé les*

[1253] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit*., p. 26, 28.

[1254] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 130.

[1255] *Ibid.*, pp. 129-136.

[1256] *Ibid.*, p. 136.

[1257] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, pp. 139-140.

[1258] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 131.

[1259] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 140.

emplois correspondants. » ([1260]). Selon ces faits retranscrits, l'assemblée délibérante n'a pas participé à la formation des relations contractuelles. Le requérant n'est pas intervenu dans le cercle générateur, il peut être qualifié de tiers pur. Toutefois, il a intérêt à agir parce que ses prérogatives de conseiller municipal n'ont pas été respectées. Ne serait-il pas un tiers intéressé ? S'il est évident qu'il est « intéressé » par la protection de ses prérogatives, selon la définition proposée du tiers intéressé le requérant est bien un tiers pur puisqu'*a priori* il n'est pas intervenu dans le cercle générateur.

« *Considérant, d'une part, qu'eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant ; que, par suite, l'annulation des contrats par lesquels le maire de Lisieux a procédé au recrutement d'agents communaux pouvait être demandée aux premiers juges par M. Fanton, qui invoquait sa qualité de conseiller municipal et soutenait que ces décisions avaient été prises en méconnaissance des compétences du conseil municipal* » ([1261]). Le Conseil d'Etat réalise une unification dans une affaire où le sort des différentes requêtes mettaient en lumière le paradoxe de recevoir des déférés préfectoraux à l'encontre de contrat et de déclarer irrecevable un recours équivalent formé par un tiers pur ([1262]). Si l'arrêt *Ville de Lisieux* est fondamental par les conclusions rendues, le revirement qu'il présente n'a eu lieu qu'en raison des faits de l'espèce.

Le tiers pur demande l'annulation de contrats de recrutement d'agent public non titulaire. La requête se caractérise par le domaine particulier dans lequel elle intervient : le domaine de la fonction publique. Ce domaine est marqué par des dérogations au droit

[1260] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 129.

[1261] CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. CE, p. 375, concl. Stahl, RFDA 1999, p. 128, concl. Stahl, note Pouyaud, AJDA 1998, p. 969, chron. Raynaud et Fombeur, JCP 1999, II, 10045, note Haïm.

V. : B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 254.

[1262] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 140. « *Le Conseil a ainsi mis fin, dans le cas particulier, à la distinction artificielle entre la recevabilité des conclusions d'excès de pouvoir entre le contrat sur déféré préfectoral et la recevabilité limitée au recours contre les seuls actes détachables en cas de recours direct d'un requérant ordinaire. Il a de ce fait unifié, pour les contrats de recrutement d'agents publics, le régime de la recevabilité des recours en abandonnant la distinction tenant au requérant.* »

contractuel « commun ». Par exemple, les cocontractants peuvent contester les mesures d'exécution de leur contrat de recrutement, ce qui déroge fortement au principe interdisant à ces mêmes cocontractants de contester de telles mesures ([1263]). L'espèce se présentant dans le domaine de la fonction publique n'est pas sans influence sur le revirement du Conseil d'Etat. Les agents publics, titulaires ou contractuels, sont dans une situation réglementaire, situation à « *portée générale et impersonnelle* » ([1264]). Le contrat ne comprend aucune clause réglementaire, mais il a pour effet de placer le cocontractant dans une situation réglementaire, celle d'agent public ([1265]). Les nominations des agents publics peuvent être contestées. Etablir une distinction entre ces nominations et les contrats de recrutement est paradoxale alors que leur situation est semblable ([1266]). La contestation des nominations permet d'ailleurs de connaître les conséquences à tirer d'annulation de recrutement ([1267]), et de l'insécurité juridique existante ([1268]). Le juge administratif est en présence d'un contentieux bien maitrisé à la seule différence qu'il n'est pas en présence d'une nomination, c'est-à-dire un acte

[1263] CE, 9 juin 1948, Cousin, Rec. CE, p. 254.

J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 136.

[1264] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 589.

F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 972. « *C'est parce que les agents contractuels sont dans une situation juridique en réalité proche de celle des fonctionnaires que le Conseil d'Etat, voulant les faire bénéficier de la même protection que ceux-ci, a admis plus largement qu'à l'habitude la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur égard.* »

[1265] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 589. « *Il revient par analogie de constater qu'en dégageant la nature administrative des contrats de recrutement d'agents publics, le Conseil d'Etat s'est référé à un régime exorbitant tiré de la situation réglementaire dans laquelle sont placés les cocontractants de l'administration*. »

[1266] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 88 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 525.

[1267] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 137. « *Les actes accomplis par l'agent contractuel avant l'annulation du contrat demeureront valides sur la base de la théorie du fonctionnaire de fait. La règle du service fait lui assurera la rémunération des services effectués. Si l'administration décide de passer un nouveau contrat, elle n'aura pas de véritables difficultés pour recruter à nouveau. Bref, les difficultés pourront être résolues de la manière dont on règle le sort des fonctionnaires dont la nomination est annulée*. »

[1268] *Ibid.*, p. 137. « […] *notre proposition, qui a pour conséquence de rendre plus fragile la situation de ces contractuels lorsqu'est contesté par un tiers devant le juge administratif la décision de les recruter. Mais à cet égard, leur situation sera comparable à celle des fonctionnaires dont est annulée la décision de titularisation. Ces agents savent aussi que par nature leur situation demeure précaire*. »

administratif unilatéral, mais d'un contrat. Le Conseil d'Etat a permis l'annulation des contrats de recrutement.

Sommes-nous réellement en présence de contrats ? Une partie de la doctrine estime que le revirement a pu avoir lieu justement parce qu'il ne s'agit pas d'un « vrai » contrat ([1269]). Si leur nature contractuelle ne fait aucun doute ([1270]), leur caractère particulier est reconnu ([1271]). Ce caractère est la présence d'un aspect unilatéral très fort au sein du contrat, aspect bien plus prégnant qu'en ce qui concerne les clauses réglementaires du contrat ([1272]). Ce caractère permet une assimilation du contrat de recrutement à une

[1269] *Ibid.*, p. 136. « *Vous les avez déjà, à plusieurs reprises, regardés comme de faux contrats, en considérant que la situation des agents contractuels ne diffère que marginalement de celle des fonctionnaires titulaires.* »

D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 142.

[1270] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 868. « *Même si l'on considère que le contrat de recrutement d'agents publics est un contrat d'un genre particulier il n'en demeure pas moins que c'est, juridiquement, un contrat.* »

[1271] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 141. « *Les agents contractuels sont recrutés par des « contrats-types » qui renvoient à l'échelle générale des traitements de la fonction publique la détermination de leur rémunération ; en outre une véritable carrière leur est aménagée, leurs modalités d'avancement et leur retraite sont fixées par référence au droit commun de la fonction publique.* »

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 524.

[1272] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 137.

S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, note sur CE Sect., 31 décembre 2008, Cavallo, *AJDA* 2009, p. 142. « *La nature essentielle d'un contrat de la fonction publique n'est pas conventionnelle.* »

F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 134. « […] *le caractère largement fictif du contrat unissant l'agent public à l'administration.* »

nomination, donc à un acte unilatéral ([1273]). Ici nait une exception au principe interdisant les tiers à contester directement un contrat administratif devant le juge administratif ([1274]).

L'annulation du contrat de recrutement d'agent public est-il bien obtenu par le biais d'un recours en excès de pouvoir ? Cette question divise la doctrine. Certains auteurs dénient la possibilité qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir, sans pour autant donner une réelle qualification à ce recours. Ils reconnaissent toutefois une certaine proximité avec le recours pour excès de pouvoir ([1275]). Pourtant l'arrêt *Ville de Lisieux* peut être interprété comme le recours « *qui consacre la possibilité pour les tiers de demander au juge de l'excès de pouvoir « l'annulation » des contrats de recrutement d'agent public* » ([1276]). Il s'agit bien d'un recours pour excès de pouvoir. Au lieu de simplifier l'état du droit ([1277]), cet arrêt constitue l'exception à l'interdiction des recours pour excès de pouvoir à l'encontre pleine et

[1273] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 141. « *Cette nature spécifique justifie leur régime juridique particulier qui tend à les rapprocher des actes unilatéraux. La décision de conclure le contrat est, comme une nomination, génératrice de droits*. »

W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 589. « *Là aussi, le Conseil d'Etat s'est attaché à débusquer l'unilatéralité cachée sous l'enveloppe contractuelle* […]. »

P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 28. « *L'admission du recours des tiers contre des contrats considérés comme assimilables à des actes unilatéraux.* »

[1274] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 969, 971 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 28 ; J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 868.

[1275] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 370 ; F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 974.

[1276] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 478.

D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs *op. cit.*, p. 16 ; P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 28.

[1277] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 144.

entière des contrats ([1278]). Il ne constitue pas moins une avance pour le respect de la légalité ([1279]).

L'arrêt présenté tend à faire disparaître la différence entre un acte administratif unilatéral et un contrat administratif ([1280]). Cette différence se plaçant sur un niveau formel : l'aspect unilatéral ou non de l'acte administratif ([1281]). L'arrêt permet aux tiers purs de pouvoir contester tout acte de nomination ou de recrutement d'agent public sans que la forme prise par l'acte édicté par l'autorité administrative ne rentre en compte ([1282]). Il permet principalement de constituer un réel précédent : le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'encontre d'un contrat administratif particulier ([1283]).

[1278] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 868.

[1279] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 977. « *Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un pas significatif sur la voie du renforcement du contrôle de légalité dans la sphère contractuelle, nécessaire à une meilleure prise en considération du principe de légalité et à une plus grande effectivité des décisions de justice.* »

[1280] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, p. 360. ; W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 589.

[1281] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 28. « *Quoi qu'il en soit, l'arrêt Ville de Lisieux met, une fois de plus, en présence d'une avancée sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui procède de la proximité aperçue par le juge entre le contrat en cause et l'acte unilatéral. Qu'il s'agisse du contenu du contrat à l'égard des tiers ou de sa portée, l'idée s'impose qu'en définitive, la différence entre l'acte unilatéral et l'acte bilatéral est avant tout formelle (elle tient à l'imputabilité de l'acte à une ou à plusieurs personnes juridiques) et peut être aisément tenue pour négligeable.* »

[1282] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 972.

[1283] *Ibid.*, p. 972.

D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 146. « *L'arrêt Ville de Lisieux pourrait donc être un « arrêt de transition » concourant avec d'autres à préparer le terrain à un important revirement de jurisprudence*. »

II. Une régulation négative par l'acte contesté

Le juge administratif a admis la recevabilité des recours en excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat. Il a ainsi permis aux « tiers » de protéger leur situation personnelle. Cependant ce recours était insuffisant puisqu'irrecevable à l'encontre directe des contrats ou ses effets pouvaient avoir un certain aspect platonique. Prenant en compte les critiques émises, le juge a ouvert peu à peu le recours pour excès de pouvoir au contrat. Ce recours peut-il être totalement ouvert à l'encontre de tout contrat administratif ?

A. Vers un recours pour excès de pouvoir ouvert à l'encontre de tout contrat administratif

N'y a-t-il aucun espoir de voir le recours pour excès de pouvoir ouvert à la contestation des contrats administratifs ? Depuis l'arrêt *Ville de Lisieux*, il est ouvert à l'encontre des contrats de recrutement d'agents public ([1284]). Une voie est ouverte vers la contestation globale des contrats, mais des craintes persistent ([1285]).

M. Waline estimait qu'aucun obstacle législatif n'empêche de contester un contrat par le biais du recours en excès de pouvoir. « *L'article 9 de la loi du 24 mai 1872, ne précisant nullement en quoi consiste l'excès de pouvoir, laisse la jurisprudence entièrement libre d'y inclure ou non la violation d'une clause contractuelle. Le législateur fait confiance au Conseil d'Etat pour définir l'excès de pouvoir comme il l'entend*. […] *Le Conseil d'Etat pouvait donc fort bien introduire la violation d'un contrat parmi les moyens de recours pour excès de pouvoir, sans violer, ce faisant, aucune loi* » ([1286]). La définition du recours serait ainsi dépendante de la vision du Conseil d'Etat. Il peut décider de la faire évoluer. Le législateur a d'ailleurs permis au juge de l'excès de pouvoir de connaître des contrats par la procédure de déféré préfectoral ([1287]). « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au Tribunal administratif les délibérations, arrêtés et conventions qu'il estime contraires à la*

[1284] CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.* p. 355.

[1285] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 974.

[1286] M. WALINE, *Notes d'arrêts, t. 1*, Dalloz, 2004, p. 566.

[1287] D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs, *op. cit.*, pp. 35-44 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 529-531 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, pp. 179-181.

légalité dans les deux mois suivant la transmission » ([1288]). Le préfet peut exercer un recours particulier, le déféré préfectoral, à l'encontre d'actes estimés illégaux qui lui sont transmis afin d'en obtenir annulation. Ce déféré permet d'obtenir l'annulation d'une convention, donc d'un contrat soumis à l'obligation de transmission ([1289]), ou non ([1290]). Le Conseil d'Etat a qualifié le déféré préfectoral : il s'agit un recours pour excès de pouvoir ([1291]). Ce recours est particulier : il répond à des conditions particulières, notamment concernant son auteur, c'est-à-dire le préfet. Si le préfet est le seul auteur recevable à engager le recours, ce déféré peut toutefois être « provoqué ». Un administré, un tiers pur peut demander au préfet de déférer un acte pris par une collectivité territoriale ([1292]). Par le déféré provoqué, un tiers pur peut obtenir l'annulation d'un contrat ([1293]). « *On doit cependant rappeler que les préfets font un usage limité du déféré et que le refus de déférer ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ce qui limite les possibilités d'action des tiers* » ([1294]). Cette demande du tiers pur ne lie aucunement le préfet, il ne pourra pas contester le refus du préfet de déféré l'acte. Le refus est insusceptible de recours ([1295]).

Il est reconnu que le déféré préfectoral fait parti intégrante du recours pour excès de pouvoir. Les conditions de recevabilité devraient alors être harmonisées malgré la possible

[1288] Article 3 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Souligné par nous.

[1289] CE, 2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff, Rec. CE, T., p. 659.

[1290] CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, Rec. CE, T., p. 801, AJDA 1994, p. 898, concl. Maugüe, DA 1994, n° 640, obs. C. M.

P. FOILLARD, *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, p. 109.

[1291] CE Sect., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Rec. CE, p. 302, RFDA 1991, p. 966, concl. Legal.

[1292] P. FOILLARD, *Droit administratif, op. cit.*, p. 109.

W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, p. 590. « *Le déféré préfectoral peut être provoqué c'est-à-dire déclenché à la demande d'un administré, même à l'égard des actes non transmissibles*. »

[1293] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 143.

[1294] *Ibid.*, p. 143.

[1295] CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, Rec. CE, p. 23, concl. Stirn, AJDA 1991, p. 351, chron. Schwartz et Maugüé, RFDA 1991, p. 587, concl. Stirn, note Douence.

P. FOILLARD, *Droit administratif, op. cit.*, p. 111.

redéfinition des contentieux ([1296]). Le législateur est donc intervenu pour affirmer la possibilité d'obtenir l'annulation d'un contrat pour excès de pourvoir ([1297]). Cette intervention peut être interprétée de deux manières différentes : « *bien sûr, cette intervention du législateur est susceptible de deux interprétations diamétralement opposées. On peut tout d'abord en déduire que si le législateur mentionne que les contrats peuvent faire l'objet du déféré c'est par exception à un principe général contraire qui exclurait ceux-ci de la barre du juge de l'excès de pouvoir ; mais le législateur mentionne également les actes unilatéraux, ce qui élimine cette interprétation. La signification de ce texte est donc fort simple : pour le législateur non seulement il n'y a pas antinomie entre contrat et recours pour excès de pouvoir, mais la possibilité d'un tel recours constitue, à ses yeux, une garantie due aux citoyens* » ([1298]). Il est étonnant que le juge administratif n'est pas tirer les conséquences de cette intervention du législateur ([1299]). L'état du droit est resté identique : le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert qu'à l'encontre des actes administratifs unilatéraux décisoires. Le juge administratif a seulement ouvert peu à peu son prétoire à la contestation des contrats. Ainsi plusieurs arguments peuvent inviter le juge administratif à modifier sa position. Le contrat administratif présente un certain caractère unilatéral notamment par la présence des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérales détenus par le contractant / personne publique ([1300]). Ce caractère unilatéral a permis la contestation des clauses réglementaires contenues dans le contrat, mais aussi des contrats de recrutement d'agent public. De plus, un recours pour excès de pouvoir spécifique : le déféré préfectoral pouvant être provoqué par un tiers pur, permet au préfet de contester les actes administratifs unilatéraux qu'ils fassent grief

[1296] W. KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *op. cit.*, pp. 589-590. « *En matière de déféré préfectoral, il y a confusion des contentieux parce que la summa divisio juge de l'excès de pouvoir/juge de plein contentieux est anéantie. Il y a également bouleversement dans le sens où, étant assimilé au recours pour excès de pouvoir de droit commun, le déféré préfectoral en matière contractuelle ne saurait apparaître comme un recours objectif* », p. 591.

[1297] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 863. « *Désormais, on ne peut plus raisonner comme si le législateur n'avait pas pris position sur notre problème : il l'a fait en prévoyant expressément la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle même si, il faut le souligner, il n'y a pas encore de contrat lorsque celui-ci intervient puisque l'on se trouve dans la procédure de passation du contrat.* »

[1298] *Ibid.*, p. 863.

[1299] *Ibid.*, p. 863.

[1300] H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, Paris, 2008, p. 333.

ou non ([1301]), ainsi que les contrats conclus par les collectivités territoriales ([1302]). Les tiers purs peuvent alors contester des contrats de manière indirecte. En utilisant ces différentes possibilités, ils peuvent contester des contrats passés par les personnes publiques. Permettre une recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les contrats administratifs apporterait une meilleure compréhension du contentieux dans lequel existent de nombreuses exceptions ([1303]). Une telle ouverture serait d'autant plus plébiscitée par la doctrine ([1304]).

Le commissaire du gouvernement Stahl lors de ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Lisieux* plaide pour une ouverture du recours pour excès de pouvoir à la contestation des contrats ([1305]). Il considère que l'état du droit actuel en matière de contestation des relations contractuelles est insatisfaisant ([1306]). Il constitue « *une étrange course d'obstacles* » ([1307]). Une simplification du système doit pouvoir être trouvé ([1308]). Avant d'envisager une évolution du recours pour excès de pouvoir, il propose de reprendre les éléments justifiant l'état du droit actuel. Tout d'abord, le recours pour excès de pouvoir est recevable à l'encontre des actes unilatéraux, or le contrat est un acte au moins bilatéral voire multilatéral ([1309]). « *Cette raison semble purement verbale et dénuée de portée réelle* » ([1310]). La solution n'est pas de réaliser

[1301] CE Ass., 15 avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux, Rec. CE, p. 130, AJDA 1996, p. 366, chron. Stahl et Chauvaux, RFDA 1996, p. 1169, concl. Combrexelle.

[1302] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, p. 26.

[1303] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 386. « *Le principe « classique » selon lequel le recours pour excès est sans application en matière de contrat, sous réserve de la théorie dite de « l'acte détachable », est de plus en plus remis en cause par la jurisprudence.* »

[1304] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 523.

[1305] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 128.

[1306] *Ibid.*, p. 132. « *Pour autant, la construction jurisprudentielle que nous venons de rappeler à grands traits peut-elle être regardée comme satisfaisante ? Très franchement, nous ne le pensons pas et, avec nous, la grande majorité de la doctrine*. »

[1307] *Ibid.*, p. 133.

[1308] *Ibid.*, p. 133. « *On peut imaginer système plus simple, plus direct et plus efficace. Or nous pensons qu'il importe, particulièrement aujourd'hui, que le juge de l'administration offre aux justiciables des voies de droit efficaces pour assurer le respect du principe de légalité*. »

[1309] *Ibid.*, p. 133. « *L'explication première, et essentielle, est tirée de la nature unilatéral, alors que le recours pour excès de pouvoir constitue le procès fait à des actes unilatéraux comme le rappelle encore l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945*. »

[1310] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 184.

une distinction entre les actes qu'ils soient unilatéraux ou multilatéraux, mais entre la possibilité de réaliser un recours ou non et ainsi mettre fin au système intermédiaire existant : « *plutôt qu'entre les actes bilatéraux et les actes unilatéraux, l'alternative logique nous semble être entre le refus total du recours pour excès de pouvoir et l'admission complète de recours. Le système intermédiaire actuel ne tente, en réalité, que de préserver la stabilité des relations contractuelles, quand bien même elles seraient viciées et quand bien même le juge de la légalité l'aurait dit pour la satisfaction morale d'un tiers intéressé.* » ([1311]). Le commissaire du gouvernement envisage ensuite les arguments liés à l'exception des recours parallèles ([1312]), et à la distinction des recours contentieux ([1313]). Les véritables raisons au maintien de l'état du droit seraient alors liées à la politique jurisprudentielle ([1314]). D'autres arguments légitimant l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats sont contestés par la doctrine. Le contrat peut faire l'objet d'un recours devant le juge du contrat, il ne peut donc pas faire l'objet d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir, puisque son contentieux est attribué à un autre juge. Le recours parallèle n'est pas autorisé, mais il faut que ce recours parallèle existe. Or les tiers n'ont pas accès au juge du contrat, il ne peut alors leur être opposé une telle exception. Un autre argument concerne le critère organique des actes : le recours pour excès de pouvoir concerne les actes pris par les autorités publiques. De nombreux contrats sont conclus entre personnes publiques et privées. Ils ne peuvent alors être portés à la connaissance du juge de l'excès de pouvoir. Mais si la recevabilité du recours ne dépend que d'un critère organique, il faudrait admettre la recevabilité des contrats conclus entre deux personnes publiques. Force est de constater que

[1311] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 133.

[1312] *Ibid.*, p. 133. « *L'exception de recours parallèle est un argument qui ne vaut que pour les parties : elle ne saurait justifier l'exclusion des tiers qui n'ont pas accès au juge du contrat*. »

[1313] *Ibid.*, p. 133. « *La théorie de la classification procédurale nous parait devoir être au service des recours et ne saurait, en elle-même, faire obstacle à l'exercice utile des actions contentieuses.* »

J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 184.

[1314] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 134. « *A la vérité, les raisons véritables qui expliquent le maintien de la distinction des contentieux ne sont d'essence intrinsèquement juridique mais découlent de considérations lourdes de politique jurisprudentielle. La première considération est liée à la difficulté de passer d'un système à un autre. Changer de jurisprudence dans cette matière ne facilite pas le traitement des contentieux en cours. La deuxième considération a trait à la portée des annulations prononcées par le juge de l'excès de pouvoir et à la forme de brutalité rétroactive qui caractérise l'action du juge de l'excès de pouvoir*. »

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 194.

cela n'est pas le cas ([1315]). « *Peut être la raison de cette jurisprudence peu explicable et inexpliquée doit elle être recherchée dans la circonstance que le contrat n'est pas l'œuvre exclusive de l'autorité administrative, mais l'œuvre commune des parties contractantes. Peut être surtout a-t-on pensé que le contrat ne pouvait faire grief aux tiers* » ([1316]). Pour qu'un acte soit recevable, il doit causer un grief à la situation personnelle du requérant d'où il en tire son intérêt à agir. Nous considérons que les actes détachables du contrat, pris pendant la formation des relations contractuelles peuvent faire grief aux tiers. Pourquoi réaliser une distinction entre les actes détachables et le contrat lui-même ? L'argument se justifie difficilement.

Le commissaire du gouvernement Stahl envisage deux arguments primordiaux plaidant pour l'ouverture du recours pour excès de pouvoir aux contrats : le respect de la légalité qui devant être observé en matière contractuelle et la simplification des recours apportant rapidité et efficacité ([1317]). Il considère que le recours pour excès de pouvoir serait le recours le plus opportun : « *le juge de la légalité est normalement le juge de l'excès de pouvoir, qui est déjà largement le juge de la validité du contrat et de sa passation au travers* [du] *recours contre les actes détachables. Ses décisions, investies d'une autorité absolue de chose jugée qui s'impose normalement à tous, ont déjà pour effet de fragiliser le contrat et peuvent conduire à son anéantissement. C'est dans ce contexte qu'un fort courant doctrinal vous incite à dépasser la distinction des contentieux et à admettre le recours pour excès de pouvoir contre le contrat* » ([1318]). De l'évolution de la jurisprudence il tire une conséquence : le recours pour excès de pouvoir doit évoluer vers une ouverture aux contrats. Cette ouverture demande certaines modifications afin de protéger les relations contractuelles ([1319]), même si certains éléments sont déjà posés. Par exemple, il ne serait pas nécessaire de modifier la vision actuelle qu'aux moyens invocables par les tiers purs : seuls les moyens tirés de la

[1315] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 184.

[1316] M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 117.

[1317] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 134.

[1318] *Ibid.*, p. 134.

[1319] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 145. « *Le recours pour excès de pouvoir est destiné aux actes unilatéraux. Il vise à faire triompher le principe de légalité. L'admettre à l'encontre des contrats exige de concilier les exigences de la légalité et le respect des situations acquises par l'effet du contrat.* »

légalité objective pourraient être invoqués ([1320]). Ces moyens ont déjà fait l'objet d'une jurisprudence ancienne et stable.

L'intérêt à agir doit pouvoir être apprécié différemment afin d'éviter la multiplication des tiers purs requérants ([1321]). Il convient d'avoir une vision plus restrictive et n'accepter l'intérêt à agir que de certaines couches externes de tiers purs. Une nouvelle distinction apparaitra entre les tiers purs. Réduire l'intérêt à agir peut signifier la fin de l'exigence de l'intérêt « froissé » pour l'exigence d'un droit lésé ([1322]). La question de l'intérêt à agir devra être tranchée lorsque le juge administratif acceptera de recevoir des recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats. Une deuxième difficulté est liée aux délais contentieux. « *Les contractants ayant besoin, comme tout à chacun, de sécurité juridique se pose la question, d'une part, du délai dans lequel pourrait être formé le recours* » ([1323]). Les sujets actifs devront mettre en place des mesures de publicité des contrats conclus afin de faire courir les délais pour les tiers purs, ainsi leurs relations contractuelles seront protégées au-delà de ce délai ([1324]). Mettre en place des procédures de publicité, malgré le surcroit de travail

---

[1320] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, pp. 135-136.

J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 870.

[1321] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, pp. 974-975. « *Beaucoup de voix s'accordent à considérer que si le juge administratif accepte de prononcer l'annulation des contrats, il conviendra de trouver un juste milieu entre l'accès au juge du contrat réservé aux parties et l'accès au juge de l'excès de pouvoir ouvert à toute personne intéressée, notion très largement entendue*. »

J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 135. « […] *nous ne sommes pas convaincus de ce que l'intérêt pour agir à l'encontre d'un contrat doive nécessairement être entendu aussi libéralement que ne l'est l'intérêt pour agir à l'encontre d'un acte unilatéral.* »

J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir *op. cit.*, p. 869. « *D'autre part, il n'est pas imaginable qu'en matière contractuelle le recours pour excès de pouvoir puisse être une véritable actio popularis, ce qui pose le problème de l'intérêt à agir.* »

[1322] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 145.

[1323] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 869.

F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 975. « *La possibilité de demander l'annulation du contrat longtemps après sa formation est également de nature à fragiliser l'acte contractuel*. »

[1324] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 135.

J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 870. « *Le moyen d'éviter des contestations tardives serait d'imposer la publication du contrat, seule susceptible de faire courir le délai à l'égard des tiers. Une telle mesure ne dépend pas, bien sûr, du juge du contrat et ce serait aux collectivités publiques de mettre en œuvre les procédés adéquats.* »

imposé, a l'intérêt de permettre une meilleure information des tiers. La troisième difficulté concerne un désavantage du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle : les effets de l'annulation contentieuse, ils sont rétroactifs. Le commissaire du gouvernement propose d'appliquer la distinction civiliste entre les nullités absolues et relatives afin de limiter les annulations automatiques sans prises en compte de l'illégalité commise. Le système civiliste permettrait au contraire de prendre en compte le « degré » d'illégalité ([1325]). Une autre solution peut être trouvée pour palier aux effets brutaux de l'annulation contentieuse : il est possible de limiter les effets dans le temps de l'annulation contentieuse depuis l'arrêt *Association AC !* ([1326]). Allier légalité et stabilité des relations contractuelles peut passer par la mise en place de système de régularisation ([1327]). Finalement, si le recours pour excès de pouvoir en l'état mérite certains aménagements, ces aménagements sont envisageables sans porter une atteinte déstabilisante aux relations contractuelles ou au recours pour excès de pouvoir. Les conclusions Stahl sont d'un apport essentiel pour ceux voulant faire évoluer ce recours. Toutefois, le commissaire du gouvernement n'a pas été jusqu'au bout de son raisonnement, il ne propose d'ouvrir le recours qu'à certains contrats ([1328]). Nous pourrions envisager que le juge administratif décide de faire évoluer le recours par petits pas. Ainsi nous

---

[1325] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 135.

V. : F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 975 ; J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 870.

[1326] CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Rec. CE, p. 197, concl. Devys, RFDA 2004, p. 438, étude Stahl et Courrèges, p. 454, concl. Devys, AJDA 2004, p. 1049, comm. Bonichot, p. 1183, note Landais et Lenica, DA juillet 2004, note Lombard, août-septembre 2004, note Dubos et Melleray, JCP 2004, II, 10189, JCP A 2004, 1662, note Bigot, LPA 17 novembre 2004, note Montfort, 4 février 2005, note Crouzatier-Durand, D. 2005, p. 30, comm. Frier, RDP 2005, p. 536, comm. Guettier, Just. et cass. 2007, comm. Arrighi de Casanova, GAJA.

[1327] F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, pp. 976-977. « *Il est intéressant de constater que le droit civil, s'il admet que des tiers puissent faire constater la nullité d'un contrat, reconnaît d'assez larges possibilités de confirmation et de régularisation.* »

J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 871. « *Inaugurée avec l'arrêt Titran* [CE, 27 juillet 2001, Rec. CE, p. 411, AJDA 2001, p. 1046, obs. Guyomar et Collin], *et confirmée par déjà le célèbre arrêt Association AC !, cette jurisprudence permet, par exemple, de laisser aux personnes concernées un délai aux parties aux contrats pour régulariser ce qui peut l'être.* »

[1328] J.-H. STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 136. « *Au bénéfice de ces observations générales, nous vous proposerons de procéder aujourd'hui à une petite simplification jurisprudentielle dans un contentieux particulier, celui des contrats de recrutement d'agents publics*. »

CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *op. cit.*, p. 355.

aurions pu penser que le juge étende la jurisprudence *Ville de Lisieux* à d'autres situations proches dans lesquelles le cocontractant de la personne publique se situait dans une relation quasi-réglementaire ([1329]). La réalité du contentieux a pourtant montré des tentatives d'ouverture directe du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats.

Une tentative infructueuse a été menée par le commissaire du gouvernement Lambert devant la Cour administrative d'appel de Paris ([1330]). En l'espèce, le requérant demande l'annulation pour excès de pouvoir d'un marché négocié conclu entre le maire de Joinville-le-Pont et la société Bouygues pour la construction d'une école primaire. Ce requérant a la particularité de présenter une double qualité. Le requérant est contribuable de la commune, à ce titre il obtient la qualité de tiers pur, puisqu'il n'est pas intervenu dans le cercle générateur. Le requérant est aussi conseiller municipal, il a donc participé par le biais du conseil municipal à la formation du cercle générateur. Dans un tel cas, il fait parti des sujets actifs du cercle. Le commissaire du gouvernement envisage alors l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du marché. « *Il n'y a aucune raison objective qui interdirait à un tiers d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre le contrat lui-même. Permettre au juge de l'excès de pouvoir d'annuler un contrat sans être obligé d'attendre la bonne volonté des parties ou de leur faire saisir le juge du contrat pour tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable permettrait une plus grande rapidité dans la résolution des affaires et sans aucun doute une effectivité plus grande de la sanction des illégalités* » ([1331]). Globalement, M. Lambert reprend les éléments développés par le commissaire du gouvernement Stahl. Ainsi il élimine le risque de recours parallèle en envisageant les moyens pouvant être invoqués par les tiers purs ([1332]). Il envisage les procédures de publicité à mettre en place ([1333]), ainsi que les problèmes liés à l'annulation contentieuse issue du recours pour excès de pouvoir ([1334]). Il reconnaît la distinction entre les différents contrats passés par les personnes publiques : contrats de droit privé ou administratifs. Il estime alors que la nullité des contrats de droit commun ne pourra être déclaré uniquement par le juge du contrat et non

[1329] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 526.

[1330] CAA Paris, 7 juillet 1999, M. Secail, AJDA 2000, p. 157, concl. Lambert.

[1331] C. LAMBERT, concl. sur CAA Paris, 7 juillet 1999, M. Secail, *AJDA* 2000, p. 158.

[1332] *Ibid.*, p. 158.

[1333] *Ibid.*, p. 158.

[1334] *Ibid.*, p. 159.

par le juge de l'excès de pouvoir maintenant ainsi la distinction entre les recours ([1335]). Le commissaire du gouvernement n'a pourtant pas voulu tirer les conséquences de ces constatations théoriques. Il observe la pratique du Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Ville de Lisieux* : la Haute juridiction n'a pas étendu sa solution à d'autres domaines du contentieux contractuel ([1336]). De ces constatations théoriques et pratiques, il propose une solution : ne pas étendre la jurisprudence *Ville de Lisieux* aux marchés de travaux publics ([1337]). Cette proposition est suivie par les membres de la formation de jugement ([1338]).

Une nouvelle tentative d'évolution du recours pour excès de pouvoir a eu lieu devant le Tribunal administratif de Melun. En l'espèce, le syndicat requérant demande l'annulation du marché public de gardiennage conclu par le directeur de l'école vétérinaire de Maisons-Alfort avec la société Europrotec Sécurité. « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture et des établissements publics est fondé à demander l'annulation du marché public de gardiennage passé par le directeur de l'Ecole nationale vétérinaire d'Alfort avec la Société Europrotec Sécurité* » ([1339]). Le commissaire du gouvernement Dewailly estime que « *le tribunal a semblé considérer que, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, la question soulevée est celle de la légalité d'un acte administratif et de la violation par cet acte d'une règle de droit générale et impersonnelle et que ce « procès fait à un acte », concernait aussi le contrat qui était soumis aux mêmes principes, quand bien même il était aussi un procès entre parties* » ([1340]). Le caractère unilatéral ou multilatéral de l'acte est alors sans influence sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. L'élément opérant est constitué par le caractère organique de l'acte : l'élaboration par une personne publique. A ce titre, tout acte administratif y compris un

---

[1335] *Ibid.*, p. 159.

[1336] *Ibid.*, p. 159.

[1337] *Ibid.*, p. 159. « *Or, dans la présente affaire, ce que demande le requérant, ce n'est même pas de créer une nouvelle exception, mais de modifier purement et simplement la règle. Nous vous proposons donc de confirmer le rejet par le tribunal administratif de Paris de la demande d'annulation du contrat.* »

[1338] CAA Paris, 7 juillet 1999, M. Secail, *op. cit.*, p. 368. « *Considérant que le contrat par lequel une commune confie à une entreprise la construction d'une école primaire n'est pas au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers.* »

[1339] TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, AJDA 2007, p. 695, note Dewailly, RFDA 2007, p. 951, note Vincent-Legoux.

[1340] S. DEWAILLY, note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, *AJDA* 2007, p. 695. Souligné par nous.

contrat, est susceptible de recours pour excès de pouvoir. Le commissaire semble vouloir faire peser l'argument du déféré préfectoral : « *en d'autres termes, le contrat peut généralement être attaqué par des tiers, comme le préfet, au nom de l'intérêt général, comme il peut être contesté par les cocontractants eux-mêmes. Le tribunal a estimé que ce que le préfet pouvait faire, les administrés ou les usagers, entre autres, pouvaient le faire aussi, puisque ce représentant de l'Etat n'a pas l'apanage de la défense de la légalité.* » ([1341]). Nous revenons à l'idée du contrôleur général de l'administration publique d'Hauriou. Si les tiers purs peuvent protéger la légalité, un recours doit leur être ouvert afin de pouvoir contester tous les actes des personnes publiques, y compris les contrats. M. Dewailly relève à ce titre l'évolution de l'ouverture du prétoire aux tiers purs aux fins de contestation des relations contractuelles conclues par des personnes publiques. Le constat est frappant : « *il semble pourtant aujourd'hui qu'il n'y a plus que le recours pour excès de pouvoir contre les marchés publics qui subisse de la part des juridictions un sort contraire à ce qui est devenu la norme en la matière. En d'autres termes, le champ du principe est devenu l'exception, tandis que l'exception se généralise par contagion et propagation dans la matière du contrat* » ([1342]). Le principe est la non-intervention des sujets passifs dans le cercle générateur : ils doivent respecter l'obligation d'inviolabilité et ne peuvent contester le lien contractuel. Peu à peu le juge administratif a ouvert son prétoire à la contestation par les tiers purs du lien contractuel. Ainsi le principe de la non-intervention des tiers purs est devenu une exception puisqu'ils peuvent agir. L'exception de l'intervention de ces tiers dans la relation contractuelle tend à devenir le principe. La question de l'évolution du contentieux se pose : pourquoi le contrat seul doit-il échapper à l'évolution ? Selon ce jugement, le contrat ne doit pas échapper à la connaissance du juge administratif, il doit pouvoir faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. Nous pouvons établir une corrélation entre les marchés de fourniture et les contrats de recrutement d'agents publics. Un marché public est une fourniture de moyens afin de réaliser une activité administrative. Le fournisseur participe ainsi à l'activité administrative à l'image de la participation des agents publics à l'activité administrative. Fournisseurs et agents publics participent à l'activité administrative, même si la participation se réalise à des échelles différentes ([1343]). Selon le jugement, les marchés publics et les contrats de

[1341] *Ibid.*, p. 695.

[1342] *Ibid.*, p. 695.

[1343] *Ibid.*, p. 697. « *Certes, on peut lier cette extension au fait que les agents publics sont happés par la sphère publique pour laquelle ils consacreront l'essentiel de leur activité, tandis que le contrat de fourniture passé avec une entreprise privé ne permet aucune exclusivité de cette sorte. Il n'en demeure pas moins que les liens existant*

recrutement d'agents publics non titulaires peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ce jugement crée un précédent. Il s'inscrit dans l'évolution que connaît le contentieux des relations contractuelles ([1344]). Une telle jurisprudence est particulièrement opportune et plébiscitée par la majorité de la doctrine estimant que la « balance » penche actuellement du côté d'une évolution vers l'admission du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les contrats administratifs ([1345]). Ce précédent peut-il être suivi et permettre une évolution à l'ensemble des contrats ([1346]) ? La réponse est négative, ce jugement est resté l'unique précédent ayant permis d'allier légalité et simplification du contentieux ([1347]).

B. Une réponse implicite mais négative du Conseil d'Etat

Depuis l'arrêt *Martin*, l'évolution du contentieux des relations contractuelles a permis une plus grande ouverture du recours pour excès de pouvoir. De la simple contestation des actes détachables du contrat à effet platonique, le juge administratif reconnaît de tirer les conséquences de ses annulations contentieuses. Du refus de contester les contrats administratifs, ce juge a permis la recevabilité des recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires d'un contrat, puis à l'encontre des contrats de recrutement d'agents publics non titulaires. Cette évolution récente est influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le droit au recours effectif ([1348]). Toutefois le recours pour excès de pouvoir n'est pas ouvert à une contestation pleine et entière de

---

entre un fournisseur de l'administration et cette administration font, dans une certaine mesure, participer ce dernier à l'activité administrative, puisqu'il lui vend a minima les moyens de cette action. »

[1344] *Ibid.*, p. 697. « *En l'espèce, en jugeant que le recours pour excès de pouvoir introduit par la CGT était recevable, les juges de Melun se sont inscrits à contre-courant de la jurisprudence actuelle, même s'ils ne sont pas allés à contre-courant de l'évolution générale du droit des contrats depuis quelques années*. »

[1345] J. WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, *op. cit.*, p. 872. « *Et cependant, un revirement de jurisprudence serait d'autant plus possible que le « principe » de l'interdiction du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un contrat ne repose sur aucun véritable raisonnement juridique et que, dans la pratique, sa suppression présenterait beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients* », p. 862.

[1346] M.-C. VINCENT-LEGOUX, note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, *RFDA* 2007, p. 953. « *Reste à savoir si le jugement contesté entendait doter le juge de l'excès de pouvoir d'une compétence générale à l'égard de tout contrat administratif ou seulement d'une nouvelle compétence d'attribution cantonnée aux marchés publics*. »

[1347] *Ibid.*, p. 951, 953.

[1348] P. WACHSMANN, La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *op. cit.*, pp. 28-29.

l'ensemble des contrats administratifs. Des tentatives d'ouverture ont eu lieu. Elles n'ont pourtant pas porté leurs fruits. Le Conseil d'Etat s'est limité dans l'ouverture du recours aux jurisprudences *Cayzeele* et *Ville de Lisieux*. Le recours pour excès de pouvoir ouvert aux contrats parait ne plus être d'actualité maintenant que le Conseil d'Etat a redéfini les voies de droit ouvertes aux différents tiers par l'arrêt *Société Tropic travaux* ([1349]). La saisine de l'Assemblée était justifiée en ces termes : « *cette affaire a été directement portée au rôle de votre formation de jugement, parce qu'il nous a paru qu'elle pouvait utilement vous permettre de réexaminer la question de l'irrecevabilité du recours des tiers contre les contrats* » ([1350]). Le commissaire du gouvernement a pour but dans ses conclusions de réaliser un constat de l'état du droit et ensuite de proposer des solutions innovantes

A l'image du travail réalisé par le commissaire Stahl, le commissaire du gouvernement Casas reprend l'état du droit en vigueur. La théorie des actes détachables souffre d'« *une forme d'épuisement* ». L'application faite de cette théorie garantissait au début de sa création une sécurité juridique en raison de son effet platonique. Elle a finalement dévié vers une insécurité perpétuelle « *menaçant les contrats pendant un temps infini, comme une épée de Damoclès pesant sur les parties* ». Les tiers purs sont en mesure maintenant « *de porter le fer au cœur du contrat et d'exiger jusqu'à son anéantissement* » ([1351]). Peuvent-ils alors voir s'ouvrir la voie du recours pour excès de pouvoir à l'encontre directe des contrats ? Le commissaire du gouvernement tente de donner des pistes de solutions en la matière. Il propose la création d'un juge des référés contractuels permettant une action alors que le contrat serait déjà conclu. Cette solution n'est pas la solution retenue puisqu'elle conduirait à une interprétation *contra legem* ([1352]). D'ailleurs, la voie des référés précontractuels est

[1349] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

[1350] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 339.

[1351] *Ibid.*, pp. 341-342. « *Il est vrai que cette épée était de bois – et d'un bois fort tendre… - au temps de Romieu, quand l'annulation de l'acte détachable pouvait demeurer sans effet sur le contrat. Mais* […] *ce n'est plus le cas aujourd'hui.* […] *L'épée, alors, n'est plus de bois et l'atteinte portée aux situations contractuelles que les parties croyaient solidement acquises est d'autant plus déstabilisante qu'elle peut intervenir longtemps après la signature du contrat.* »

[1352] *Ibid.*, p. 343.

fermée aux tiers purs ([1353]). La deuxième piste proposée est d'ouvrir le recours en excès de pouvoir à l'encontre directe des contrats ([1354]), piste parfois décriée ([1355]). Cette solution est exclue par le commissaire. Les arguments principalement envisagés dans les conclusions Stahl ont fait pencher en sa défaveur : « *nous pensons que le juge de l'excès de pouvoir n'est pas le juge le plus adapté pour connaître des contentieux qui se développent en matière contractuelle.* […] *L'idée selon laquelle, par conséquent, le contentieux contractuel ne ressortit pas naturellement au contentieux de la légalité conserve à nos yeux une certaine pertinence* » ([1356]). La stabilité juridique des relations contractuelles formées a pesé dans le raisonnement du commissaire Casas. Si l'équilibre trouvé par le juge administratif était, ces dernières années, en faveur prononcée pour la protection des tiers purs, la solution retenue fait pencher la balance dans l'autre sens, c'est-à-dire protéger les contractants ([1357]). L'un des moyens de protéger ces contractants aurait été de moduler les effets dans le temps des annulations contentieuses afin de ne pas anéantir des relations contractuelles pour un motif d'illégalité mineur. Or cette modulation doit rester exceptionnelle afin de préserver certaines caractéristiques du recours. Une modulation exceptionnelle en matière contractuelle est impossible ([1358]). La solution retenue est de permettre aux « tiers » d'exercer un recours de pleine juridiction à l'encontre du contrat admettant « *pour la première fois une action directe des tiers devant le juge du contrat* » ([1359]). Cette solution était déjà présagée par certains auteurs ([1360]).

L'arrêt *Société Tropic travaux* instaure le recours de pleine juridiction à l'encontre des contrats administratifs ([1361]) : « *Considérant que, indépendamment des actions dont les*

[1353] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, p. 395 et suivantes.

[1354] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[1355] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 194.

[1356] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, pp. 343-344.

[1357] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RDP* 2007, p. 1386.

[1358] *Ibid.*, p. 1388 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1359] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 344.

[1360] D. POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 145 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 194.

[1361] M.-C. VINCENT-LEGOUX, note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, *op. cit*, p. 954. « *L'arrêt d'Assemblée Société Tropic*

parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ces clauses, qui en sont divisibles […] *qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables* » ([1362]). La Haute juridiction a refusé d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats administratifs, mais les contractants ne seront plus les seuls requérants pouvant avoir accès au juge du contrat ([1363]). Malgré un certain caractère objectif, son caractère subjectif l'oppose au recours pour excès de pouvoir ([1364]). Ce recours est un recours de pleine juridiction « pur », ne dépendant pas des recours objectif de plein contentieux ([1365]).

« *Les portes du contrat ouvertes aux tiers. Les tiers admis dans le prétoire du juge du contrat, c'est un peu la prise de la Bastille du contentieux administratif* » ([1366]). « *Le Conseil d'Etat a reconnu qu'un recours (de pleine juridiction) appartient au tiers, en tout cas au « concurrent évincé » contre un contrat conclu* » ([1367]). Les « tiers » se voient offrir une nouvelle voie de recours. Mais ces propos conduisent principalement à s'interroger sur la qualification de « tiers ». Un concurrent évincé, un candidat écarté est une personne étant intervenu dans le cercle générateur dans le but d'obtenir le contrat et donc de devenir le cocontractant de le personne publique. Il n'est pas resté « pur » par rapport à l'objet du cercle. Selon le protocole proposé, le concurrent évincé est un tiers intéressé. Seuls les tiers intéressés ayant une qualité particulière, celle d'avoir été candidat à la passation du contrat, peuvent utiliser la nouvelle voie de droit offerte par l'arrêt *Société Tropic travaux*. La solution du

---

Travaux Signalisation du 16 juillet 2007 n'a pas consacré l'ouverture du recours pour excès de pouvoir voulue par le Tribunal administratif de Melun mais bien celle du recours de pleine juridiction. »

[1362] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 372.

[1363] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1387.

[1364] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 914.

[1365] H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, Paris, 2008, pp. 188-189.

[1366] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1367] B. PACTEAU, Traité de contentieux administratif, *op. cit*., p. 254.

Conseil d'Etat est plus restrictive que celle proposée par son commissaire du gouvernement ([1368]).

Le commissaire du gouvernement développait l'idée des droits lésés. Les tiers recevables à utiliser la nouvelle voie de droit devrait présenter une atteinte portée à l'un de leurs droits patrimoniaux ([1369]). Nous retrouvons ici l'une des trois conceptions de l'intérêt à agir selon laquelle est recevable le « *requérant* [qui] *justifie d'un droit subjectif (au sens courant de cette expression) lésé par l'acte illégal* » ([1370]). Cette conception est restrictive par rapport à celle retenue en matière de recours pour excès de pouvoir ([1371]). Après avoir défini la conception retenue de l'intérêt à agir et l'appliquer à ce nouveau recours, le commissaire du gouvernement établit un listage des différentes personnes qui seraient recevables ou non à agir. Il relève que « *certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent* » ([1372]). Il se réfère donc à l'idée proposée de cercle générateur. Cette vision est pertinente dans la mesure où nous allons prendre en compte un degré d'atteinte directe ([1373]). De plus, retenir la notion de droits subjectifs lésés permet d'être en accord avec le caractère subjectif reconnu au recours de pleine juridiction ([1374]). « *Dans notre esprit, cela viserait les*

[1368] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *AJDA* 2007, p. 1579 ; F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1393 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1369] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345. « […] *ne seraient potentiellement recevables à agir devant le juge du contrat que les seuls tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat.* »

[1370] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 481.

[1371] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345. *« Nous sommes favorables, à cet égard, à une conception restrictive de la recevabilité qui vous conduira à juger, si vous nous suivez, qui ne sont recevables que les tiers pouvant justifier de droits lésés par la conclusion du contrat.* […] *Il faut donc avoir du droit lésé une conception nettement plus stricte que celle retenue de l'intérêt à agir.* »

[1372] *Ibid.*, p. 345.

[1373] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1374] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 914. « *Le recours ouvert par l'arrêt Tropic comme le référé précontractuel présente ainsi un caractère subjectif qui le sépare du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir.*

entreprises évincées de la procédure d'attribution d'un contrat, les usagers du service public en tout cas lorsqu'est en cause une délégation de service public ou un marché public de service public, ainsi que, peut être, le contribuable local qui pourrait éventuellement se prévaloir de ce que les conditions financières d'un contrat ont des répercussions nécessaires sur ses droits patrimoniaux » ([1375]). Cette liste des « tiers » est à notre sens une réelle liste de tiers. A la différence de la jurisprudence que nous avons étudiée permettant aux sujets actifs d'intervenir, cette liste ne concerne que des tiers. Le commissaire du gouvernement propose d'ouvrir le prétoire aux tiers intéressés et aux tiers purs. « *En revanche, ne seraient en principe pas recevables à agir devant le juge du contrat, les tiers au contrat qui ne pourraient se prévaloir d'aucun droit de nature patrimoniale lésé par la conclusion du contrat : les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques, les syndicats, les associations, et toutes les autres personnes à qui pourtant le juge de l'excès de pouvoir pourrait reconnaître un intérêt à agir contre l'acte détachable du contrat* » ([1376]). Dans cette seconde liste, le commissaire du gouvernement réalise un tri. Il propose d'exclure les membres des assemblées délibérantes, il propose donc d'exclure de la nouvelle voie de droit des personnes qui logiquement sont qualifiées de sujets actifs. Il propose aussi d'exclure de nombreuses personnes n'étant pas intervenues dans le cercle générateur, il propose d'exclure de nombreux tiers purs. Nous retrouvons ici les deux catégories de tiers purs mises en lumière dans le chapitre précédent : les tiers purs ayant intérêt à agir et les tiers purs ne présentant pas un tel intérêt en raison de leur caractère étranger, trop « pur » du fait de l'absence d'atteinte à un droit patrimonial.

Finalement, la solution retenue par le Conseil d'Etat retient une distinction plus restrictive quant au nombre de requérants recevables : seuls les tiers intéressés peuvent agir, s'ils ont été candidat à la procédure de formation du contrat. « *Tel n'est plus le cas des autres personnes, auxquelles est fermé ce recours. C'est l'effet négatif de la formule « tout concurrent évincé ». Les tiers « purs », qui n'avaient aucun titre à faire valoir pour obtenir le contrat, ne sont pas recevables à intenter contre lui le nouveau recours.* […] *celle du recours contre le contrat leur est fermée, car ils sont trop loin de la « sphère » dans laquelle se situe*

C'est pourquoi ce recours n'est pas ouvert à d'autres personnes, notamment à celles qui comme les contribuables locaux, les élus locaux, les usagers, sont recevables à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes détachables du contrat. »

[1375] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345.

[1376] *Ibid.*, p. 345.

un contentieux qui reste essentiellement contractuel » ([1377]). Puisque les tiers purs sont situés sur des couches trop éloignés du noyau du cercle générateur, ils ne peuvent agir à la différence des tiers intéressés qui eux se situent sur la couche la plus proche du noyau, ils se situent sur la première couche. Si le raisonnement est d'une logique implacable, nous pouvons objecter que la nouvelle voie de recours est conçue comme un voie limitée ([1378]). L'arrêt *Société Tropic travaux* est un « grand arrêt », il ne constitue pas pour autant un revirement de jurisprudence : le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats est irrecevable ([1379]). De plus, alors que la doctrine prônait l'ouverture du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat suivant son commissaire du gouvernement, décide d'attribuer le contentieux au juge du plein contentieux ([1380]).

Après avoir présenté la nouvelle voie de recours, le Conseil d'Etat, précédé par son commissaire du gouvernement, réorganise les voies de recours existantes en matière de contentieux contractuel. Le principe suivi est de limiter les recours parallèles ([1381]). Les « tiers évincés » se voient donc fermer la voie du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables ([1382]). Plus précisément, le nouveau recours est ouvert contre le contrat, donc dès sa conclusion. Cela implique que le recours pour excès de pouvoir leur est ouvert jusqu'à la conclusion dudit contrat, mais fermé au-delà de cette conclusion ([1383]). Le recours pour excès de pouvoir reste lui, ouvert aux tiers purs puisque la voie du recours de pleine juridiction leur est fermée ([1384]). D'un point de vue temporel, le recours sera commun aux

---

[1377] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 331.

[1378] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1379] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, I, 193.

[1380] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1387.

[1381] *Ibid.*, p. 1389.

[1382] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 346. « *Il nous semble raisonnable d'estimer qu'ils ne seront plus recevables à demander l'annulation de l'acte détachable au juge de l'excès de pouvoir*. »

[1383] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1384] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 346. « *Il ne nous parait ni souhaitable, ni même d'ailleurs possible en raison du principe général du droit qui s'attache à l'existence d'une voie de recours effectif contre les actes de l'administration de leur retirer la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte détachable du contrat. Si vous nous suivez, cette voie devra donc leur rester ouverte*. »

P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

tiers, purs et intéressés, tant que le contrat ne sera pas conclu. Il s'agira alors d'un recours pour excès de pouvoir. Mais la distinction entre tiers purs et intéressés se réalise à la conclusion du contrat puisque le contentieux se sépare dès cet instant précis entre le juge du contrat et celui de l'excès de pouvoir. L'arrêt présenté est un grand arrêt. Il ne répond cependant pas aux objections faites au recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle. Cette voie de droit reste ouverte puisque l'on ne peut priver les tiers purs de recours effectif. La conséquence est alors la suivante : en laissant ce recours en l'état on laisse perdurer « l'épée de Damoclès » pesant sur les contractants ([1385]), alors que le but du recours *Société Tropic travaux* était de stabiliser au maximum les relations contractuelles en refusant d'utiliser la voie de l'excès de pouvoir ([1386]). Les tiers purs se voient aussi privés d'un recours pleinement efficace et d'accès plus aisé ([1387]). Cet arrêt mérite aussi certains éclaircissements. Par exemple, quelle sera l'articulation entre la jurisprudence *Société Tropic travaux* et la jurisprudence *Ville de Lisieux* ? Les candidats évincés à un emploi public contractuel utiliseront-ils la voie de la pleine juridiction plutôt que la voie actuelle de l'excès de pouvoir ([1388]) ? Le Conseil d'Etat aura pour devoir de préciser chaque voie de droit ouverte dans le contentieux contractuel pour obtenir un contentieux clair. Si la voie de l'excès de pouvoir parait exclue actuellement, il n'en demeure pas moins que d'autres solutions peuvent être envisagées et proposées. Tout d'abord, il reviendra au Conseil d'Etat d'estimer ou non si le nouveau recours peut être ouvert aux tiers purs et finalement suivre les conclusions de son commissaire du gouvernement. Une autre solution peut être trouvée dans un recours en nullité : « *les tiers* [pourraient être] *admis, dans le cadre d'une prescription trentenaire qui ne déplairait pas au droit communautaire, à saisir le juge de plein contentieux de l'action en nullité (non suspensive, donc peu dangereuse pour la stabilité contractuelle). Et vis-à-vis de ces tiers, à l'image du droit civil, il suffirait de limiter leur action aux vices entachés d'une nullité absolue* » ([1389]).

[1385] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1396.

[1386] *Ibid.*, p. 1390.

[1387] *Ibid.*, p. 1396.

[1388] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1580.

[1389] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

« *Le contrat cesse d'être une forteresse* » ([1390]). Il revient alors au juge administratif de définir de quelle manière cette « forteresse » peut être assiégée et par quels assaillants. Il revient au juge de reconnaitre ou non aux tiers purs la qualité d'assaillants.

[1390] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 255.

Conclusion de chapitre

Le juge administratif a utilisé une notion particulière du « tiers » afin d'ouvrir ou fermer son prétoire à leurs contestations. Nous avons essayé de mettre en valeur une difficulté : la notion de « tiers » utilisée par le juge ne correspond pas à la conception du tiers proposée. Cette détermination des différents sujets montre que des sujets actifs sont qualifiés de tiers par le juge. La même difficulté avait été rencontrée en matière de responsabilité administrative. Cependant, à la différence de la responsabilité administrative, la matière contractuelle présente des voies de droit ouvertes communément aux sujets actifs et passifs.

En matière contractuelle, la notion de tiers pur a une place particulière. Le tiers pur sert de « standard minimum ». S'il présente un intérêt à agir, il se verra ouverte la voie de l'excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat, des clauses réglementaires ou du contrat de recrutement des agents publics. Ainsi c'est à partir de ces possibilités de recours que vont se répartir les sujets actifs et passifs. La distinction se réalise en fonction de ceux bénéficiant uniquement du recours pour excès de pouvoir, ceux pouvant y ajouter d'autres voies de droit et ceux ne pouvant l'utiliser.

Une répartition au sein des tiers purs est confirmée : les tiers purs pouvant engager des actions recevables seront positionnés sur les couches externes les plus proches du noyau du cercle générateur. Les tiers purs particulièrement purs prennent alors place sur les autres couches plus éloignées, justifiant leur incapacité à voir leurs requêtes recevables. Ils sont trop éloignés des effets produits par le contrat. A partir de cette répartition, la distinction avec les tiers intéressés peut être réalisée. Les tiers intéressés peuvent engager des recours pour excès de pouvoir afin de contester les relations contractuelles, mais ils bénéficient aussi d'autres recours tel que le recours *Société Tropic travaux*. Afin les sujets actifs se distinguent des tiers purs par leur accès au juge du contrat, accès auquel peut s'ajouter un accès au juge de l'excès de pouvoir. La notion de tiers pur en matière contractuelle est particulièrement délicate à concevoir, sauf à estimer qu'il s'agit d'un requérant de « base » présentant les voies de recours « minimums » ouvertes.

Conclusion de titre

Le tiers pur constitue le premier échelon de l'échelle des tiers. Nous aurions pu penser que cet échelon est homogène : les tiers purs le constituant seraient identiques et détenteurs des mêmes actions contentieuses. Nous venons de démontrer le contraire : les situations contentieuses dans lesquelles interviennent les tiers purs sont diverses. D'une notion unique nous obtenons une catégorie hétérogène.

La notion de tiers pur est unique.

L'échelon du tiers pur se justifie par deux éléments. Les tiers purs, au sein de cet échelon, répondent à la même définition : ce sont des personnes extérieures et qui sont restées extérieures au noyau du cercle générateur. Les tiers purs ne sont pas intervenus dans ce noyau. De cette absence d'intervention *ante* contentieuse, le juge administratif va réserver un sort différent à leurs recours, régulant ainsi l'accès à son prétoire. De plus, ainsi défini, le tiers pur s'oppose diamétralement au tiers intéressé ; ce qui permet de réaliser une classification des différents tiers.

La catégorie des tiers purs est pourtant une catégorie hétérogène.

La notion de tiers pur est finalement double ; elle est constituée par les tiers purs et les tiers particulièrement purs. Il n'existe pas un seul et unique tiers purs, mais il en existe plusieurs. Nous avons alors proposé de réaliser une classification de ces différents tiers purs. La notion de tiers pur se divise en deux catégories, les tiers purs et les tiers particulièrement purs. Cette distinction se fonde sur la possibilité de pouvoir engager des recours recevables. Cette distinction peut être illustrée par le cercle générateur / nuage électronique. En effet, en raison du positionnement des tiers purs et particulièrement purs sur les couches externes du cercle générateur, il est possible d'établir les chances de voir leurs recours accueillis par le juge administratif : plus le tiers pur sera proche du noyau du cercle, plus ses chances de voir son recours accueilli seront importantes.

Ainsi si l'étude des actions engagées à l'encontre des actes administratifs unilatéraux a permis d'établir le protocole de détermination du tiers pur et de mettre en évidence l'hétérogénéité de la notion de tiers pur, l'étude des actions engagées à l'encontre des relations contractuelles a démontré un nouvel apport de la notion de tiers pur. Dans le contentieux des relations contractuelles, le tiers pur constitue un standard : le « tiers requérant

de base ». En effet, le tiers pur recevable à contester une telle relation présente l'éventail de recours ouverts à l'encontre du contrat ou des actes qui en sont détachables. Ce tiers pur va alors servir de référentiel afin de déterminer si tel ou tel recours contentieux ouvert aux tiers intéressés est spécifique aux tiers de cet échelon.

Titre 2 : Le tiers intéressé

Le tiers intéressé est une personne extérieure au noyau du cercle générateur, mais qui, à un moment donné, est entrée en relation avec ce noyau ; le tiers intéressé est déjà intervenu dans ce noyau, il va intervenir une nouvelle fois et de nouveau s'immiscer dans la relation contractuelle par son action contentieuse.

Le tiers intéressé se caractérise par sa place particulière. Il n'est ni un sujet actif du cercle générateur, ni un tiers pur ; il se situe dans une position intermédiaire à ces deux qualifications. Cette place particulière est mise en valeur par la représentation schématique du cercle générateur : le tiers intéressé se positionne sur la couche externe la plus proche du noyau du cercle. Ce positionnement n'est pas sans conséquence. En effet, si l'intervention du tiers intéressé dans le noyau du cercle générateur détermine son positionnement au sein du cercle générateur / nuage électronique, elle lui offre un ou plusieurs recours spécifiques. La notion de tiers intéressé constitue bien une notion fonctionnelle, son utilisation permet au juge de réguler l'accès à son prétoire principalement dans un sens positif.

La notion de tiers intéressé est une notion particulièrement hétérogène. A l'origine, elle est homogène puisqu'elle est uniquement composée par les usagers du service public considérés dans un cadre précis. Puis il a été possible de qualifier le préfet de tiers intéressé. L'hétérogénéité de la notion est apparue dans le contentieux particulier des relations contractuelles avec la création des référés précontractuel et contractuel et l'ouverture du prétoire du juge du contrat aux concurrents évincés.

Ainsi le tiers intéressé va constituer une notion soit homogène, soit hétérogène en fonction du domaine contentieux considéré. Il convient alors d'isoler le contentieux contractuel de l'ensemble du droit administratif, puisque la notion hétérogène de tiers intéressé ne se présente qu'en matière contractuelle.

Le tiers intéressé est donc présent dans l'ensemble du droit administratif, alors que le tiers évincé et le tiers intéressé ne sont présents que dans le contentieux des relations contractuelles.

Chapitre 1 : Le tiers évincé

Chapitre 2 : Préfet et usager interprétés à la lumière du tiers intéressé

Chapitre 1 : Le tiers évincé

Avant la création des référés précontractuels, nous aurions pu estimer qu'il n'existait pas de différence notable entre les tiers purs et les tiers intéressés sur le plan spécifique du contentieux contractuel. Nous avons estimé qu'il existait une échelle des tiers à deux échelons, en raison des voies de recours différentes qui leur sont ouvertes. Or avant la réforme de 1992, ces voies de recours étaient identiques que le requérant soit qualifié de tiers pur ou de tiers intéressé. L'échelle des tiers n'était pas pertinente en la matière. Depuis l'entrée en vigueur de ces référés, l'échelle trouve sa pertinence au regard des voies de recours maintenant ouvertes ou fermées dans le contentieux contractuel, en fonction de la qualité de tiers.

L'échelle des tiers présente deux échelons : celui du tiers intéressé et celui du tiers pur. Cette vision est réductrice puisqu'au sein de ces échelons, les situations sont variées. Les échelons constituent des ensembles regroupant des catégories de tiers. Ainsi nous avons obtenu deux catégories de tiers purs : les tiers purs recevables à agir et les tiers particulièrement purs pour qui l'accès au prétoire du juge administratif est fermé. Cette distinction se fonde sur leurs positions sur les couches externes du cercle. Cet aspect se retrouve au sein de l'échelon du tiers intéressé en matière contractuelle.

Le protocole de détermination du tiers intéressé appliqué en matière contractuelle aboutit à un constat : le tiers intéressé est constitué de catégories dont l'une est composée de tiers évincés. La différence avec l'échelon du tiers pur, échelon de nature jurisprudentielle, est que la catégorie de tiers évincé est le résultat à la fois de la jurisprudence et de l'œuvre du législateur.

La catégorie du tiers évincé est bien un tiers intéressé puisqu'il se positionne sur la couche externe du cercle générateur la plus proche du noyau. Ce positionnement est justifié par le rôle particulier qu'il remplit dans la formation du lien contractuel. Ce rôle justifie les différentes voies de recours offertes à ce tiers et par conséquent justifie la mise en valeur de cette catégorie particulière de tiers intéressé.

Section 1 : Détermination du tiers évincé

La notion de tiers intéressé comprend en son sein une catégorie particulière : celle des tiers évincés que cette section tente de définir par l'application adaptée du protocole de détermination du tiers intéressé. Le choix d'envisager ce tiers intéressé spécifique est dicté par une question d'actualité. En effet, la présence du tiers évincé s'exprime par l'ouverture, mais aussi la fermeture de voies de droit particulières dans le contentieux contractuel. L'accès au prétoire du juge administratif pour le tiers évincé est depuis une vingtaine d'années régi à la fois par le juge lui-même, mais aussi par le législateur.

Déterminer le tiers évincé nécessite de passer par plusieurs étapes. Il convient d'abord d'appliquer le protocole de détermination du tiers intéressé, puis d'examiner la notion même de tiers évincé en fonction des interprétations législatives et jurisprudentielles. Cette réalisation a lieu dans le domaine contractuel. Il s'agira ensuite de tenter d'appliquer la notion de tiers évincé à un autre domaine contentieux. Le contentieux de la fonction publique apparaît alors être le contentieux le plus propice à une telle application.

I. Etablissement des protocoles de détermination

Le tiers évincé est un tiers intéressé. A ce titre, la détermination des tiers intéressés est nécessaire. La définition du tiers intéressé ainsi que son protocole de détermination ont été envisagés. Il convient pourtant de reprendre ces éléments afin de les parfaire. Il s'agira ensuite d'étudier spécifiquement la notion de tiers évincé.

A. Le protocole de détermination du tiers intéressé

Le protocole de détermination s'établit en fonction de l'objet du cercle générateur constitué par un rapport de droit. La définition de ce rapport est essentielle afin de délimiter une situation juridique et donc un litige particulier. Cette définition se réalise cependant au cas par cas en fonction des espèces présentes ou du domaine contentieux que nous souhaitons étudier. Ici, nous ne souhaitons qu'établir le protocole non l'appliquer. Ainsi nous n'allons pas définir plus en détail ce rapport dont des exemples ont d'ailleurs été donnés dans le titre précédent.

La première étape du protocole est de définir le rapport de droit en cause. Ce rapport pourra être simple, c'est-à-dire constitué par un seul acte, ou complexe avec, par exemple, la prise en compte d'une relation contractuelle dans son ensemble, c'est-à-dire en y intégrant tous les actes juridiques nécessaires à sa formation et à son exécution. Ce rapport de droit doit être déterminé dans un espace-temps opportun. Ainsi l'espace-temps « moment contentieux » doit automatiquement être exclu afin d'éviter toute confusion de qualification comme cela a été réalisé dans les chapitres précédents. La deuxième étape consiste à définir les sujets actifs du cercle, c'est-à-dire les acteurs du rapport de droit. A nouveau pour cette étape, nous pourrons retenir soit une version simple : les sujets seront auteurs et destinataires de l'acte, soit une version complexe : il faudra alors intégrer toutes les personnes étant intervenues dans la formation du rapport et ayant concouru à cette formation, ces personnes formant alors un ensemble commun. Au terme de ces deux étapes, le noyau du cercle générateur est déterminé. Il reste à définir les couches externes.

La troisième étape du protocole de détermination a pour but de séparer les couches externes du cercle. Les tiers, sujets passifs, se situent sur les couches externes. La notion de tiers étant double, cela implique que les tiers se répartissent sur différentes couches. La difficulté est alors de dissocier ces couches. Dans le titre précédent, nous avons proposé de retenir que les tiers intéressés se positionnaient sur la première couche externe, les tiers purs

prenant place sur des couches de plus en plus externes démontrant ainsi leur éloignement par rapport au noyau. Nous proposons de garder cette vision. Si la notion de tiers intéressé comme celle de tiers pur ne recouvrent pas une seule réalité, le tiers intéressé a une place privilégiée d'où il tire la diversité des voies de recours qui lui sont ouvertes. Cette place particulière se situe sur la couche la plus proche du noyau du cercle générateur. Si nous savons sur quelle couche se positionne la catégorie des tiers intéressés, il faut déterminer l'élément justifiant qu'ils soient positionnés sur cette couche. Le tiers intéressé a une place privilégiée proche du noyau en raison de son intervention dans ce noyau. Le tiers intéressé a interagi avec les sujets actifs pendant la formation du rapport de droit ou pendant son exécution. Ainsi un tiers intéressé sera une personne ayant déposé sa candidature à un appel d'offre (intervention pendant la formation du rapport de droit), un sous traitant du cocontractant de la personne publique (intervention pendant l'exécution du rapport de droit)… Cette intervention peut être réelle. Par exemple il y a eu un réel dépôt d'une offre par une entreprise pour obtenir le contrat. Mais l'intervention peut aussi être potentielle, dans ce cas, l'entreprise n'a pas déposé d'offre en raison d'un empêchement. Naturellement, plus l'intervention sera potentielle, plus le tiers intéressé se rapprochera de la limite séparant la première couche externe des autres couches sur lesquelles gravitent les tiers purs.

Le tiers intéressé ne fait qu'intervenir dans le noyau à la différence des sujets actifs qui permettent au rapport de droit d'exister. Une difficulté peut être rencontrée principalement en matière contractuelle. Lors de la formation d'un lien contractuel, de nombreuses personnes interviennent dans sa formation. Il faudra être particulièrement attentif à ne pas confondre les personnes ayant permis la formation du lien par la prise de décision, c'est-à-dire les membres des assemblées délibérantes qualifiés de sujets actifs, avec des personnes présentant une offre contractuelle, personnes alors qualifiées de tiers intéressés. Il est vrai que la distinction entre ces différentes personnes peut être délicate à réaliser.

La qualité de tiers intéressé présente une particularité concernant son intérêt à agir. Reprenons les trois conceptions de l'intérêt à agir : l'action populaire, l'intérêt froissé et le droit lésé ([1391]). Il est possible d'attribuer chaque conception aux différents tiers. Ainsi l'action populaire, qui n'est pas admise par le juge administratif, pourrait correspondre aux actions engagées par un tiers pur particulièrement pur puisqu'en raison de son éloignement par rapport au noyau, il ne peut engager d'actions recevables. L'intérêt froissé revient alors au

[1391] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, p. 481.

tiers pur recevable à agir, mais il peut aussi revenir au tiers intéressé. Il reviendra alors au juge d'être plus ou moins exigent en fonction du litige dont il a connaissance. Enfin le droit lésé revient au tiers intéressé. Exiger un tel intérêt à agir de la part d'un tiers intéressé démontre sa proximité avec le noyau du cercle générateur. C'est en raison d'un positionnement proche que ce tiers intéressé peut ressentir les effets indirects du cercle. Or ce positionnement est issu de son intervention dans le cercle. En conséquence, c'est parce qu'il est intervenu dans le cercle, qu'il peut être plus particulièrement atteint par les effets indirects produits que les autres tiers. Exiger de sa part la lésion de ses droits pour qualifier de recevable son intérêt à agir démontre sa place particulière dans le cercle générateur et justifie de distinguer tiers pur et tiers intéressé.

Le protocole de détermination du tiers intéressé est établi. De ce protocole va être déduit celui du tiers évincé, notion apparue dans le contentieux contractuel, nous proposons donc de déterminer les tiers intéressés au sein d'un contentieux contractuel. Le rapport de droit est constitué par la relation contractuelle dans son ensemble. Cette relation contractuelle doit avoir pour fondement un contrat administratif dont la connaissance revient au juge administratif ([1392]). Les sujets actifs sont les contractants, mais aussi les personnes ayant permis la formation du lien contractuel, c'est-à-dire les membres de l'organe délibérant autorisant notamment la signature du contrat. Le noyau du cercle générateur est identique à celui déterminé en ce qui concerne la contestation des contrats par les tiers purs ([1393]). Les personnes étant alors intervenues dans ce noyau seront qualifiées de tiers intéressés, c'est-à-dire les concurrents, les usagers et le préfet.

B. Le protocole de détermination du tiers évincé appliqué au contentieux contractuel

La notion de tiers évincé n'apparaît pas en tant que telle dans le contentieux administratif. Cette notion est élaborée à partir d'une autre notion dont l'interprétation varie selon le recours en présence. Le tiers évincé est fondé sur la notion de « concurrent évincé ». Il s'agit donc de définir cette catégorie spécifique de tiers intéressé et de déterminer son positionnement au sein de la première couche externe du cercle générateur. L'étude de

[1392] P. DELVOLVE, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 330 ; F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, 2212.

[1393] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, p. 310 et suivantes.

l'apparition et l'évolution de la notion de concurrent évincé va nous apporter les éléments de réponse.

1. Tiers évincé et recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables

La notion de concurrent évincé est apparue dans le contentieux particulier de la contestation des actes détachables du contrat par le biais du recours pour excès de pouvoir. Moins d'un an après l'arrêt *Martin*, le Conseil d'Etat rend son arrêt *Ballande* ([1394]). Cet arrêt donne lieu à l'assimilation de la procédure d'adjudication à un acte détachable de la formation du contrat tel que la délibération du conseil municipal permettant au maire de signer le contrat. L'adjudication n'est pas le marché mais un « *fait préparatoire du contrat* » permettant une manifestation de volonté unilatérale de l'autorité publique ([1395]). Même si l'expression « concurrent évincé » n'apparaît pas dans l'arrêt, son commentaire fait état d'une procédure d'adjudication, c'est-à-dire d'une procédure de passation de contrat impliquant une concurrence entre plusieurs personnes et/ou entreprises ([1396]). Le requérant a participé à cette adjudication sans être retenu. Après avoir relaté les faits, le commentaire qualifie le requérant recevable à contester l'acte déclarant l'adjudicataire définitif : « *en conséquence, le concurrent évincé est fonder à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté approuvant cette proclamation* » ([1397]). Le concurrent évincé est ici une personne « *admis*[e] *à prendre part à l'adjudication* » ([1398]). Les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu complètent cette définition. Le requérant est recevable à agir parce qu'il n'a pas été exclu de la liste des soumissionnaires admis à proposer une offre ([1399]), il présente alors un

---

[1394] CE, 30 mars 1906, Ballande, Rec. CE, p. 279, concl. Romieu, RDP 1906, note Jèze.

[1395] G. JEZE, note sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *RDP* 1906, p. 672.

[1396] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 28.

[1397] Commentaire autorisé sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, pp. 279-280. « *Une commission d'adjudication ayant décidé, conformément aux prescriptions du cahier des charges, que l'adjudication ne serait prononcée que lorsque les échantillons présentés par les deux concurrents en présence auraient été soumis aux épreuves prescrites par le cahier des charges, elle ne peut ensuite proclamer adjudicataire celui des concurrents, dont l'échantillon ne satisfait pas aux stipulations du marché, d'après le procès verbal dressé par la commission chargée de procéder aux épreuves. En conséquence, le concurrent évincé est fonder à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté approuvant cette proclamation.* » Souligné par nous.

[1398] CE, 30 mars 1906, Ballande, *op. cit.*

[1399] J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 281. « […] *du moment qu'une adjudication a été ouverte régulièrement et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus de la liste de ceux qui sont appelés à déposer leurs soumissions : ils ont droit à ce que l'adjudication soit faire conformément à la loi, ils ont donc*

« *intérêt direct et personnel à l'annulation de l'adjudication* » ([1400]). Ainsi, il n'a pas été évincé en amont de la procédure mais il n'a pas pour autant conclu le marché. Un concurrent évincé est un concurrent dont l'offre n'a pas été retenue en raison d'une procédure irrégulière ([1401]).

Cette définition restrictive a par la suite évolué pour s'ouvrir aux personnes ou entreprises admis à proposer une offre mais qui s'abstiennent de le faire ([1402]). Pouvons-nous alors continuer de qualifier ce concurrent de concurrent évincé ? Au regard de la définition issue de l'arrêt *Ballande*, il ne s'agit pas à proprement parlé d'un concurrent évincé puisque s'il n'a pas été retenu c'est en raison de son comportement : la société a refusé de proposer son offre dans une procédure irrégulière. Par contre, sa qualité de tiers intéressé ne fait aucun doute, la société est bien intervenue dans la formation du lien contractuel sans pour autant que le lien final ne l'oblige. Cette intervention interrompue donne une place particulière à la société. Elle se situe entre la qualification de concurrent évincé et de tiers intéressé. La qualité de concurrent évincé étant inopportune, nous proposons de l'élargir à celle de tiers évincé. Le tiers évincé est une personne, morale ou physique, non retenue pour conclure le lien contractuel ; elle est donc évincée de ce lien, que cela soit de son propre chef ou par sélection de l'autorité administrative.

---

qualité, n'étant plus les premiers venus, n'étant plus des tiers, pour former un recours, s'ils estiment qu'il a été procédé irrégulièrement. »

[1400] G. JEZE, note sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *op. cit.*, p. 670. Les « *individus ayant qualité pour attaquer l'adjudication irréguilère sont tous ceux ayant un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'adjudication, en particulier les concurrents évincés* ». Souligné par nous.

[1401] H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, A. Rousseau, 4e éd., 1906, p. 613. « *Le Conseil d'Etat admet que l'observation des règles devient ainsi, en quelque sorte, un droit pour les entrepreneurs, et qu'ils peuvent se dire injustement lésés si leur inobservation a pour résultat de les exclure*. »

[1402] CE Sect., 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron et Société Jean-Claude Decaux, Rec. CE, p. 428, AJDA 1996, p. 120 chron. Stahl et Chauvaux. « *Considérant, d'autre part, que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint, la société anonyme Aubettes a présenté sa candidature à la suite de l'avis d'appel de candidatures publié au "bulletin officiel des annonces des marchés publics" du 29 mai 1990, et a été avisée par courrier du 13 juillet 1990 qu'elle figurait sur la liste des candidats admis à présenter des offres ; que, dans ces conditions et bien qu'elle se soit abstenue de transmettre une offre, la société justifiait d'un intérêt lui donnant qualité pour agir contre la décision susvisée par laquelle le président du conseil général de l'Aveyron a décidé de passer avec la société Jean-Claude Decaux le marché dont s'agit.* » Souligné par nous.

2. Tiers évincé et référés précontractuel et contractuel

La conception du tiers évincé venant d'être déterminée se retrouve dans des recours institués par le législateur : les référés précontractuel et contractuel. Le référé précontractuel est institué par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux. Lui et son jumeau en matière de réseaux sont codifiés aux articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative. Le référé contractuel est, lui, issu de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et codifié aux articles L. 551-13 et suivants du même code ([1403]). Les personnes recevables à intenter de tels référés sont définies identiquement : « *les personnes habilitées à engager les recours* […] *sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué* […] » ([1404]).

Si nous nous conformons à la lettre du texte, la définition donnée des personnes admises à agir englobe la notion de concurrent évincé ([1405]), qui peut aussi prendre le nom de « *candidat évincé* » ([1406]). La définition est toutefois plus large que la notion de concurrent évincé ; les « *entreprises suffisamment intéressées à l'attribution du contrat* » peuvent agir ([1407]). Plus précisément, la définition textuelle regroupe les personnes susceptibles d'engager les référés en cause qui ont eu « *vocation à conclure le contrat* » ([1408]). Cette définition correspond à la notion de tiers évincé ([1409]). Un tiers évincé pouvant engager un référé précontractuel ou contractuel devra avoir un lien avec la formation du contrat, c'est-à-dire avoir été concurrent. Le comportement de la personne publique n'ayant pas respecté ses

---

[1403] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, p. 430 et suivantes.

[1404] Article L. 551-10 (référé précontractuel) et article L. 551-14 (référé contractuel). En l'espèce, nous ne s'intéressons par à la recevabilité des actions engagées par le représentant de l'Etat.

[1405] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 253.

[1406] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public 5e éd., 2008, p. 368.

[1407] P. REES, Etat des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique, *Contrats-marchés publ.* 2010, n° 1, étude n° 1, n° 3.

[1408] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 440.

CE, 16 décembre 1996, Conseil régional de l'Ordre des architectes de la Martinique, Rec. CE, p. 493.

[1409] Ici, nous envisageons une définition correspondant à la lettre du texte. Dans la section suivante, nous réserverons la nouvelle interprétation du juge administratif de cette notion, interprétation qui se fait plus stricte depuis 2008 ; V. p. 434 et suivantes.

obligations de publicité et de mise en concurrence a alors lésé ce tiers ([1410]). Logiquement il a donc été évincé de la conclusion du contrat. La recevabilité du recours se joue sur une « *double exigence de recevabilité ratione personae* » : l'intérêt à conclure le contrat et les conséquences des manquements, c'est-à-dire léser le tiers évincé ([1411]). La conception de M. Rees confirme notre qualification des requérants engageant des référés en tiers évincés. En effet, cet auteur établit une distinction entre les concurrents évincés pouvant engager le recours *Société Tropic travaux* et les « *candidats intéressés* » recevables à engager les référés précontractuel et contractuel ([1412]).

Les tiers évincés ayant recours aux référés précontractuel et contractuel sont des « *candidats aux marchés publics et qui en auraient été évincés, selon eux injustement* » ([1413]). Ces candidats avaient vocation à devenir cocontractant de la personne publique. Cette vocation permettant de qualifier l'intérêt à agir, s'apprécie de manière objective ([1414]). Si nous apprécions la vocation ainsi que les raisons de l'éviction (comportement de la personne publique et/ou comportement du tiers), nous obtenons trois catégories différentes de personnes recevables à agir ([1415]). La première catégorie se compose des concurrents évincés ([1416]), « *quel que soit le stade de la procédure à laquelle leur candidature n'a pas été retenue* » ([1417]), notamment les personnes dont la candidature répondait aux exigences de la

[1410] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 1198 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 1399 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 47 ; F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, in P. WACHSMANN, *Le nouveau juge administratif des référés, Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, PU Strasbourg, Collection de l'Université Robert Schuman, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2002, p. 45 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, p. 361.

[1411] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, Litec, 2008, p. 94 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 185.

[1412] P. REES, Etat des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique, *op. cit.*, n° 21.

[1413] B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2006, p. 265.

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 477.

[1414] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 477.

[1415] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 99.

[1416] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 174.

[1417] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 99.

personne publique ([1418]). La deuxième catégorie comprend les personnes empêchées ou dissuadées de déposer une offre. Que la personne soit empêchée ou dissuadée, elle le sera en raison des manquements de la personne publique qui aura soit manqué à son obligation de publicité (empêchement) ([1419]), soit parce que les prescriptions de l'appel d'offre sont trop restrictifs (dissuasion) ([1420]). La troisième catégorie est formée par le représentant de l'Etat ([1421]).

Si aucune candidature n'a été déposée, la personne ne peut engager d'action ([1422]), « *les référés précontractuels ne sont pas ouverts à ceux qui ne pouvaient, par définition, participer à la procédure de passation* » ([1423]). Ce propos contrarie la classification établie : la deuxième catégorie ne devrait pas exister. Retenir une conception stricte de la notion de candidature reviendrait à contrarier le but du recours : permettre une meilleure transparence de la passation d'une grande partie des contrats administratifs. Pour autant, si nous ne souhaitons pas retenir cette conception lorsqu'elle concerne les personnes relevant de la deuxième catégorie, elle s'applique à d'autres situations. Ainsi, les personnes ayant déposé des offres irrecevables, des offres en dehors des délais, ayant participé à d'autres procédures de passation mais contestant une procédure pour laquelle elles ne sont pas candidates ([1424]), ou celles n'ayant déposé aucune offre en l'absence d'empêchement ou de dissuasion ([1425]), ne sont pas recevables à engager un référé. Par définition, elles ne peuvent pas être qualifiées de tiers évincés puisque leur candidature n'a pas été rejetée. Ce sont des tiers purs. S'il peut être délicat de distinguer les tiers évincés recevables des personnes qui auraient eu vocation à conclure le contrat mais pour qui le lien de proximité avec le noyau du cercle est trop distant, d'autres catégories de requérants sont facilement exclues. Les représentants des intérêts

[1418] CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, Rec. CE, p. 391, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

[1419] CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de la Corse et Office des transports de Corse, Rec. CE, p. 485. F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 45 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 174.

[1420] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, pp. 100-101.

[1421] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, pp. 476-477.

[1422] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 104.

[1423] *Ibid.*, p. 96.

[1424] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 45.

[1425] *Ibid.*, p. 45.

professionnels ([1426]), les élus locaux ([1427]), les usagers…, n'étant pas des concurrents, ne peuvent engager de référé.

Une particularité existe au sein du référé précontractuel. Le Conseil d'Etat a accepté que l'attributaire d'un contrat puisse utiliser ce recours ([1428]). Deux justifications peuvent pousser un candidat non évincé de la conclusion du contrat à intenter un tel recours : soit s'assurer et faire savoir aux tiers qu'elle était la seule à pouvoir candidater et obtenir l'offre, soit pouvoir se désengager du contrat obtenu sans contre partie financière ([1429]). La qualification de tiers évincé ne peut être obtenue par l'attributaire du contrat puisque par définition il n'a pas été évincé. Bien au contraire, il est qualifié de sujet actif. Cependant, nous avions noté une telle incohérence dans le contentieux des actes détachables du contrat : le cocontractant est recevable à agir à l'encontre des actes détachables de la formation du contrat ([1430]).

L'intérêt à agir des tiers évincés pouvant intenter des référés est interprété de manière relativement souple. « *La qualité de candidat confère de plein droit intérêt à agir* » ([1431]). Pourtant cet intérêt à agir n'est pas interprété aussi libéralement qu'en ce qui concerne les recours pour excès de pouvoir ([1432]). Le juge retient que « *la seule possibilité que le requérant ait pu être désavantagé suffisait à établir son intérêt* » ([1433]). Un préjudice réel n'est pas exigé. Pourtant si nous reprenons la définition textuelle des personnes habilitées à agir, les personnes doivent bien être lésées par les manquements ([1434]). Le juge redéfinira alors les personnes recevables à agir ([1435]).

[1426] TA Rennes, ord., 24 novembre 2004, ETPO.

[1427] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, pp. 96-97.

[1428] CE, 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole, Rec. CE, T., p. 941, AJDA 2007, p. 1781, note Pastor, Contrats-Marchés publ. 2007, n° 312, comm. Pietri.

[1429] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, pp. 109-110.

[1430] CE, 4 février 1955, Ville de Saverne, Rec. CE, p. 73.

[1431] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 46.

[1432] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 96.

[1433] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 46.

[1434] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 439.

[1435] CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES (Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe), Rec. CE, p. 324, concl. Dacosta, RFDA 2008,

3. Tiers évincé, concurrent évincé et recours « *Société Tropic travaux* »

La notion de tiers évincé comprend les concurrents évincés mais elle est au final, plus étendue. L'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Tropic travaux* va poser des difficultés quant à la généralité de cette catégorie, en privilégiant la création ou la consécration de la notion de concurrent évincé ([1436]).

L'arrêt donne naissance au recours « *Société Tropic travaux* », c'est-à-dire un recours en contestation de validité du contrat administratif engagé devant le juge du contrat. Le commissaire du gouvernement Casas était en l'espèce « *favorable* […] *à une conception restrictive de la recevabilité* » ([1437]). Dès le moment où il ne s'agissait pas d'un recours pour excès de pouvoir mais un recours de pleine juridiction, l'intérêt à agir interprété libéralement ne pouvait s'appliquer. Il propose de retenir la notion de droit lésé, notion largement connue dans le recours de pleine juridiction et qui permet d'« *avoir du droit lésé une conception nettement plus stricte que celle retenue de l'intérêt à agir* » ([1438]). Retenir une notion plus stricte de l'intérêt à agir des requérants illustre le fait « *que certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent* » ([1439]). Certains tiers se situent sur les couches externes les plus proches du noyau du cercle générateur. Ce sont ces tiers qui pourront agir. Encore faut-il savoir si ces tiers peuvent être qualifiés de concurrents évincés, des tiers évincés, plus généralement des tiers intéressés voire certains tiers purs positionnés sur les couches les plus proches du noyau. Le commissaire du gouvernement cherche alors une caractérisation de l'intérêt à agir illustrant au mieux le lien de proximité entre le tiers et le

---

p. 1128, concl. Dacosta, note Delvolvé, JCP A 2008, 2291, note Linditch, AJDA 2008, p. 2161, chron. Geffray et Liéber.

[1436] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 254. « *le Conseil d'Etat a reconnu qu'un recours (de pleine juridiction) appartient au tiers, en tout cas au « concurrent évincé » contre un contrat conclu.* »

[1437] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 345.

[1438] *Ibid.*, p. 345.

[1439] *Ibid.*, p. 345.

noyau du cercle ([1440]). Il propose ainsi de retenir la notion de droit patrimonial lésé ([1441]). Il établit alors une liste des tiers pouvant voir l'un de leurs droit patrimoniaux lésé et qui sont potentiellement recevables à agir : les usagers, les contribuables locaux, et les élus locaux ([1442]).

Le Conseil d'Etat ne suit pas son commissaire sur l'ensemble de ses propositions. Le souci primordial à résoudre est d'assurer la conciliation entre intérêt des tiers et sécurité juridique des contractants ([1443]). A cette fin, il n'est pas possible de retenir un intérêt à agir interprété aussi libéralement qu'en matière de recours pour excès de pouvoir. Cependant la Haute Juridiction a fait preuve d'« *un excès de prudence* » ([1444]). Peut être en raison d'une incertitude du commissaire du gouvernement concernant la liste établie. Le juge administratif à retenu « *une catégorie plus facile à isoler et à identifier, celle des concurrents évincés* » ([1445]). Il ne suit donc pas son commissaire du gouvernement, mais nous pouvons estimer qu'il reconnaît la notion d'intérêt patrimonial lésé, « *puisqu'un concurrent « évincé » a par nature un droit patrimonial lésé par le contrat* » ([1446]). A l'image de la qualité de voisin dans le contentieux du permis de construire, qualité qui implique automatiquement la présence du lien de proximité, la qualité de concurrent évincé implique la lésion d'un droit ([1447]). La notion de droits lésés est peut être implicite, elle n'est pas pour autant absente des considérations du juge ([1448]).

L'attachement du Conseil d'Etat à « *la spécificité de l'acte contractuel et celle du recours pour excès de pouvoir* » est démontrée par cet arrêt ([1449]). Le recours pour excès de pouvoir est caractérisé par l'admission d'un intérêt à agir « froissé », intérêt à agir

---

[1440] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[1441] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345.

[1442] *Ibid.*, p. 345.

P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 330, 331.

[1443] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1444] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *AJDA* 2007, p. 1497.

[1445] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RDP* 2007, p. 1394.

[1446] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1447] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 201.

[1448] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 914.

[1449] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 199-200.

incompatible avec le nécessaire besoin de stabilité juridique des relations contractuelles. Protéger le contrat implique « *que la simple lésion d'un intérêt ne* [peut] *donner qualité pour agir* » ([1450]). Si le juge administratif avait redéfini l'intérêt à agir de manière plus restrictive, le recours pour excès de pouvoir aurait perdu de son essence. En choisissant la voie du plein contentieux, il a préservé le recours pour excès de pouvoir tout en protégeant les relations contractuelles formées par une limitation des requérants habilités à agir.

Une définition plus précise doit maintenant être donnée du concurrent évincé. La notion de concurrent évincé implique celle de concurrence, c'est-à-dire une « *compétition économique ; offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les facteurs de la clientèle* » ([1451]). Le concurrent est un « *rival dans la compétition économique* » ([1452]). Le concurrent évincé est un tiers intervenant dans le cercle générateur dans le but de se voir attribuer le contrat. A ce titre, il est qualifié de tiers intéressé. Sa candidature ayant été rejetée ([1453]), il est qualifié de tiers évincé.

La difficulté est de savoir si l'expression « concurrent évincé » doit être interprétée largement, c'est-à-dire si nous devrions retenir la qualification de tiers évincé, ou si elle exprime une notion plus précise que celle de tiers évincé, impliquant de retenir une catégorie particulière au sein de ces tiers évincés. Au regard de l'état du droit actuel, une interprétation stricte doit être retenue. Le concurrent évincé doit faire l'objet « *d'une éviction formelle* » ([1454]), lors d'une procédure de mise en concurrence imposée par les textes ([1455]). L'arrêt *Société Tropic travaux* serait alors une réaffirmation de l'importance des règles de concurrence imposées ([1456]). Retenir que le recours *Société Tropic travaux* n'est ouvert

---

[1450] *Ibid.*, p. 201.

[1451] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 200.

[1452] *Ibid.*, p. 200.

[1453] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

[1454] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 330.

[1455] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, 2212. « *La mention de la qualité de « concurrent » conduit à écarter les contrats administratifs non soumis à l'obligation de mise en concurrence.* »

M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1456] D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2009, p. 278.

qu'aux recours engagés à l'encontre des contrats administratifs faisant l'objet de mise en concurrence imposée, diminue fortement le nombre de requérants admis à agir ([1457]). Cette diminution ne joue que sur la qualité des requérants : seuls les concurrents évincés peuvent agir. Quantitativement, le nombre de requérants est important puisqu'il s'agira des recours les plus nombreux ([1458]).

Le concurrent évincé issu de l'arrêt *Société Tropic travaux* a reçu différentes qualifications de la part de la doctrine : « *candidats évincés* » ([1459]), tiers « *privilégiés* » ([1460]), « *tiers bénéficiaires* » sous-entendus bénéficiaires du recours ([1461]). Il n'en reste pas moins qu'il est surtout un « *cocontractant potentiel* » ([1462]), c'est en cette qualité qu'il se voit ouvert l'accès au juge du contrat. Les concurrents évincés ont un « *statut privilégié au sein des tiers requérants* » ([1463]). Il est instituée une « *forme de discrimination* » au sein des tiers évincés ([1464]). Ce statut privilégié est renforcé par l'« *effet négatif de la formule « tout concurrent évincé »* » ([1465]), qui exclut des personnes admises à utiliser le recours *Société Tropic travaux* les usagers, élus locaux et contribuables ([1466]). Le Conseil d'Etat a ainsi

---

[1457] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 330. « […] *précisément le nouveau recours n'est pas le recours pour excès de pouvoir et il est dirigé contre un contrat administratif. De là résulte la limitation du cercle des personnes pouvant le présenter.* »

F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* 2007, p. 1393. « *La liste des requérants potentiels est dès lors très réduite. Elle sera même souvent inexistante, de très nombreux contrats étant conclus sans qu'un quelconque concurrent du cocontractant de l'administration ait été évincé.* »

[1458] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

[1459] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, act. 698.

[1460] J.-M. GLATT, note sur TA Marseille, 20 août 2007, Société Queyras environnement, *AJDA* 2007, p. 2436.

[1461] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1462] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

[1463] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1464] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *op. cit.*, p. 1497.

[1465] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

[1466] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

D. de BECHILLON, P. TERNEYRE, Contentieux des contrats administratifs, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*, p. 46. « *Les simples personnes « intéressées » au sens du contentieux ordinaire (contribuables locaux, conseillers municipaux), associations, organisations professionnelles, sous-traitants ou sous-concessionnaires potentiels, membres de liste de qualification n'ayant pas déposé d'offres ou le participant à un*

considéré « *que les entreprises concurrentes ont un droit patrimonial lésé de façon plus directe et importante que d'autres tiers, tels que l'usager ou le contribuable* » ([1467]). Cette lésion plus directe est issue du lien de proximité particulier existant entre le noyau du cercle générateur et les concurrents évincés. « *Le cercle des requérants se fragmente plus qu'il ne s'élargit* » ([1468]).

Le recours *Société Tropic travaux* « *dessine* […] *un groupe de requérants « surprotégés », les tiers concurrents évincés, dotés à la fois du référé précontractuel avant la signature du contrat, et, désormais, après cette signature, d'un recours devant le juge du contrat, accompagné, le cas échéant, d'une demande tendant à sa suspension* » ([1469]). Les concurrents évincés puisqu'ils ont forcément qualifiés de tiers évincés, bénéficieront d'une palette de recours importante. Alors que les tiers évincés, catégorie plus étendue que celle de concurrents évincés, ne bénéficieront pas tous du recours *Société Tropic travaux*. Pourtant ils auront en leurs mains un nombre de recours supérieur au tiers pur.

Les différentes catégories de tiers intéressés peuvent être représentées sous deux formes schémas différents : schémas n° 8 et 9.

---

appel d'offres ayant précédé celui dont la régularité est contestée semblent ne pas pouvoir bénéficier de cette ouverture contentieuse. »

[1467] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1468] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 529.

[1469] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *op. cit.*, p. 1497.

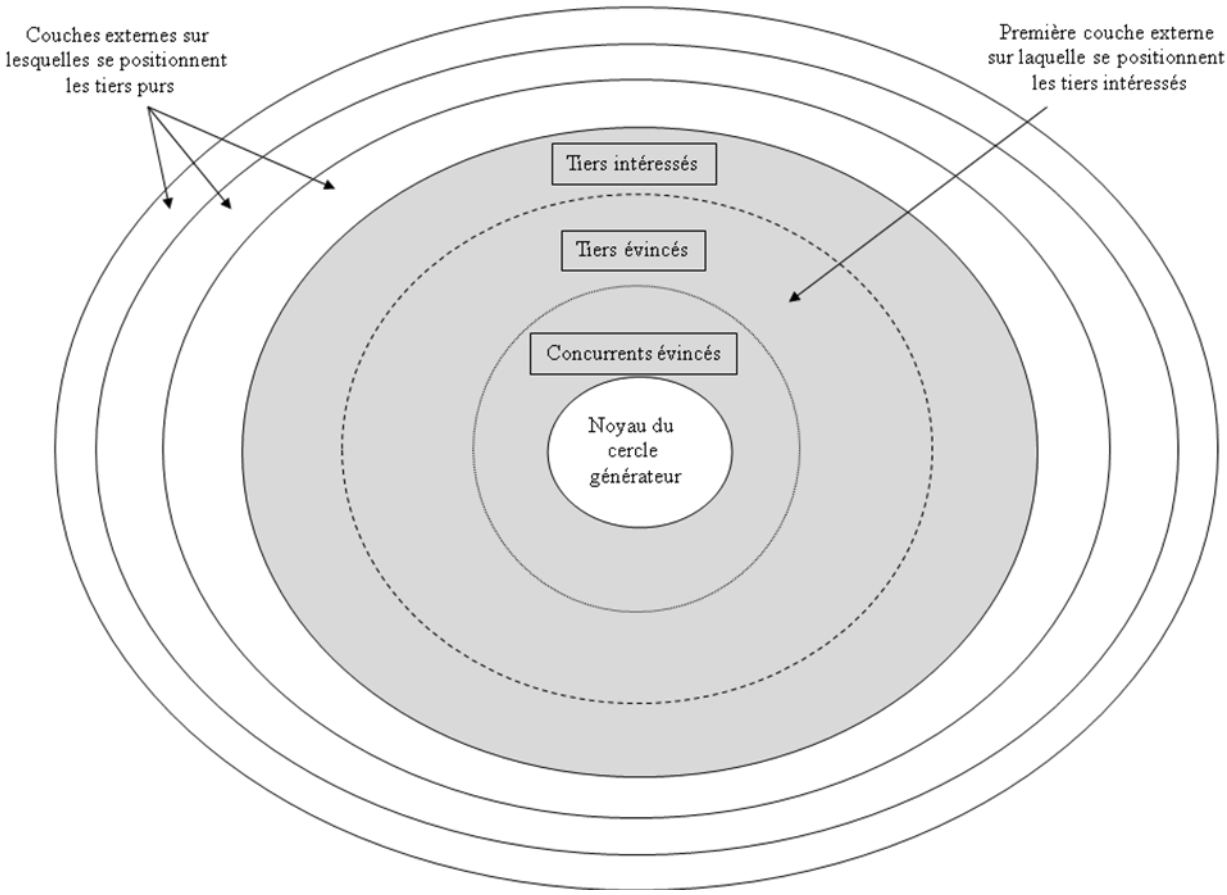

Schéma n° 8 : Répartition des tiers intéressés sur le cercle générateur / nuage électronique

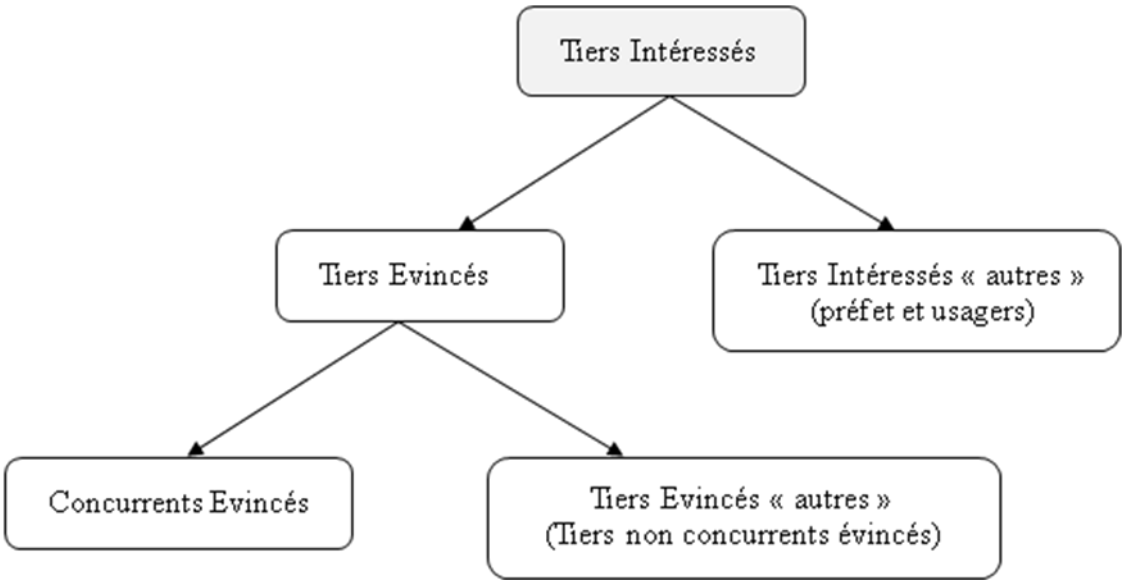

Schéma n° 9 : Organigramme des tiers intéressés

II. Tentative d'application de la notion de tiers évincé dans le contentieux de la fonction publique

La notion de tiers recouvre des réalités différentes. Une échelle a été élaborée afin de rendre compte de ses divers cas de figures. Nous avons proposé une échelle composée de deux échelons : celui de tiers pur et celui de tiers intéressé. Cependant après une étude plus poussée des contentieux, nous avons démontré que ces échelons présentaient eux-aussi des réalités différentes : certains tiers voyaient leurs actions reçues par le juge administratif, alors que d'autres se voyaient fermer l'accès à son prétoire. Ainsi des catégories ont été élaborées. L'échelon du tiers intéressé est composé d'une catégorie constituée par les tiers évincés, pouvant se diviser en deux catégories : les concurrents évincés et les tiers évincés « autres », ([1470]). Le tiers évincé étant apparu en matière contractuelle, cette notion peut-elle être utilisée dans un autre domaine contentieux ?

La notion de tiers évincé implique une notion de concurrence. Si nous voulons appliquer cette notion à un autre domaine, il faut automatiquement trouver un domaine où un système de concurrence est présent. La concurrence a été définie comme une « *compétition économique ; offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les facteurs de la clientèle* » ([1471]), le concurrent étant un « *rival dans la compétition économique* » ([1472]). En retenant une définition économique de la concurrence, la tentative d'application du protocole du tiers évincé à un autre domaine est vaine. La concurrence est présente en matière de service public dans lequel les relations contractuelles ont une place dominante. De plus, l'analogie n'aura que peu d'intérêt en raison des caractéristiques communes au contentieux des services publics et à celui des contrats.

En redéfinissant la concurrence, un domaine particulier peut être mis en lumière. La concurrence peut être comprise comme une compétition entre différentes personnes afin d'obtenir un poste de travail particulier, une promotion, une mutation… Ce domaine particulier est donc le contentieux de la fonction publique dans lequel un agent peut être considéré comme le rival d'un autre agent dans la compétition pour obtenir une place plus

[1470] V. schéma n° 9, p. 405.

[1471] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 200.

[1472] *Ibid.*, p. 200.

avantageuse. Cet agent est bien qualifié de concurrent. Pourtant, dans le titre précédent, nous avons qualifié ce même agent de tiers pur. De tiers pur, cet agent public ne peut-il pas devenir un tiers évincé et ainsi bénéficier de l'ouverture de voies de recours spécifiques ?

L'agent public se définit par deux critères cumulatifs, l'un organique, l'autre matériel. Il est en principe employé par une personne publique. Il faut toutefois « *prendre en considération la nature de l'activité gérée par la personne publique employeur* » et donc distinguer en fonction de la nature administrative ou industrielle et commerciale du service public auquel il contribue ([1473]). L'agent sera recruté selon deux systèmes : celui du contrat ou celui du concours ([1474]). Dans le cas d'un recrutement par contrat, seuls les contrats administratifs devront être pris en compte pour notre étude par souci de la compétence du juge administratif ([1475]). Si la personne remplit ses fonctions dans un service public administratif, par principe, elle sera qualifiée d'agent public. Inversement, s'il s'agit d'un service public industriel et commercial, elle n'obtiendra pas une telle qualification, sauf si elle remplit les fonctions du directeur des services ou de comptables public ([1476]).

Considérons un concours de recrutement, une avance en grade, une promotion ou une mutation. Dans ces cas, pouvons-nous identifier des tiers évincés ? Le concours implique une concurrence entre différents candidats. Il peut en être ainsi pour une promotion ou une mutation, différents candidats pouvant se présenter à la même offre de poste. Le noyau du cercle générateur sera formé par un rapport de droit : l'acte liant l'employeur et son agent, la nomination, et des sujets actifs : l'employeur et l'agent. Les candidats sont-ils intervenus dans le noyau lors de la formation du lien ou dans son exécution ? Si une intervention dans l'exécution doit être exclue, il est possible de s'interroger sur une intervention dans sa formation. Les candidats n'ont-ils pas proposé une offre, celle de leurs services, de leurs compétences ? N'ont-ils pas été évincés lors de la nomination de l'agent ? Leurs droits n'ont-ils pas été lésés par cette nomination ? La difficulté à requalifier les agents concurrents en

[1473] F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, pp. 62-63.

[1474] *Ibid*., pp. 132-135 (recrutement par contrat) ; p. 239 (recrutement par concours).

[1475] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 376.

[1476] CE, 26 janvier 1923, de Robert Lafrégeyre, Rec. CE, p. 67, RDP 1923, p. 237, concl. Rivet, GAJA ; CE Sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE, p. 158, S. 1957, p. 276, concl. Mosset, D. 1957, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère, JCP 1957, II, 9987, note Dufau, AJDA 1957, II, p. 184, chron. Fournier et Braibant.

M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 376-377.

tiers évincés vient de la nature même du lien unissant les sujets actifs : l'acte administratif unilatéral. Estimer que les agents concurrents sont des tiers évincés reviendrait à nier l'absence de négociation entre l'auteur de l'acte et son destinataire pendant la formation du lien. S'il existe bien une compétition entre les candidats, cette compétition n'aboutira pas à une relation contractuelle fondée sur une égalité dans la prestation de services, mais sur un lien hiérarchique. De plus, requalifier les candidats non reçus de tiers évincés signifierait qu'il leur est réservé une voie de recours spécifique. Or le recours ouvert est un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes administratifs unilatéraux tels que l'acte de nomination. Ce recours ne peut être recevable que si le tiers présente les conditions requises pour obtenir le poste sans forcément avoir candidaté au dit poste ([1477]). L'absence de recours spécifique permettant une requalification de tiers pur à tiers évincé conduit à l'impossibilité, en l'état du droit actuel, d'appliquer le protocole de détermination du tiers évincé à ces candidats.

Considérons maintenant le recrutement d'agent public par contrat administratif ([1478]). Une offre d'emploi est ouverte. Des personnes déposent leur candidature. Dès ce dépôt de candidature, ces personnes seront qualifiées de concurrents puisqu'elles sont en lice, en compétition pour obtenir l'emploi. L'objet du cercle générateur est constitué par la relation contractuelle conclue. Les sujets actifs seront l'employeur et l'agent recruté, mais aussi les personnes ayant permis la création du lien, c'est-à-dire les membres de l'organe délibérant ouvrant l'emploi et/ou autorisant la conclusion du contrat. Les candidats sont alors des tiers, plus particulièrement des tiers intéressés puisqu'étant intervenus dans le cercle générateur. Peuvent-ils être qualifiés de tiers évincés ? La réponse pourrait être positive. Encore faudrait-il que plusieurs personnes déposent une offre. En effet, en absence de concurrent, il ne peut y avoir de tiers ou de concurrent évincé ([1479]). Par contre, si plusieurs personnes candidatent, des concurrents seront de fait évincés à la conclusion du contrat. Pour autant, une voie de

[1477] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, p. 276 et suivantes.

[1478] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 376-377. Les agents des services publics administratifs seront recrutés par contrat administratif, si ces contrats comportent des clauses exorbitantes ou s'ils font participer l'agent au service public. Les agents des services publics industriels et commerciaux seront par principe recrutés par des contrats de droit privé, sauf le directeur et le comptable public.

[1479] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1393. « *La liste des requérants potentiels est dès lors très réduite. Elle sera même souvent inexistante, de très nombreux contrats étant conclus sans qu'un quelconque concurrent du cocontractant de l'administration ait été évincé. Il en va ainsi de nombreux contrats de recrutement d'agents publics (mais il est vrai qu'un recours est déjà ouvert aux tiers depuis Ville de Lisieux)* […]. »

recours leur est-elle ouverte justifiant une requalification de tiers purs en tiers évincés voire en concurrents évincés ? En l'état actuel du droit, la réponse est négative. Le seul recours possible à l'encontre d'un tel contrat est un recours pour excès de pouvoir comme le souligne de l'arrêt *Ville de Lisieux* ([1480]). Est-il possible d'envisager que le recours *Société Tropic travaux* puisse être utilisé dans un tel cas ? « *Il est possible de s'interroger davantage sur l'inclusion des contrats de recrutement d'agents publics : l'avenir dira si la décision Société Tropic travaux signalisation a remplacé, pour les candidats évincés du recrutement, la jurisprudence Ville de Lisieux. En tout état de cause, cette dernière continuera à s'appliquer en tant qu'elle concerne les autres tiers à ce type particulier de contrats* » ([1481]). Pourtant nous n'envisageons pas qu'une voie de recours spécifique du type « recours *Société Tropic travaux* » puisse être ouverte. En effet, l'arrêt *Ville de Lisieux* a ouvert le prétoire du juge de l'excès de pouvoir de manière générale à tout tiers justifiant d'un intérêt à agir. Quel serait l'intérêt de compliquer le contentieux en instituant une nouvelle voie de recours ? De plus, si le Conseil d'Etat a permis l'ouverture du prétoire du juge c'est en raison du « *caractère largement fictif du contrat unissant l'agent public à l'administration* » ([1482]). Le contrat de recrutement se rapprochant d'un acte administratif unilatéral et plaçant l'agent dans une situation de type statutaire, le caractère égalitaire disparaît au profit d'une relation hiérarchique. L'aspect de négociation existant en matière de marchés publics disparaît pour laisser place à un recrutement ayant l'apparence d'un recrutement contractuel. Ainsi nous retrouvons l'argument présenté ci-dessus concernant les contestations par les agents des actes administratifs unilatéraux de nomination. Les concurrents dans le cadre d'une procédure de recrutement gardent la qualification de tiers purs.

[1480] CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. CE, p. 375, concl. Stahl, RFDA 1999, p. 128, concl. Stahl, note Pouyaud, AJDA 1998, p. 969, chron. Raynaud et Fombeur, JCP 1999, II, 10045, note Haïm.

V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, p. 353 et suivantes.

[1481] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *AJDA* 2007, p. 1580.

[1482] F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 134.

Section 2 : Le tiers évincé du contrat

Le tiers évincé est une catégorie de tiers intéressé présentant différents cas de figures. Dans certains cas, la notion est entendue strictement. Dans d'autres, c'est l'inverse la notion est entendue largement. Cette interprétation variable est la conséquence de la balance que doit réaliser le juge administratif en matière contractuelle. Il doit « *concilier tant la sécurité juridique des relations contractuelles que l'intérêt des tiers dont les droits peuvent être affectés par un contrat* » ([1483]).

Cette conciliation entre les intérêts des contractants et ceux des tiers évincés, sans oublier la nécessaire protection de l'intérêt général et du principe de légalité, a conduit le juge à recevoir différentes actions contentieuses de ces tiers. Parmi ces actions, la plus attendue était celle conduisant le juge administratif à annuler un contrat sur requête du tiers ([1484]). Cette attente pris fin avec l'arrêt *Société Tropic travaux* ([1485]), ouvrant un « *contentieux de nature contractuelle engagé par un tiers au contrat* » ([1486]).

Les actions contentieuses pouvant être engagées par les tiers évincés sont de trois types différents. Tout d'abord, le tiers évincé peut engager un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat. Il peut ensuite engager un référé, c'est-à-dire soit un référé précontractuel, soit le référé contractuel. Il peut enfin agir devant le juge du contrat par un recours en contestation de la validité du contrat, c'est-à-dire user du recours *Société Tropic travaux.*

[1483] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[1484] J.-F. LACHAUME, Les futurs « grands arrêts », *RFDA* 2007, p. 264. « *Nul doute que, toujours dans le domaine des contrats administratifs, celui par lequel le juge administratif accepterait, sinon un recours pour excès de pouvoir, tout au moins un recours en annulation contre un contrat administratif par une personne y ayant intérêt constituerait un grand arrêt, ce qui ne signifie pas que tous les spécialistes de la matière y verraient un bon arrêt.* »

[1485] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.

[1486] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 917.

I. Le tiers évincé à l'acte détachable du contrat

La contestation par le biais du recours pour excès de pouvoir des actes détachables du contrat est issue de l'application de l'arrêt *Martin* ([1487]). De cette application, apparaît la notion de concurrent évincé ([1488]). Nous avons démontré que ce recours avait par la suite été de plus en plus ouvert aux « tiers », mais aussi aux actes détachables du contrat qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la formation du contrat. Les requérants ainsi admis à engager des actions pouvaient se répartir dans plusieurs catégories : celle des sujets actifs, celle des tiers intéressés y compris la catégorie des tiers évincés, et celle des tiers purs. Comme le recours est communément admis pour ces trois catégories de requérants, y avait-il un intérêt d'appliquer l'échelle des tiers à ce recours ? La réponse est positive depuis l'arrêt *Société Tropic travaux* puisque ce recours permet ou non l'accès au prétoire du juge de l'excès de pouvoir en fonction d'un élément temporel et de la qualité du requérant.

Quelle est la conséquence à tirer de l'ouverture d'une nouvelle voie de droit dans l'organisation des recours dans le contentieux contractuel ? Doit-on laisser ouvertes les différentes voies de droit existantes ? Le concurrent ayant alors un choix dans la voie à utiliser, doit-on fermer certaines voies au concurrent évincé seul ou à l'ensemble des tiers ? La problématique de l'organisation du contentieux contractuel est prise en compte par le commissaire du gouvernement. Il propose une solution : les concurrents évincés « *ne seront plus recevables à demander l'annulation de l'acte détachable au juge de l'excès de pouvoir* […] *dès lors que vous considérez que comme « tiers intéressés » ils ont des droits potentiellement lésés du fait de la conclusion du contrat, ce qui justifie une action directe contre lui, il n'est plus utile que vous leur permettiez d'user de la possibilité d'obtenir*

[1487] CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE, p. 749, concl. Romieu, D. 1907, III, 49, concl. Romieu, RDP 1906, p. 249, note Jèze, S. 1906, III, 49, note Hauriou, GAJA.

V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, p. 329 et suivantes.

[1488] J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, pp. 280-281. « *Qui a qualité pour former un recours contentieux ? Le recours n'est possible que de la part des soumissionnaires admis à prendre part à une adjudication. Mais il en est autrement lorsque des industriels ont été admis à prendre part à une adjudication. Ils peuvent alors former un recours contentieux. En effet, du moment qu'une adjudication a été ouverte régulièrement et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus de la liste de ceux qui sont appelés à déposer leur soumission : ils ont droit à ce que l'adjudication soit faite conformément à la loi, ils ont donc qualité, n'étant plus les premiers venus, n'étant plus des tiers, pour former un recours, s'ils estiment qu'il a été procédé irrégulièrement*. »

CE, 30 mars 1906, Ballande, Rec. CE, p. 279, concl. Romieu, RDP 1906, note Jèze.

l'annulation de l'acte détachable, support du contrat » ([1489]). Sa proposition est de fermer l'accès au prétoire du juge de l'excès de pouvoir. Cette proposition répond à un questionnement concernant ce recours. Si le commissaire du gouvernement refuse d'envisager l'ouverture de ce recours à l'encontre du contrat, c'est en raison de différents éléments. Il estime ce recours inadapté quant à la conception libéral de l'intérêt à agir, aux conséquences néfastes de l'annulation contentieuse, à l'impossibilité de recourir systématiquement à la modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse de l'arrêt *Association AC !* ([1490]), et à la séparation existante entre le juge de l'excès de pouvoir et celui du contrat ([1491]). Le recours pour excès de pouvoir est inadapté à contrôler la contestation directe du contrat administratif. Le commissaire du gouvernement a alors proposé une autre possibilité : ouvrir l'accès au juge du contrat ([1492]). Tirer les conséquences de cette ouverture consiste à considérer que, le recours pour excès de pouvoir étant inadapté au contentieux contractuel, il est nécessaire de fermer ce recours aux concurrents évincés et donc permettre de diminuer les nombres de requêtes portées à la connaissance du juge de l'excès de pouvoir ([1493]). Le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement sur la réorganisation du contentieux contractuel : « *qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables* » ([1494]). Le réaménagement des voies de recours souhaité par le commissaire du gouvernement ([1495]), conduit à la fermeture d'une voie de droit : dès la conclusion du contrat,

---

[1489] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 346.

[1490] CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Rec. CE, p. 197, concl. Devys, RFDA 2004, p. 438, étude Stahl et Courrèges, p. 454, concl. Devys, AJDA 2004, p. 1049, comm. Bonichot, p. 1183, note Landais et Lenica, DA juillet 2004, note Lombard, août-septembre 2004, note Dubos et Melleray, JCP 2004, II, 10189, JCP A 2004, 1662, note Bigot, LPA 17 novembre 2004, note Montfort, 4 février 2005, note Crouzatier-Durand, D. 2005, p. 30, comm. Frier, RDP 2005, p. 536, comm. Guettier, Just. et cass. 2007, comm. Arrighi de Casanova, GAJA.

[1491] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, pp. 343-344.
M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[1492] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, pp. 344-345.

[1493] *Ibid.*, p. 346. « *une grosse partie du contentieux de l'acte détachable* […] *devrait ainsi disparaître au profit du contentieux de pleine juridiction portant sur le contrat.* »

[1494] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411.

[1495] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

les concurrents évincés ne sont plus recevables à saisir le juge de l'excès de pouvoir concernant la contestation des actes détachables de la formation du contrat ([1496]). « *La fermeture de la voie de l'excès de pouvoir est conditionnée par l'ouverture de la voie de recours contre le contrat* » ([1497]). Il s'agit d'une exception de recours parallèle qui participe à la protection des relations contractuelles ([1498]).

Le recours *Société Tropic travaux* est un recours de contestation de la validité du contrat administratif. Ainsi ce recours concerne la formation du lien contractuel. Par ce motif, la contestation par le biais du recours pour excès de pouvoir des actes détachables de cette formation est irrecevable dès que le lien contractuel est formé. Si le recours est ouvert au concurrent évincé, le sera-t-il au concurrent « non évincé », c'est-à-dire le candidat retenu, le cocontractant de la personne publique ? Cette question est pertinente puisqu'un cocontractant peut contester par le biais du recours pour excès de pouvoir, les actes détachables de la formation du contrat ([1499]). L'application de l'arrêt *Société Tropic travaux* va-t-elle conduire à mettre fin à cette pratique, le cocontractant n'étant désormais recevable que devant le juge du contrat pour contester tout acte lié à la relation contractuelle ([1500]) ? Une seconde question en découle : le concurrent évincé est-il recevable à contester les actes détachables de l'exécution du contrat ([1501]) ? Si le juge de l'excès de pouvoir ne peut plus être saisi par un concurrent évincé concernant la contestation des actes détachables de la formation du contrat, ne réapparait-il pas lors de la contestation des actes détachables de l'exécution de ce même contrat, sachant que ce recours n'est ouvert qu'aux « tiers » ? Ces questions ne peuvent recevoir de réponse en l'absence de jurisprudence pertinente. Il est souhaité que le Conseil d'Etat éclaircisse rapidement ces différents points.

[1496] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 255 ; P. FOILLARD, *Droit administratif, Paradigme*, 14e éd., 2009, pp. 382-383 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 528 ; B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, I, 193.

[1497] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 335.

[1498] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 200.

[1499] CE, 4 février 1955, Ville de Saverne, Rec. CE, p. 73.

[1500] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 91 ; P. DELVOLVE, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 336.

[1501] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 336 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

A l'heure actuelle, quelle est l'organisation des recours en matière contractuelle ? Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat est ouvert aux concurrents évincés, comme aux autres tiers, si le contrat conclu est un contrat de droit privé. Le recours *Société Tropic travaux* n'étant ouvert qu'à l'encontre des contrats administratifs le concurrent évincé ne peut contester devant le juge administratif un contrat de droit privé. Seule la voie de l'excès de pouvoir reste ouverte ([1502]). Si le contrat est administratif, le recours ouvert aux concurrents évincés est déterminé par un élément temporel. Le recours *Société Tropic travaux* est ouvert contre le contrat, ce qui signifie que le contrat doit être signé. Ainsi, si le contrat n'est pas conclu, la voie de l'excès de pouvoir contre les actes détachables est ouverte. Elle se ferme à la conclusion du lien contractuel. Par contre, cette ouverture d'une voie de droit spécifique au concurrent évincé est sans influence sur le recours pour excès de pouvoir ouvert aux autres tiers : tiers purs, intéressés et évincés autres que les concurrents évincés ([1503]).

L'ouverture du recours *Société Tropic Travaux* posait une dernière difficulté : son entrée en vigueur. Ce recours est élaboré pour protéger au mieux les relations contractuelles. L'entrée en vigueur du recours pourrait provoquer la remise en cause de nombreuses relations. Sur proposition de son commissaire du gouvernement ([1504]), le Conseil d'Etat module dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence : « *considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date* » ([1505]). En modulant dans le temps les effets de sa jurisprudence, le Conseil d'Etat affirme son pouvoir normateur ([1506]). La Cour

[1502] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 93, 915 ; P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335.

[1503] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 346.

[1504] *Ibid.*, pp. 346-348.

[1505] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411.

[1506] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 911.

de Cassation en a d'ailleurs fait de même, elle a retardé les effets d'une jurisprudence nouvelle ([1507]). Cette modulation permet la protection des relations contractuelles dans le souci de respecter le principe de sécurité juridique et l'obligation d'instaurer des systèmes transitoires en cas de bouleversements dans l'état du droit ([1508]). Le recours est alors privé de son effet rétroactif : les contrats négociés ou conclus avant le 16 juillet 2007 restent sous l'empire de la jurisprudence antérieure, la jurisprudence *Martin*, les concurrents évincés doivent contester les actes détachables du contrat comme tous tiers ([1509]). La voie de recours n'étant pas ouverte, les requérants ne peuvent l'utiliser ([1510]). Par contre, le Conseil d'Etat a eu pour souci de respecter le droit au recours, le recours doit être ouvert aux affaires pendantes, mais aussi à l'espèce ([1511]). Finalement, les affaires concernées par l'application rétroactive limitée risquaient d'être peu nombreuses puisque le principe de l'absence de recours à l'encontre directe du contrat était bien établie ([1512]). La date de l'arrêt *Société Tropic travaux* est alors celle de l'entrée en vigueur, à l'égard de tous, de la nouvelle voie de recours ouverte par le juge administratif ([1513]).

La catégorie des concurrents évincés présente une particularité qui la distingue des autres tiers : ces tiers se voient attribuer une voie de recours spécifiques qui ne peut être, pour le moment, utilisée uniquement par ceux-ci. La recevabilité du recours *Société Tropic travaux* justifie l'établissement d'une catégorie de tiers / concurrent évincé au sein de la notion de tiers évincé puisque ce tiers particulier bénéficie d'une voie de recours spécifique, le distinguant des autres tiers.

[1507] Cass., Ass. plén., 21 décembre 2006, Bull. ass. plén. 2006, n° 15, p. 52.

[1508] CE Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, Rec. CE, p. 154, RFDA 2006, p. 463, concl. Aguila, note Moderne, AJDA 2006, p. 841, trib. Mathieu, p. 879, trib. Melleray, p. 1028, chron. Landais et Lenica, D. 2006, p. 1191, note Cassia, JCP 2006, I, 229, chron. Plessix, 1343, note Belorgey, RDP 2006, p. 1169, note Camby, 2007, p. 285, note Woehrling, GAJA.

[1509] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1510] TA Marseille, 20 août 2007, Société Queyras environnement, AJDA 2007, p. 2436, note Glatt.

[1511] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 911 ; P. DELVOLVE, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP 2007*, p. 330 ; B. PLESSIX, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1512] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, 2212

[1513] B. SEILLER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10160.

II. Le tiers évincé aux référés précontractuel et contractuel

Les référés précontractuel et contractuel permettent au tiers évincé de contester la procédure de passation de certains contrats administratifs. Chronologiquement, ils se dissocient : le référé précontractuel a été crée en 1992, alors que le référé contractuel n'est entré en vigueur que depuis le 1er décembre 2009 grâce à l'ordonnance du 7 mai 2009 officialisant et/ou renforçant les pouvoirs du juge des référés ([1514]). Cette dissociation temporelle a permis d'élaborer le référé contractuel et d'améliorer le référé précontractuel par l'observation de la pratique jurisprudentielle. De plus, le décret d'application de cette ordonnance permet une meilleure conciliation du « *respect du contradictoire,* [de la] *protection des règles de publicité et de mise en concurrence et* [de la] *sécurité juridique* » ([1515]). Ces référés dont les caractéristiques sont proches s'ajoutent à l'éventail de recours offert aux tiers évincés. L'élaboration et la pratique de ces référés démontrent pourtant un resserrement de cette notion de tiers évincés.

A. Les procédures de référés ouvertes aux tiers évincés

La dissociation temporelle existant entre les référés précontractuel et contractuel oblige une étude dissociée des deux procédures. Le référé précontractuel peut être présenté avec ses évolutions législatives et jurisprudentielles alors que le référé contractuel venant d'entrer en vigueur ne peut être examiné qu'en raison de son texte.

1. Le référé précontractuel

L'objet du référé précontractuel est d'empêcher la formation de contrats administratifs alors que l'autorité administrative aurait manquée à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ([1516]). La création de ce référé répond à un souci d'assurer la transparence de la passation des contrats, de permettre à l'autorité administrative de choisir librement son

[1514] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *JCP* 2009, I, 201.

[1515] J.-D. DREYFUS, L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédure de recours, *AJDA* 2010, p. 148.

[1516] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 185 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 439, 441 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 22e éd., 2008, pp. 426-427.

cocontractant en faisant respecter l'égal accès aux contrats ([1517]), d'éviter le favoritisme ([1518]). Le rôle du juge consiste bien à contrôler la « *personne publique, qui plus est au moment où elle élabore le contrat* » ([1519]). Cette procédure spéciale permet une intervention rapide et préventive du juge administratif ([1520]). Cette procédure « *utile et utilisé* » ([1521]), a permis d'offrir aux tiers « *abusivement* » évincés une voie de droit alors que le recours *Société Tropic travaux* n'existait pas et que les recours à l'encontre des actes détachables présentaient encore un certain effet platonique ([1522]). La création du référé précontractuel a permis de pallier aux lenteurs des instances et d'améliorer la moralisation de la vie publique économique ([1523]).

La création du référé précontractuel s'inscrit dans un contexte : celui de faire respecter le droit communautaire de la concurrence ([1524]). Elle est nécessaire afin de réaliser la transposition de plusieurs directives communautaires ([1525]). Ces différentes directives n'ayant pas le même objet, le référé précontractuel présente plusieurs « jumeaux » en fonction du domaine concerné et de la compétence du juge judiciaire ou administratif ([1526]). La procédure

---

[1517] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 185.

P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.* « *La sauvegarde concrète et la plus efficace possible des intérêts au service desquels sont conçues les obligations de publicité et de non concurrence.* »

[1518] B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 7e éd., 2005, pp. 366-367 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 438.

[1519] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 376.

[1520] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 1198 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 170.

[1521] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 178.

[1522] B. PACTEAU, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 366-367 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 438.

[1523] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7e éd., 2004, p. 687.

[1524] CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89, Rec. 2433, concl. Tesauro, AJDA 1990, p. 832, note Le Mire, RFDA 1990, p. 912, note Bonichot.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 170.

[1525] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 609 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, p. 457 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 46 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 170.

[1526] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, in P. WACHSMANN, *Le nouveau juge administratif des référés, Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, PU Strasbourg,

dénommée « référé précontractuel » est la procédure ayant permis la transposition de la directive Recours n° 89-665 du 21 décembre 1989 ([1527]). Cette directive s'applique aux domaines dits classiques ([1528]), ou normaux ([1529]). La transposition est réalisée par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, créant l'article L. 22 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel. Depuis sa création, cet article a subi de nombreuses modifications. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques a étendu le champ d'application du référé. La loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a permis de répondre à certaines critiques faites par la doctrine. L'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, transposant la nouvelle directive communautaire Recours n° 2007-66 du 11 décembre 2007 ([1530]), a principalement renforcé les pouvoirs du juge par l'officialisation de certaines pratiques jurisprudentielles. A l'heure actuelle, le référé précontractuel est codifié aux articles L. 551-1 et suivant du Code de justice administrative. Le jumeau du référé précontractuel est le référé de l'article L. 23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette procédure est issue de la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Cette loi transpose la directive communautaire n° 92-13 du 25 février 1992 sur les secteurs spéciaux ([1531]). Ce référé jumeau s'applique aux secteurs « *exclus (du régime général)* » ([1532]), son dispositif est donc analogue au référé précontractuel ([1533]). Mais en raison du domaine concerné (les réseaux), son utilisation est

---

Collection de l'Université Robert Schuman, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2002, p. 28. « *L'expression est de R. Chapus qui parle de « vrais faux jumeaux »*. »

[1527] Cons. CE, dir. n° 89-665, 21 décembre 1989, JOCE n° L 395, 30 décembre 1989, p. 33.

[1528] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 1397.

[1529] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 1198.

[1530] Cons. CE, dir. n° 2007-66, 11 décembre 2007, JOUE n° L 335, 20 décembre 2007, p. 31.

[1531] Cons. CE, dir. n° 92-13, 25 février 1992, JOCE n° L 76, 23 mars 1992, p. 14.

[1532] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1397 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 1198.

[1533] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 440.

« *naturellement plus exceptionnelle* » ([1534]). Ce référé est aujourd'hui codifié aux articles L. 551-5 et suivants du Code de justice administrative.

En vertu de l'article L. 551-10, « *les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué* […] ». Le référé précontractuel et le référé applicable aux réseaux sont destinés à permettre aux tiers évincés de contester les manquements commis par la personne publique lors de la passation de contrat administratif. Ces tiers évincés doivent être « lésé » par le manquement pour agir ([1535]). Or cet intérêt à agir est apprécié libéralement par le juge à l'image de son appréciation de l'intérêt à agir en matière de recours pour excès de pouvoir ([1536]). Cette lésion peut être caractérisée par l'attribution du contrat à un concurrent ([1537]). Le juge des référés doit apprécier l'intérêt à agir en fonction des conclusions et non en fonction des moyens invoqués ([1538]). Cette vision libérale de l'intérêt à agir n'est cependant plus d'actualité ([1539]).

Le référé précontractuel ayant vocation à sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence concerne logiquement les contrats administratifs soumis à ces obligations ([1540]). Il a donc vocation toute particulière a s'appliquer lors de procédures de passation de marché public ou de convention de délégation de service public ([1541]). Son champ d'application recouvre les contrats soumis au Code des marchés publics, aussi les contrats pouvant être qualifiés de marché publics au sens du droit communautaire ([1542]), les contrats de travaux, fournitures et services, les concessions de travaux publics ([1543]), les délégations de service public, les baux emphytéotiques s'ils ont le

[1534] B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 367.

[1535] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 45.

[1536] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, Litec, 2008, p. 111.

[1537] *Ibid.*, p. 110.

[1538] *Ibid.*, p. 111.

[1539] V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, p. 438 et suivantes.

[1540] D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2009, p. 271.

[1541] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 185 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 174 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, p. 361.

[1542] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, pp. 15-49 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 171, 172.

[1543] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement *op. cit.*, pp. 38-39.

caractère de concession de travaux publics ou de délégation de service public ([1544]), les contrats de partenariat ([1545]), les contrats administratifs conclus par les pouvoirs adjudicateurs et soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ([1546]), ainsi que les contrats relevant de l'article L. 6148-5 alinéa 1er du Code de santé publique ([1547]). Cette liste des contrats dont la passation peut faire l'objet d'un référé précontractuel démontre que tous les contrats administratifs ne sont pas concernés, or les contrats concernés sont parmi les plus usités. Par ce champ d'application large et diversifié le référé précontractuel permet d'assurer la transparence des relations contractuelles. Concernant le référé « jumeau », son champ d'application se limite aux « *procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* » ([1548]), c'est-à-dire qu'il se limite aux secteurs des réseaux ([1549]).

Les nouveaux articles L. 551-1 et L. 551-5 du Code de justice administrative issus de l'ordonnance du 7 mai 2009 établissent leur champ d'application en fonction de la qualité du contractant : pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. Les pouvoirs adjudicateurs englobent l'Etat, les collectivités locales, les organismes qui leur sont rattachés, ainsi que les « organismes de droit public » présentant les trois caractères suivants : personnalité juridique, création « *pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autres qu'industriel et commercial* », lien avec l'Etat, les collectivités territoriales ou un autre organisme de droit public ([1550]). Une entité adjudicatrice correspond aux opérateurs de réseaux ([1551]). Ainsi selon l'article L. 551-1, la « *nouvelle définition matérielle du domaine* » du référé précontractuel ([1552]), englobe un domaine proche de celui du code des marché

[1544] L. ERSTEIN, Référé administratif, in *Juris-classeur, Contrats et marchés publics, t. 1,* pp. 4-5.

[1545] *Ibid.*, pp. 4-5 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 174 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 361.

[1546] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels, op. cit.*, pp. 15-49 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 372.

[1547] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 372.

[1548] Article L. 23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

[1549] B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *RFDA* 2008, p. 1129 ; L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, pp. 4-5.

[1550] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 390.

[1551] *Ibid.*, p. 510.

[1552] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.*

publics ([1553]). Il recouvre les procédures de passations engagées par les pouvoirs adjudicateurs afin de conclure des « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* ». Le référé de l'article L. 551-5 recouvre le même champ d'application exception faite que la passation est organisée par une entité adjudicatrice. Ces définitions ouvertes du champ d'application des deux référés permettent de ne pas créer de liste exhaustive des contrats dont la passation peut être soumise au contrôle du juge des référés. Elles permettent d'établir des critères de reconnaissance : la nature administrative du contrat, le caractère onéreux…

Les deux référés précontractuels sont mis en œuvre par le juge des référés ([1554]). Donner uniquement la qualification de référé à la procédure de l'article L. 551-1 serait nier la palette de pouvoirs offerte au juge des référés ([1555]), et notamment la possibilité de prononcer des mesures définitives ([1556]). Ainsi ce référé se voit reconnaitre le caractère d'un « *contrôle de pleine juridiction* » ([1557]), ces pouvoirs étant des « *pouvoirs étendus de pleine juridiction* » ([1558]). Toutefois avant de pouvoir mettre en œuvre ces pouvoirs, une procédure instituée est à suivre. Les deux référés précontractuels doivent, comme leur nom l'indique, être introduits avant la conclusion du contrat ([1559]). La conclusion du contrat constitue un dessaisissement du juge. Avant de saisir le juge des référés, le requérant devait faire une demande préalable auprès de l'autorité administrative afin de l'inviter à se conformer à ses obligations, le recours ne pouvant être exercé que dans un délai de dix jours suivant son refus ou son rejet implicite ([1560]). Cette demande préalable était considérée comme un avertissement de l'autorité administrative conduisant à une « *course à la signature du contrat* » ([1561]), afin

---

[1553] F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *JCP A* 2009, 2144.

[1554] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 185 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 172.

[1555] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 176-177.

[1556] *Ibid.*, p. 173.

[1557] CE, 3 mars 2004, Commune de Chateaudun, Rec. CE, T. p. 772.

[1558] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 372.

[1559] Articles L. 551-1 et L. 551-5 du Code de justice administrative.

M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 185.

[1560] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 186.

[1561] B. POUJADE, Le référé précontractuel, *RFDA* 2002, p. 279.

de bloquer le référé précontractuel par la signature rapide du contrat ([1562]). Cette demande préalable ne constituait pas une formalité complètement négative. Au contraire, elle pouvait permettre une « *tentative de conciliation* » et donc éviter le contentieux ([1563]). Elle a pourtant été supprimée par un décret du 22 novembre 2000, le juge des référés est maintenant saisi directement ([1564]). Lors de cette saisine du juge des référés, le requérant doit notifier son recours soit au pouvoir adjudicateur, soit à l'entité adjudicatrice ([1565]). Or de la notification du recours à la notification de la décision juridictionnelle, selon les articles L. 551-4 et L. 551-9, il est proscrit aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de signer le contrat ([1566]). La procédure fait l'objet d'une audience publique ([1567]). Le juge des référés devait statuer dans un délai indicatif de vingt jours ([1568]). Désormais ce délai de vingt jours n'est plus un délai indicatif ([1569]). Il a été consacré afin d'assurer un débat contradictoire, à cette fin « *une période incompressible durant laquelle le juge des référés ne peut se prononcer* » a été instituée ([1570]). Les deux référés précontractuels ont donc un effet

[1562] B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2006, p. 267.

[1563] J. GOURDOU, P. TERNEYRE, Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence, *CJEG* 2001, pp. 137-138. « […] *pour n'être pas totalement erronée, cette analyse procède d'une vision quelque peu réductrice de la réalité. Tout d'abord, point n'est besoin d'un recours préalable pour informer la personne publique, puisqu'elle le sera en toute hypothèse dans le cadre de la procédure juridictionnelle contradictoire. Mais surtout, il ne faut pas négliger le rôle de prévention du contentieux que jouent les démarches amiables devant l'administration*. »

[1564] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 441 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 175.

[1565] Articles R. 551-1 et R. 551-2 du Code de justice administrative.

F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *JCP A* 2009, 2298.

[1566] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.*

[1567] B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 7e éd., 2005, p. 367.

[1568] CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, Rec. CE, p. 391, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1400.

[1569] Article R. 551-5 du Code de justice administrative.

[1570] F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *op. cit.*

suspensif ([1571]). Etant des référés, le juge statue en premier et dernier ressort, ne laissant que la seule voie de la cassation ouverte ([1572]).

Un tiers évincé engageant un référé précontractuel doit invoquer des moyens. Il est possible de retenir deux approches différentes des moyens pouvant être invoqués, soit l'interprétation sera restrictive, c'est-à-dire que seuls des moyens tirés de la violation des règles de procédure pourront être opérants ([1573]), soit l'interprétation doit être ouverte : « *une interprétation large du champ du L. 22 est d'autant plus possible que la plupart des dispositifs régissant la passation d'une délégation ou d'un marché public ont pour objectif de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence* » ([1574]). L'objet du référé précontractuel est d'« *assurer le respect des règles de libre et égale concurrence, de transparence et de clarté des offres, mais rien de plus* » ([1575]). Ainsi le juge des référés est limité dans son contrôle. Les requérants sont alors limités dans leurs moyens qui doivent être en lien direct avec les obligations de publicité et de mise en concurrence ([1576]). Les tiers évincés peuvent invoquer que la personne publique imposait des critères trop sélectifs empêchant toute concurrence ([1577]). Si des manquements sont constatés, le juge des référés doit rechercher si des moyens impérieux justifiaient ces manquements ([1578]). Par un contrôle objectif ([1579]), le juge des référés doit contrôler la bonne réalisation des obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices ([1580]). Le juge prend maintenant en

---

[1571] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

[1572] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 186 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 440 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 173.

[1573] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 176.

[1574] C. BERGEAL, concl. sur CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, *RFDA* 2000, p. 1035.

[1575] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 362.

[1576] CE, 16 octobre 2000, Société Stereau, Rec. CE, T., p. 1091.

P. DELVOLVE, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 87.

[1577] CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, Rec. CE, p. 391, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

[1578] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 687.

[1579] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 375.

[1580] *Ibid.*, p. 373.

compte les formalités substantielles dans sa décision ([1581]). Par contre, il s'interdit de contrôler le mérite des candidats ([1582]), ainsi que la compétence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ([1583]). De même, il n'apprécie pas la validité du futur contrat, puisque cela ne rentre pas dans le champ de contrôle limité au contrôle des manquements aux obligations de publicités et de mise en concurrence ([1584]).

Les référés précontractuels ne sont ni préparatoires, ni provisoires ([1585]). Ils ont pour but de trancher une question de fond : y a-t-il eu manquement ([1586]) ? Ils ne peuvent réparer le dommage qui serait causé par les dits manquements ([1587]). L'office du juge des référés est pourtant particulièrement étendu lorsque le tiers évincé engage le référé précontractuel de l'article L. 551-1. Le juge s'est alors reconnu compétent pour statuer *ultra petita* ([1588]), en prononçant des mesures allant au-delà de ce qui était demandé par le tiers évincé ([1589]). Ce pouvoir de prononcer des mesures d'office ([1590]), est consacré par l'article L. 551-12 ([1591]). Toutefois, le juge doit prendre la peine d'avertir les parties à l'instance afin que puisse s'engager un débat contradictoire ([1592]). Le référé précontractuel a pour but d'« *empêcher un*

[1581] CE, 8 février 2008, Commune de Toulouse, Rec. CE, T., p. 643, AJDA 2008, p. 1106, note Richer et Crochemore.

[1582] CE, 29 juillet 1998, Syndicat Mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise et sociétés Spie Batignolles et ANF industries, Rec. CE, T., p. 1015, DA 1998, n° 302, note Deves.

[1583] CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, Rec. CE, p. 283, RFDA 2000, p. 1031, concl. Bergeal.

[1584] CE, 8 février 1999, Société Campenon Bernard SGE, Rec. CE, T., p. 890, DA 1999, n°110.

[1585] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 439.

[1586] P. DELVOLVE, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, *op. cit.*, p. 86.

[1587] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 172.

[1588] F. DIEU, L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels, *AJDA* 2007, p. 784 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 457 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 362.

[1589] CE, 30 octobre 2006, Commune d'Andeville, Rec. CE, p. 434, AJDA 2006, p. 1983, note de Montecler, p. 2340, concl. Casas, JCP A 2006, 1301, note Linditch, JCP 2006, I, 201, chron. Plessix, Contrats-marchés publ. 2006, comm. 331, note Pietri. Le juge des référés a pu prononcer l'annulation de la procédure de passation alors qu'elle n'était pas demandée par le requérant.

[1590] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 457.

[1591] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.*

[1592] F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *op. cit.*

acte », c'est-à-dire de signer contrat alors que sa passation est viciée, « *et d'imposer de nouvelles modalités de passation d'un contrat* » afin de régulariser les manquements constatés ([1593]). L'éventail des pouvoirs du juge des référés comprend la prise de mesures provisoires comme l'injonction de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, de suspendre la passation du contrat ([1594]). Si la suspension est prononcée, l'autorité administrative peut conclure un contrat provisoire afin d'assurer la continuité du service public ([1595]). A ces mesures provisoires s'ajoutent des mesures définitives : l'annulation des actes ayants un rapport avec la passation du contrat, la suppression de clauses contractuelles, le prononcé d'injonctions particulière ([1596]). L'éventail des pouvoirs du juge était large et original au début des années 1990 puisqu'étaient « *cumulés les pouvoirs de suspension, d'annulation, d'injonction dans une même procédure, alors qu'ils sont soit distincts soit surtout absents (injonction) dans le contentieux administratif de droit commun* » ([1597]). La limite posée au juge des référés dans l'utilisation de ses pouvoirs est celle de ne prendre que les mesures nécessaires ([1598]), à l'objectif visé : assurer la transparence des passations des contrats administratifs. Afin que le juge soit en mesure de prononcer des mesures nécessaires, l'article L. 551-2 permet l'utilisation de la théorie du bilan : « *s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages* », il peut alors adapter le prononcé des mesures. Le juge doit ainsi apprécier tous les intérêts en présence qu'ils soient publics ou privés ([1599]).

En comparaison de l'éventail détenu par le juge des référés statuant sous l'empire de l'article L. 551-1, les pouvoir détenus par ce même juge sous l'empire de l'article L. 551-4

[1593] B. PACTEAU, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 367.

[1594] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 186 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 439 ; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 271.

[1595] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 363.

[1596] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 186 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 439 ; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 271.

[1597] P. DELVOLVE, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, *op. cit.*, p. 86.

[1598] CE, 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, Rec. CE, p. 566, AJDA 2007, p. 185, note Dreyfus, JCP A 2007, 2011, note Karpenschif.

[1599] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 913.

sont moins nombreux puisque les pouvoirs d'annulation y sont notamment inexistants ([1600]). Le juge ne peut qu'enjoindre l'entité adjudicatrice à se conformer à ses obligations, de suspendre tout acte lié à la passation du contrat et de prononcer des astreintes ([1601]), le juge est alors compétent pour fixer le délai d'exécution ([1602]). L'astreinte peut être provisoire ou définitive selon le comportement de l'entité adjudicatrice ([1603]), des intérêts pouvant être atteints et de l'intérêt général ([1604]). A l'image du référé précontractuel de l'article L. 551-1, celui de l'article L. 551-4 institue aussi l'utilisation par le juge de la théorie du bilan ([1605]).

Les tiers évincés ont en leur possession des voies de recours permettant de contrer la signature de contrats administratifs dont la passation serait viciée. Cependant si ces référés précontractuels permettent aux tiers évincés de s'immiscer dans les relations contractuelles pour y mettre un terme, du moins pour les soumettre à un contrôle juridictionnel, ils ne sont pas exempts de critiques.

La principale critique est issue du caractère limité des référés précontractuels : ils sont limités à la période précontractuelle ([1606]). Le juge des référés est incompétent pour modifier cette limitation légale ([1607]). Ainsi la signature du contrat constitue le repère temporel permettant au tiers évincé de savoir s'il est recevable à agir ou non. L'intervention de la signature du contrat, alors que le référé précontractuel est pendant, impose de conclure à un non lieu ([1608]). De même, la saisine du juge des référés alors que le contrat est signé conduit à

[1600] Article L. 551-6 du Code de justice administrative.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 440.

[1601] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 173.

[1602] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 688.

[1603] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 458.

[1604] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 688 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 363.

[1605] Article L. 551-7 du Code de justice administrative.

[1606] D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 271 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1607] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, RJEP 2007, p. 341.

V. : M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1608] CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon communications, Rec. CE, p. 393, concl. Chantepy, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, AJDA 1995, p. 888, chron. Stahl et Chauvaux, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

un constat d'irrecevabilité ([1609]). Enfin d'éviter le « *court-circuit redouté de l'action du juge des référés précontractuels* » ([1610]), la loi du 30 juin 2000 avait institué un « *pré-référé précontractuel* » : le juge était en mesure d'imposer de différer la signature du contrat pour vingt jours au maximum ([1611]). Si la signature était réalisée pendant ce délai, elle serait réputée inexistante ([1612]). La réforme issue de l'ordonnance du 7 mai 2009 a consacré ce « pré-référé précontractuel » en imposant un délai pendant lequel le contrat ne peut être signé. Cela est donc censé prévenir tout risque de « court-circuit » de l'action du juge des référés. A ce « pré-référé précontractuel » s'ajoute un délai institué au profit des tiers évincés. L'article 80 du Code des marchés publics issu du décret du 27 novembre 2009 remplaçant l'ancien article 76, confirme l'obligation du pouvoir adjudicateur de respecter un délai courant dès la notification des rejets des offres des concurrents évincés, délai pendant lequel le pouvoir adjudicateur ne peut signer le contrat. S'il ne remplit pas son obligation de notification des refus, le juge peut d'ailleurs suspendre la passation ([1613]). Les tiers évincés détiennent un délai permettant d'engager un référé précontractuel s'ils estiment que des manquements dans la passation du contrat existent ([1614]). Si le référé précontractuel est engagé, à ce délai s'ajoutera celui du pré-référé contractuel permettant d'assurer au juge des référés l'exercice de sa mission. Pourtant si le pouvoir adjudicateur signe illégalement le contrat, le référé précontractuel ne sera d'aucune utilité ([1615]), sauf à considérer que la signature est considérée comme inexistante ([1616]). Toutefois le juge des référés se refuse à un tel constat ([1617]).

[1609] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 441 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 175.

[1610] J. GOURDOU, P. TERNEYRE, Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence, *op. cit.*, p. 136.

[1611] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 441 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 175.

[1612] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 175.

[1613] CE, 21 janvier 2004, Société Aquitaine Démolition, Rec. CE, T., p. 771.

[1614] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 442.

[1615] CE, 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, Rec. CE, p. 96, AJDA 2005, p. 1298, note Hul, RFDA 2006, p. 1094, note Vincent-Legoux, JCP A 2005, 1202, note Linditch, D. 2005, J, 2732, note Martin, CJEG 2005, p. 386, note Vandermeeren.

[1616] B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2006, p. 267.

[1617] CE, 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, *op. cit.*

Depuis la création du recours *Société Tropic travaux*, les risques de dénis de justice ont largement diminués ([1618]). Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne respectent pas leurs obligations ainsi que les délais imposés, il est possible de contester la validité du contrat dès sa signature. Les « courts-circuits » à l'action du juge des référés, s'ils ne sont pas souhaitables, ne conduiront pas automatiquement à un déni de justice. De plus, engager un tel référé n'empêche pas de former d'autres actions comme un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat accompagné d'un référé suspension ([1619]). Pour empêcher tout déni de justice, il faudrait que le recours *Société Tropic travaux* soit l'exact pendant du référé précontractuel. Or leurs procédures et domaines d'application diffèrent principalement en ce qui concerne la qualité même du tiers requérant ([1620]). Malgré ses divergences, le caractère préventif du référé précontractuel est bien présent puisque dans certains cas, il va permettre d'éviter la saisine du juge du contrat par le concurrent évincé puisque le manquement sera sanctionné en amont ([1621]).

Les référés précontractuels sont limités temporellement mais aussi dans leurs domaines d'application et dans les moyens invocables par les tiers évincés. La garantie de la transparence de la passation n'est donc pas assurée complètement ([1622]). Afin de respecter la nouvelle directive communautaire Recours, la question se posait dans l'espèce Société Tropic travaux de transformer le juge des référés précontractuels en « *juge des référés contractuels* ». Cela aurait cependant conduit à violer la lettre de la loi alors que le recours aurait été forcément limité ([1623]). L'interrogation était finalement de savoir si la signature du contrat consistait réellement en un dessaisissement du juge : « *on peut la trouver abusivement restrictive car les textes précisent que « le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat ». Cela ne signifie pas qu'il doive l'être* » ([1624]). La question était problématique jusqu'à l'arrivée du recours *Société Tropic travaux*, elle a ensuite diminué en intensité pour maintenant n'être plus à l'ordre du jour puisqu'un référé contractuel a été créé.

[1618] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 442.

[1619] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1396.

[1620] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, act. 698.

[1621] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 336.

[1622] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 341.

[1623] *Ibid.*, p. 343.

[1624] P. DELVOLVE, Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, *op. cit.*, p. 88.

2. Le référé contractuel

Le référé contractuel ouvert aux tiers évincés est issu de l'ordonnance du 7 mai 2009 transposant la directive communautaire Recours du 11 décembre 2007. Il est codifié aux articles L. 551-13 et suivants du Code de justice administrative. L'entrée en vigueur de ce nouveau référé est prévue pour les contrats administratifs dont la consultation est engagée au 1er décembre 2009. Deux caractéristiques le désignent : il ne peut être engagé qu'à compter de la signature du contrat : le contrat doit être conclu ([1625]), et il est dirigé contre ce même contrat administratif ([1626]). Le référé contractuel est le pendant du référé précontractuel de l'article L. 551-1, il lui fait suite dans le temps. D'ailleurs son champ d'application est identique à celui de l'article L. 551-1, sauf quelques exceptions ([1627]). En effet, ce champ recouvre aussi celui du référé précontractuel de l'article L. 551-4. Le référé contractuel peut être engagé à l'encontre de contrats administratifs devant faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence. Majoritairement, ce référé s'exerce à l'encontre des marchés publics au sens large et des conventions de délégation de service public ([1628]). A l'heure actuelle, une limite temporelle supplémentaire existe : les contrats dont la consultation est engagée avant le 1er décembre 2009 ne peuvent faire l'objet de ce référé ([1629]). Il faudra alors attendre la passation de contrats postérieurs pour que le référé contractuel prenne pleinement sa place : celle de complément temporelle du référé précontractuel. Une limitation matérielle du champ d'application est présente à l'article L. 551-15 ([1630]). Le référé contractuel ne peut être engagé

[1625] Article L. 551-13 du Code de justice administrative.

L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 12.

[1626] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 6. « *Le référé contractuel est dirigé, comme son nom l'indique, contre le contrat.* »

[1627] L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 6.

[1628] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

[1629] *Ibid*., p. 913.

[1630] « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un*

à l'encontre de certains contrats si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont respecté le devoir d'information et les délais prescrits. Le référé contractuel n'est pas simplement le pendant du référé précontractuel, mais il lui est supplétif : la limitation et les délais prescrits par l'article suppose que l'auteur du texte a entendu privilégier l'emploi du référé précontractuel ([1631]). Ce ne serait que pour limiter les dénis de justice que le référé contractuel existerait.

Le référé contractuel continue d'être le pendant du référé précontractuel dans sa procédure. Le juge des référés statue en premier et dernier ressort laissant ouverte la voie de la cassation ([1632]). Le juge statue sous un délai d'un mois ([1633]). Les délais de recours vont varier en fonction du comportement du contractant : si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont fait connaître leur intention de conclure, le délai est de trente et un jours, il passe à six mois en son absence ([1634]). Il est donc d'une grande importance que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices informe les tiers de leur intention de conclure le contrat administratif. Pour cela, ils doivent réaliser une publication au Journal officiel de l'Union européenne. L'information des tiers et particulièrement des tiers évincés est essentielle pour faire courir les délais mai aussi pour permettre une stabilisation plus rapide du lien contractuel par la fermeture temporelle des recours ([1635]). La recevabilité du référé précontractuel est soumise à l'article L. 551-14 qui impose un choix entre référé

---

accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique. »

[1631] F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *op. cit.*

[1632] L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 17.

[1633] Article R. 551-9 du Code de justice administrative.

F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *op. cit.*

[1634] Article R. 551-7 du Code de justice administrative.

F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *op. cit.*

[1635] F. LINDITCH, Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *op. cit.*

précontractuel et le référé contractuel ([1636]). Si le tiers évincé a engagé un référé précontractuel, la voie du référé contractuel lui est fermée. Le législateur a prévu le risque de « court-circuit » si redouté en matière de référé précontractuel. Si la signature du contrat est intervenue alors que les délais n'étaient pas respectés ou que la décision rendue par le juge des référés n'est pas exécutée, la voie du référé contractuel reste ouverte ([1637]). Apparaît ici le souci de limiter tout risque de déni de justice mais aussi le souci de garantir l'autorité de la chose jugée en permettant au tiers évincé d'engager un autre référé.

Les moyens pouvant être invoqués par les tiers évincés devront concerner les obligations liées à la publicité et à la mise en concurrence. D'ailleurs ces moyens sont globalement listés : en fonction du ou des manquements constater correspond un ou plusieurs pouvoir du juge des référés ([1638]). L'éventail des pouvoirs du juge est ici large. Il peut prononcer la suspension de l'exécution du contrat puisque le référé n'est pas suspensif ([1639]). Selon l'article L. 551-18, le juge peut ensuite prononcer la nullité du contrat. L'article pose d'ailleurs un problème de vocabulaire : « *Le juge prononce la nullité du contrat* […] *La même annulation est prononcée* […] *Le juge prononce également la nullité du contrat* ». Le terme de nullité est ici synonyme d'annulation. Or ces termes ne recouvrent pas le même type de recours. La nullité est employée dans le contentieux contractuel par le juge du contrat, alors que l'annulation fait généralement allusion au pouvoir détenu par le juge de l'excès de pouvoir. La confusion entre ces termes va soit dans le sens d'un rapprochement des différents juges, soit vers une distinction floue entre ces mêmes juges. La nullité peut être prononcée, cependant le juge doit utiliser la théorie du bilan afin d'apprécier s'il s'agit de la mesure la plus opportune. Si le bilan est négatif, des pouvoirs de résiliation, de réduction de la durée du contrat ou des pénalités financière peuvent être prononcées ([1640]). Selon l'article L. 551-21,

[1636] F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *Contrats-marchés publ.* 2009, n° 6, repère 6.

[1637] F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *op. cit.*

[1638] Articles L. 551-17 à 20 du Code de justice administrative.

[1639] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913 ; L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 25.

[1640] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913 ; L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 25 ; F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *op. cit.*

les sanctions peuvent être prononcées d'office ([1641]). Dans cet éventail de pouvoirs, le référé contractuel démontre sa ressemblance avec le référé précontractuel de l'article L. 551-1. Le référé contractuel démontre aussi sa qualité de référé dont le but est de limiter les conséquences des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, et non celui de réparer un dommage. En effet, le juge ne peut attribuer de dommages et intérêts au tiers évincé requérant, il ne peut les attribuer qu'aux contractants ([1642]).

Le référé contractuel pose une dernière difficulté : quelle conséquence son élaboration a-t-elle eu sur l'organisation des recours en matière contractuelle, notamment avec le recours *Société Tropic travaux* ? La création du référé contractuel n'a fait qu'ajouter un nouveau recours aux mains des concurrents évincés et des tiers évincés ([1643]). Référé contractuel et recours en contestation de validité du contrat sont des voies de droit différentes ([1644]), l'une étant plus rapide que l'autre ([1645]). Leur domaine n'est pas identique. Une concurrence préalable est nécessaire pour engager le référé contractuel, « *alors que le recours Tropic a vocation à s'étendre à l'ensemble des contrats administratifs, sous réserve que les candidats puissent en être évincés et de l'interprétation (large ou étroite) que le juge voudra bien donner à cette catégorie de requérants* » ([1646]). Le référé contractuel n'étant « *pas parfaitement symétrique*» ([1647]), il n'est « *ni un doublon, ni le clone du recours Tropic* » ([1648]).

La notion de tiers évincés se justifiant par la détention en leurs mains de voies de recours spécifiques, la consécration législative et jurisprudentielle des référés précontractuel

---

[1641] F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *op. cit.*

[1642] *Ibid*.

[1643] *Ibid*.

[1644] *Ibid*.

F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *op. cit.*

[1645] F. LINDITCH, Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *op. cit.*

[1646] F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *op. cit.*

[1647] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.*

[1648] F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *op. cit.*

et contractuel démontre l'existence de cette catégorie de tiers évincé. Cependant la pratique jurisprudentielle actuelle conduit à réduire la notion de tiers évincé recevable à agir.

B. La liste des personnes habilitées à agir : le doute quant à leur qualification de tiers évincé

Les requérants habilités à engager des référés précontractuel et contractuel sont les « *personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles il est soumis* » ([1649]). Les requérants sont identiques entre ces référés, cela justifie d'ailleurs l'existence d'une option entre le référé précontractuel et contractuel ([1650]). Si nous nous arrêtons à la lettre du texte, les requérants sont des tiers. Or la lésion provoquée par les manquements implique que ces requérants soient en rapport avec la relation contractuelle, ils interviennent dans la passation du contrat administratif. Les requérants peuvent alors être qualifiés de tiers intéressés. La pratique du juge des référés concernant le référé précontractuel va permettre d'affiner cette qualification.

Tout d'abord réduire les requérants habilités à agir aux seuls tiers intéressés est non pertinent, puisque trois groupes de requérants sont institués légalement ([1651]). Tout d'abord, les tiers intéressés qualifiés plus précisément de tiers évincés puisque les référés précontractuels « *reprennent ici une disposition des directives « recours » et ouvrent la saisine du juge aux candidats évincés de la procédure ou même à ceux qui n'ont pas pu y participer faute d'une publicité suffisante* » ([1652]). Ensuite, si le contrat est conclu par les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux, le représentant de l'Etat, c'est-à-dire le préfet, peut agir ([1653]). Enfin les « *représentants de l'Etat agissant comme interlocuteurs de la Commission de Bruxelles* » forment la dernière catégorie de requérants

[1649] Articles L. 551-10 et L. 551-14 du Code de justice administrative.

G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 913.

[1650] L. ERSTEIN, Référé administratif, *op. cit.*, p. 10.

[1651] F. LLORENS, Le référé précontractuel entre continuité et changement, *op. cit.*, p. 44 ; R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *AJDA* 1994, n° spécial, p. 96.

[1652] R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *op. cit.*, p. 97.

[1653] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 1399 ; Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 687 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, p. 389 ; R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *op. cit.*, p. 97.

recevables ([1654]). Concernant ces développements, nous ne voulons nous intéresser qu'à la première catégorie.

Nous recherchons l'interprétation du juge des référés concernant les « *personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles il est soumis* ». Un premier listage des requérants peut être réalisé en fonction du dépôt de candidature à la passation d'un contrat administratif. Ainsi le requérant recevable est celui ayant réalisé un tel dépôt ([1655]). Ce requérant est alors qualifié de concurrent évincé. Pourtant cette interprétation parait restrictive puisqu'elle exclue le requérant empêché de candidater en raison des manquements de la personne publique ([1656]). Le critère de distinction doit être recherché dans un autre élément tout en prenant en compte le caractère contractuel du contentieux : « *la distinction classique en droit des contrats opposant les parties aux tiers* ». Il s'agit donc de distinguer au sein des tiers ceux qui sont les plus proches du contrat. Le juge retient « *une solution équilibrée dans laquelle la notion de partie au contrat n'a pas totalement disparu. Peuvent en effet saisir le juge toutes les personnes potentiellement parties au contrat : sans être une partie au contrat, qui, par définition, n'existe pas encore puisqu'il n'est pas signé, le requérant doit avoir vocation à être partie au contrat* » ([1657]). Le critère retenu est celui déterminant si le tiers aurait pu être partie au contrat ([1658]). Ainsi les requérants ayant vocation à être partie au contrat ont déposé une offre non retenue (des concurrents évincés), mais ils ont aussi pu être empêchés de le faire (des tiers évincés). Parfois, l'interprétation du juge est plus libérale ([1659]). Par exemple, le Tribunal administratif de Paris a déclaré recevable le référé précontractuel d'une société sous-traitante d'un candidat à la passation d'un contrat : « *alors même qu'elle n'a pas présenté sa candidature directement ou en groupement et n'a répondu qu'en tant que sous-traitante, a intérêt à ce que le contrat en cause soit conclu et est susceptible d'être lésée*

[1654] R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *op. cit.*, p. 97.

[1655] TA Toulouse, 27 septembre 1993, Société Stentofon, Rec. CE, T., p. 886, JCP 1994, IV, 748, chron. Léger et Bousquet.

[1656] F. DIEU, L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels, *op. cit.*, p. 782.

[1657] S. LAGUMINA, E. PHILIPPE, Le référé précontractuel, Bilan et perspectives, *AJDA* 2000, p. 284.

[1658] J. GOURDOU, P. TERNEYRE, Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence, *op. cit.*, p. 140.

[1659] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 97.

par un manquement aux obligations de mise en concurrence » ([1660]). Le juge des référés intègre dans la notion d'« intérêt à conclure le contrat » l'intérêt à voir le contrat conclu ([1661]). Cette interprétation trop libérale de l'article n'est pas représentative de l'interprétation générale du juge qui déclare recevable les « *personnes ayant eu une « véritable » chance d'être choisies comme cocontractants* » ([1662]). « *En revanche, ne sont pas recevables à se pourvoir les personnes totalement étrangères au processus de formation du contrat, autrement dit les « tiers »* » ([1663]). Les tiers évincés sont donc bien les seuls requérants recevables.

L'interprétation de la notion de « *personnes qui ont intérêt à conclure le contrat* » conduit à les qualifier de tiers évincés. Or un autre élément doit être apprécié pour que le tiers évincé puisse voir sa requête recevable : il doit avoir été lésé par les manquements. Cette seconde condition implique que tous les tiers évincés ne seront pas forcément lésés par les manquements, mais cette lésion est nécessaire au regard du texte. L'interprétation du juge des référés conduit finalement à nier cette seconde condition. En effet, le juge ne recherche pas la présence d'un préjudice effectif ([1664]). Le juge a donc une interprétation large et libérale de l'intérêt à agir ([1665]). « *L'entreprise requérante n'agit pas, principalement, dans son propre intérêt. Elle est, en quelque sorte, le porte-voix de toutes les personnes qui ont été, qui pourraient ou qui auraient pu être victimes d'un manquement quelconque, mais qui n'ont pas*

[1660] TA Paris, ord., 8 novembre 2006, Société Forsup Conseil, Contrats-Marchés publ. 2007, n° 118, comm. Olivier, DA 2007, comm. 14.

[1661] P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, *op. cit.*, p. 98.

[1662] B. POUJADE, Le référé précontractuel, *RFDA* 2002, p. 282.

[1663] R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *op. cit.*, p. 97.

[1664] CE, 16 octobre 2000, Société Stereau, Rec. CE, T., p. 1091.

[1665] J.-B. AUBY, Référé précontractuel, in *Juris-classeur, Administratif, t. 11*, fasc. 1096, p. 6.

B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *RFDA* 2008, p. 1129, 1130. « *Tout candidat potentiel à l'attribution d'un marché public est recevable à invoquer n'importe quel manquement, sans qu'il doive justifier que ce manquement lui a, en fait, causé le moindre préjudice.* »

F. DIEU, L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels, *op. cit.*, p. 783. « *Le référé précontractuel est ainsi largement ouvert puisque le juge n'a pas à pousser son contrôle jusqu'à rechercher si le demandeur est ou non lésé en fait par l'irrégularité alléguée.* »

R. VANDERMEEREN, Le référé administratif précontractuel, *op. cit.*, p. 97. « *Les intéressés n'ont certainement pas à prouver, comme ils devraient le faire à l'appui d'une action en indemnité, qu'ils avaient une chance sérieuse de remporter le marché dans l'éventualité où ils n'auraient pas été écarté.* »

pu ou pas voulu saisir le juge » ([1666]). Cette ligne jurisprudentielle se rapproche de l'appréciation de l'intérêt à agir en matière de recours pour excès de pouvoir, qui sans permettre les actions populaires, permet aux requérants ayant un intérêt froissé de défendre la légalité.

Cette interprétation large n'est pourtant pas exempte de critiques. Elle conduit à faire du référé précontractuel un recours « *purement objectif* » ([1667]) : « *vous appliquez donc au référé précontractuel, sans états d'âme, le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions, et non des moyens, alors même qu'une telle lecture du texte revient à neutraliser l'une des conditions qu'il impose* » ([1668]). La dénaturation du référé précontractuel ([1669]), associée à la création du recours *Société Tropic travaux* ([1670]), et à la vision restrictive de la nouvelle directive Recours ([1671]), ont conduit à la remise en cause de l'interprétation faite de l'intérêt à agir ; la conception objective de l'intérêt à agir est abandonnée ([1672]). Il s'agit de « *restituer au référé précontractuel le caractère qu'il aurait dû, à notre sens, conserver, celui d'un recours de plein contentieux destiné à protéger les intérêts de celui qui le forme* ». Le juge des référés ne peut plus estimer qu'un manquement ne lésant pas le requérant peut être recevable, puisque cela revient tout simplement à « *neutraliser une condition prévue par le législateur* » ([1673]). Devant rendre ses conclusions sur l'affaire *SMIRGEOMES*, le commissaire du gouvernement envisage un nouveau système d'interprétation. Il met en lien le référé précontractuel avec la directive communautaire Recours. Ainsi il estime que « *le recours est ouvert à la personne qui a été lésée ou qui peut encore l'être, et non à la personne qui, pour une raison ou pour une autre, ne l'a pas été et ne peut plus l'être* » ([1674]). Il tente par ce biais de recadrer l'appréciation du juge dans le texte de loi : le juge est incompétent pour se prononcer sur des irrégularités sans lien avec les obligations de publicité et de mise en concurrence, il ne doit pas non plus se prononcer sur des

[1666] B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1133.

[1667] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, RFDA 2008, p. 1142.

[1668] B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1130.

[1669] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1142.

[1670] B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1133.

[1671] *Ibid.*, p. 1135.

[1672] P. REES, Etat des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique, *op. cit.*, n° 19.

[1673] *Ibid.*, p. 1135.

[1674] *Ibid.*, p. 1135.

moyens qui ne lèsent pas le requérant. Cela impose alors de réaliser un examen à fois temporel et matériel ([1675]). Il s'agit de sanctionner les manquements au plus près de leur réalisation, c'est-à-dire en amont. Il ne fait pas attendre que le tiers soit effectivement évincé pour le sanctionner. Dans un tel cas, il est possible que le manquement lui ait été bénéfique ou du moins qu'il ne le lèse plus ([1676]). L'examen temporel va prendre une place considérable dans l'appréciation du juge : il faudra agir dès la réalisation du manquement ([1677]). Alors aux tiers évincés s'ajoutent les tiers non évincés qui pourront agir puisqu'ils ont intérêt à ce que la procédure de passation soit régulière ([1678]). Selon cette interprétation, les tiers non évincés seront recevables à agir parce qu'ils pourront justifier de leur qualité de concurrent, de cocontractant potentiel. Or potentiel ne signifie pas retenu, ils justifient donc de leur qualité de tiers évincés en puissance.

Une nouvelle interprétation de l'intérêt à agir est proposée par le commissaire du gouvernement : « *les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements et qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si, eu égard en particulier à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, les manquements allégués du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont susceptibles d'avoir lésé ou de léser les personnes requérantes* » ([1679]). Cette solution est adoptée par le Conseil d'Etat : « *qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements, qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la lésée, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* » ([1680]). L'arrêt *SMIRGEOMES*

[1675] *Ibid.*, p. 1135, 1136.

[1676] *Ibid.*, p. 1136.

[1677] *Ibid.*, p. 1136.

[1678] CE, 19 septembre, 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole, Rec. CE, T., p. 941.

[1679] B. DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1137.

[1680] CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES (Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe), Rec. CE, p. 324, concl. Dacosta, RFDA 2008, p. 1128, concl. Dacosta, note Delvolvé, JCP A 2008, 2291, note Linditch, AJDA 2008, p. 2161, chron. Geffray et Liéber.

met fin à l'interprétation selon laquelle tout tiers évincé pouvait invoquer tous manquements même s'ils ne lui portaient aucun préjudice ([1681]).

De la recevabilité des actions engagées par les « *personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles il est soumis* », on passe à la recevabilité des seules actions engagées par des « *entreprises susceptibles d'être véritablement lésées par le manquement* » ([1682]). La nouvelle interprétation met au cœur de l'examen de la recevabilité la notion de droit lésé, notion d'ailleurs présente dans l'arrêt *Société Tropic travaux* ([1683]) : les personnes doivent être lésées ou peuvent être lésées par les manquements ([1684]).

Une nouvelle grille de lecture apparaît afin de réaliser un tri au sein des tiers évincés recevables à agir. Il faut prendre en compte une « *combinaison de critères objectifs* » : « *celui de la portée du manquement et celui du moment auquel il se rapporte* » ([1685]). La grille de lecture impose de la part du juge des référés de réaliser un contrôle *in concreto*, au cas par cas afin de déterminer la recevabilité du référé. Ce contrôle se réalise en fonction des moyens invoqués ([1686]). Plusieurs catégories de personnes peuvent alors être établies. Les deux catégories de requérants recevables sont alors constituées. L'une est constituée par l'attributaire du contrat administratif : il a intérêt à conclure le contrat, le manquement peut le léser puisqu'il a intérêt à ce que la procédure de passation soit régulière pour éviter la remise en cause ultérieure du contrat. La seconde est constituée par les tiers évincés lésés ([1687]). Deux catégories de requérants irrecevables apparaissent : les tiers évincés non lésés par les

---

[1681] E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *AJDA* 2008, p. 2164. « *Suivant les conclusions de Bertrand Dacosta, la section est en effet revenue sur la tolérance selon laquelle n'importe quelle entreprise candidate pourrait invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de procédure, même si celui-ci ne lui préjudiciait pas.* »

[1682] D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 271-272.

[1683] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 914 ; P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1139.

[1684] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 914.

[1685] E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 2164.

[1686] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1144.

[1687] *Ibid.*, p. 1140.

manquements ou qui ne peuvent plus l'être ([1688]), et les tiers qui ne sont pas intervenus dans la formation du contrat ([1689]).

« *L'intérêt à agir relève évidemment de la recevabilité, l'intérêt à invoquer des manquements aussi* » ([1690]). Si en matière de recours pour excès de pouvoir, le juge apprécie la recevabilité en fonction des conclusions et non des moyens, cette logique ne s'applique plus en matière de référé précontractuel ([1691]). Nous obtenons un intérêt à agir et un « *intérêt à invoquer des moyens* » ([1692]). Ce référé prend alors la forme d'« *un recours de pleine juridiction en ne sanctionnant plus que les seuls manquements susceptibles de léser le requérant* » ([1693]). L'appréciation de la lésion est particulière. Puisque le but du référé est de prévenir les manquements aux obligations de publicités et de mise en concurrence, ce sont les lésions « *au regard des principes de transparence et d'égal accès à la commande publique* » qui permettront la recevabilité des référés ([1694]). Cette lésion est actuelle ou future, mais dans tous les cas, certaine ([1695]). L'interprétation temporelle de la lésion est conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui estime irrecevable la demande d'une entreprise n'ayant pas agi dans un délai utile ([1696]). Le référé précontractuel présente maintenant un caractère purement subjectif tout comme le recours *Société Tropic travaux*. Il rentre pleinement dans le contentieux contractuel : il est engagé non pas par une partie, mais par un « *contractant potentiel* » et ce recours présente un caractère « *subjectif et de plein contentieux* ». Ces caractères constituent les caractères principaux du contentieux contractuel ([1697]). De plus, l'appréciation de l'intérêt à agir n'est pas aussi restrictive que nous pourrions le penser. La lésion peut apparaître dans un avantage consenti à un concurrent ([1698]).

[1688] E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 2164.

[1689] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1140.

[1690] *Ibid.*, p. 1143.

[1691] E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 2164.

[1692] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1142.

[1693] F. LINDITCH, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *JCP A* 2008, 2262.

[1694] *Ibid*.

[1695] *Ibid*.

[1696] CJCE, 12 février 2004, Grossman Air Service, aff. C-230/02, Rec. CJCE 2004, T., p. 1829, Contrats-marchés publics 2004, comm. 73, note Pietri.

E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 2164.

[1697] P. DELVOLVE, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 1143.

[1698] E. GEFFRAY, S.-J. LIEBER, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, p. 2164.

« *Il semble donc que la lésion ne s'apprécie pas uniquement par rapport au seul requérant gêné dans l'établissement de sa proposition, mais également par le fait qu'une irrecevabilité (une mention dans la publicité, une clause dans le cahier des charges) aurait pu avantager un concurrent* » ([1699]). Un simple avantage consenti à un autre candidat peut constituer la lésion. Non seulement cette interprétation permet au juge des référés de réaliser un contrôle étendu sur la recevabilité de la demande, mais principalement il répond à la justification même du référé précontractuel : éviter tout favoritisme, toute rupture dans la concurrence entre les différents candidats.

« *Le juge des référés ne saurait s'engager sur une acception trop large de l'intérêt lésé, sauf à méconnaitre l'esprit du revirement jurisprudentiel décidé par le Conseil d'Etat* » ([1700]). Le juge des référés doit appliquer une nouvelle interprétation de l'intérêt à agir plus restrictive que celle existante, mais surtout plus adapté au but même du référé précontractuel. Cette nouvelle interprétation ne conduit pas à requalifier les requérants : il s'agit encore de tiers évincés ayant entre leurs mains une procédure spécifique leur donnant un accès régulé au prétoire du juge. D'ailleurs ces tiers évincés n'ont pas une, mais deux procédures spécifiques entre leurs mains : le référé précontractuel et le référé contractuel puisqu'il n'est pas à douter que le juge des référés appliquera la même interprétation de l'intérêt à agir à l'ensemble des procédures de référés ([1701]).

[1699] F. LINDITCH, note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *op. cit.*, 2262.

[1700] *Ibid.*

[1701] P. IDOUX, M. UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *op. cit.*

III. Le concurrent évincé au contrat administratif : l'accès au juge du contrat

Le commissaire du gouvernement propose dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Tropic travaux* « *d'admettre que certains tiers puissent, dans des conditions strictement définies, demander au juge du contrat de prononcer un certain nombre de mesures pouvant aller jusqu'à l'annulation de celui-ci* […] *vous admettriez pour la première fois une action directe des tiers devant le juge du contrat* » ([1702]). Le Conseil d'Etat suit la proposition de son commissaire. « *Les personnes qui ne sont pas parties à un contrat administratif ne peuvent en demander l'annulation en justice* », ce principe bien ancré dans le droit administratif est annihilé par le Conseil d'Etat ([1703]).

De nombreux auteurs plaidaient pour l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats administratifs ([1704]). Certains avaient d'ailleurs envisagé certaines caractéristiques présentées par ce nouveau recours : mise en place d'une publicité des relations contractuelles, possibilité de suspension, sanctions alternative ([1705]). Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le Conseil d'Etat. Au contraire, la solution retenue consiste en une réorganisation du contentieux contractuel autour de l'ouverture d'une nouvelle voie de droit : l'accès des concurrents évincés au juge du contrat, c'est-à-dire un recours de pleine juridiction ouvert à l'encontre des contrats administratifs afin d'en contester leur validité ou celle de clauses qui en sont divisibles ([1706]). Afin de respecter le droit au recours, cette voie est ouverte à l'espèce et aux affaires pendantes ([1707]). Afin de garantir la stabilité juridique des relations contractuelles en cours, le recours ne peut être engagé par tout concurrent évincé qu'à l'encontre de contrats négociés et signés à partir

[1702] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 344.

[1703] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, act. 698.

[1704] V. les développements Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, p. 360 et suivantes.

[1705] J. GOURDOU, P. TERNEYRE, Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle, *CJEG* 1999, pp. 262-263.

[1706] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 199, 201 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

[1707] P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 377.

du 16 juillet 2007 ([1708]). L'arrêt constitue ainsi un « *double revirement sur l'effet relatif du contrat et l'effet rétroactif de la jurisprudence* » ([1709]).

L'arrêt *Société Tropic travaux* a été élaboré sous une triple influence. La première est l'influence du droit communautaire ([1710]), bien que cette influence soit généralement plus faible en matière de contentieux administratif ([1711]). Elle s'exprime par deux moyens différents : un texte et un arrêt. La nouvelle directive communautaire Recours a remis en cause l'inviolabilité contractuelle ([1712]). Elle impose désormais la création au sein des Etats membres de recours direct à l'encontre des contrats ([1713]). Cette directive transposée par l'Etat français a donné naissance au référé contractuel mais elle n'est pas absente de l'esprit du juge en l'espèce. De plus, la Cour de Justice des Communautés européennes a élaboré une jurisprudence sanctionnant l'absence de procédure contre les contrats ne respectant par les règles de concurrence, cette absence constituant une violation du droit communautaire ([1714]). Ainsi le droit communautaire impose l'obligation de créer un recours ouvert aux tiers à l'encontre des contrats ([1715]), c'est-à-dire renforcer le « *droit de critique des tiers* » ([1716]). Cette notion de « *droit de critique* » des tiers est présente dans la thèse de R. Japiot sur les nullités de droit civil ([1717]). Il relevait que les nullités ne pouvaient être invoquées par toute personne. Il avait ainsi déterminé des « sujets actifs » détenteurs du « *droit de critique* » et leurs opposés les « sujets passifs ». Les « sujets actifs » et « passifs » se déterminaient par des

[1708] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 911.

[1709] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1710] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 254 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 278.

[1711] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RDP* 2007, p. 1384.

[1712] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1713] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 329.

[1714] CJCE, 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-503/04, JCP A 2007, act. 699.

[1715] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1716] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, I, 193.

[1717] R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, 964 p.

cercles plus ou moins étendus en fonction de la nullité invoquée ([1718]), le détenteur du droit de critique étant déterminé par l'existence d'un « *rapport entre les personnes* » ([1719]).

La Cour de Cassation a influencé le revirement de jurisprudence. Elle autorise le droit de critique des tiers par le biais de la « *distinction entre nullité relative et nullité absolue* » ([1720]). La nullité frappant un contrat de droit privé est une « *sanction du non respect d'une condition de validité du contrat (par opposition à l'existence du contrat), c'est-à-dire des règles relatives aux vices du consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause. Elle doit être prononcée par le juge et entraine la disparition rétroactive du contrat* » ([1721]). La nullité est double : elle sera soit relative, soit absolue. La distinction se réalise par rapport aux personnes bénéficiant du droit de critique. Ainsi les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par les parties ([1722]), alors que les nullités absolues sont invocables par les tiers ([1723]). La liste des tiers habilités à agir est pourtant limitée ([1724]). De plus, dans un revirement récent, la Cour de Cassation admet qu'un tiers puisse invoquer un manquement contractuel lui ayant causé un dommage ([1725]). Si la Cour permet la remise en cause de l'effet relatif des contrats de droit privé, le juge administratif doit en tirer des conséquences en raison de la nature même du contrat administratif : « *le contrat administratif, en tant qu'il est un*

[1718] *Ibid.*, pp. 530-531, p. 657.

[1719] *Ibid.*, p. 531.

[1720] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RDP* 2007, p. 1391.

[1721] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 432.

[1722] *Ibid.*, p. 433.

[1723] *Ibid.*, p. 434. La nullité absolue est une « *sanction applicable lorsque la condition de validité qui fait défaut affecte l'acte absolument, et que la société dans son entier a dès lors intérêt à ce que celui-ci disparaisse* ».
J. ANTOINE, Les titulaires du recours en nullité des contrats, Comparaison du droit administratif et du droit privé, *DA* novembre 2001, p. 4. « *En droit privé, tout intéressé dispose d'un « droit de critique » pour invoquer la nullité absolue d'une convention. Cette solution classique s'explique par le fait que les actes contraires à l'intérêt général, doivent être sanctionnés par le prononcé de leur nullité.* »

[1724] J. ANTOINE, Les titulaires du recours en nullité des contrats, Comparaison du droit administratif et du droit privé, *op. cit.*, p. 5. « *La possibilité offerte aux tiers à un contrat de droit privé de soulever la nullité absolue d'une convention est pour le moins restrictive. Ainsi le penitus extranei, c'est-à-dire le tiers n'ayant aucune relation juridique avec les parties, n'est pas en droit d'invoquer la nullité d'un contrat devant le juge judiciaire.* » La liste des personnes habilitées comprend donc les ayants causes à titre particulier des parties, les créanciers chirographaires et le ministère public.

[1725] Cass., Ass. plén., 6 octobre 2006 P., B., R., I., Bull. ass. plén. 2006, n° 9, p. 23, JCP 2006, II, 10181, note Billiau, D. 2006, p. 2825, note Viney, RTDC 2007, p. 123, note Jourdain.

instrument de l'action administrative, est porteur de l'intérêt général, intérêt nécessairement plus vaste que les intérêts purement privés gouvernant les contrats civils » ([1726]).

Enfin la troisième influence concerne la création du référé précontractuel. Les points communs entre ces recours sont nombreux, mêmes si des divergences sont bien présentes. La création du référé contractuel va aussi influencer l'évolution du recours *Société Tropic travaux* malgré leur différence de nature, l'un étant un référé, l'autre un recours de pleine juridiction ([1727]), permettant au concurrent évincé d'avoir entre ses mains un large éventail de recours à l'encontre du contrat.

Le concurrent évincé peut engager un recours en contestation de validité du contrat administratif ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles. Ce nouveau recours doit être étudié dans son principe, pour ensuite envisager si la catégorie des requérants recevables à agir, les concurrents évincés, peut évoluer vers une ouverture plus large du prétoire du juge du contrat aux tiers.

A. Le recours *Société Tropic travaux*

« *Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires* » ([1728]).

Le recours *Société Tropic travaux* consiste à contrôler la validité d'un contrat ([1729]). Le contrat n'a plus seulement d'effet qu'entre les parties, ces effets peuvent atteindre les tiers. Un droit de critique naitra alors de cette atteinte ([1730]). Le recours ne peut concerner que des

[1726] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 344.

[1727] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 913.

[1728] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411.

[1729] P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 241, 382 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 526 ; D. TRUCHET, Droit administratif, *op. cit.*, p. 277.

[1730] D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 278.

contrats administratifs afin de justifier la compétence du juge administratif ([1731]). Ce recours en contestation de validité pourra être engagé à l'encontre directe du contrat, mais il est aussi possible de ne contester que certaines de ses clauses qui doivent en être divisibles. La contestation des clauses divisibles du contrat ne se limite plus à la contestation des seules clauses réglementaires, des clauses de natures purement contractuelles peuvent être critiquées, comme des clauses financières pures ([1732]). L'élément important est la divisibilité de ces clauses soient divisibles. Finalement, ce qui pourrait paraître une difficulté n'en est pas une. Si la clause n'est pas divisible du contrat, il suffit de contester l'ensemble du contrat ce qui est désormais possible ([1733]). Le recours est engagé à l'encontre de contrats administratifs. Tous les contrats administratifs peuvent-ils faire l'objet de ce recours ? La notion de concurrent évincé implique une difficulté : seule une partie des contrats administratifs peut être concernée. En l'état actuel de la jurisprudence, le champ d'application du recours est limité aux contrats administratifs faisant l'objet de procédure de publicité et de mise en concurrence ([1734]). Une liste des contrats concernés peut alors être établie, elle comprend ainsi les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariat public-privé, les concessions d'aménagement ([1735]). Cette liste est ouverte, le juge administratif pourra envisager d'y faire entrer d'autres types de contrats.

Concernant la procédure, le recours est qualifié de recours de pleine juridiction « pur » ([1736]). Le juge doit donc apprécier les circonstances de droit et de fait le jour où il

---

[1731] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 915.

[1732] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 333.

[1733] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 916.

[1734] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *AJDA* 2007, p. 1497 ; B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1735] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 201 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1736] H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse, Paris, 2008, pp. 188-189. « *Cette nouvelle voie de droit, teintée tout à la fois d'objectivité et de subjectivité, est ainsi relative à un litige dont la dimension excède largement celle du contentieux de l'excès de pouvoir ou même du plein contentieux objectif. Il ne peut donc être ramené et assimilé à lui*. »

statue ([1737]). Le ministère d'avocat est nécessaire pour intenter toute action ([1738]). La recevabilité d'une action est aussi conditionnée par des délais de recours. Le juge administratif, sur proposition de son commissaire du gouvernement ([1739]), a institué un délai de recours de deux mois débutant dès la mise en œuvre des mesures de publicité ([1740]). Si le délai de deux mois peut faire penser au délai de recours du recours pour excès de pouvoir, il correspond principalement à la règle générale de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative ([1741]). L'institution d'un délai de recours bref illustre le souci du juge administratif de garantir la sécurité juridique des contractants. Si le juge est le même (le juge administratif du contrat) le recours *Société Tropic travaux* et le recours ouvert aux parties dans le délai de droit commun ne se confondent pas ([1742]). Le délai du recours *Société Tropic travaux* présente la particularité d'unifier les délais de recours qu'il s'agisse d'un contrat administratif « de droit commun » ou que ce contrat concerne les travaux publics ([1743]). Si unifier les délais de recours permet une simplification du droit du contentieux administratif opportune pour le justiciable, cela implique une rupture dans l'unité existante au sein du contentieux des travaux publics ([1744]).

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 199. « *Ce recours peut être considéré comme un nouveau recours, relevant du plein contentieux, à raison de la spécificité des pouvoirs du juge, qui ne se limitent pas à l'annulation.* »

[1737] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 919.

[1738] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1739] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345.

[1740] P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 382 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 200 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 277 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1741] Article R. 421-1 du Code de justice administrative : « *Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée*. »

P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

[1742] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

[1743] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, 2212 ; B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1744] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

Les délais de recours ne peuvent courir qu'à compter de la mise en œuvre des mesures de publicité. Cette publicité doit être écrite afin qu'aucune contestation ne puisse naître. Les concurrents évincés, seuls recevables pour le moment à agir, doivent être informés au plus vite, non pour qu'ils puissent agir en nombre, mais pour assurer efficacement la stabilité de la relation contractuelle ([1745]). Le départ des délais ne prend en compte que la mise en œuvre des mesures de publicité. Ainsi la date de la signature ne joue aucun rôle ici. Cela a pour conséquence de réaffirmer que la signature du contrat n'est qu'« *une question intéressant les parties au contrat, et elles seules* » ([1746]). Par contre, mettre en place les mesures de publicité le jour de la signature du contrat aura pour effet de garantir la stabilité contractuelle plus rapidement. Il a paru nécessaire au Conseil d'Etat d'affirmer la nécessité de mettre en place une publicité de la conclusion du contrat. Sous l'empire du recours pour excès de pouvoir, de telles mesures sont conseillées, or les personnes publiques font preuve d'insuffisance. Cette insuffisance aboutit à des contestations tardives des actes détachables du contrat, des clauses réglementaires ou des contrats de recrutement d'agent public, faute d'avoir enclencher le point de départ des délais contentieux ([1747]). L'instabilité juridique est donc particulièrement forte. Or le recours *Société Tropic Travaux* présente un élément de commodité : les requérants étant des concurrents évincés, ils sont plus facilement identifiables. Cela va faciliter les procédures d'informations : la publicité pourra se limiter à ces seuls concurrents évincés ([1748]). Le juge administratif a alors pour rôle de vérifier la diffusion correcte et le contenu de la publicité ([1749]). Finalement, la seule condition est « *d'informer précisément l'ensemble des concurrents évincés* » afin de faire courir les délais contentieux ([1750]). Cette obligation de publicité constitue évidemment un surcroit de travail pour les personnes publiques ([1751]), mais les avantages entendus méritent ce surcroit de travail. Si les mesures de publicité sont efficaces et que le délai de deux mois est dépassé, la relation contractuelle est alors protégée, puisqu'aucun recours *Société Tropic travaux* ne peut plus être engagé au-delà

[1745] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 915 ; F. LINDITCH, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1746] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1747] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

[1748] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1749] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1750] *Ibid*.

[1751] *Ibid*.

de ce délai. Cependant cette stabilité reste compromise par les actions pouvant être engagées par les autres tiers par la voie du recours pour excès de pouvoir ([1752]). La publicité ne doit donc pas rester limitée aux seuls concurrents évincés mais doit concerner tous les tiers.

Le recours *Société Tropic travaux* permet de contester la validité de contrats administratifs particuliers ou de certaines de leurs clauses. Ce recours est porté à la connaissance du juge du contrat par un tiers qui devra présenter des moyens. Peut-il alors invoquer tout moyen alors qu'il est qualifié de tiers ? La difficulté est issue de la formulation même du juge administratif : « *ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences* » ([1753]). Le terme de « validité » est un terme large donc incertain. Evidemment, contrôler la validité du contrat inclut de contrôler sa légalité. Mais inclut-elle « *un chef d'invalidité autre que la légalité* » propre au domaine des nullités du contrat tel le dol, l'erreur ou la violence ([1754]) ? Ces chefs d'invalidité ne doivent-ils concerner que la personne publique et non son cocontractant s'il s'agit d'une personne privée ([1755]) ? Ces interrogations seront précisées par le juge administratif dans l'application qui sera faite du recours. Pour l'instant, il peut seulement être précisé que le juge tiendra compte des vices pouvant affecter la passation du contrat, ceux affectant les actes détachables de la formation du contrat et ceux portant atteinte au contrat lui-même ([1756]).

Le principe du recours étant posé, il reste à envisager l'office du juge du contrat. Sa détermination joue un rôle dans son rapprochement ou non avec le recours ouvert aux parties au contrat. Le commissaire du gouvernement, s'inspirant de la nouvelle directive communautaire Recours, envisage « *de lui confier le plus grand éventail possible de pouvoirs* », notamment en faisant entrer dans cet office le « *pouvoir* [d'] *annuler le contrat,*

[1752] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 915.

F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* « *Ceci revient à dire que si l'administration met en place une publicité appropriée à sa consultation, et qu'aucun recours n'a été formé dans le délai, somme toute relativement bref, de deux mois, sa procédure sera définitivement hors d'atteinte, du moins pour les recours des concurrents évincés*. »

[1753] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411.

[1754] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 332.

[1755] *Ibid.*, p. 332.

[1756] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé » ([1757]). Le Conseil d'Etat suit de nouveau son commissaire sur ce point. Il estime qu'il revient au juge du contrat « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* » ([1758]). L'éventail des pouvoirs appartenant maintenant au juge comprend plusieurs catégories. La première catégorie concerne les pouvoirs permettant la poursuite du contrat. Le juge peut décider, malgré la constatation d'un vice affectant la relation contractuelle que l'exécution du contrat sera poursuivie. Des mesures de régularisation pourront alors être prescrites. Dans cette catégorie entre le pouvoir de modification du juge de certaines clauses du contrat. Ce pouvoir est soumis à critique : les clauses contractuelles sont issues de la volonté des contractants, or le juge peut les modifier ([1759]). L'ouverture d'un recours de pleine juridiction permettant au juge de substituer sa décision à celle des contractants porte une atteinte certaine au principe de liberté contractuelle. La deuxième catégorie concerne les pouvoirs liés à l'extinction du contrat. Le juge détient un pouvoir de résiliation du contrat, c'est-à-dire une « *résolution non rétractive* », un anéantissement du contrat pour l'avenir ([1760]). Il détient aussi un pouvoir d'annulation. Il peut donc mettre fin au contrat de manière rétroactive. En raison des effets d'une telle annulation, le juge devra rechercher la présence de « *vices irréductibles* » pour la prononcer ([1761]). D'ailleurs, une modulation temporelle et matérielle peut être

[1757] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 346.

[1758] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411.

G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 917-919 ; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 255 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 277.

[1759] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 334. « *Les clauses du contrat résultent de l'accord des parties : comment le juge peut-il substituer sa décision unilatérale ? On comprend qu'il puisse déclarer nulles certaines clauses, non qu'il puisse les remplacer par d'autres.* »

[1760] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 819, 820.

[1761] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 919.

envisagée ([1762]). L'utilisation du terme « annulation » conduit à un rapprochement avec le recours pour excès de pouvoir. En matière contractuelle, l'anéantissement rétroactif d'un contrat par le juge est obtenu par le prononcé de la nullité du contrat. L'expression « annulation » est, elle, réservée au domaine du recours pour excès de pouvoir ([1763]). Enfin la dernière catégorie de pouvoir concerne la possibilité d'attribuer des indemnités. Par l'inclusion de ce pouvoir dans l'office du juge, la procédure gagne en efficacité et en simplicité. Le requérant n'a pas besoin de remplir la condition de demande préalable exigée en matière de responsabilité ([1764]). La demande indemnitaire peut être formulée en complément de la contestation de la validité du contrat ([1765]), si les droits du requérant sont lésés ([1766]). A la lecture de l'arrêt, ce pouvoir apparaît comme une alternative. Cette conception ne devrait pas être retenue par la juge. Le pouvoir de verser des indemnités constitue un palliatif intéressant si le contrat est poursuivi malgré les vices dont il est entaché. Il devrait pouvoir se cumuler avec l'utilisation des autres pouvoirs ([1767]). Si on autorise le tiers à recevoir des indemnités en raison de la décision du juge de poursuivre le lien contractuel, le cocontractant de la personne publique doit pouvoir obtenir des indemnités si le contrat prend fin en raison des manquements de la personne publique ([1768]). La question mérite des éclaircissements de la part du juge.

Le juge du contrat utilise la technique du bilan pour mettre en œuvre les pouvoirs en sa possession. Ces pouvoirs étant en effet particulièrement diversifiés, ils permettent au juge d'adapter le dispositif de sa décision à la nature des vices, aux illégalités constatées ([1769]) ; la

[1762] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335.

[1763] *Ibid.*, p. 334.

[1764] *Ibid.*, p. 333.

[1765] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 916.

[1766] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335.

[1767] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 919 ; P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335.

[1768] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 919.

[1769] *Ibid.*, p. 921 ; P. FOILLARD, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 377 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 201.

solution est alors équilibrée ([1770]). Ce bilan consiste à prendre en compte l'intérêt général et les droits de contractants afin de déterminer le pouvoir le plus approprié ([1771]). L'utilisation principale du bilan s'effectue par la mise en œuvre du pouvoir d'annulation puisque c'est ce pouvoir qui porte l'atteinte la plus forte au lien contractuel. Il s'agit de prendre en compte la nature des vices et « *l'effet excessif d'une annulation sur la préservation des droits du cocontractant et, surtout, sur la sauvegarde de l'intérêt général* » ([1772]). La technique du bilan « *conduit à déterminer les conséquences à tirer de l'illégalité de la décision contestée* » ([1773]). La technique du bilan appliquée dans le recours *Société Tropic travaux* est influencée par la théorie de l'après jugement ([1774]). Cette technique est aussi influencée par la jurisprudence rendue en matière de contestation des actes détachables du contrat ([1775]), issue principalement des arrêts *Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas* ([1776]) et *Institut de recherche pour le développement* ([1777]). Une innovation est d'ailleurs apparue par rapport à l'arrêt *Institut de recherche pour le développement*. Dans cet arrêt, le juge administratif ne prenait pas en compte les droits des contractants. L'arrêt *Société Tropic travaux* impose cette prise en compte ([1778]). Le bilan que le juge doit réaliser est complet et donc solide. Pourtant, la prise en compte du contexte conduit à une difficulté : une même illégalité ne sera pas identiquement

[1770] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 921.

[1771] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 334.

[1772] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

V. : P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 334. « *Faire une balance, en l'occurrence moins des avantages et des inconvénients d'une opération, que de l'illégalité commise d'une part, de l'intérêt général et des droits des cocontractants d'autre part.* »

[1773] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 334. « *La théorie du bilan se déplace d'amont en aval.* »

[1774] A. VAN LANG, De l'usage du bilan dans l'après jugement, in *Mélanges J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, pp. 1053-1081.

[1775] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1776] CE, 1er octobre 1993, Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas, Rec. CE, T., p. 875, AJDA 1993, p. 810, concl. Pochard, RFDA 1994, p. 248, note Pacteau.

[1777] CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, Rec. CE, p. 501, CJEG 2004, p. 246, concl. Piveteau, BJCP 2004, n° 33, p. 136, concl. Piveteau, AJDA 2004, p. 394, obs. Dreyfus.

[1778] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 920.

sanctionnée en raison du contexte dans lequel est né et s'exécute le contrat ([1779]). Cela emporte un problème d'unité : les solutions pourront être disparates voire opposées devant le juge du contrat, mais les choses se compliquent d'autant plus si nous confrontons ces solutions à celles du juge des référés qui réalise aussi un bilan lors de l'examen des référés précontractuel et contractuel ([1780]).

Pour compléter l'efficacité du recours, le Conseil d'Etat estime que le recours peut être accompagné par un référé suspension issu de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative ([1781]). Cette possibilité est, elle aussi, une proposition du commissaire du gouvernement ([1782]). Pourtant, il n'allait pas de soi de permettre l'introduction d'un référé suspension. Le texte instituant le référé suspension utilise la notion de « *décision administrative* » ([1783]). Le juge administratif a donc dépassé la lettre du texte pour permettre l'utilisation du référé suspension lorsqu'un contrat administratif est en cause ([1784]). Le référé suspension n'est pas uniquement l'accessoire du recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs unilatéraux, son utilisation est aussi opportune dans les contestations de

---

[1779] P. REES, Etat des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique, *op. cit.*, n° 41.

[1780] *Ibid.*, n° 41, 60.

[1781] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 411. « *Que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution.* »
P. FOILLARD, *Droit administratif, op. cit.*, p. 382 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 203 ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1782] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP 2007*, p. 346.

[1783] Article L. 521-1 du Code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

[1784] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 915-916.
V. : P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 337. « *Pourtant il a fallu un effort particulier d'interprétation pour étendre à un contrat administratif une procédure que le législateur a ouverte au sujet d'« une décision administrative ». La logique contentieuse l'a emporté sur la rigueur terminologique. On peut s'en réjouir pour le contentieux, on peut être moins heureux pour le vocabulaire juridique.* »

contrat ([1785]). Les concurrents évincés, correctement informés des procédures, auront tout intérêt à former un référé suspension accompagnant leur recours à l'encontre du contrat, ce qui risque de paralyser l'action administrative ([1786]). Pourtant d'un point de vue pratique, « *le mariage du contrat administratif et de l'article L. 521-1 s'est révélé un échec* ». Son utilisation reste rare pour le moment ([1787]).

Le recours *Société Tropic travaux* est marqué par de nombreux éléments. Le commissaire du gouvernement a joué un rôle majeur dans la création de ce recours même si toutes ses propositions n'ont pas été suivies. Ces influences ont été multiples : droit communautaire et notamment la nouvelle directive Recours, pratique du référé précontractuel, mais aussi la pratique issue de la contestation des actes détachables du contrat et les conséquences à tirer de leur annulation. Le commissaire du gouvernement suivi par le Conseil d'Etat n'a pas souhaité ouvrir le recours pour excès de pouvoir. Il n'en demeure pas moins que ce recours a plus qu'influencé les juges. En effet, les rapprochements sont nombreux entre ces deux recours ([1788]). Ces rapprochements conduisent à un constat : le recours au juge du contrat n'est pas identique selon que le requérant est un tiers ou un contractant. Nous sommes en présence d'un traitement différencié en raison de la qualité de la personne. Le recours en nullité n'est pas ouvert aux tiers ([1789]), alors que les nullités absolues auraient pu constituer une solution en la matière ([1790]). Les divergences existantes entre le recours ouvert aux tiers et celui ouvert aux parties ont entrainé une différenciation de traitement entre ces requérants. Cependant, cette différenciation a été effacée. Le recours *Société Tropic travaux* a donné naissance à un arrêt *Commune de Béziers* ([1791]), dans lequel l'éventail des pouvoirs offerts au juge est issu de l'arrêt *Société Tropic travaux* ([1792]).

[1785] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1786] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1787] G. BERTHON, La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre « référé suspension » et « référé contractuel », *RFDA* 2009, p. 1217.

[1788] B. PLESSIX, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1789] *Ibid.*

[1790] *Ibid.*

[1791] CE Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, AJDA 2010, p. 142, note Liéber et Botteghi, RFDA 2010, p. 220, chron. Terneyre.

[1792] S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, note sur CE Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, *AJDA* 2010, p. 146. Les auteurs définissent cette nouvelle jurisprudence comme l'« *héritière intellectuelle* » du recours *Société Tropic travaux*.

Les « *concurrents évincés d'une mise en concurrence précontractuelle* » peuvent agir à l'encontre de certains contrats administratifs ([1793]). Pour cette catégorie particulière de tiers intéressé, l'éventail des recours en matière contractuelle est large : référé précontractuel et/ou contestation des actes détachables du contrat par le biais du recours pour excès de pouvoir pouvant être accompagné d'un référé suspension, dès la conclusion du contrat, recours *Société Tropic travaux* pouvant être accompagné d'un référé suspension ([1794]), mais aussi référé contractuel. Cet éventail ne s'adresse qu'à une catégorie particulière, ce qui implique que les autres tiers continuent à utiliser la théorie des actes détachables du contrat ([1795]). La garantie de la stabilité contractuelle n'est donc pas assurée. Cela pourrait changer si la notion de concurrent évincé évoluait.

B. Perspectives d'évolution de la notion de concurrent évincé

Le Conseil d'Etat a pour habitude de réaliser des revirements par « petits pas », c'est-à-dire qu'il va avancer doucement de l'établissement de la nouvelle norme. Il n'est pas à douter que l'élaboration du recours *Société Tropic travaux* constitue un revirement particulièrement important. Ainsi le juge administratif a choisi de limiter son revirement à une catégorie déterminée de tiers répondant à l'espèce du litige ([1796]). Il a décidé de n'inclure dans la liste des personnes habilités à agir que les concurrents évincés, c'est-à-dire une personne morale ou physique « *ayant déposé un dossier de candidature, et a fortiori celles ayant remis une offre* » ([1797]). Mais il n'apparaît pas dans l'arrêt que cette liste soit fermée. La notion de concurrent évincé peut évoluer ([1798]). L'évolution de la catégorie de concurrents évincés doit

[1793] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1794] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 335.

[1795] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1796] Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass. 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* « *La décision ne fait état que des candidats évincés, le juge se bornant à répondre au problème qui lui était posé ici.* »

[1797] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1798] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *AJDA* 2007, p. 1580. « *La décision ne dispose certes pas expressément que le recours ne serait ouvert qu'aux seuls concurrents évincés. Elle ne prohibe donc pas une éventuelle extension à d'autres tiers privilégiés.* »

Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* « *Lors de la conférence de presse organisée autour de cette décision, l'élargissement éventuel de cette procédure à d'autres tiers lésés n'a cependant pas été totalement écarté, certains membres du Conseil*

se réaliser en prenant en compte différentes considérations : les propositions faites par le commissaire du gouvernement et par la doctrine, mais aussi l'influence de la pratique des référés précontractuels et la création du référé contractuel.

Le commissaire du gouvernement prônait un critère de détermination des tiers recevables : « *les seuls tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat* ». L'application de ce critère l'a conduit a établir une liste des personnes habilitées à agir : « *les entreprises évincées de la procédure d'attribution d'un contrat, les usagers du service public en tout cas lorsqu'est en cause une délégation de service public ou un marché public de service public, ainsi que, peut être, le contribuable local qui pourrait éventuellement se prévaloir de ce que les conditions financières d'un contrat ont des répercussions nécessaires sur ses droits patrimoniaux* » ([1799]). Cette liste comprend des tiers intéressés et des tiers purs. M. Richer propose d'établir une grille de lecture permettant de mettre en valeur la relation existante entre « *le droit invoqué et la mesure demandée* ». Le requérant ne devrait plus seulement invoquer la lésion d'un droit, mais aussi que l'atteinte est « *de nature à justifier la contestation du contrat* ». Cette technique permettrait de réaliser rapidement un tri au sein des requérants recevables à agir, d'ailleurs ce tri aurait tendance à conduire à un tri restrictif ([1800]).

Envisager que la liste des personnes habilitées à agir inclurait tiers intéressés et tiers purs est peut être optimiste. Cependant une conception envisageable serait celle d'élargir la notion de concurrent évincé à celle de tiers évincé effaçant alors la sous-catégorie de concurrent évincé de l'organigramme du tiers intéressé. Un tiers évincé serait alors défini

---

évoquant une « politique de petits pas » laissant entendre que, à plus ou moins long terme, d'autres tiers lésés pourraient également bénéficier de ce nouveau recours. »

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 201. « *En rattachant le recours du tiers au plein contentieux, le Conseil d'Etat* […] *introduit de la souplesse : le requérant doit se prévaloir d'une atteinte à un droit et le juge peut définir les catégories de droits donnant qualité pour agir.* »

M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* « […] *en visant les seuls concurrents évincés, plutôt que se livrer à un inventaire à la Prévert des tiers concernés ; une extension de ce nouveau recours est alors envisageable*. »

[1799] D. CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 345.

V. : L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 202.

[1800] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 203.

comme « *toute personne intéressée par la conclusion d'un contrat* » ([1801]), il s'agirait de « *l'ensemble des candidats qui auraient eu une chance d'obtenir le marché* [le contrat] » ([1802]). Plusieurs cas de figures sont à envisager. Les tiers évincés pourraient être les personnes ayant participé à une procédure de concurrence mise en place par l'autorité administrative sans obligation textuelle ([1803]). Ils pourraient être les concurrents empêchés de participer à une mise en concurrence en raison des manquements commis par la personne publique : « *l'absence de concurrence a eu pour effet et même pour objet leur éviction* » ([1804]). Si aucune obligation de mise en concurrence n'existe, cela n'empêche pas l'existence de fait d'une concurrence ([1805]). « *A notre sens la notion de « concurrent » utilisée par le Conseil d'Etat parait plus vaste que celle de candidat à une procédure : un opérateur économique qui justifie de son intérêt pour la consultation (par exemple lorsqu'il opère déjà dans ce secteur d'activité) peut parfaitement être évincé de la conclusion du contrat, et ce, alors même qu'il n'a jamais été mis à même de présenter sa candidature* » ([1806]). La création de la notion de « *concurrent virtuel* » serait opportune ici ([1807]). Ces concurrents virtuels seraient inclus dans la notion de tiers évincés. Il est aussi envisageable de qualifier de tiers évincés les personnes engagées dans une procédure de passation mais n'allant pas jusqu'au bout de cette procédure ([1808]), par exemple en refusant de déposer son

---

[1801] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* « *Dès lors qu'elle se sera astreinte à consulter plusieurs entreprises, celles-ci deviendront ipso facto des « concurrents » lesquels à défaut d'obtenir le contrat acquièrent le caractère de concurrent évincé ouvrant droit à la nouvelle action*. »

M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1802] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1579.

[1803] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1804] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

V. : F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.* ; M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1805] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331. « *L'absence d'obligation de mise en concurrence n'empêche que plusieurs personnes peuvent être intéressées par de tels contrats et constituer des concurrents au moins potentiels* […] *des personnes peuvent se sentir évincées.* »

[1806] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1807] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *op. cit.*, p. 1497.

[1808] P. DELVOLVE, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 331.

offre ([1809]). Jusqu'ici nous n'avons envisagé que les tiers évincés à la passation d'un contrat, mais qu'en est-il en présence d'avenants aux contrats ([1810]) ? S'ils modifient l'économie générale du contrat, ils seront alors considérés comme constituant un nouveau contrat ([1811]). Or s'il existe un nouveau contrat, des personnes auraient pu avoir vocation à le conclure, elles seraient alors qualifiées de tiers évincés.

Le listage des personnes habilitées à agir peut s'appuyer sur le raisonnement du juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il a connaissance des requêtes des tiers à l'encontre des actes détachables du contrat ([1812]), c'est-à-dire apprécier le lien existant entre le tiers requérant et le la relation contractuelle. Faut-il que le listage prenne en compte les personnes ayant « *simplement « vocation » à concourir, comme se borne à l'exiger la jurisprudence régissant l'accès au juge du référé précontractuel* » ([1813]) ? M. Melleray envisage que les requérants recevables à agir soient les mêmes qu'en matière de référés précontractuels ([1814]). Or en matière de référés, les requérants sont des tiers évincés. Pourtant, si les référés précontractuels concernaient au départ les tiers évincés dans leur ensemble, la jurisprudence récente a restreint leurs possibilités d'actions sous l'influence de l'arrêt *Société Tropic travaux*. Ils doivent désormais démontrer en quoi le manquement les a lésés.

Faut-il alors concevoir que le recours *Société Tropic travaux* ne pourra être engagé que par des concurrents évincés ? La réponse parait être négative, « *le recours Tropic a vocation à s'étendre à l'ensemble des contrats administratifs, sous réserve que les candidats puissent en être évincés et de l'interprétation (large ou étroite) que le juge voudra bien*

[1809] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, pp. 913-914.

[1810] M. UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1811] F. LINDITCH, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*

[1812] F. LENICA, J. BOUCHER, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1579.

[1813] *Ibid.*, p. 1579.

[1814] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, pp. 1393-1394. « *Doit-on pour autant considérer que la notion de concurrent évincé sera interprétée de manière à très largement, ou même complètement, coïncider avec celle de personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat » au sens de la législation relative au référé précontractuel ?* »
B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 253.

donner à cette catégorie de requérants » ([1815]). La catégorie des concurrents évincés devrait à terme disparaître au profit de la catégorie de tiers évincé et ainsi correspondre à la catégorie des requérants habilités à engager les référés précontractuel et contractuel. Le listage des personnes recevables appartient au juge administratif. Il a toutefois intérêt à étendre la notion de concurrent évincé afin de protéger au mieux les relations contractuelles liées des recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables des contrats ([1816]), « *car plus la catégorie des tiers susceptibles de saisir le juge du contrat est entendue de manière restrictive plus celle des tiers qui peuvent encore user de la théorie de l'acte détachable devant le juge de l'excès de pouvoir demeure importante.* […] *Ainsi, et de manière faussement paradoxale, seul une très large possibilité de contestation directe du contrat par tous les tiers intéressés permet de garantir au mieux la sécurité juridique.* » ([1817]).

[1815] F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *Contrats-marchés publ.* 2009, n° 6, repère 6.

[1816] S. BRACONNIER, Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *op. cit.*, p. 1497.

[1817] F. MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *op. cit.*, p. 1393.

Conclusion de chapitre

Le contentieux contractuel est particulièrement riche. Il présente une multiplicité de recours contentieux mais aussi de catégories de tiers.

La qualification des tiers est difficile à établir tout comme l'application des protocoles de détermination établis. Le contentieux contractuel fait l'objet à la fois d'intervention du législateur par la création des référés précontractuel et contractuel, mais aussi du juge administratif qui peut soit créer de nouveaux recours comme le recours *Société Tropic travaux* permettant une totale réorganisation du contentieux, soit modifier l'interprétation à avoir des conditions des recours, comme l'interprétation de l'intérêt à agir au sein des référés précontractuels. La difficulté est alors de qualifier les requérants à un moment donné alors que le juge appréhende seulement tous ces nouveaux éléments. Cela impose une phase de transition pendant laquelle seules des hypothèses sont proposées.

Toutefois, même si les qualifiées proposées peuvent être dénoncées dans la jurisprudence future du juge administratif, la présence de différentes catégories de tiers vient d'être démontrée au sein du contentieux contractuel. En effet, la notion de tiers permet au juge de réguler l'accès à son prétoire. Cette régulation n'est pas uniforme en matière contractuelle : il ne s'agit pas d'ouvrir ou de fermer son prétoire à tout tiers. Bien au contraire, une multitude de solutions existent : différentes procédures sont aux mains de différents tiers. Ainsi un critère permettant la reconnaissance de différentes catégories de tiers est prégnante dans ce contentieux particulier : la présence de recours spécifiques à une catégorie de tiers.

Au sein de ce contentieux, les tiers purs peuvent être distingués des tiers intéressés, catégorie qui n'est pas unique la notion de tiers évincé pouvant y être mise en valeur. Les tiers évincés peuvent engager des recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat, tout comme les tiers purs. Cependant ils peuvent engager des référés précontractuel et contractuel si les manquements commis les ont lésés. Or ces référés ne sont pas ouverts aux tiers purs ni à la catégorie complète des tiers intéressés. Les tiers évincés constituent bien une catégorie de l'échelon des tiers intéressés. La difficulté vient ensuite du recours *Société Tropic travaux* qui constitue un recours particulièrement fermé à l'heure actuelle : seuls les concurrents évincés peuvent agir. Ainsi ce recours spécifique démontre la nécessité d'introduire une sous-distinction au sein des tiers évincés jusqu'à ce que le juge administratif ouvre le recours à l'ensemble des tiers évincés.

Au regard des développements réservés au contentieux contractuel global, un tableau récapitulatif peut être proposé : le tableau n° 1.

		Signature du contrat	
		AVANT	APRES
Recours pour excès de pouvoir	Actes détachables de la formation du contrat	Fondement : CE 4 août 1905, *Martin* Requérant : tiers purs, tiers intéressés et sujets actifs Juge : juge de l'excès de pouvoir Pouvoir : annulation de l'acte et injonction de saisir le juge du contrat	Requérant : tiers purs, tiers intéressés sauf concurrents évincés, sujets actifs (interrogation sur le cocontractant) Juge : juge de l'excès de pouvoir Pouvoir : annulation de l'acte et injonction de saisir le juge du contrat
	Actes détachables de l'exécution du contrat		Requérant : tiers purs, tiers intéressés (interrogation sur le concurrent évincé) et sujets actifs (sauf le cocontractant) Juge : juge de l'excès de pouvoir Pouvoir : annulation de l'acte
	Clauses réglementaires divisibles		Fondement : CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele Requérant : tiers purs, tiers intéressés (interrogation sur le concurrent évincé) et sujets actifs Juge : juge de l'excès de pouvoir Pouvoir : annulation de la clause divisible
	Contrats de recrutement des agents publics		Fondement : CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux Requérant : tiers purs, tiers intéressés et sujets actifs Juge : juge de l'excès de pouvoir Pouvoir : annulation du contrat
	Déféré préfectoral	Requérant : préfet (tiers intéressé) Juge : juge de l'excès de pouvoir Contre : actes détachables de la formation du contrat Pouvoir : annulation de l'acte	Requérant : préfet (tiers intéressé) Juge : juge de l'excès de pouvoir Contre : actes détachables de la formation du contrat ou de son exécution, clauses réglementaires divisibles, contrat de recrutement des agents publics et contrats des collectivités locales et des établissements publics locaux Pouvoir : annulation de l'acte

		Signature du contrat	
		AVANT	APRES
Référés	Référé Précontractuel	Article : L551-1 et suivants CJA L551-4 et suivants CJA Objet : manquements aux obligations de mise en concurrence et de publicité Requérant : tiers évincé Juge : juge des référés Pouvoir : suspension, injonction de remplir ses obligations, annulation d'actes, suppression de clauses, injonctions / injonction de remplir ses obligations et astreinte	
	Référé Contractuel		Article : L551-13 et suivants CJA Objet : manquements aux obligations de mise en concurrence et de publicité, action contre le contrat Requérant : tiers évincé Juge : juge des référés Pouvoir : suspension de l'exécution du contrat, nullité / annulation, résiliation du contrat, diminution de sa durée, pénalités financières, dommages et intérêts aux contractants
Recours de pleine juridiction	Juge du contrat		Requérant : contractants (sujets actifs) Pouvoir : prononcer la nullité du contrat, pouvoirs étendus depuis CE Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers : nullité, résiliation, poursuite de l'exécution du contrat
	Recours *Société Tropic travaux*		Fondement : CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation* Requérant : concurrents évincés Juge : juge du contrat Objet : contestation du contrat ou de certaines de ses clauses divisibles Pouvoir : annulation, résiliation ou poursuite de l'exécution du contrat, régularisation, modification de clauses, indemnités

Tableau n° 1 : Tableau récapitulatif du contentieux contractuel

Chapitre 2 : Préfet et usager interprétés à la lumière du tiers intéressé

Le tiers intéressé intervient dans le noyau du cercle générateur. De cette intervention résulte l'ouverture de recours spécifiques qui diffèrent de ceux ouverts aux tiers purs ou aux sujets actifs du cercle. Bien que cette définition apparaisse facilement utilisable, elle ne l'est cependant pas.

Nous l'avons démontré dans le chapitre précédent ; la notion de tiers intéressé est une notion complexe par la présence des catégories de tiers évincés et de concurrents évincés. Cette notion a une utilisation plus aisée en matière contractuelle. En effet, le tiers intéressé s'y démarque des tiers purs et y tient une place spécifique. Cette utilisation plus aisée est due à l'essence même du domaine contractuel : il s'agit d'un domaine marqué par de nombreuses interventions. Avant de trouver le cocontractant de la personne publique, plusieurs tiers évincés seront intervenus, certains obtenant la qualification de concurrents évincés. Afin de nouer le lien contractuel, plusieurs sujets actifs auront joué un rôle dans sa formation. De plus, ce lien contractuel pourra être contesté ; dans ce cadre l'action peut être engagée par des tiers purs. Ainsi le domaine contractuel fait intervenir les différentes qualifications définies dans cette thèse.

Tenter d'appliquer la notion de tiers intéressé au reste du contentieux administratif apparaît plus délicat. Nous proposons ainsi d'étudier deux qualités spécifiques. Les personnes pouvant être qualifiées par ces deux déterminations présentent la particularité de pouvoir aussi être qualifiées de tiers intéressés. Il s'agit des qualités de préfet et d'usager. En effet, préfet et usager peuvent intervenir dans le noyau du cercle générateur sans forcément devenir des sujets actifs et ainsi bénéficier de recours spécifiques à l'encontre du lien juridique, objet du cercle.

Ce chapitre n'a pas pour vocation de réaliser une étude exhaustive de la qualité de préfet ou de celle d'usager. Nous proposons d'axer l'étude sur des éléments illustrateurs. Ainsi concernant le préfet, nous démontrerons sa qualification évidente de tiers intéressé lors de la mise en œuvre du contrôle de légalité. S'agissant de l'usager, nous démontrerons l'application des plus délicates du protocole de détermination du tiers intéressé à cette catégorie de personnes.

Section 1 : Le préfet

Le préfet est un « *haut fonctionnaire dont la création remonte à Bonaparte et qui, appartenant au corps préfectoral, a, en tant que tel, vocation à être affecté soit à des fonctions de commissaire de la République, soit à d'autres postes territoriaux occupés par des membres de ce corps, soit enfin à des emplois supérieurs comportant une mission de service public relevant du gouvernement* » ([1818]). Le préfet exercera ses compétences soit sur le territoire départemental, soit régional. Dans les deux cas, il aura, entre autres, pour mission d'assurer le contrôle administratif des collectivités territoriales.

Le préfet remplit différentes missions. Cependant nous proposons de nous intéresser à l'une d'entre elles particulièrement : l'exercice du contrôle de légalité pouvant donner lieu au déféré préfectoral. Le préfet a pour mission de contrôler les actes pris par les collectivités territoriales ou les établissements locaux. A ce titre, il réalise un contrôle administratif, c'est-à-dire une « *opération de vérification de la correction des actes de l'administration par rapport aux règles de forme et de fond auxquelles ces actes sont assujettis* » ([1819]). Cependant, il ne peut de lui-même annuler de tels actes en cas d'illégalité. Il engagera alors une action contentieuse spécifique auprès du juge administratif : le déféré préfectoral.

L'exercice du contrôle administratif fait intervenir le préfet dans le noyau d'un cercle générateur. Cette intervention lui confère une qualité particulière, celle de tiers intéressé, et un recours spécifique, le déféré préfectoral. Il s'agit donc d'appliquer le protocole de détermination du tiers intéressé au préfet, pour ensuite étudier son recours spécifique.

[1818] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 705.

[1819] *Ibid.*, pp. 236-237.

I. Application du protocole de détermination au préfet : d'un sujet actif à un tiers intéressé

Le préfet, aussi appelé représentant de l'Etat ([1820]), recouvre deux situations différentes. Le préfet peut être un préfet de département représentant l'Etat dans le département. Il peut aussi être un préfet de région représentant l'Etat dans la région et le département chef-lieu de la région, il aura alors des attributions spécifiques ([1821]). Le préfet remplit deux fonctions : une en tant qu'agent administratif et une fonction politique en tant qu'informateur du gouvernement et exécutant de la politique gouvernementale ([1822]).

Le préfet est le successeur de l'Intendant de l'Ancien Régime ([1823]). Sa création remonte à la loi du 28 pluviôse An VIII ([1824]). Cette loi disposait dans le paragraphe premier de son article 1 qu'« *il y aura dans chaque département, un préfet* […]. *Le préfet sera chargé seul de l'administration* ». Sous l'époque napoléonienne, le préfet joue un rôle politique, rôle qui va diminuer en intensité sous les III^{e} et IV^{e} Républiques ([1825]). Ainsi d'un exécutant de la politique de l'Empereur ([1826]), il acquit une réelle « *assisse professionnelle* » et devient un serviteur de l'Etat ([1827]). A l'heure actuelle, il est qualifié de « *bon gestionnaire, d'être apte à diriger les services extérieurs de l'Etat, d'avoir les compétences financières et économiques* » ([1828]). Il est une autorité exécutive ([1829]).

Le statut du préfet est marqué par une forte dépendance au pouvoir central ([1830]). Cette dépendance est prégnante au sein de son mode de nomination et de son

---

[1820] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15^{e} éd., 2001, p. 244.

[1821] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 5^{e} éd., 2007, p. 55.

[1822] Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7^{e} éd., 2004, p. 224.

[1823] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public 5^{e} éd., 2008, p. 111 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21^{e} éd., 2006, p. 74.

[1824] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11^{e} éd., 2009, p. 9.

[1825] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 41.

[1826] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, PUF, Thémis Droit, 5^{e} éd., 1999, p. 258.

[1827] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 41.

[1828] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, p. 258.

[1829] J.-F. AUBY, *Organisation administrative du territoire*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1985, p. 51.

[1830] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^{e} éd., 2001, p. 97.

statut ([1831]). Le préfet est nommé par décret du Président de la République pris en Conseil des ministres sur proposition du Premier ministre et du ministre de l'intérieur ([1832]). Le préfet est ainsi nommé à un emploi supérieur à la discrétion du gouvernement ([1833]). Son statut est régi par le décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets. Le préfet est dans une situation distincte des autres fonctionnaires. Son obligation de réserve est renforcée et il doit faire preuve de loyalisme ([1834]). Le préfet est « *l'homme du gouvernement, tant du point de vue de sa nomination, que des garanties statutaires dont il bénéfice* » ([1835]). Il peut être défini par deux éléments fondamentaux : sa dépendance au pouvoir central et les pouvoirs et attributions dont il est dotés ([1836]).

Le préfet ainsi défini, nous souhaitons lui appliquer le protocole de détermination du tiers intéressé. Cette application fait intervenir différents éléments dont dépend la qualification de tiers. Ainsi deux éléments sont à prendre en compte : le temps et les attributions du préfet.

A. La qualification du préfet liée à l'élément temporel

Il s'agit de réaliser une distinction temporelle : le préfet n'est pas qualifié de la manière en fonction d'une date particulière, celle du 2 mars 1982, date de la suppression de plusieurs tutelles détenues par le préfet sur les collectivités locales. Avant cette date, le préfet détenait une double fonction ([1837]) : celle de délégué du gouvernement et celle d'organe exécutif de la collectivité départementale ([1838]). Sa fonction principale consistait en une « *police ou tutelle sur les administrations locales* » ([1839]). Le préfet détenait les pouvoirs d'approbation ou d'autorisation et d'annulation sur les actes pris par les autorités locales. La tutelle d'annulation consistait en un pouvoir d'annulation ou de suspension des actes par le

[1831] J.-B. ALBERTINI, C. BERENGUER, J.-L. MARX, *Dictionnaire juridique, Pouvoirs locaux*, Dalloz, 1993, pp. 356-357.

[1832] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 226.

[1833] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives, op. cit.*, p. 259.

[1834] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 226.

[1835] P. SERRAND, *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 3e éd., 2009, p. 166.

[1836] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 8e éd., 1980, p. 145.

[1837] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 289.

[1838] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 52 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 111.

[1839] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose et Forcel, 5e éd., 1903, p. 394.

préfet pour des motifs liés à l'illégalité ou à l'opportunité. La tutelle d'approbation consistait à donner pleine valeur aux actes réglementaires des maires et aux principales délibérations en matière financières ([1840]). A ces deux tutelles s'ajoutait une tutelle de substitution permettant au préfet d'agir au nom d'une autorité défaillante ([1841]). Ces différentes tutelles avaient pour but de garantir et de promouvoir l'intérêt général national ([1842]).

Cette présentation succincte des pouvoirs du préfet avant les réformes de 1982 permettent de déterminer son positionnement au sein du cercle générateur. Prenons un exemple pour établir un cercle générateur–type. Le maire édicte un acte réglementaire. Le cercle générateur a pour objet l'acte précité et pour sujets actifs, son auteur, le maire, et son ou ses destinataires. Pourtant nous ne pouvons réduire les sujets actifs à ces seules personnes. En raison du pouvoir de substitution du préfet, il peut prendre l'acte en remplacement du maire. Le préfet est alors un sujet actif. De même, s'il utilise ses pouvoirs d'annulation et d'approbation, il intervient bien dans le noyau du cercle générateur formé. Cette intervention a une influence telle sur l'acte que la qualification de tiers intéressé est insuffisante pour caractériser cette intervention. De cette intervention dépendent soit la validité et la valeur juridique de l'acte, soit son extinction. Seul un sujet actif peut avoir une telle influence sur un acte. Avant les réformes de 1982, le préfet ne peut être qualifié de tiers intéressé en raison des tutelles détenues ; il est qualifié de sujet actif. Après ces réformes, le préfet peut être qualifié, dans certains cas, de tiers intéressé.

La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions a mis fin à la tutelle administrative d'approbation et d'annulation, c'est-à-dire la tutelle *a priori* ([1843]). Le contrôle maintenant détenu par le préfet n'est plus une

---

[1840] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p.141.

[1841] *Ibid.*, pp. 144-145 ; M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 3e éd., 1933, p. 76.

[1842] G. MELLERAY, *La tutelle de l'Etat sur les communes*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1981, p. 43.

[1843] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 562. « *La loi a abrogé les textes qui permettaient à des autorités de l'Etat, agissant d'office ou sur recours de certaines personnes, d'annuler pour illégalité et parfois inopportunité certains actes des autorités communales, départementales ou régionales.* »

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 939. « *Tutelle administrative destinée à sanctionner la légalité des actes des autorités décentralisées (tutelle de la légalité) ou qui subordonne à l'accord des autorités de tutelle la perfection juridique des décisions des autorités sous tutelle (tutelle de l'opportunité) et s'analyse plus exactement en une coopération entre ces deux catégories d'autorités, partant en une coadministration*. »

condition de validité des actes. De plus, il ne porte plus sur l'opportunité de l'acte mais sur son illégalité. Enfin, le pouvoir d'annulation est détenu par le juge administratif ([1844]), faisant ainsi entrer la procédure du déféré préfectoral dans les actions holistes détenues par les personnes publiques – ici la personne publique étant l'Etat ([1845]). Le préfet devient alors un traqueur des illégalités ([1846]). Si la qualification du préfet n'est plus automatiquement celle de sujet actif, c'est en raison de la « *transformation du rapport politique entre l'Etat et les collectivités territoriales* » induite par la réforme de 1982 ([1847]).

B. Une qualification du préfet dépendante de ses attributions

L'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Le préfet de département détient différentes attributions, dont certaines ont pour fondement cette disposition constitutionnelle ([1848]). Le préfet est dépositaire de l'autorité de l'Etat, délégué du gouvernement, représentant direct du Premier ministre et des ministres. Il veille à l'exécution des règlements et décisions gouvernementales ([1849]). Il est responsable des services départementaux des administrations civiles de l'Etat sous contrôle des ministres et de

---

V. : J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 118.

[1844] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, p. 354 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 144, 143 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 154.

[1845] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001, p. 318.

[1846] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006, p. 36. « *C'est l'illégalité seule que le représentant de l'Etat est réputé pourchasser. En outre, lorsqu'il l'a repéré, il ne peut que la soumettre au juge sans pouvoir la sanctionner lui-même.* »

V. : J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *RFDA* 1985, p. 529.

[1847] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, *op. cit.*, p. 36.

[1848] J.-B. ALBERTINI, C. BERENGUER, J.-L. MARX, *Dictionnaire juridique, Pouvoirs locaux*, *op. cit.*, pp. 357-358.

[1849] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, p. 260.

la direction générale des fonctionnaires de ces services ([1850]). Plusieurs contrôles sont entre ses mains. Le contrôle administratif permettant un contrôle des actes des autorités locales et pouvant donner lieu à un déféré préfectoral, mais aussi les contrôles financier, budgétaire et de police administrative. Ces derniers contrôles impliquent un pouvoir de substitution ([1851]). Concernant le contrôle budgétaire et financier, le préfet est en mesure de saisir de la Chambre régionale des comptes. Après mise en demeure, il peut se substituer à l'autorité défaillante. Ce pouvoir peut être mis en œuvre si le vote du budget n'a pas eu lieu dans les délais légaux, si l'équilibre réel n'est pas atteint, si une dépense obligatoire n'a pas été inscrite ou si le compte administratif présente un déficit ([1852]). En matière de police administrative, le préfet détient un pouvoir propre ([1853]), mais aussi un pouvoir de substitution d'action. Ce pouvoir de substitution existe aussi en matière de voirie et d'urbanisme ([1854]). Au regard de ces différents pouvoirs de substitution, dès le moment où il les met en œuvre, la qualification du préfet de sujet actif est frappante. Nous sommes dans une situation équivalente à celle définie avant les réformes de 1982. Pourtant le préfet peut être qualifié de tiers intéressé ; il doit alors mettre en œuvre un contrôle sans pouvoir de substitution : le contrôle administratif.

Le contrôle de légalité est détenu par le préfet de région. Il l'exerce sur les autorités régionales et celles relevant du département chef-lieu de la région ([1855]). Il est aussi détenu par

---

[1850] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 41 ; Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, p. 260 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 225.

[1851] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 45 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 425 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 149-150.

[1852] J.-F. AUBY, La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?, *AJDA* 1984, pp. 414-415 ; J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 61 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 261 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 159.

[1853] J.-F. AUBY, La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?, *op. cit.*, p. 413.

G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 224, 528-529.

[1854] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 62 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 425.

[1855] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, pp. 236-237, p. 705 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 231 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 554.

le préfet de département et exercé sur les autorités du département ([1856]). Ce contrôle de légalité est un contrôle *a posteriori* des actes des autorités locales ([1857]). Il ne peut aboutir qu'à la saisine du juge. Le préfet peut l'exercer puisqu'il est un organe de l'administration générale ([1858]), un agent de l'Etat détenant des attributions administratives comprenant ce contrôle ([1859]). Ainsi « *force est de constater qu'il y a bien eu suppression effective (mais non point totale) de la tutelle administrative* » ([1860]). La tutelle d'approbation et d'annulation est bien éteinte.

Nous proposons d'appliquer le protocole de détermination au préfet en tant qu'autorité chargée du contrôle de légalité. Considérons un acte pris par une autorité locale. Cet acte constitue l'objet du cercle générateur, les sujets actifs étant constitués par l'auteur de l'acte, l'autorité locale, et son ou ses destinataires de l'acte. Le noyau du cercle est ainsi formé. Une personne qui n'est pas qualifiée de sujet actif parce qu'elle ne joue aucun rôle dans la formation du lien juridique ou dans son exécution, est qualifiée de sujet passif du cercle générateur ; elle est donc qualifiée de tiers. Or la distinction entre la qualification de tiers intéressé et de tiers pur se réalise par une intervention au sein du noyau à un moment donné. Le préfet intervient-il au sein du noyau du cercle formé ? La réponse est positive. Il intervient dans le cercle en tant que destinataire de la transmission des actes des autorités locales et en tant que dépositaire du contrôle de légalité.

Certains des actes des autorités locales ne sont exécutoires qu'après avoir été transmis au préfet ([1861]). Sans cette transmission, l'acte ne peut entrer

---

[1856] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.,* pp. 236-237, p. 705 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 554.

[1857] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 99.

[1858] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 76.

[1859] A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif, op. cit.*, pp. 147-148.

[1860] X. DELCROS, Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *EDCE* 1987, p. 26.

Sur la suppression symbolique de la tutelle administrative, V. : F. LAFARGUE, *Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales : histoire d'une réforme*, Thèse, Pau, 1994, pp. 177-193.

[1861] Article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales : « *Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou*

en vigueur ([1862]). Cette obligation de transmission s'ajoute à l'obligation de droit commun de publicité des actes. Ainsi deux obligations sont à remplir pour que les actes des autorités locales soient exécutoires : faire l'objet d'une publicité (notification ou publication) et d'une transmission au préfet ([1863]). On aboutit à une assimilation de la transmission et de la publicité au niveau de leurs effets alors que leurs finalités sont différentes ([1864]). Cette assimilation concernant les effets est illustrée par l'opposabilité de l'acte : la publicité permet de rendre un acte opposable au tiers ; la transmission permet de rendre opposable l'acte au préfet ([1865]). Tous les actes ne sont pas soumis à l'obligation de transmission ([1866]). La loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 n'a soumis à cette obligation que les actes les plus importants ([1867]). Ainsi sont notamment concernés certains actes des exécutifs territoriaux, des délibérations des assemblée locales, des décisions prises par les sociétés d'économie mixte locales ([1868]). Les autorités locales doivent être diligentes en la matière puisque l'entrée en vigueur de leurs actes dépend de leur action de transmission, alors qu'avec le système antérieur une telle action n'était pas de leur ressort ([1869]). Les actes non soumis à l'obligation de transmission sont, eux, exécutoires de plein droit dès leur publicité ([1870]). La transmission des actes des autorités locales poursuit un but. Elle permet l'entrée en vigueur des actes transmis mais surtout elle permet au préfet d'exercer son contrôle de légalité et donc de respecter ses obligations

---

à son délégué dans l'arrondissement. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. »

Il en va de même en ce qui concerne les départements (article L. 3131-1) et les régions (article L. 4141-1).

Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, pp. 352-353 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Différents types de contrôles, in *Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 911, p. 17.

[1862] CE, 20 janvier 1989, Ville de Millau c/ Vincens, Inédit au Lebon, DA 1989, n° 87.

J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 2009, p. 296.

[1863] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 156.

[1864] M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *RDP* 1999, p. 839.

[1865] Sur l'opposabilité de l'acte, V. : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, p. 188 et suivantes.

[1866] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 59.

[1867] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 259.

[1868] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 145.

[1869] M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *op. cit.*, p. 846.

[1870] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *AJDA* 1986, p. 542.

constitutionnelles ([1871]). Aucun délai n'est imparti pour réaliser cette transmission, sauf dispositions contraires ([1872]). Il revient aux autorités locales d'être vigilantes et particulièrement réactives afin que leurs actes puissent être effectifs rapidement. Il leur revient aussi d'être vigilantes dans leurs transmission : de nombreux actes non soumis à l'obligation sont transmis alors que ceux qui y sont soumis ne le sont pas ([1873]). En raison de la double condition à remplir pour obtenir leur caractère exécutoire, il peut y avoir une distorsion entre les délais contentieux courant pour le préfet et ceux courant pour les tiers en fonction du mode de publicité ([1874]). Cette distorsion n'est pas favorable à une stabilisation juridique rapide des actes pris.

Après ces explications, appliquons le protocole de détermination du tiers intéressé. Le préfet intervient dans le noyau du cercle générateur. Cette intervention est de deux ordres. Tout d'abord, pour que l'acte puisse être exécutoire, il doit être transmis au préfet. Ainsi il joue un rôle non dans sa formation, mais dans son exécution. De plus, il doit contrôler la légalité de cet acte ; le préfet intervient alors une seconde fois. Si dans le système antérieur cette intervention conduisait à la qualification de sujet actif, ici, elle conduit à la qualification de tiers intéressé puisque le préfet ne détient en ses mains qu'un seul pouvoir : celui de saisir le juge administratif. Puisqu'il ne peut pas de lui-même annulé l'acte, le préfet ne fait qu'intervenir dans le noyau, dans le lien juridique ; mais pour le détruire, il a besoin de l'intervention d'un juge. Le préfet est alors un tiers intéressé : il n'est pas qualifié de sujet actif, mais il détient une place particulière ([1875]), lui offrant un recours spécifique, différent de celui des tiers purs. Le préfet est le seul auteur du déféré préfectoral.

[1871] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 98, G. MELLERAY, La suppression des tutelles ?, in *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 224.

M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *op. cit.*, p. 846. « *Le représentant de l'Etat doit être en mesure de connaître la teneur des actes des autorités décentralisées afin d'exercer son contrôle administratif.* »

[1872] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 60.

[1873] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 542.

[1874] CE, 13 mai 1992, Marioge, Rec. CE, T., p. 1207.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, p. 227.

[1875] Sur la place particulière du préfet en matière de contentieux, V. : C. MAUGUE, concl. sur CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *AJDA* 1994, p. 899. « […] *position particulière, différente de celle du simple citoyen, de garant de la légalité et de l'intérêt général.* » « *Le préfet n'en est pas pour autant un requérant ordinaire.* »

II. La voie de recours spécifique du tiers intéressé / préfet issu du contrôle de légalité ([1876])

Un tiers intéressé est qualifié en tant que tel en raison de son ou ses interventions dans le noyau du cercle générateur. A cette distinction fondamentale avec les tiers purs, s'ajoute une nouvelle distinction : il revient à ce tiers intéressé un recours spécifique. Concernant le préfet, qualifié de tiers intéressé, ce recours spécifique est le déféré préfectoral puisque lui seul peut le mettre en œuvre. Or ce recours est dépendant d'un autre élément : le contrôle administratif. Contrôle administratif et déféré préfectoral sont les deux éléments d'un même ensemble : le contrôle de légalité du préfet. Nous proposons ainsi d'étudier ce contrôle de légalité dans sa phase précontentieuse puis contentieuse, c'est-à-dire le recours spécifique du tiers intéressé / préfet.

Avant cela, il faut remarquer qu'en matière de recours contentieux, le déféré préfectoral n'est pas le seul recours attribué par loi au préfet. En réalité, trois recours sont entre les mains du préfet : déféré préfectoral, recours pour excès de pouvoir et référé précontractuel ([1877]), auquel il faut ajouter un quatrième recours récent : le référé contractuel. En effet, en tant que tiers, il peut engager un recours pour excès de pouvoir. Cela confirme d'ailleurs que les recours ouverts au tiers purs lui confèrent le statut de « tiers de base ». De plus, le préfet détient un intérêt à agir légal pour engager des référés précontractuel et contractuels ([1878]). Le préfet détient donc une option entre engager un déféré préfectoral et un

---

G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 544. « *Le représentant de l'Etat n'est pas un requérant comme les autres ; il n'a pas à justifier d'un quelconque intérêt pour agir : chargé par la Constitution du respect des lois, il a toujours intérêt pour agir.* »

V. opinion contraire sur ce point : B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Précis, 1ère éd., 2009, p. 611. « *Le préfet n'est qu'un intéressé ordinaire.* »

[1876] Sur le contrôle de légalité, V. : S. MARTIN, *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, Administration locale, 1990, 366 p.

[1877] F. P. BENOIT, Recours du préfet, in *Répertoire Dalloz, Collectivités locales, t. 5*, fasc. 4573, p. 1.

[1878] S'agissant des référés précontractuels : article L. 551-10 du Code de justice administrative : *« Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont* […] *ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.* »

S'agissant du référé contractuel : article L. 551-14 : « *Les personnes habilitées à agir sont* […] *ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local.* »

référé ([1879]). La recevabilité du préfet à engager le déféré préfectoral ou les référés précontractuel et contractuel démontre l'intérêt à agir légal. Le préfet détient de la loi son intérêt à agir. Aucune fin de non recevoir ne peut lui être opposée ([1880]). Cet intérêt « *résulte de sa fonction même* » ([1881]), il résulte de sa mission constitutionnelle : « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* » ([1882]).

A. Le principe du contrôle de légalité

Différents notions sont utilisées pour définir le contrôle de légalité appartenant au préfet, notamment l'utilisation de la notion de tutelle. Il convient alors de reprendre la notion de tutelle. La tutelle peut se définir comme le « *contrôle d'une personne morale sur une autre* » ([1883]). Différentes tutelles existent. Ainsi on oppose tutelle d'opportunité, dans laquelle l'autorité exerce son contrôle librement, et tutelle de légalité, dans laquelle elle ne peut que confronter l'acte aux normes juridiques en vigueur ([1884]). On oppose ensuite tutelle *a priori*, c'est-à-dire le « *pouvoir d'approbation préalable* », et la tutelle *a posteriori* pouvant aboutir à un « *pouvoir de suspension ou d'annulation, voire de substitution* » ([1885]). Tutelle *a priori* et *a posteriori* se définissent par rapport à un élément temporel : la formation pleine et entière de l'acte. Existe ensuite une distinction entre la tutelle administrative et la tutelle hiérarchique. La tutelle administrative implique la présence de plusieurs personnes morales (dans cette définition, il s'agit bien du contrôle de légalité appartenant au préfet), alors que la tutelle hiérarchique intervient au sein d'une même personne morale ([1886]). Enfin, la tutelle peut être administrative ou juridictionnelle. La tutelle administrative appartenant au préfet sera alors « *exercée sur les organes décentralisés par les agents hiérarchiquement*

Sur les référés précontractuels et contractuel, V. : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, p. 417 et suivantes.

[1879] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, p. 174.

[1880] M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, p. 236.

[1881] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 3e éd., 2008, p. 136.

[1882] Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009, p. 51.

[1883] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 55.

[1884] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives, op. cit.*, p. 186.

[1885] *Ibid.*, p. 186.

[1886] *Ibid.*, p. 185.

subordonnés au pouvoir central », alors que la tutelle juridictionnelle est par hypothèse confiées aux tribunaux ([1887]).

Le contrôle de légalité présente différents caractères ([1888]). Ce contrôle est défini aux articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 du Code général des collectivités territoriales ([1889]). Il est un élément constitutif de la décentralisation, exercé *a posteriori* par le représentant de l'Etat pouvant soit être purement administratif, soit faire l'objet d'un recours juridictionnel. Ce recours est un contrôle de la légalité et non de l'opportunité des actes édictés ([1890]). Le contrôle de légalité est un contrôle *a posteriori* portant sur la légalité des actes et des contrats qui sont soumis au préfet et qui consiste à saisir le tribunal administratif si le préfet estime avoir détecté une illégalité ([1891]). Le contrôle de légalité n'est pas un contrôle hiérarchique puisque le contrôle n'est pas exercé par un supérieur sur des subordonnés au sein d'une même personne publique. Le contrôle de légalité implique au contraire un contrôle étatique réalisé par le préfet sur des personnes publiques distinctes : les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux ([1892]). Le contrôle de légalité poursuit un but : celui d'assurer un équilibre entre la légalité imposée sur l'ensemble du territoire et la libre administration des collectivités territoriales. Il ne peut « *y avoir collectivité territoriale sans contrôle* » ([1893]). Ce contrôle de légalité a un fondement

---

[1887] *Ibid.*, p. 185.

[1888] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 562.

M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 230.

[1889] Article L. 2131-6 : « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission.* »

Il en va de même en ce qui concerne les départements (article L. 3132-1) et les régions (article L. 4142-1).

[1890] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, pp. 269-270 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Introduction générale et personnes morales concernées, in *Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 910, pp. 6-7.

[1891] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 179.

R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif, op. cit.*, p. 136. « *Variante du recours pour excès de pouvoir dont dispose le préfet (ou parfois d'autres autorités comme les directeurs des agences régionales de l'hospitalisation à l'égard des hôpitaux) pour assurer le contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Il présente quelques particularités par rapport au recours pour excès de pouvoir de droit commun.* »

[1892] Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général, op. cit.*, p. 119.

[1893] L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14e éd., 2007, p. 457.

constitutionnel ([1894]). En effet, l'article 72 de la Constitution dispose que « *le représentant de l'État* […] *a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Pour répondre à cette obligation constitutionnelle, le préfet doit être le destinataire de la transmission des actes les plus importants édictés par les collectivités locales et les établissements publics locaux. Il doit pouvoir déférer ces actes devant un juge, pouvoir notamment assorti d'une possibilité de suspension ([1895]).

B. La phase précontentieuse ou le contrôle administratif des actes des autorités locales

« *Le préfet est titulaire d'une mission particulière, conforme à la définition constitutionnelle de ses prérogatives et correspondant à une fonction de régulation liée à une capacité de négociation* » ([1896]). Cette fonction particulière est le contrôle administratif des actes des autorités locales ([1897]), en raison de leur illégalité ou non, il se réserve la possibilité de saisir le juge administratif par le biais du déféré préfectoral. Ainsi cette phase précontentieuse peut aussi être nommée « *phase non contentieuse* », le juge n'étant pas automatiquement saisi ([1898]).

Le contrôle administratif est un contrôle de légalité et non d'opportunité, ce qui le distingue de l'ancienne tutelle administrative. Il a lieu dans les deux mois suivant la transmission des actes ([1899]). Ce délai est identique si l'acte n'avait pas à faire l'objet d'une transmission mais qu'il a été porté à la connaissance du représentant de l'Etat. Le contrôle

---

B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 605. « *La tutelle est un terme généralement utilisé pour particulariser diverses espèces de contrôle auxquels l'Etat soumet les personnes décentralisées.* »

S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1982, p. 35. « *L'étude de la tutelle, se révèle inséparable de la décentralisation.* »

[1894] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 415 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Introduction générale et personnes morales concernées, *op. cit.*, fasc. 910, p. 3.

[1895] L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 459.

[1896] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *AJDA* 2005, p. 2438.

[1897] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 179. Les autorités locales sont constituées par les assemblées délibérantes des collectivités locales et leur organe exécutif, les assemblées délibérantes ou organes délibérants et les organes exécutifs des établissements publics locaux.

[1898] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 535.

[1899] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 60.

peut donner lieu à trois situations différentes. Dans la première situation, l'acte faisant l'objet du contrôle est légal, le préfet n'a alors aucune raison de le contester. Dans la deuxième situation, l'acte présente une illégalité. Le préfet peut alors engager le déféré préfectoral ([1900]). La troisième situation est une situation intermédiaire : l'acte est illégal mais le préfet ne va pas de suite engager un recours. Il peut décider d'engager une négociation avec l'autorité locale, c'est-à-dire un recours gracieux ([1901]).

Dans l'exercice du contrôle administratif, différents documents sont à disposition du préfet. Il peut utiliser les lettres d'observation. Ces lettres permettent d'informer les auteurs des actes contrôlés de manière complète et systématique des illégalités dont leurs actes sont entachés. Les auteurs ainsi avertis peuvent redresser les illégalités, dans le cas contraire le représentant de l'Etat pourra déférer les actes ([1902]). Les lettres d'observations jouent un rôle particulièrement important dans cette phase précontentieuse ([1903]). Elles constituent un recours gracieux qui permet de proroger le délai contentieux pour engager le déféré préfectoral. D'autres documents jouent un rôle durant la phase précontentieuse : les attestations de recours et de non recours imposées par les articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 du Code général des collectivités territoriales ([1904]). Le représentant de l'Etat doit avertir l'autorité administrative afin qu'elle connaisse les illégalités décelées ([1905]). Cette

---

[1900] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 157.

[1901] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 180.

[1902] X. DELCROS, Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *op. cit.*, p. 28.

[1903] J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Objet et effets, in *Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 912, p. 14 ; D. TURPIN, *Droit de la décentralisation*, Gualino, 1998, p. 47.

[1904] Article L. 2131-6 : « *Sur demande du maire, le représentant de l'Etat dans le département l'informe de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte des autorités communales qui lui a été transmis* […]. *Lorsque le représentant de l'Etat dans le département défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité communale et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné.* »

Article L. 3132-1 « *Lorsque le représentant de l'Etat dans le département défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité départementale et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné. Sur demande du président du conseil général, le représentant de l'Etat dans le département l'informe de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte des autorités départementales qui lui a été transmis* […]. »

Il en va de même en ce qui concerne les régions (article L. 4142-1).

[1905] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 180.

information peut permettre de faire réagir l'auteur de l'acte pour qu'il se conforme au droit ([1906]). Si l'auteur de l'acte doit systématiquement être informé du déféré engagé par le préfet, il en va différemment de son intention de ne pas déférer. Il revient à l'auteur de l'acte d'en faire la demande au représentant de l'Etat. L'attestation ou la déclaration de non recours n'est pas obligatoire et ne lie pas le préfet ([1907]). Ainsi elle ne constitue pas un « *brevet de légalité* ». Le préfet garde le pouvoir de déférer l'acte tant que le délai contentieux de deux mois n'est pas expiré ([1908]).

Le contrôle administratif s'exerce sur les acte soumis à transmission mais aussi sur ceux dont le préfet a connaissance sans qu'ils soient soumis à l'obligation de transmission ([1909]). L'obligation de transmission concerne de nombreux actes, principalement les plus importants ([1910]). Cela permet d'écarter les actes les « *plus nombreux, les plus répétitifs, les moins graves* » ([1911]). Concernant plus spécifiquement la transmission des contrats, cette transmission doit être complète ([1912]), et peut se poursuivre pendant l'exécution du contrat si des avenants et d'autres décisions s'y rapportant sont prises ([1913]). En l'absence de transmission, le contrat n'est pas exécutoire, mais cela n'emporte aucune conséquence quant à sa validité ([1914]). Par contre son exécution avant sa transmission est réalisée aux risques et périls du cocontractant, notamment dans son aspect financier ([1915]). Le non respect de

---

[1906] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 538.

[1907] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, *op. cit.*, p. 354 ; J. RAVANEL, *La réforme des collectivités locales et des régions*, Dalloz, Etudes politiques, économiques et sociales, 1984, p. 195.

[1908] X. DELCROS, Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *op. cit.*, p. 28.

[1909] CE Sect., 28 février 1997, Commune de Port, Rec. CE, p. 61, RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl, note Douence, AJDA 1997, p. 476, chron. Chauvaux et Girardot, JCP 1997, II, 22897, note Dupond-Marillia.
P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 146-417.

[1910] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 416.

[1911] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 541.

[1912] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 180.

[1913] *Ibid.*, p. 180.

[1914] CE, 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau, Rec. CE, p. 13.
S. BRACONNIER, *Précis de droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2e éd., 2007, p. 327 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 180.

[1915] S. BRACONNIER, *Précis de droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 327.

l'obligation de transmission emporte des conséquences pour les sujets actifs du cercle, mais aussi pour le préfet. Le « *développement du contrôle externe présente l'avantage de garantir l'indépendance du contrôleur, mais en même temps il pose le problème crucial de son information. Car celle-ci apparaît à la fois tardive et insuffisante* » ([1916]). Or une transmission tardive, incomplète ou parfois absente des actes empêche le préfet de mener à bien sa mission.

On pourrait penser qu'il existe deux catégories d'actes : ceux soumis à l'obligation de transmission et ceux qui n'y sont pas soumis. Cette interprétation est trompeuse dans la mesure où il existe au total trois catégories différentes d'actes ([1917]). Evidemment la première catégorie est constituée par les actes soumis à l'obligation de transmission, c'est-à-dire les actes présentant un caractère administratif ([1918]), comme les décisions ([1919]), ou les contrats ([1920]). Y sont aussi soumis les actes ne faisant pas grief ([1921]), ou n'étant pas décisoires ([1922]), comme les vœux ou les actes préparatoires ([1923]). La deuxième catégorie d'actes est constituée par les actes échappant à l'obligation de transmission, c'est-à-dire le actes relevant du droit privé ou ceux pris au nom de l'Etat, c'est-à-dire relevant des missions

---

[1916] F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 5e éd., 2009, p. 121.

[1917] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 541.

[1918] CE Sect., 27 février 1987, Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mme Lancelot, Rec. CE, p. 79 et CE Sect., 27 février 1987, Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mme Pistol, Rec. CE, p. 80, AJDA 1987, p. 418, obs. Prétot, RFDA 1987, p. 212, concl. Stirn

[1919] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, pp. 613-614.

[1920] Article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales : « […] *Les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat ;* […] *Les décisions individuelles relatives à la nomination, au recrutement, y compris le contrat d'engagement, et au licenciement des agents non titulaires, à l'exception de celles prises dans le cadre d'un besoin saisonnier ou occasionnel, en application du deuxième alinéa de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.* » Soulignés par nous.

Il en va de même en ce qui concerne les départements (article L. 3131-2) et les régions (article L. 4141-2).

B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, pp. 613-614 ; R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, *op. cit.*, p. 136, 287.

[1921] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, *op. cit.*, p. 136, 287.

[1922] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 146.

[1923] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, pp. 613-614 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 146.

déconcentrées des collectivités territoriales ([1924]). La troisième catégorie est composée d'actes n'étant pas soumis à l'obligation de transmission, c'est-à-dire les actes ne faisant ni de la première catégorie ni partis de la deuxième.

Si l'obligation de transmission a un but justifiant son existence, elle ne reste pas sans effet si elle n'est pas respectée ou si elle est tardive. Si elle n'est pas respectée, nous en avons déjà exposé les conséquences : l'acte n'acquiert pas son caractère exécutoire, les délais contentieux ne courent pas concernant le préfet ([1925]), cet ensemble fragilise la sécurité juridique exigée par l'acte. Il convient maintenant d'observer les effets d'une transmission tardive d'un acte servant de base à des actes d'exécution. Concernant l'acte de base, sa transmission tardive a les effets ci-dessus définis. La tardivité dans la transmission de l'acte de base a aussi des répercussions sur les actes d'exécution : leur validité est affectée ([1926]). Le juge administratif réalise une distinction entre « *légalité et le caractère exécutoire de l'acte de base* ». L'acte de base n'est pas invalidé puisque la non-transmission n'atteint pas sa validité mais son caractère exécutoire. Alors que les actes d'exécution sont eux invalidés sans possibilité de régularisation par la transmission ultérieure de l'acte de base ([1927]).

Le résultat du contrôle administratif est de trois ordres différents : l'acte est légal, le contrôle est alors indifférent et le déféré préfectoral sans intérêt, ou l'acte est illégal, dans ce cas la phase précontentieuse aboutit à deux situations différentes. Le contrôle du préfet peut aboutir au redressement de l'illégalité alors le déféré n'a pas de raison d'être engagé, le juge restant en marge du contrôle. Le contrôle peut aussi ne pas avoir abouti à un redressement de l'illégalité alors le préfet pourra mettre en œuvre le déféré préfectoral et ainsi permettre au juge d'avoir connaissance de l'illégalité et pourra alors la censurer. « *Est-il administratif ce contrôle qui attribue exclusivement au juge administratif le pouvoir de sanctionner l'illégalité de l'acte, et n'est-il pas plutôt juridictionnel ?* » ([1928]). Cette citation a le défaut de confondre les différentes phases du contrôle de légalité, alors que la phase précontentieuse, donc administrative, joue un rôle fondamental dans le déféré préfectoral : sans cette phase, le

[1924] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 615.

[1925] M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *op. cit.*, p. 836.

[1926] CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, RDP 1999, p. 829, note Dreifuss.

[1927] M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *op. cit.*, p. 842.

[1928] X. DELCROS, Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *op. cit.*, p. 24.

contrôle ne pourrait être juridictionnel. Le contrôle administratif fait apparaître le juge administratif comme un acteur secondaire, laissant le rôle principal au préfet ([1929]).

C. La phase contentieuse

« *La loi investit certaines autorités publiques d'une mission de contrôle des actes administratifs, limitée le plus souvent à la possibilité de saisir le juge administratif* » ([1930]). Il en va ainsi du contrôle de légalité divisé en deux phase : une phase précontentieuse dont l'acteur est le représentant de l'Etat et qui peut aboutir à la saisine du juge administratif par le biais du déféré préfectoral. Ainsi le terme de déféré n'apparaît être qu'un « *synonyme de recours* » ([1931]). Nous proposons d'étudier plus précisément le déféré préfectoral : le recours spécifique appartenant au tiers intéressé / préfet.

1. Le déféré préfectoral, un recours pour excès de pouvoir particulier

Le déféré préfectoral est un « *contrôle a posteriori, de pure légalité et dans le cadre duquel le juge posséderait seul le pouvoir de décider les redressements souhaitables* » ([1932]). Ce recours a un caractère objectif puisqu'il s'agit de vérifier la légalité de l'acte et non de contrôler les personnes auteurs et leurs intentions ce qui conduirait à donner un caractère subjectif au contrôle. Le déféré préfectoral a pour but de faire respecter l'état du droit ([1933]).

[1929] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 546. « *Le juge administratif n'assure qu'une figuration rituelle.* » « *Le juge n'est pas au cœur du système, il n'en est qu'à la périphérie.* »

Sur ce point, V. : F. LAFARGUE, *Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales : histoire d'une réforme*, *op. cit.*, pp. 287-342, 378-383.

[1930] R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, *op. cit.*, p. 287.

[1931] M. VERPEAUX, Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore…, in *Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 472.

[1932] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006, p. 115.

V. : S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, p. 233.

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 529. « *Le déféré préfectoral est le recours exercé par le représentant de l'Etat dans le département devant le Tribunal administratif à l'encontre des actes exécutoires des collectivités locales et de leurs établissements publics qu'il estime contraires à la légalité.* »

[1933] J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Introduction générale et personnes morales concernées, *op. cit.*, p. 5.

« *Le contrôle que peut exercer un juge est bien différent de celui que peut exercer le représentant de l'Etat. Son intervention a posteriori, plus lointaine et plus souple, fixe uniquement une limite conforme à la loi ; loin de restreindre le degré de décentralisation il lui permet de s'exercer* » ([1934]). Le déféré doit être engagé, c'est-à-dire que le représentant de l'Etat doit saisir le juge administratif, dans un délai de deux mois courant dès la transmission de l'acte ou dans les deux mois suivant la connaissance de l'acte s'il n'était pas soumis à l'obligation de transmission ([1935]).

Le déféré préfectoral a donné lieu a différentes interrogations. La première concerne la qualification exacte de ce déféré. Le préfet détient entre ses mains plusieurs recours, dont le déféré préfectoral et le recours pour excès de pouvoir. La question était alors de savoir si le déféré pouvait être qualifié de recours pour excès de pouvoir et, en présence d'une réponse négative, comment s'articulaient alors les deux recours. La différence entre ces deux recours réside dans l'obligation de transmission des actes au préfet. Si l'acte est soumis à l'obligation de transmission, le préfet exerce un déféré préfectoral. Par contre, si l'acte n'y est pas soumis, le préfet exerce alors un recours pour excès de pouvoir ([1936]), ce qui ne pose pas de problème puisque ce recours est bien ouvert au préfet ([1937]). Mais cette vision séparatiste des recours ne l'a pas emporté. Le déféré préfectoral a peu à peu été assimilé avec le recours pour excès de pouvoir ([1938]), par le biais d'une « *interprétation unificatrice de la loi de 1982* » ([1939]). Dans

---

[1934] J.-C. PIEDBOIS, Le juge administratif et la « nouvelle » tutelle, in *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 262.

[1935] CE Sect., 28 février 1997, Commune de Port, Rec. CE, p. 61, RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl, note Douence, AJDA 1997, p. 476, chron. Chauvaux et Girardot, JCP 1997, II, 22897, note Dupond-Marillia.

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 147.

V. : R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 418 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif, op. cit.*, p. 260.

[1936] CE Sect., 11 juillet 1988, Commune de Fréjus, Rec. CE, p. 289.

[1937] CE Sect., 13 janvier 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements, Rec. CE, p. 6, concl. Roux, AJDA 1988, p. 143, chron. Azibert et de Boisdeffre, D. 1989, p. 66, note Négrin, RDP 1988, p. 853, note Llorens, RFDA 1988, p. 282, concl. Roux.

F. P. BENOIT, Recours du préfet, *op. cit.*, p. 4.

[1938] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 61 ; J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 1998, p. 289 ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 529 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Introduction générale et personnes morales concernées, *op. cit.*, p. 6.

[1939] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 380.

quel sens a eu lieu l'assimilation : le déféré a intégré le recours pour excès de pouvoir ou est-ce l'inverse ? « *Le régime du recours pour excès de pouvoir a petit à petit grignoté les spécificités du déféré, jusqu'à lui faire perdre toute originalité et à considérer que le déféré préfectoral n'est qu'une variante du recours pour excès de pouvoir* » ([1940]). L'assimilation a eu lieu dans le sens de l'intégration du déféré dans le recours pour excès de pouvoir en raison de leurs similitudes ([1941]). « *Recours pour excès de pouvoir ordinaire et déféré préfectoral se définissent l'un et l'autre comme la voie de droit par laquelle est demandée au juge l'annulation d'un acte administratif, en raison de l'illégalité dont il serait entaché* » ([1942]). Ainsi, par exemple, les moyens soulevés sont des moyens de légalité pour les deux recours ([1943]). Le déféré préfectoral est pourtant un recours pour excès de pouvoir « spécial » puisqu'il est ouvert à la contestation des conventions des autorités locales dans leur ensemble ([1944]), alors que le recours classique ne l'est qu'à l'encontre des contrats de recrutements des agents publics. Nous sommes donc bien en présence de deux types de recours pour excès de pouvoir : l'un « *spécial* » et l'autre de droit commun ([1945]). M. Verpeaux conçoit le système autrement. Selon lui deux interprétations différentes peuvent être relevées : le déféré regroupe « *tous les recours à la disposition du préfet* » dont le fondement est l'article 72 de la Constitution, ou le déféré préfectoral et le recours pour excès de pouvoir répondent à des logiques, régimes et fondements différents. Cette seconde conception est privilégiée par l'auteur ([1946]). L'assimilation présentée ne devrait alors pas être faite. Or force est constater que la majorité de la doctrine considère le déféré préfectoral

[1940] M. VERPEAUX, Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore…, *op. cit.*, p. 473.

[1941] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2439 ; B. STIRN, concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *RFDA* 1991, p. 591.

[1942] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 786, p. 414.

[1943] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 203 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 181.

[1944] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 109.

[1945] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 203.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *t. 1*, *op. cit.*, p. 786. « *Le déféré est lui-même un recours pour excès de pouvoir, exercé par le préfet et qui ne présente de particularités que dans la mesure où la loi déroge au droit commun.* »

[1946] M. VERPEAUX, Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore…, *op. cit.*, p. 476.

comme un recours pour excès de pouvoir spécifique. Cette conception a d'ailleurs l'avantage de ne pas multiplier les catégories de recours contentieux.

Le déféré préfectoral est un recours pour excès de pouvoir spécifique par l'intérêt à agir légal exigé et par son ouverture à la contestation des contrats des autorités locales qui peuvent être annulés ([1947]). D'ailleurs l'annulation du contrat peut être réalisé par voie de conséquence : le déféré porte sur un acte détachable du contrat or son annulation emporte l'annulation dudit contrat ([1948]). Les contrats font l'objet du déféré ; les actes qui en sont détachables aussi ([1949]). Cette ouverture aux contrats considérée au départ comme limitée aux seuls contrats soumis à l'obligation de transmission ([1950]), est finalement appliquée à l'ensemble des contrats des autorités locales qu'ils soient soumis à l'obligation de transmission ou non ([1951]). Cette solution est une « *solution unifiante et simplifiante* » ([1952]), permettant une réelle unité au sein du régime du déféré, simplifiant le régime et renforçant le rôle jouer par le préfet en tant que « *défenseur de la légalité au sein du département* » ([1953]) ; il en va de même concernant le préfet de région. L'ouverture du déféré préfectoral aux contrats constitue une première atteinte à un principe contentieux ancien : celui de l'irrecevabilité des actions engagées par les « *tiers non signataires* » à l'encontre des contrats que l'action soit formée devant le juge de l'excès de pouvoir ou celui du contrat ([1954]). Le

---

[1947] CE, 2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ Office public d'habitations à loyer modéré de Malakoff, Rec. CE, T., p. 659.

R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 206 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 181 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Différents types de contrôles, *op. cit.*, p. 11 ; R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, *op. cit.*, p. 263.

[1948] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 181.

[1949] *Ibid.*, pp. 179-180.

[1950] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 530. « *Le Conseil d'Etat n'a pas retenu une telle solution et a , au contraire, consacré l'interprétation la plus large, celle qui inclut dans le champs du déféré préfectoral également les contrats qui ne sont pas soumis à l'obligation de transmission.* »

[1951] CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, Rec. CE, T., p. 1109, AJDA 1994, p. 898, concl. Maugüé, DA 1994, n° 640, obs. C. M.

[1952] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 514.

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 530

[1953] C. MAUGUE, concl. sur CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *AJDA* 1994, p. 899.

[1954] D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1991, p. 525. « *S'agissant au contraire de contrats administratifs, les dispositions que l'on examine ont pour effet indirect*

préfet était alors le seul tiers intéressé pouvant obtenir l'annulation directe du contrat par le biais d'un recours pour excès de pouvoir spécifique ([1955]). Deux catégories de contrats sont alors apparues : celle constituée par des contrats pouvant être annulés par le biais d'un recours pour excès de pouvoir et celle composée de ceux irrecevables à une telle action. Le critère de distinction était défini par la qualité du requérant : celle de préfet ([1956]). Cette état du droit a changé puisque nous avons démontré que le tiers peut obtenir l'annulation d'un contrat de recrutement d'agent public par le biais du recours pour excès de pouvoir ([1957]). Si la possibilité de contester la légalité d'un contrat est une réelle avancée, une annulation implique des conséquences spécifiques en matière contractuelle, notamment quand la solution du juge intervient tardivement. Un contrat peut être annulé alors qu'il a déjà été exécuté. Les contractants doivent faire disparaître les effets du contrat : remboursement et paiement de la prestation réalisée sur le fondement de l'enrichissement sans cause ([1958]). Ces conséquences sont communes à toute annulation contentieuse en matière contractuelle. Elles démontrent d'ailleurs l'intérêt d'ouvrir le recours *Société Tropic Travaux* plutôt que le recours pour excès de pouvoir.

Après avoir étudié le déféré préfectoral en tant que recours pour excès de pouvoir spécifique, nous proposons d'envisager une interrogation issue du caractère obligatoire ou non d'engager le déféré. Le contrôle de légalité doit-il forcément donner lieu à la mise en œuvre des deux phases successives ou cette mise en œuvre dépend de la libre appréciation du préfet ? La question se posait de savoir si le préfet détient une faculté ou une obligation d'exercer le déféré préfectoral en présence d'un acte dont l'illégalité n'a pas été redressée durant la phase précontentieuse. Le Conseil Constitutionnel a affirmé le caractère facultatif du

---

mais certain – dans la mesure où elles sont effectivement appliquées – d'ouvrir le prétoire du juge administratif à des tiers non signataires du contrat en vue de faire annuler celui-ci. Or l'on sait que le juge administratif qui a admis, de façon de plus en plus large, le droit des tiers au contrat de se pourvoir devant le juge de l'excès de pouvoir contre les actes détachables antérieurs, concomitants ou postérieurs à la conclusion du contrat, s'est toujours refusé, comme juge du contrat ou comme juge de l'excès de pouvoir, à recevoir leurs recours contre le contrat lui-même. »

[1955] C. MAUGUE, concl. sur CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *op. cit.*, p. 898.

[1956] *Ibid.*, p. 899.

[1957] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, p. 353 et suivantes.

[1958] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 181.

déféré ([1959]). Mais cette reconnaissance pleine et entière par le juge administratif a été plus longue. En effet, il considérait qu'une telle action était une obligation. Dans l'arrêt *Marcy*, le juge estimait que le refus de déféré un acte constituait un acte susceptible de recours en excès de pouvoir ([1960]). Or admettre un tel recours s'interprète comme la reconnaissance d'une obligation imposée au préfet ([1961]). Cette solution correspondait à la solution retenue par M. Lachaume. Selon lui, « *la seule solution correcte semble être celle qui oblige le représentant de l'Etat à saisir le juge administratif dès lors qu'il estime qu'un acte d'une autorité locale est illégal et qu'il n'a pas pu obtenir par une voie non contentieuse le rétablissement de la légalité* » ([1962]). Or la pratique conduit à un « *glissement de la compétence liée du représentant de l'Etat vers une bonne dose de pouvoir discrétionnaire* » ([1963]). Le juge a finalement refusé de considérer comme un acte pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir le refus d'un préfet de déférer un acte ([1964]). Une telle solution conduit à en déduire que le déféré préfectoral est une faculté entre les mains du préfet ([1965]), sans que le juge ne développe de devoir à la charge du

---

[1959] Conseil Constitutionnel, n° 82-137 DC, n° 82-138 DC, du 25 février 1982, Lois de décentralisation, Rec. des décisions du Conseil Constitutionnel, p. 38, RJC, I, 117, RJC, I, 119, GDCC.

J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 61.

[1960] CE, 18 novembre 1987, Marcy, Rec. CE, p. 371, RFDA 1988, p. 919, concl. Schrameck.

[1961] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 358.

[1962] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *RFDA* 1985, p. 536.

V. : F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001, p. 321.

[1963] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 536.

[1964] CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, Rec. CE, p. 23, concl. Stirn, AJDA 1991, p. 351, chron. Schwartz et Maugüé, RFDA 1991, p. 587, concl. Stirn, note Douence.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, pp. 420-421 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 359.

[1965] CE, 5 octobre 1984, Commissaire de la République du département de l'Ariège c/ Commune de Lavelanet, Rec. CE, p. 315, RFDA 1985, p. 241, concl. Delon ; CE Sect., 28 février 1997, Commune de Port, Rec. CE, p. 61, RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl, note Douence, AJDA 1997, p. 476, chron. Chauvaux et Girardot, JCP 1997, II, 22897, note Dupond-Marillia.

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 147.

préfet ([1966]). Comme tout tiers, il a le choix entre engager son recours spécifique ou non. A la différence – ce qui d'ailleurs appuie sa qualité de tiers intéressé – que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour faute lourde dans l'exercice du contrôle de légalité ([1967]). Finalement le problème n'était pas posé dans les bons termes : ce n'était pas sur le déféré préfectoral qu'il fallait s'interroger, mais sur le contrôle administratif. En effet, si l'engagement de la phase contentieuse est une faculté, il en va différemment pour la phase précontentieuse qui est, elle, obligatoire ([1968]). L'obligation d'exercer le contrôle administratif répond au rôle imposé au représentant de l'Etat par la Constitution. Or de cette obligation découle la faculté de pouvoir engager le déféré ([1969]). La préférence a été de laisser une liberté d'action au préfet plutôt qu'« *assurer un réel contrôle de la légalité des actes locaux* » ([1970]).

Pour finir sur ces éléments concernant le déféré préfectoral, il faut souligner qu'il peut être accompagné de suspension ([1971]), ce qui constitue un outil au profit de cette action holiste ([1972]). Deux régimes de suspension existent en la matière : le régime simplifié ou de droit commun et le régime accéléré ou spécial lorsqu'une liberté est en jeu ([1973]). Lorsque le

---

[1966] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, p. 322.

[1967] CE, 21 juin 2000, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, Rec. CE, p. 236, RFDA 2000, p. 1096, note Bon, RDP 2000, p. 1257, concl. Touvet, DA 2000, n° 195, obs. L. T. ; CE, 6 octobre 2000, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres, Rec. CE, p. 395, RFDA 2001, p. 152, note Bon, AJDA 2001, p. 201, note Cliquennois, JCP 2001, II, 10516, note Rouault.

J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 340.

[1968] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *RFDA* 2000, p. 1247.

[1969] L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 449.

[1970] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *RDP* 1992, p. 1174.

[1971] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 180.

[1972] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, p. 322.

[1973] Article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales : « *Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois.* […] *Lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué à cet effet en prononce la suspension dans les quarante-huit heures. La décision relative à la suspension est susceptible d'appel devant le Conseil*

préfet engage un déféré préfectoral à l'encontre d'un acte, il peut exercer un « déféré-suspension » à l'encontre de cet acte. Le déféré-suspension constitue le régime de droit commun codifié à l'article L. 554-1 du Code de justice administrative. Le représentant de l'Etat doit ainsi démontrer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte ([1974]). Il s'agit d'un régime plus favorable que celui du référé-suspension de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. En effet, le préfet n'a pas à prouver d'urgence. En présence d'un doute sérieux quant à la légalité de l'acte, le juge doit faire droit à la demande ([1975]). Le représentant de l'Etat peut aussi exercer un « déféré-liberté », c'est-à-dire mettre en œuvre la procédure accélérée codifiée à l'article L. 554-3. Le préfet doit alors démontrer deux éléments différents : prouver une atteinte à une liberté publique ou individuelle ([1976]), ainsi qu'un doute sérieux quant à la légalité de l'acte ([1977]). A ces possibilité de suspension s'ajoute un caractère suspensif au déféré préfectoral codifié à l'article L. 554-2 du Code de justice administrative ([1978]). En matière d'urbanisme, de marché public et de délégation de service public, le déféré devient suspensif s'il a été engagé dans les dix jours de la transmission de

---

d'Etat dans la quinzaine de la notification. En ce cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou un conseiller d'Etat délégué à cet effet statue dans un délai de quarante-huit heures. »

Il en va de même en ce qui concerne les départements (article L. 3132-1) et les régions (article L. 4142-1).

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 423 ; Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives, op. cit.*, p. 356.

[1974] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 61.

[1975] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1, op. cit.*, p. 422 ; X. DELCROS, Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *op. cit.*, p. 38 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 148, R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif, op. cit.*, p. 582.

[1976] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 61 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 148 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 112.

[1977] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2442.

[1978] Cet article est issu des articles L. 2131-6 (pour les communes), L. 3132-1 (pour les départements) et L. 4142-1 (pour les régions) du Code général des collectivités territoriales. «*Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois.*

Jusqu'à ce que le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui ait statué, la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte redevient exécutoire. »

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif, op. cit.*, p. 388.

l'acte ([1979]). Il conserve ce caractère jusqu'à ce que le juge administratif statue, mais jamais au delà d'un mois ([1980]).

2. Le déféré préfectoral provoqué

Le déféré préfectoral est en réalité double : son initiative peut venir du préfet (ce qui constitue le principe), mais aussi d'un tiers (intéressé ou pur). Le déféré préfectoral provoqué est institué par les articles L. 2131-8, L. 3132-3 et L. 4142-3 du Code général des collectivités territoriales ([1981]). « *Un administré intéressé à l'annulation d'une décision locale peut lui-même former à son encontre un recours pour excès de pouvoir selon les conditions du droit commun. Mais, il peut également, simultanément ou à la place, saisir le préfet dans l'intérêt de lui demander qu'il mette en œuvre la procédure de déféré* » ([1982]). La loi réserve le déféré provoqué aux personnes lésées. Il faut concevoir que les personnes pouvant agir seront celles ayant un intérêt à agir selon le recours pour excès de pouvoir ([1983]), donc des tiers intéressés ou purs. Le déféré provoqué peut être engagé à l'encontre d'actes soumis ou non à l'obligation de transmission ([1984]). Il a d'ailleurs plus d'intérêt à l'encontre des actes n'étant pas soumis à cette obligation puisque les tiers jouent alors un réel rôle d'alerte ([1985]). Naît alors une collaboration entre le préfet et les administrés ([1986]). Une difficulté existe concernant les actes pouvant faire l'objet d'un déféré préfectoral. Si nous retenons une interprétation linéaire de la loi, les actes concernés doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de

---

[1979] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 61 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 148.

[1980] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 421.

[1981] Article L. 2131-8 : « *Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 2131-2 et L. 2131-3, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'Etat dans le département de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 2131-6.* »

Il en va de même en ce qui concerne les départements (article L. 3132-3) et les régions (article L. 4142-3).

[1982] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 619.

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 147 ; J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Différents types de contrôles, *op. cit.*, p. 28 ; J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 157.

[1983] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1150.

[1984] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 572.

[1985] B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 620.

[1986] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1172.

pouvoir ([1987]). Cette conception conduit à exclure vœux et contrats ([1988]). Pourtant l'un des intérêts du déféré provoqué, en plus d'instituer une collaboration entre préfet et administrés, serait bien de permettre la contestation du plus grand nombre d'actes, notamment des contrats ([1989]), en réalisant une lecture extensive comme cela a été fait concernant la condition de transmission des actes. Cela renforcerait la collaboration désirée. De plus, le préfet est particulièrement libre en la matière ([1990]). Il peut refuser de saisir le juge, choisir les moyens invoquer et se désister ([1991]).

Le déféré provoqué pourrait ressembler à un recours administratif puisque le préfet détient la faculté de saisir ou non le juge mais il ne détient aucun pouvoir d'annulation ([1992]). Cette absence de pouvoir d'annulation empêche la qualification en recours administratif ([1993]). Selon M. Stirn, ne constituant ni un recours gracieux, ni un recours hiérarchique, le déféré provoqué devrait être sans effet quant aux délais contentieux courant pour son auteur ([1994]). Force est de constater que le Conseil d'Etat ne retient pas, à l'heure actuelle, une telle conception. Le juge administratif concevait au départ que le déféré provoqué ne prorogeait pas les délais contentieux pour le tiers ([1995]). Il a ensuite implicitement reconnu qu'un refus de déférer l'acte pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ([1996]). Finalement, un

---

[1987] S. BRACONNIER, *Précis de droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 346. « *Cette restriction est logique, dans la mesure où le Code général des collectivités territoriales dispose que la saisine du préfet par les personnes privées s'exerce « sans préjudice de l'action directe dont elles disposent ». Il faut toutefois noter qu'une entreprise peut signaler par écrit une irrégularité au préfet, dans le délai du déféré, pour attirer son attention sur un point particulier, ce qui peut, le cas échéant, le conduire à déférer le contrat. Cette démarche reste bien sûr informelle.* »

[1988] TA Versailles, 25 janvier 1985, Association de défense de l'environnement du Vieil Evry, DA 85, com. 276. B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 620.

[1989] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis Droit, 2008, p. 531 ; B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1170.

[1990] F. P. BENOIT, Recours du préfet, *op. cit.*, p. 51.

[1991] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1151.

[1992] *Ibid.*, p. 1168.

[1993] F. P. BENOIT, Recours du préfet, *op. cit.*, p. 45.

[1994] B. STIRN, concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *op. cit.*, p. 589.

[1995] CE, 16 mai 1986, Cassar, Rec. CE, T., p. 657, RFDA 1987, p. 223, note Douence.

[1996] CE, 18 novembre 1987, Marcy, Rec. CE, p. 370, RFDA 1988, p. 919, concl. Schrameck.

tel refus ne peut faire l'objet d'aucun recours ([1997]). L'arrêt *Brasseur* reconnait une totale liberté au préfet : il n'est pas obligé de déférer un acte même grossièrement illégal ([1998]), or le refus de déférer ne fait pas grief ([1999]). La « *demande de déféré ne confère aucun droit à la personne lésée* » ([2000]), dans la mesure où il détient une action propre : le recours pour excès de pouvoir ([2001]). Le déféré préfectoral est « *un cas de recours pour excès de pouvoir* ». Ainsi la saisine du juge reste une question d'opportunité et le refus de former un déféré ne peut être contesté par le biais du recours pour excès de pouvoir. Admettre que le refus puisse faire l'objet d'un recours aurait conduit à un non sens. Le préfet peut se désister de son déféré. Or si son refus est contestable et aboutit à l'obliger à agir, le préfet pourra toujours se désister en cours d'instance ([2002]). L'arrêt *Brasseur* conduit à un équilibre entre l'irrecevabilité des actions à l'encontre du refus du préfet et les actions des tiers : le déféré provoqué proroge les délais contentieux ouverts aux tiers. Déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir sont liés : l'un a des effets sur l'autre ([2003]). Or il existe une « *contradiction logique à affirmer qu'un même acte ne fait pas grief par lui-même et qu'il entraine certains effets de droit non négligeables* » ([2004]). S'il y a contradiction avec les conclusions du commissaire du gouvernement, l'arrêt fait renaitre une solution établie sous le système de la tutelle : la possibilité de « tutelle provoquée » prorogeait, elle-aussi, les délais contentieux ([2005]). Le déféré provoqué est une exception au principe de l'impossibilité de plaider par procureur ([2006]). Il a aussi l'« *avantage d'offrir à l'administré une assistance publique, et, au besoin, de meilleurs moyens de défense en même temps qu'elle traduit le devoir de*

[1997] CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, Rec. CE, p. 23, concl. Stirn, AJDA 1991, p. 351, chron. Schwartz et Maugüé, RFDA 1991, p. 587, concl. Stirn, note Douence.

J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 61.

[1998] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1167.

[1999] B. STIRN, concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *op. cit.*, p. 593. « *Aussi ne fait-elle pas grief par elle-même et n'est-elle dès lors pas susceptible de recours*. »

[2000] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1167.

[2001] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 61 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, 4e éd., 2005, p. 14.

[2002] B. STIRN, concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *op. cit.*, pp. 591-592.

[2003] B. SEILLER, La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *op. cit.*, p. 1167.

[2004] J.-C. DOUENCE, note sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *RFDA* 1991, p. 598.

[2005] *Ibid*., p. 597.

[2006] O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 195.

supervision par l'Etat des dysfonctionnements locaux. » ([2007]). Toutefois, le préfet reste le « maitre du jeu » en la matière puisque lui seul peut décider du sort à donner à la demande du tiers ([2008]). Le déféré provoqué est un « *simple moyen d'assurer une meilleure information du préfet dans l'exercice discrétionnaire de son contrôle de légalité*. […] *Les administrés sont ainsi de précieux collaborateurs spontanés et occasionnels d'un contrôle de légalité déficient* » ([2009]).

3. La critique du contrôle de légalité

Le déféré préfectoral permet au tiers intéressé / préfet de contester les actes illégaux édictés par les autorités locales et constitue la contre partie de l'autonomie de ces mêmes autorités. Pourtant le déféré ne remporte pas un succès pratique. « *Ce contrôle « administratif » mérite en réalité bien son nom compte tenu du faible pourcentage de déféré préfectoral par rapport au nombre d'actes transmis et de la marge de manœuvre laissée aux représentants de l'Etat dans la phase pré-contentieuse* » ([2010]). Le déféré est peu utilisé ([2011]). Il remporte de nombreuses critiques : « *faible pratique* », « *peu glorieux dans la pratique* » ([2012]), « *efficacité très moyenne* » ([2013]), « *faiblesse des performances* » ([2014]), pas « *d'empressement excessif à saisir les tribunaux* » ([2015])… L'intervention limitée du préfet peut s'analyser sous différents angles. D'un point de vue quantitatif, la faible utilisation du déféré préfectoral peut s'expliquer par différents éléments. On peut considérer que les autorités locales respectent la légalité ([2016]). Mais principalement le faible taux de déféré préfectoral peut s'expliquer par le succès de phase précontentieuse constituant un « *moyen de pression, un outil de négociation avec les collectivités. Une logique autre que celle de la censure automatique était en tous les cas introduite* » ([2017]). Le préfet exerce alors une

[2007] B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 173.

[2008] G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *op. cit.*, p. 543.

[2009] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1246.

[2010] D. TURPIN, *Droit de la décentralisation*, *op. cit.*, pp. 42-43.

[2011] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 118 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 148.

[2012] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2438, 2444.

[2013] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, *op. cit.*, p. 116.

[2014] *Ibid.*, p. 115.

[2015] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 423.

[2016] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2017] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, *op. cit.*, p. 118.

influence positive permettant un dialogue avec les autorités concernées permettant un redressement des illégalités ([2018]). La concertation est d'ailleurs privilégiée jusqu'à l'expiration des délais de recours ([2019]). Les lettres d'observation jouent leur rôle d'avertissement ([2020]), permettant aux auteurs de corriger leurs actes ([2021]). Le déféré n'est que peu utilisé puisque la majorité des illégalités sont réparées avant la saisine du juge administratif, voire avant la transmission de l'acte au préfet si l'auteur réalise une consultation du représentant de l'Etat ([2022]). D'un point de vue qualitatif, l'utilisation parcimonieuse du déféré peut s'expliquer par un choix des domaines en faisant l'objet ([2023]), le caractère facultatif du déféré ([2024]), par les désistements ou renoncements à poursuivre ([2025]), par le souhait de ne déférer que des actes dont l'illégalité est flagrante donc conduisant à une annulation et ainsi permettant d'obtenir des statistiques satisfaisantes ([2026]), par la formation et la compétence insuffisante des services préfectoraux ([2027]). Cette faible utilisation peut aussi s'expliquer par d'autres éléments comme la lenteur de l'action contentieuse ([2028]), alors que d'autres recours efficaces peuvent être engagés ([2029]), mais aussi par des problèmes d'information et de transmission des actes aboutissant à des contrôles tardifs perdant tout intérêt. Il en va par exemple ainsi si est en cause un contrat qui de fait est déjà exécuté ([2030]).

[2018] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 118 ; B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2019] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2444.

[2020] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, *op. cit.*, p. 563.

[2021] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, op. cit., p. 99.

[2022] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 531.

[2023] *Ibid.*, pp. 532-533.

[2024] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2441.

[2025] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, p. 145 ; J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, pp. 532-533.

[2026] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2027] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 539 ; B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2028] J.-B. ALBERTINI, C. BERENGUER, J.-L. MARX, *Dictionnaire juridique, Pouvoirs locaux*, *op. cit.*, p. 129.

[2029] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2441.

[2030] M. DREIFUSS, note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *op. cit.*, p. 851 ; F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 121-122.

Le déféré préfectoral présente ainsi deux caractéristiques. Selon la première caractéristique, le déféré préfectoral est un « *instrument de régulation dont la seule menace est dissuasive* » ([2031]), démontrant le caractère essentiel de la phase précontractuelle permettant de régulariser de nombreuses illégalités ([2032]). « *L'exercice d'un déféré serait alors plus le symbole d'un échec que le signe d'un contrôle efficace* » ([2033]). Selon la seconde caractéristique, le déféré préfectoral « *est très largement déjuridictionnalisé* » ([2034]), ce qui entraine un risque pour la sécurité juridique des administrés ([2035]).

Le contrôle de légalité remplaçant la tutelle antérieure devait mettre fin à tout contrôle d'opportunité. Force est de constater que l'opportunité n'a pas disparu du contrôle de légalité. « *L'exclusion, affirmée par la loi, de tout contrôle d'opportunité se trouve sensiblement limitée du fait que la légalité, telle qu'elle est définie par la jurisprudence, inclut, dans des domaines importants, une large part d'opportunité* » ([2036]). L'engagement d'un déféré préfectoral est le résultat d'une décision opportune ou non, prise par le préfet. Cela n'est pas sans influence sur sa marginalisation. Le contrôle administratif de l'opportunité a disparu, mais l'opportunité réapparait dans la décision de déférer ou non l'acte ([2037]). « *Pour le commissaire de la République* [le préfet] *comme pour tout autre la légalité n'est pas forcément fin en soi. Elle est moyen de défense d'un intérêt qui est « général » et en tout cas « politique » au bon sens du terme. L'Etat démocratique est certes un Etat de droit. Il n'en ressort pas que le juge d'un tel Etat soit fondé à sanctionner le respect du droit lorsque personne ne le lui demande* » ([2038]).

La marginalisation du déféré préfectoral peut enfin s'expliquer par le corollaire de la faculté de déféré : la possibilité de désistement offerte en cours d'instance ([2039]). Le

---

[2031] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2032] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, pp. 534-535.

[2033] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1243.

[2034] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, pp. 534-535.

[2035] I. DIALLO, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *op. cit.*, p. 2444.

[2036] J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 159.

[2037] J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Objet et effets, *op. cit.*, p. 4.

[2038] M. LEVY, Le désistement du déféré du commissaire de la République, *AJDA* 1985, p. 140.

[2039] CE, 16 juin 1989, Préfet des Bouches-du-Rhône, Rec. CE, T., p. 855, RFDA 1989, p. 941, note F. M.

désistement « *exprime la volonté de l'auteur d'une action en justice de renoncer à celle-ci* » ([2040]). « *La portée d'un désistement* […] *a pour seul effet d'empêcher l'examen du litige et donc de la légalité de l'acte par le juge* » ([2041]). Cette possibilité prend fin dès la clôture de la phase d'instruction ([2042]). Le désistement du préfet démontre lui aussi l'opportunité prégnante dans le contrôle de légalité ([2043]). Le désistement d'un recours pour excès de pouvoir est lié à la notion d'intérêt à agir. Or le déféré se présentant comme un recours spécial du fait de l'intérêt à agir légal attribué au préfet, la possibilité de désistement est plus problématique. Elle est contraire à la conception du préfet en tant que « *commissaire de la loi* » ([2044]). M. Melleray plaide alors pour sa suppression pure et simple ([2045]). Elle est aussi problématique si le déféré a été provoqué puisqu'elle ne proroge pas les délais contentieux au profit du tiers ([2046]). Cela a pour conséquence de fragilisé le déféré provoqué ([2047]). « *Le mécanisme du déféré sur demande ne doit cependant pas se transformer en un piège pour le demandeur* » ([2048]). La solution aurait due être de permettre une prorogation des délais contentieux ([2049]). Le tiers voulant utiliser la voie du déféré provoqué se trouve devant « *une bien étrange alternative : attaquer ou attaquer* » ([2050]). Or deux hypothèses apparaissent : soit le préfet se désiste en raison de la purge de l'illégalité, ce qui ne

---

B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 7e éd., 2005, p. 241 ; P. SERRAND, *Manuel d'institutions administratives françaises*, *op. cit.*, p. 173 ; B. STIRN, concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *op. cit.*, pp. 591-592.

[2040] J.-F. LACHAUME, E. AUBIN, Contrôle administratif de légalité, Différents types de contrôles, *op. cit.*, p. 25.

[2041] M. LEVY, Le désistement du déféré du commissaire de la République, *op. cit.*, p. 140.

[2042] CE, 5 avril 1996, Nouveau syndicat intercommunal pour l'aménagement de la Vallée de l'Orge, Rec. CE, p. 121.

[2043] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *op. cit.*, p. 540.

[2044] *Ibid.*, p. 534.

[2045] F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, *op. cit.*, pp. 323-324.

[2046] CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, Rec. CE, p. 413, RFDA 2000, p. 1242, note Seiller.

B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 174.

[2047] B. SEILER, note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *op. cit.*, p. 1242.

[2048] *Ibid.*, p. 1243.

[2049] *Ibid.*, p. 1244.

[2050] *Ibid.*, p. 1245.

pose aucune difficulté, soit le préfet se désiste en raison d'une « *politique préfectorale* » ([2051]), alors que l'illégalité n'est pas purgée. La gravité de cette hypothèse est accrue si l'acte ne pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir tel qu'un contrat ([2052]).

[2051] *Ibid.*, p. 1245.

[2052] *Ibid.*, p. 1245.

Section 2 : L'usager

L'usager se définit comme la personne « *qui a recours à un service public ou utilise le domaine ou un ouvrage public* » ([2053]). L'usager est celui qui a un lien particulier avec la sphère publique : il est celui qui « fait usage » de la sphère publique par l'utilisation du service ou de l'ouvrage. Pour autant, il reste extérieur aux services administratifs. Nous souhaitons ici nous intéresser exclusivement au cas de l'usager du service public. Nous proposons donc d'exclure l'étude de l'usager de l'ouvrage public. Le cas de l'usager du service public permet une meilleure illustration de notre propos.

Au regard du protocole établi, quelle place et quelle qualification devons-nous attribuer à l'usager ? L'usager bénéficie d'un statut privilégié, conséquence du lien tissé avec celui qui le fait bénéficier du service public. C'est en fonction de ce statut et du lien d'union que le protocole de détermination donne la qualification de l'usager : ce n'est pas un tiers.

Nous obtenons ainsi une qualification-type de l'usager. Cependant, à cette qualification type, n'est-il pas possible de distinguer des situations dans lesquelles l'usager peut être qualifié de tiers intéressé bénéficiant d'un recours particulier ? Ces situations existent mais il faudra alors réaliser une application du protocole de détermination du tiers intéressé au cas par cas en fonction de données particulières et interprétées restrictivement.

Nous terminerons cette section par l'étude du statut de l'usager du service public de l'enseignement. Nous tenterons d'expliquer par la notion de « tiers » l'irrecevabilité des recours pour excès de pouvoir à encontre des règlements intérieurs.

[2053] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 947.

I. L'application du protocole de détermination du tiers intéressé à l'usager du service public

Lorsqu'une personne obtient la qualification d'usager, elle obtient avec cette qualification un statut particulier. C'est au sein de ce statut particulier que nous recherchons une possible qualification de tiers intéressé. Pour se faire, nous proposons un rappel des éléments fondamentaux du service public afin de poser le cadre de l'étude. De ce cadre découlera le statut de l'usager. Nous pourrons alors appliquer le protocole de détermination du tiers intéressé.

Le service public est une activité de prestation réalisée dans un but d'intérêt général, l'intérêt général étant une notion variable mêlant des éléments politiques, sociaux et administratifs ([2054]). La notion de service public est une notion fonctionnelle. Elle se définit notamment par la fonction remplie par la notion : le service public a pour objet de « *fournir des prestations au public* », c'est une « *activité dirigée vers l'intérêt public* » ([2055]). Sa détermination se réalise par deux moyens : soit une loi est intervenue et a qualifié l'activité de service public, soit il revient au juge de qualifier telle ou telle activité de service public. Le juge administratif a alors déterminé trois critères d'identification dans l'arrêt *Narcy* ([2056]). Une activité peut être qualifiée de service public si elle présente un critère organique, c'est-à-dire

[2054] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e éd., 2004, pp. 5-17.

M. WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 8e éd., 1959, pp. 621-624. Le service public est une « *activité d'intérêt public, dont l'autorité publique n'a sans doute pas nécessairement, dans tous les cas, la responsabilité financière, mais dont tout de même elle a pris l'initiative, et sans laquelle elle s'est au moins réservée un contrôle supérieur, à moins naturellement qu'elle ne le gère elle-même* ».

[2055] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat droit public, 2e éd., 2007, pp. 95-96 ; M. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 621.

[2056] CE Sect., 28 juin 1963, Narcy, Rec. CE, p. 401, AJDA 1964, p. 91, note de Laubadère, RDP 1963, p. 1186, note Waline.

J.-L. de CORAIL, Service public, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1412 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 860.

G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 2, PUF, Thémis Droit, 11e éd., 1990, p. 705. Selon ces auteurs, les critères sont au nombre de quate : l'activité poursuit un but d'intérêt général, la personne publique a un droit de regard, la personne gestionnaire de l'activité détient des prérogatives de puissance publique, en contrepartie, l'administration exerce une tutelle.

la présence d'une personne publique ([2057]), le lien avec cette personne pouvant varier d'intensité ([2058]). L'activité doit ensuite présenter un critère matériel : l'activité doit poursuivre un but d'intérêt général ([2059]). Ce critère matériel est aussi appelé finaliste afin de le distinguer du troisième critère : la présence de prérogative de puissance publique ([2060]). La présence de ce dernier critère a été remis en cause : son absence n'empêche pas la qualification de service public si un faisceau d'indices prouve l'intention de la personne publique de qualifier l'activité de service public ([2061]).

Le service public n'est pas unique. Il est composé de deux catégories distinctes : celle composée des services publics administratifs et celle composée des services publics industriels et commerciaux. La création de ces deux catégories est issue d'une décision du Tribunal des Conflits, la décision « *Bac d'Eloka* » ([2062]). Le service public administratif ([2063]), se définit de manière négative : le service public administratif n'est pas un service public industriel et commercial ([2064]). Le service public industriel et commercial se détermine par deux moyens : soit la loi qualifie telle activité de service public industriel et commercial ([2065]), soit ce travail revient au juge. L'arrêt *Union syndicale des industries aéronautiques* donne les trois critères permettant de réaliser cette qualification. Ainsi on distingue un service public administratif d'un service public industriel et commercial en raison de l'objet du service, de

[2057] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 2, L'action et le contrôle de l'administration*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 1999, p. 62.

[2058] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 37-42.

[2059] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 2, L'action et le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 62.

[2060] TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, Rec. CE., p. 731, S. 1900, III, 49, note Hauriou, GAJA.

[2061] CE Sect., 28 juin 1963, Narcy, *op. cit.*, p. 502 ; CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, Rec. CE, p. 92, JCP A 2007, 2066, concl. Verot, note Rouault, 2145, note Guglielmi et Koubi, AJDA 2007, p. 793, chron. Lenica et Boucher, JCP 2007, I, 166, chron. Plessix, RFDA 2007, p. 803, note Boiteau.

[2062] TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. CE, p. 91, D. 1921, III, 1, concl. Matter, S. 1924, III, 34, concl. Matter, GAJA.

[2063] V. : J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 73-76.

[2064] Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, t. 2, L'action et le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 74.

[2065] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 60-71.

l'origine des ressources et du mode de fonctionnement ([2066]). Cette détermination recouvre une importance pratique. De cette qualification dépend le droit applicable et le juge compétent en matière de litige. En présence d'un service public administratif, il s'agit d'appliquer le droit administratif impliquant la compétence du juge administratif ([2067]), alors qu'un service public industriel et commercial implique la présence du juge judiciaire appliquant le droit privé ([2068]).

Le service public étant défini, il est possible de définir la qualification qui nous intéresse : celle d'usager. Pour définir l'usager, il faut qu'il y ait un service public. Cette présence n'est cependant pas suffisante puisqu'il existe des services publics sans présence d'usagers ([2069]). Il en va ainsi concernant le service public de la défense. L'usager n'est pas un créancier exigeant telle ou telle chose de la personne responsable du service public ([2070]). « *L'administré est simplement placé, vis-à-vis de l'administration, dans une certaine situation ou jouit d'un certain statut, qui lui permet de bénéficier des services publics qui sont organisés ou de profiter des décisions qui sont rendues* » ([2071]). L'usager est celui qui bénéficie du service public, qui bénéficie des prestations du service public ([2072]). Il est celui

---

[2066] CE Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Rec. CE, p. 434, AJDA 1956, II, p. 489, chron. Fournier et Braibant, D. 1956, p. 759, concl. Laurent.

J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 64-71.

[2067] G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, p. 181.

[2068] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, LGDJ, 2e éd., 1975, p. 447 ; G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 181 ; J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, in *Mélanges J. Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 407.

[2069] J. DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1974, p. 16.

[2070] L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1957, p. 257.

[2071] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 8e éd., 1914, p. 387.

[2072] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif, t. 1*, *op. cit.*, p. 445 ; G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 176 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 95, pp. 675-703.

J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grand services publics*, Armand Colin, 2e éd., 2000, p. 393. « *Personne qui bénéficie effectivement et directement de la prestation qu'offre le service et utilise, à cette fin, les installations de celui-ci.* »

pour qui le service public est créé et fonctionne ([2073]). Pour être qualifié d'usager, la personne, l'administré doit entrer « *en relation avec l'administration afin de recevoir les prestations prévues* », « *l'usager est pris dans un rapport juridique avec l'administration* », ce rapport sert de fondement aux prestations fournies ([2074]). La qualification d'usager présente différentes caractéristiques : l'uniformisation, c'est-à-dire que leurs besoins et désirs sont standardisés ([2075]), l'interdépendance entre les usagers, il n'existe pas d'individualité dans les prestations de service ([2076]), et enfin la légitimité de l'action publique en retour de ladite prestation ([2077]). L'usager n'est pas unique : trois catégories d'usagers peuvent être déterminées. L'usager peut être un usager-candidat : la personne demande à bénéficier des prestations du service public à la personne gestionnaire sans lui être encore liée ([2078]). L'usager peut ensuite être un usager irrégulier, c'est-à-dire qu'il bénéficie du service sans en remplir les conditions comme le paiement du prix ou l'obtention d'un billet ([2079]). Enfin la troisième catégorie qui nous intéresse dans cette étude est celle de l'usager effectif, c'est-à-dire l'usager lié au service public, bénéficiant des prestations parce qu'il en remplit les différentes conditions ([2080]), « *l'accès au service de l'usager et de la fourniture qui lui est assurée par le service, si l'usager peut être assimilé à un client c'est bien dans cette perspective* » ([2081]).

Appliquer le protocole de détermination du tiers intéressé exige de prendre en compte un rapport de droit permettant de déterminer le statut de l'usager. Pour cela, il faut déterminer le mode de gestion du service public. Plusieurs modes de gestion peuvent être recensés : la

---

[2073] P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, Sirey, 1933, p. 14.

[2074] J. DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 18.

[2075] S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, pp. 34-36.

[2076] *Ibid*., pp. 36-38.

[2077] *Ibid.*, pp. 38-39.

[2078] CE, 21 avril 1961, Veuve Agnesi, Rec. CE, p. 253.

J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 472 ; A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, LGDJ, 1956, p. 350.

[2079] CE, 17 avril 1953, Régie municipale des tramways de Béziers, Rec. CE, p. 180.

M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, p. 358.

[2080] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 473 ; A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 350.

[2081] J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, *op. cit.*, p. 409.

régie, l'établissement public et la gestion par une autre personne que la personne publique créatrice du service public, c'est-à-dire notamment la concession de service public ([2082]). Un service public géré en régie implique une gestion directe par la personne publique ; la personne publique créatrice du service est, elle-même, responsable du service. La personne publique peut ensuite créer un établissement public. Il s'agit d'une « *personne morale de droit public dont la vocation normale est d'assurer la gestion d'un service public qui lui a été confié par une collectivité territoriale (Etat, collectivités territoriales locales)* », l'établissement public est un service public personnifié ([2083]). Enfin, la personne publique peut choisir de ne pas gérer elle-même le service public. La gestion peut alors être confiée à une personne privée ([2084]), mais aussi à une autre personne publique ([2085]). Lorsque la personne publique décide de confier la gestion du service à une personne privée, elle doit l'habiliter. L'habilitation peut prendre deux formes. Elle peut être unilatérale ([2086]). L'acte prend alors la forme d'une loi, d'un règlement ([2087]), ou d'un acte individuel ([2088]). L'habilitation peut aussi être contractuelle ([2089]), par exemple une convention de délégation de service public ([2090]).

« *Avec l'apparition du service public, l'administré est promu au rang d'usager, du moins dans les relations que la notion recouvre* » ([2091]). Etre promu au rang d'usager implique la création de lien avec le service public, ce lien étant déterminant dans la qualification de l'usager. Ce lien s'exprime par le statut de l'usager qui peut prendre deux formes différentes :

[2082] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 18e éd., 2005, p. 319.

[2083] *Ibid.*, p. 321 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 329-331 ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, p. 209.

[2084] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, p. 351 et suivantes ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 237-239.

[2085] J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, *op. cit.*, p. 411.

[2086] CE Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », Rec. CE, p. 417, D. 1939, III, 65, concl. Latournerie, note Pépy, RDP 1938, p. 830, concl. Latournerie, GAJA.

G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, pp. 353-354.

[2087] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grand services publics, op. cit.*, p. 203.

[2088] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, p. 354.

[2089] *Ibid.*, pp. 363-367.

[2090] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics, op. cit.*, pp. 255-267 ; *Grand services publics, op. cit.*, pp. 215-267. « *L'existence d'une délégation de service public est conditionnée par l'existence d'un contrat conclu entre la collectivité délégante et le délégataire.* »

[2091] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Litec, 5e éd., 2007, p. 268.

il sera soit légal et réglementaire, soit contractuel. Le statut légal et réglementaire est le statut de l'usager des services publics administratifs ([2092]). Le statut de cet usager est « *unilatéralement déterminée par les lois et règlements* » ([2093]). Il y a une absence totale de rapport contractuel entre l'usager et la personne publique gérant le service public ([2094]). L'usager est obligé de se conformer aux lois, règlements et règlements intérieurs régissant le service ([2095]). « *Il appartient donc à l'organisme qui gère le service de définir unilatéralement les conditions d'organisation et de fonctionnement du service que l'usager doit subir* » ([2096]). En contrepartie, l'usager a le « *droit de faire respecter à son profit les règles objectives qui commandent le fonctionnement du service, à condition, bien entendu, qu'il possède lui-même le statut nécessaire pour en bénéficier* » ([2097]). La consistance du service et donc le statut de l'usager sont prédéterminés par les lois et règlements, il ne peut en être autrement à moins qu'un contrat lie l'usager à la personne publique ou que le service en cause soit un service public industriel et commercial ([2098]). Quelle est la qualification d'un usager placé dans un statut légal est réglementaire ? L'objet du cercle générateur doit être posé. Il est constitué par différents éléments : les lois, règlements et règlements intérieurs régissant le service public en cause. Ces actes juridiques lient plusieurs personnes entre elles. Ils lient la personne publique

---

[2092] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, p. 604 ; M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 359 ; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 468-469 ; G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 724.

[2093] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *t. 1*, *op. cit.*, p. 604.

[2094] CE, 21 décembre 2001, Perbal, Rec. CE, p. 666.

P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, p. 219.

[2095] S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2007, p. 228 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 219.

[2096] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grand services publics*, *op. cit.*, p. 394.

[2097] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e éd., 1933, pp. 139-140.

C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 1983, p. 29. « *Lorsqu'elle assume la fonction de prestation de services ou de biens, l'Administration n'use pas d'autorité ou n'exerce pas d'autorité envers la collectivité, en ce sens du moins qu'elle n'a pas pour propos final d'imposer aux particuliers une certaine conduite, mais de se mettre à leur service, de leur fournir quelque chose s'ils désirent l'obtenir, car la prestation de tel service ou de tel bien obéit à une réalisation qui est « impérative », obligatoire pour les individus qui prétendent – ou voudraient prétendre – en bénéficier : la détermination des condition à remplir pour y avoir droit, ou de la conduite à observer par ceux qui y peuvent prétendre – les « usagers des services » - est bien action d'autorité.* »

[2098] L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 258.

gérant le service public. Elle est qualifiée de sujet actif puisqu'elle fait vivre le service par les décisions prises et leur exécution par ses agents. Partons du postulat que le service public géré par cette personne publique / sujet actif est un service impliquant des usagers : quelle sera la qualification de ces usagers ? Placés sous un statut légal et réglementaire, ils doivent remplir certaines conditions pour bénéficier du service, ils doivent aussi en respecter les règles en contrepartie de quoi ils bénéficient de prestations offertes par la personne publique. Les usagers sont liés par les lois, règlements et règlements intérieurs du service en échange de quoi ils bénéficient de prestations en l'absence de tout lien contractuel. Les usagers ne font pas qu'intervenir dans le noyau du cercle générateur déjà constitué par un objet et un sujet actif : la personne publique ; les usagers interagissent dans le noyau. Les usagers sont des sujets actifs du cercle générateur. C'est en raison de leur qualification de sujet actif qu'ils peuvent bénéficier des prestations. La qualification d'usager implique la qualification de sujet actif.

L'interdépendance entre la qualification d'usager et de sujet actif du cercle générateur est explicite si le statut de l'usager est contractuel. Dans un tel cas, l'usager est lié au service public par un contrat ([2099]). Le statut contractuel de l'usager est particulièrement prégnant dans les services publics industriels et commerciaux ([2100]). Les contrats sont alors des contrats de droit privé ([2101]), impliquant la compétence du juge judiciaire ([2102]). Ces contrats sont des contrats d'adhésion ([2103]). La personne gestionnaire du service propose une offre. Dès cette proposition, elle n'est plus libre de refuser les usagers voulant en bénéficier. Ainsi sa volonté ne peut plus être exprimée. Quant à l'usager, il est libre de vouloir en bénéficier ou non. Cependant il n'a pas le choix du gestionnaire qui est en position de monopôle ([2104]). Cet aspect est toutefois remis en cause à l'heure actuelle avec l'ouverture des monopôles des

[2099] G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif, t. 2*, *op. cit.*, p. 725.

[2100] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 359.

[2101] CE, 13 octobre 1961, Etablissement Companon-Ray, Rec. CE, p. 567, AJDA 1962, p. 98, concl. Heumann, note de Laubadère ; TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand, Rec. CE, p. 831, concl. Chardeau, AJDA 1963, p. 88, chron. Gentent et Fourré, CJEG 1963, p. 114, note Carron.

R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 605.

[2102] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12[e] éd., *op. cit.*, p. 140.

[2103] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 265 ; J. DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 65.

[2104] P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, *op. cit.*, p. 141.

opérateurs historiques de service public. Le contrat peut ne pas être formalisé, il peut donc être verbal ; il doit simplement exprimer le consentement de l'usager ([2105]). D'ailleurs en raison de la théorie « des liens de droit privé », la présence d'un contrat n'est pas exigée : l'usager du service public industriel et commercial est automatiquement placé dans une relation de droit privé ([2106]). « *La qualité d'usager n'est pas liée à l'existence de relations contractuelles avec le service : il suffit de bénéficier des prestations du service pour en être usager* » ([2107]). Les usagers d'un service public industriel et commercial sont considérés comme de « *véritables clients, acheteurs d'une prestation ou d'un bien, ils sont traités comme tels, selon les procédures commerciales* » ([2108]), la personne gestionnaire du service applique une « *logique commerciale de liens avec ces clients* » ([2109]). L'usager d'un service public administratif peut être lié à la personne gestionnaire par contrat ([2110]). La logique veut alors que le contrat soit de droit public impliquant la compétence du juge administratif ([2111]). L'usager du service public administratif placé dans un statut contractuel se trouve notamment dans les services médicaux et hospitalier, anciennement dans le service des Postes et Télécommunications ([2112]). Par contre, si le service public administratif est géré par une personne privée, le contrat était considéré comme administratif ([2113]), ce qui n'est plus le cas actuellement : le lien est un lien contractuel de droit privé ([2114]). « *On se réfère à un schéma contractuel pour caractériser les relations individuelles entre le service public et l'usager, bien que certains de ses contrats sont verbaux* » ([2115]). Que le service public soit administratif ou industriel et commercial, l'usager est lié par un acte de droit, le contrat, l'obligeant directement. La qualification de sujet actif est alors incontestable : le cercle générateur a pour

---

[2105] M. GUIBAL, L. RAPP, *Contrat des collectivités locales, op. cit.*, p. 358 ; S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, *op. cit.*, pp. 125-134.

[2106] CE Sect., 13 janvier 1961, Département du Bas Rhin, Rec. CE, p. 38, AJDA 1961, p. 235, concl. Fournier. S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, *op. cit.*, p. 111.

[2107] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 837.

[2108] G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, p. 573.

[2109] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, p. 215.

[2110] R. CHAPUS, *Droit administratif général, t. 1*, *op. cit.*, p. 565.

[2111] *Ibid.*, p. 565.

[2112] J. DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 60.

[2113] CE, 20 octobre 1950, Stein, Rec. CE, p. 505.

[2114] S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 228-229.

[2115] J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grand services publics*, *op. cit.*, p. 369.

objet le contrat dont les sujets actifs sont la personne gestionnaire du service et l'usager. L'usager n'est pas un tiers intéressé. Ne pouvons-nous pas pourtant distinguer dans certaines situations une qualification de tiers intéressé ?

II. L'usager qualifié de tiers intéressé dans la relation entre la personne publique et le gestionnaire du service public

« *Aucun lien de droit n'existe entre l'Etat et l'administré obligeant l'Etat envers l'administré*. […] *Mais les faits sont plus forts que tout. Sous leur action se forment une règle de droit nouvelle et aussi une procédure nouvelle pour la mettre en œuvre* » ([2116]). La qualité d'usager permet à une personne de nouer des liens particuliers avec le gestionnaire du service public mais aussi avec la personne publique autorité de tutelle ou confiant le service, lui ouvrant une voie de recours spécifique. « *L'usager* […] *n'est pas un tiers quelconque* » ([2117]). Pourtant nous venons de démontrer que l'usager doit être qualifié de sujet actif du cercle générateur. Cette qualification peut pourtant laisser place à celle de tiers intéressé dans une configuration particulière. Nous avons présenté les différents modes de gestion des services publics : régie, établissement public et gestion confiée à une autre personne que la personne créatrice du service. La configuration particulière concerne ce troisième mode de gestion.

L'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, article modifié par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dispose qu'« *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* » ([2118]). La délégation de service public est le moyen pour la personne publique de

[2116] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit, 1999 (rééd.), p. 62.

[2117] J. ROMIEU, concl. sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *Rec. CE*, p. 966.

[2118] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 330. « *Accord passé entre une collectivité publique et un particulier (individu ou plus souvent société) en vertu duquel celui-ci, appelé concessionnaire, s'engage à faire fonctionner le service à ses frais en se rémunérant sur les usagers.* »

J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 8e éd., 1977, p. 447. « *La concession de service public est un mode de gestion d'un service dans lequel une personne publique, le concédant, charge par contrat*

confier à une autre personne la gestion d'un service public. La délégation doit prendre forme par un acte d'habilitation de la personne gestionnaire ([2119]). Cette habilitation est un contrat qualifié d'administratif par détermination de la loi ([2120]). Ce contrat constitue un acte mixte « *mi-réglementaire, mi-contractuel* » : la partie réglementaire a pour objet l'organisation et le fonctionnement du service public, la partie contractuelle va, elle, porter sur la durée de la convention, les éléments financiers,… ([2121]). La partie réglementaire du contrat ne concerne pas seulement la relation concédant / concessionnaire, elle porte sur l'« *organisation du service public vis-à-vis des usagers* », cette partie du contrat est importante pour les usagers ([2122]).

Caractérisons le cercle générateur. L'acte d'habilitation : le contrat de concession de délégation de service public est un contrat liant la personne publique et une personne autre. Postulons que cette personne soit une personne privée. L'objet du cercle générateur est constitué d'un rapport de droit : le contrat de concession, qui est notamment composé du cahier des charges. Les sujets actifs sont les contractants : le concédant et le concessionnaire. Puisqu'il s'agit d'un lien contractuel, d'autres personnes peuvent être qualifiées de sujets actifs, il en va ainsi des membres composant l'organe délibérant permettant la conclusion du contrat et de l'autorité administrative le signant. Dans ce cercle générateur, quelle est la place de l'usager ? Le lien qui unit l'usager au service public fait intervenir le concessionnaire, non le concédant ; le concédant est exclu de la relation formée avec le gestionnaire du service public, il est exclu de ce second cercle générateur. Nous sommes en présence de deux noyaux de cercle générateur qui finalement se chevauchent. Ces noyaux déterminent les qualifications respectives du concédant, du concessionnaire et de l'usager.

---

une personne privée, le concessionnaire, de faire fonctionner le service, pendant un certain temps, en en assumant les charges, moyennant le droit de se rémunérer sur les usagers. »

[2119] G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, p. 309, pp. 307-310.

[2120] J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, *op. cit.*, p. 407.

[2121] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 332-333.

[2122] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5e éd., *op. cit.*, p. 359.

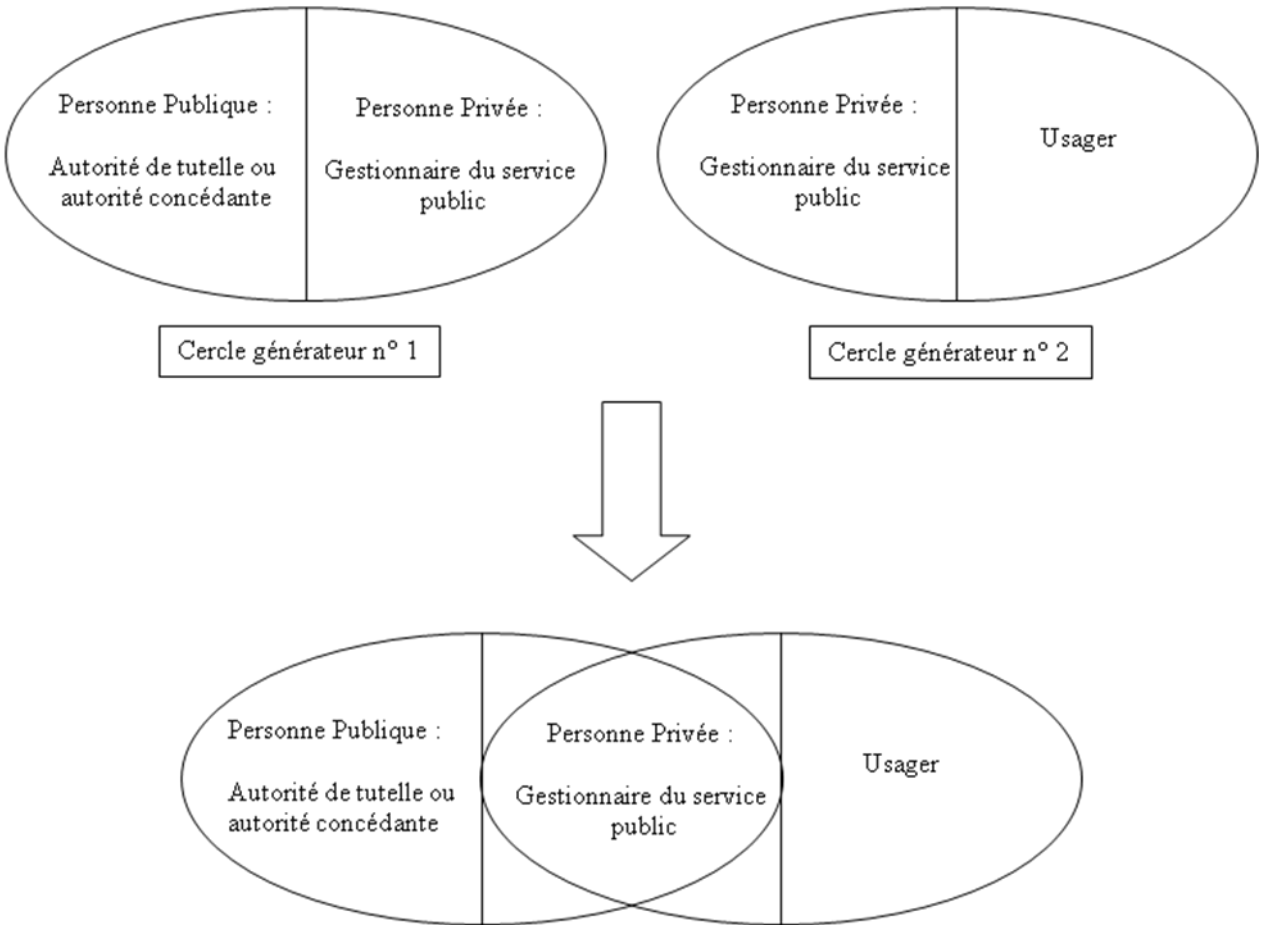

Schéma n° 10 : Juxtaposition des cercles générateurs afin de déterminer la place de l'usager par rapport à la personne publique.

Deux noyaux de cercle générateur se chevauchant ne constituent pas un cercle générateur unique plus global dans lequel les sujets actifs des cercles « inférieurs » seraient automatiquement sujets actifs du cercle générateur global « supérieur ». Selon le schéma n° 10 proposé, l'usager reste bien tiers à la relation concédant / concessionnaire. Toutefois, cet usager n'est pas un tiers comme les autres : il ne peut être qualifié de tiers pur. Le fait que les deux noyaux de cercle générateur se chevauchent implique un lien indirect entre la personne publique concédante et l'usager. Ce lien indirect permet un positionnement spécifique de l'usager sur les couches externes du cercle générateur formé par la personne publique avec son concessionnaire : l'usager est sur la couche la plus proche du noyau, l'usager est un tiers intéressé. Alors que nous sommes partis du postulat que le tiers intéressé

devait intervenir dans le noyau du cercle générateur pour pouvoir prétendre à la qualification de tiers intéressé, nous sommes en présence d'un tiers intéressé qualifié ainsi en raison du lien qu'il forme avec le concessionnaire de la personne publique. Sa qualification de sujets actif par rapport au cercle générateur n° 2 entraîne automatiquement sa qualification de tiers intéressé par rapport au cercle générateur n° 1.

Cette qualification de tiers intéressé par rapport à la personne publique concédante se retrouve dans le statut de l'usager. « *Le Conseil d'Etat a fait appel à la notion de stipulation pour autrui, le contrat de concession contenant à ses yeux une stipulation au profit du public* » ([2123]). Mais cette conception niait que le contrat de concession n'était pas un « *contrat pur et simple* » ([2124]). Le régime du contrat de concession « *est en réalité mixte car, non seulement le contrat de concession est conclu dans le cadre de dispositions légales et réglementaires, mais en outre, certaines de ses clauses mêmes ont un caractère réglementaire* » ([2125]). De ce régime mixte dépend le statut des différents acteurs : s'il est contractuel entre la personne publique et son concessionnaire, il est réglementaire entre l'usager et la personne publique ([2126]), mais il redevient contractuel entre le concessionnaire et l'usager. Ce statut mixte constitue une « *situation comportant des obligations qui pour certaines procèdent du régime du contrat, pour d'autres du régime du statut réglementaire, sans toutefois créer de droits et d'obligations envers les tiers* » ([2127]). Pourtant la reconnaissance de ce statut mixte, s'il permet de mettre en valeur la situation particulière de l'usager vis-à-vis de la personne publique par le statut réglementaire démontre l'ambiguïté de la qualification d'usager : il est un sujet actif par rapport au concessionnaire par un lien contractuel, il est un tiers intéressé par rapport à la personne publique par un lien réglementaire issu du contrat de concession de délégation de service public. Or en tant que

[2123] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 354.

[2124] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 332.

[2125] G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, pp. 736-737.

[2126] M. HAURIOU, note sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *S.* 1907, III, 33.

[2127] S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, *op. cit.*, p. 286.

P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, *op. cit.*, p. 147. « *La portée des droits et obligations respectifs de l'usager et du service doit être appréciée exclusivement* […] *par l'interprétation de ce règlement qui s'impose d'une manière impérative. En ce sens il est exact de dire que la situation de l'usager est une situation réglementaire*. »

tiers intéressé il bénéficie d'un recours spécifique à l'encontre des actes édictés par la personne publique concédante ou autorité de tutelle. Etudions ce recours qualifié par P. Laroque de « *procédé détourné* » ([2128]).

Les personnes gérant des services publics doivent édicter des actes dans l'exécution de leur mission. S'il s'agit d'un service public administratif, les actes édictés qu'ils soient individuels ou réglementaires sont des actes administratifs ([2129]). S'il s'agit d'un service public industriel et commercial, seuls les actes réglementaires ont le caractère administratif qu'ils soient édictés par une personne privé gestionnaire du service ([2130]), ou par une autorité administrative ([2131]). Alors le recours pour excès de pouvoir de l'usager / tiers intéressé « *à froid* » contre ces derniers, c'est-à-dire sans faire intervenir un litige individuel, est recevable ([2132]).

« *Les usagers du service public ont un intérêt – en dehors d'eux qui donc l'aurait ? – leur donnant qualité pour contester les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public* » ([2133]). Les usagers possèdent « *certains droits qui découlent du statut du service public qu'ils utilisent* » ([2134]). En tant que tiers intéressé, ils peuvent engager un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes édictés par la

[2128] P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français*, *op. cit.*, p. 97.

[2129] CE Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. CE, p. 239, D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P. C., JCP 1942, II, 2046, concl. Ségalat, note Laroque, RDP 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard, S. 1942, III, 37 concl. Ségalat, GAJA.

[2130] TC, 15 janvier 1968, Cie Air-France c/ Epoux Barbier, Rec. CE, p. 789, concl. Kahn, RDP 1968, p. 893, note Waline, 1969, p. 142, concl. Kahn, AJDA 1968, p. 225, chron. Massot et Dewost, CJEG 1969, J, 525, note A. C., D. 1969, p. 202, note Auby, GAJA.

[2131] CE, 26 juin 1989, Association « Etudes et consommation CFDT », Rec. CE, p. 544, CJEG 1990, p. 180, note Lachaume.

J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, *op. cit.*, p. 410.

[2132] CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. CE, p. 961, concl. Romieu, D. 1907, III, 41, concl. Romieu, S. 1907, III, 33, note Hauriou, GAJA.

G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 98 ; J.-F. LACHAUME, La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, *op. cit.*, p. 410.

[2133] S. DAEL, *Contentieux administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2008, p. 121.

[2134] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 4e éd., *op. cit.*, p. 428.

personne publique concédante ou autorité de tutelle préjudiciant à ses droits. Il en va ainsi depuis l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* ([2135]). En l'espèce, le concessionnaire de tramway réorganise son réseau en supprimant la ligne desservant le quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli. Un syndicat de propriétaires et de contribuables mené par L. Duguit demande à l'autorité préfectorale de faire respecter le cahier des charges ; cette autorité refuse de faire droit à la demande. Un syndicat exerce alors un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

« *Le droit des intéressés, isolés ou associés, d'exercer une action contentieuse à l'effet d'obtenir de l'Administration qu'elle fasse respecter par la compagnie les clauses de son contrat* », ce sont en ces termes que le commissaire du gouvernement Romieu pose la problématique du litige ([2136]). « *Lorsqu'une commune (ou toute autre personne publique) crée un service public industriel, et spécialement lorsqu'elle le concède, quelle est la situation juridique des citoyens vis-à-vis de ce service public, en tant que consommateurs, usagers, bénéficiaires du service, en tant que constituant ce qu'on appelle « le public » ?* […] *Comment les usagers, c'est-à-dire en réalité les véritables intéressés, peuvent-ils s'y prendre pour obtenir satisfaction, et quels sont les moyens juridiques qui, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, sont à leur disposition ?* » ([2137]). Le commissaire du gouvernement envisage deux moyens d'action différents : soit agir à l'encontre de l'exploitant, donc du gestionnaire du service public, pour violation du contrat individuel (l'usager agit en tant que sujet actif) ou par la procédure de l'autorisation de plaider ([2138]), soit agir à l'encontre de la personne publique (l'usager agit alors en tant que tiers intéressé) : « *existe-t-il au profit des usagers un recours général et direct qui serait, comme le soutient la requête dont vous êtes saisis, un recours pour excès de pouvoir dirigé, non plus contre l'exploitant, mais contre l'Administration au cas où celle-ci se refuserait à user des pouvoirs dont elle dispose pour contraindre l'exploitant au respect de ses obligations, et pour assurer l'exécution du contrat en ce qui concerne les droits qu'il a entendu assurer aux*

[2135] CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *op. cit.*, p. 514.

[2136] J. ROMIEU, concl. sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *Rec. CE*, p. 962.

[2137] *Ibid.*, pp. 963-964.

[2138] *Ibid.*, pp. 964-965.

usagers ? » ([2139]). J. Romieu étudie les différentes configurations en présence. Il relève que « *le contrat de concession a stipulé pour les citoyens, il leur réserve des droits, et charge l'Administration de les assurer* ». Lorsqu'une personne publique gère le service en régie, elle doit assurer la prestation du service aux usagers et respecter les droits qui en découlent. Il en va de même si le service est concédé, la personne publique doit assurer le respect des droits des usagers ([2140]).

Si le service public est géré en régie, l'usager peut agir par le biais du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes illégaux pris directement par l'autorité publique ou pris sur demande de l'usager ([2141]). La difficulté dans les services concédés est l'« *existence des liens contractuels entre les concédants et le concessionnaire rend*[ant] *difficile une action contentieuse de la part des tiers, pouvant avoir une répercussion sur les conditions d'exécution du contrat* » ([2142]). Le contrat de concession s'intercale entre l'usager et la personne publique rendant plus difficile l'action de l'usager ([2143]). Le commissaire Romieu propose alors l'ouverture d'un recours : l'usager peut demander à la personne publique de faire respecter leurs droits par la personne concessionnaire ; la réponse négative donnée par l'autorité publique est alors susceptible de recours. Si le refus est fondé sur la supposée impossibilité pour l'usager de réaliser une telle demande à la personne publique, le recours pour excès de pouvoir sera fondé. Par contre si le refus est fondé sur une question d'opportunité ou d'administration pure liée à la mission de tutelle, le recours ne sera pas fondé ([2144]). Le commissaire du gouvernement applique ensuite ses propositions au cas d'espèce : le refus étant fondé sur l'impossibilité pour les usagers de demander à la personne publique d'obliger son concessionnaire, le recours est déclaré recevable, mais l'examen au fond de la légalité du refus conduit à rejeter le recours puisque l'autorité publique ne peut imposer d'éléments supplémentaires à ceux contenus dans la convention ([2145]). Le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement, il déclare la requête recevable mais la rejette au

[2139] *Ibid.*, p. 965.

[2140] *Ibid.*, p. 965.

[2141] *Ibid.*, p. 966.

[2142] *Ibid.*, p. 965.

[2143] *Ibid.*, p. 967.

[2144] *Ibid.*, p. 968.

[2145] *Ibid.*, p. 969.

fond ([2146]). M. Hauriou estimait que « *l'administré n'a pas, en principe, de pouvoir individuel sur l'administration dans la sphère de la vie publique* » ([2147]). Son action est pourtant déterminante dans la gestion des services publics, dans leur fonctionnement.

« *L'usager dispose désormais de motifs juridiques pour revendiquer* » ([2148]). Il peut exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des décisions du concédant « *refusant d'obliger le concessionnaire à faire fonctionner le service dans les conditions prévues par le cahier des charges* » ([2149]), que la personne publique soit une autorité de tutelle ou une autorité concédante ([2150]). Un usager peut ainsi agir à l'encontre d'une décision du préfet approuvant une augmentation de tarif ([2151]), ou du décret modifiant la réglementation et tarifs en matière de télécommunications ([2152]). L'usager dispose a d'un moyen d'agir si la personne publique se refuse d'obliger la personne concessionnaire ([2153]). Il se voit reconnaître un droit d'intervention dans le contrôle de la gestion du service ([2154]). « *Si les administrés n'ont pas le droit de contraindre l'Administration à agir, ils ont le droit de s'immiscer dans le contrôle hiérarchique que la haute administration exerce sur l'activité des agents subordonnés et dans le contrôle de tutelle qu'elle exerce sur l'activité des administrations secondaires* » ([2155]). Concernant l'organisation interne du service, les contestations sont plus difficiles à réaliser ([2156]). Par exemple, l'usager ne peut agir à l'encontre des situations individuelles des agents du service public ([2157]). Finalement, le statut d'usager n'offre pas plus qu'un droit

---

[2146] CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *op. cit.*, p. 514.

G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 96-97.

[2147] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8e éd., *op. cit.*, pp. 386-387.

[2148] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 269.

[2149] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 338.

[2150] CE, 27 novembre 1935, Baudouin, Rec. CE, p. 1105, D. 1936, III, 74, note Blaevoet.

S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, *op. cit.*, p. 163.

[2151] CE Sect., 4 décembre 1936, de Roche du Treilloy, Rec. CE, p. 1061, D. 1937, III, 4, concl. Heilbronner.

[2152] CE Sect., 19 décembre 1979, Meyet, Rec. CE, p. 475, D. 1980, p. 124, obs. P. D.

[2153] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *t. 3*, *op. cit.*, p. 351.

[2154] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., *op. cit.*, p. 138.

[2155] M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 3e éd., 1933, p. 166.

[2156] J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 243.

[2157] CE, 29 octobre 1976, Association des délégués et auditeurs du Conservatoire national des arts et métiers, Rec. CE, p. 460, concl. Massot, AJDA 1976, p. 635, note Théry.

d'action dans le fonctionnement du service : « *une fois leurs droits statutaires respectés, les usagers* […] *ne doivent pas s'immiscer dans l'organisation interne du service* » ([2158]). Ils n'ont droit qu'à une organisation et un aménagement selon les lois et règlements en vigueur ([2159]), ou en fonction du contrat signé. Si ce n'est pas le cas, l'action est ouverte afin de pouvoir garantir une bonne administration ([2160]).

L'action du tiers intéressé / usager est fondée sur le principe de mutabilité imposant aux gestionnaires de services publics de s'adapter aux circonstances ([2161]). Elle est aussi fondée sur l'idée de « *conservation du bénéfice* » : « *le droit aux bénéfices des services publics, ce n'est pas autre chose que l'intérêt à conserver les bénéfices des services publics organisés et à empêcher leur modification par des décisions administratives nouvelles qui seraient entachées d'excès de pouvoir* » ([2162]). Ainsi, si un service public est créé, l'usager a droit d'en bénéficier ([2163]). Il a droit d'en bénéficier selon les lois et règlements en vigueur mais aussi selon la convention passée. Dans le cas contraire, un recours à l'encontre de la personne publique lui est ouvert, ce recours a l'avantage d'impliquer la personne publique « *chargée originairement d'organiser le service* » ([2164]).

Le tiers intéressé / usager détient un recours spécifique : un recours pour excès de pouvoir. Pourquoi qualifions-nous ce recours de spécifique ? Lorsqu'un requérant engage un recours pour excès de pouvoir, il doit être capable d'ester en justice, il doit de plus présenter un intérêt à agir personnel, direct, certain et légitime. Concernant le recours que nous avons présenté, le tiers intéressé / usager n'a pas besoin de présenter un tel intérêt, sa qualité

S. DAEL, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 121.

[2158] P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 5e éd., *op. cit.*, p. 443.

[2159] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 269.

[2160] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8e éd., *op. cit.*, p. 391. « *En résumé, quand un service est créé, les administrés peuvent se protéger contre les modifications qui y seraient apportées ou contre son mauvais fonctionnement, soit pas la voie du recours pour excès de pouvoir, soit pas celle du recours en indemnité.* »

[2161] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 269.

[2162] M. HAURIOU, note sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *op. cit.*

[2163] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., *op. cit.*, p. 138.

[2164] S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, *op. cit.*, p. 223.

d'usager le lui fournit automatiquement ; cette qualité est alors suffisante ([2165]). Cependant le service public doit alors être directement mis en cause dans la requête ([2166]). Finalement, que l'usager ait ou non bénéficié effectivement du service importe peu, ce que le juge exige est la qualité d'usager, la vocation à l'usage, que le requérant soit usager effectif ou virtuel du service ([2167]). « *C'est en raison de l'existence d'usager du service concédé et de l'intérêt qu'ont ces usagers à l'exécution correcte du contrat de concession que le contentieux de ce contrat est manifestement plus complexe que celui des autres contrats administratif* » ([2168]).

[2165] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 97, 98 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p. 476.

[2166] G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, M. LONG, P. WEIL, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 97.

[2167] P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports, distributions d'eau, de gaz et d'électricité) en droit français, op. cit.*, pp. 64-65.

[2168] A. de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, *op. cit.*, p. 350.

Conclusion de chapitre

La notion de tiers intéressé est globalement d'une application plus délicate que la notion de tiers pur. Naturellement il est plus évident qu'une personne soit qualifiée de tiers pur que de tiers intéressé puisqu'à un niveau pratique, elle est plus souvent dans une situation totalement indépendante de la personne publique. La notion de tiers intéressé exige une implication réelle du tiers dans le noyau du cercle générateur. Cette implication relève de la volonté de son auteur (avoir voulu bénéficier des prestations d'un service public) ou de la mission impartie à une fonction, celle de préfet.

La notion de tiers intéressé est subsidiaire à la notion de tiers pur, mais aussi à la notion de sujet actif. Cela résulte de la place intermédiaire réservée à ce tiers : il n'est ni un sujet actif, ni un tiers pur. Cette place intermédiaire se révèle dans les possibilités de qualification d'une personne de tiers intéressé. En effet, pour le préfet ou pour l'usager, il a fallu délimiter strictement les cas dans lesquels ils pouvaient recevoir une telle qualification. Ces cas sont au nombre de deux : lorsque le préfet met en œuvre le contrôle de légalité sur les actes administratifs des autorités locales, et lorsque l'usager demande à une personne publique d'obliger la personne gestionnaire d'un service public à fournir un service conforme aux prescriptions légales, réglementaires ou contractuelles. Il faut alors convenir que la notion de tiers intéressé constitue une notion subsidiaire.

Pourtant ce caractère subsidiaire n'enlève pas son importance à la notion de tiers intéressé. En effet, elle représente d'autant plus la fonction remplie par la notion : la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif. Qualifier le préfet de tiers intéressé met en lumière son recours spécifique : le déféré préfectoral. Or ce recours, un recours pour excès de pouvoir spécifique, ne peut être engagé que par le seul représentant de l'Etat. Le juge administratif régule implicitement l'accès à son prétoire par la qualité du requérant. Il en va de même concernant l'usager. Etre usager du service public donne une qualité pour agir constituant un intérêt à agir seul recevable pour engager un recours pour excès de pouvoir fondé sur l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*. Or ce recours à l'encontre des décisions prises par la personne publique concédante ou autorité de tutelle et concernant la personne gestionnaire du service public, est bien engagée par un tiers intéressé.

La notion de tiers intéressé est plus généralement la notion de tiers proposée, ne peuvent expliquer l'ensemble du contentieux administratif. Nous avons démontré, par exemple, l'intérêt de la notion de tiers intégré dans l'évolution de la contestation des mesures d'ordre intérieur, alors que l'application du protocole de détermination du tiers conduisait à la qualification de sujet actif.

Conclusion de titre

Le tiers intéressé constitue le second échelon de l'échelle des tiers. Cet échelon constitue à la fois une notion unique et une catégorie hétérogène.

La notion de tiers intéressé est unique.

En ce sens, la notion de tiers intéressé présente un point commun avec la notion de tiers pur : ces deux notions présentent des tiers répondant à une définition commune. Ainsi les tiers intéressés constituant cet échelon remplissent plusieurs caractéristiques communes. Ces tiers sont intervenus à un moment donné dans le noyau du cercle générateur : lors de la formation du rapport du droit (les tiers évincés et les concurrents évincés), ou postérieurement à cette formation (le préfet et les usagers). Ainsi cette intervention particulière les positionne sur une couche externe du cercle générateur spécifique : la couche externe la plus rapprochée du noyau. Or de ce positionnement spécifique, ces tiers reçoivent leur qualification de tiers intéressé, leur permettant l'ouverture de recours particuliers non détenus par les tiers purs. La notion de tiers intéressé constitue bien une notion fonctionnelle, puisque le juge administratif leur réserve un accès privilégié à son prétoire.

La catégorie des tiers intéressés est pourtant une catégorie particulièrement hétérogène.

La catégorie des tiers intéressés constitue une catégorie homogène si nous excluons le contentieux contractuel. Pourront alors être qualifiés de tiers intéressés le représentant de l'Etat et les usagers des services publics. Cependant, si nous considérons uniquement le contentieux contractuel, cette catégorie devient particulièrement hétérogène ; nous sommes alors en présence de concurrents évincés, de tiers évincés et de tiers intéressés. La présence de ces différents tiers conduit à une difficulté de classification et donc à la création de multiples sous-catégories de tiers intéressés. Toutefois, nous remarquons que les notions de tiers évincé issue de la réforme des référés précontractuel et contractuel, et de concurrent évincé issue de l'arrêt *Société Tropic travaux* sont particulièrement récentes. Nous pouvons donc envisager une simplification future de la catégorie globale de tiers intéressés. Nous supposons que cette catégorie ne sera pas homogène, à l'image de la catégorie de tiers pur, mais que cette catégorie ne sera composée que de deux catégories : les tiers intéressés et les tiers évincés, catégories uniquement présentes dans le contentieux contractuel.

Conclusion de Partie

Par essence, toute personne doit être qualifiée de tiers. Selon les configurations de temps, d'espace, de relations juridiques, toute personne peut être un tiers pur ou un tiers intéressé.

Cette qualification de tiers pur ou intéressé dépend d'un élément : l'intervention ou non du tiers dans le noyau du cercle générateur en dehors de tout contentieux. Naturellement, une personne sera plus facilement qualifiée de tiers pur que de tiers intéressé puisque l'intervention dans le noyau du cercle générateur dépend de situations particulières : la personne a été mise en concurrence afin de conclure un contrat administratif, elle a bénéficié de la prestation offerte par un service public mais se plaint auprès de l'autorité publique du non respect de ses obligations par la personne gestionnaire du service, elle exerce la fonction de représentant de l'Etat et elle met en œuvre le contrôle de légalité sur les actes des autorités locales. Si l'application du protocole de détermination du tiers conduit le plus souvent à la qualification de tiers pur, la qualification de tiers pur ou intéressé a un caractère accessoire. En effet, un agent public peut être qualifié de tiers pur, un usager peut être un tiers intéressé tout comme le préfet. La notion de tiers est ainsi accessoire aux qualités communément admises en droit administratif. La notion de tiers proposé permet, en réalité, une lecture sous un angle nouveau des différents contentieux.

L'échelle des tiers démontre la difficulté d'élaborer une notion de tiers homogène, d'autant plus que les échelons de tiers pur et de tiers intéressé ne sont pas homogènes. La notion de tiers en droit administratif présente les mêmes caractères que le tiers en droit civil : il s'agit de notions hétérogènes et mouvantes en raison de l'écoulement du temps. L'hétérogénéité de la notion de tiers en droit administratif illustre le sort réservé par le juge administratif aux actions engagées par les tiers. Ce sort n'est pas unique : selon les espèces contentieuses, les actes contestés, les intérêts à agir présentés, la qualité des tiers,…, le juge administratif va soit ouvrir, soit fermer l'accès à son prétoire. Le sort réservé aux actions engagées par le tiers n'étant pas unique, la notion de tiers ne peut être unique. En ce sens, le caractère hétérogène de la notion de tiers est directement induit par le caractère fonctionnel de cette notion.

CONCLUSION GENERALE

Le tiers en droit civil est défini de manière imprécise : il s'agit davantage d'un catalogue de différentes situations et donc de qualifications pouvant être données à certaines personnes à un moment donné. La notion de tiers en droit civil est caractérisée par une grande hétérogénéité et constitue, de plus, une notion mouvante en raison de l'écoulement du temps. Cette notion imprécise de tiers n'a pourtant pas empêché les auteurs civilistes d'identifier et de regrouper les différentes actions appartenant à ces tiers. Cette thèse a tenté de réaliser un travail comparable concernant la notion de tiers en droit administratif.

Puisque la notion de tiers et leurs actions contentieuses faisaient l'objet d'une synthèse en droit civil, il paraissait logique que les tiers et leurs actions en droit administratif avaient aussi fait l'objet d'une telle synthèse. Au terme de la recherche de cette synthèse qui aurait pu être réalisée par la doctrine ou le juge administratif, nous avons dû constater que cette synthèse globale et transversale n'existait pas : le tiers en droit administratif, à la différence du tiers en droit civil, n'existe pas. Pourtant, le tiers est bien présent au sein du droit administratif. Le juge et la doctrine utilisent couramment les notions de fait du tiers, de responsabilité du fait de dommages causés aux tiers, de tiers opposant, mais aussi de recours formés par les tiers… Le tiers n'est pas absent du droit administratif, c'est sa synthèse globale et transversale qui en est absente. Cette absence n'est finalement préjudiciable ni au juge ni à la doctrine. Puisque des notions éparses de tiers existent, le juge peut statuer en présence de « tiers » et la doctrine peut expliquer les décisions rendues. Les notions particulières de tiers sont donc suffisantes pour le juge administratif et la doctrine. Cela ne constitue, cependant, pas un obstacle à une tentative de systématisation de la notion de tiers.

Tenter de synthétiser la notion de tiers s'inscrit dans une certaine actualité. Le « tiers » s'est vu reconnaître ces dernières années la capacité d'exercer différents recours : référés précontractuel et contractuel, ouverture du prétoire du juge du contrat à la contestation par les « tiers » du contrat administratif. Le juge administratif a aussi réaffirmé qu'il fermait l'accès à son prétoire à certaines actions engagées par les « tiers ». Si les différentes notions doctrinales et jurisprudentielles permettent d'expliciter chacun de ces recours, aucune d'entre elles ne permet de donner une explication d'ensemble cohérente. Comment expliquer que certains « tiers » peuvent contester un contrat tandis que d'autres « tiers » ne peuvent voir leurs recours accueillis par le juge administratif ? Il manque une tentative de synthétisation permettant d'expliquer les différents recours engagés par les « tiers » et leur solution

juridictionnelle. Cette synthèse doit exprimer le tiers en tant que personne n'ayant aucun lien ou seulement un lien diffus avec la situation juridique qu'il conteste.

Nous proposons donc d'élaborer une notion de tiers qui soit globale et transversale à l'ensemble du droit administratif.

Les notions juridiques peuvent se répartir en deux catégories distinctes : les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles. Or, il apparait que la catégorie des notions conceptuelles ne permet pas de dégager une notion de tiers. Mais nous pouvons au moins déduire ces différentes notions un postulat fondateur de la notion de tiers : le tiers est une personne extérieure à un groupe ou à une situation juridique.

Le tiers constitue ainsi un catalogue disparate de notions et d'espèces ; il convient de trouver un sens à ce catalogue. La notion fonctionnelle, c'est-à-dire la notion qui s'explique par la fonction qu'elle remplit, permet précisément de donner un sens au concept de tiers. Les notions et espèces composant ce catalogue présentent certaines caractéristiques : elles répondent au postulat de base posé et le sort des espèces contentieuses est soit positif, soit négatif. Le catalogue du tiers présente ainsi deux éléments fondateurs : le postulat de base s'applique aux différentes espèces et notions et les solutions contentieuses apportées à leurs recours diffèrent notablement : le juge soit leur ferme, soit leur ouvre l'accès à son prétoire. La notion de tiers est donc fondamentalement une notion fonctionnelle. Le rôle de la notion de tiers est de permettre implicitement au juge administratif de fermer ou d'ouvrir son prétoire selon la qualité du requérant.

Pourtant uniquement défini par un postulat fondateur et par l'idée de notion fonctionnelle, le tiers ne peut être identifié au sein d'un contentieux particulier. Nous avons alors procédé à l'élaboration de critères permettant une telle identification. Dans un espace-temps déterminé, le tiers est une personne extérieure à une situation juridique. Nous avons alors proposé un protocole de détermination du tiers pouvant s'appliquer à toute espèce contentieuse. Ce protocole se fonde sur un rapport de droit liant des sujets actifs, c'est-à-dire les auteurs du rapport et parfois son ou ses destinataires ; ce rapport et ces sujets actifs forment le noyau d'un cercle générateur. Le tiers, sujet passif, est alors extérieur à ce noyau. Ce cercle générateur est enfin fixé dans un espace et une temporalité déterminés permettant une qualification des différents sujets de droit.

L'établissement de ce protocole met en lumière un élément : les tiers se répartissent en fonction de l'absence de lien avec le noyau ou de la présence d'un tel lien diffus. Cet élément se reflète au sein du traitement des espèces par le juge administratif. Nous avons alors proposé une modélisation du protocole proposé. Les sujets actifs liés par le rapport de droit forment le noyau du cercle générateur comme les neutrons et les protons forment le noyau d'un atome. Les sujets passifs, donc les tiers, se répartissent sur les couches externes de ce cercle générateur en fonction de l'absence ou de la présence d'un lien diffus avec le noyau du cercle comme les électrons se répartissent sur les couches électroniques du nuage électronique en fonction d'un critère d'énergie.

Nous proposons donc d'élaborer une échelle des tiers.

L'échelle des tiers est composée de deux échelons : le tiers pur et le tiers intéressé. Il faut donc trouver un élément de rupture entre ces deux tiers. Ce point de rupture est trouvé dans leurs comportements différent vis-à-vis du noyau du cercle générateur : le tiers pur reste pleinement et entièrement extérieur au noyau du cercle tandis que le tiers intéressé intervient à un moment donné dans ce noyau. Une difficulté apparaît alors. Engager une action contentieuse à l'encontre du rapport de droit constitutif du noyau de cercle générateur constitue une intervention au sein de ce noyau ; tout tiers serait alors qualifié de tiers intéressé. Nous avons donc choisi d'exclure l'application du protocole à un espace-temps particulier : celui de l'instance contentieuse. Ainsi nous pouvons identifier des tiers purs et des tiers intéressés. Ces tiers peuvent alors se répartir sur les différentes couches externes du cercle générateur. Les tiers intéressés sont positionnés sur la couche la plus proche du noyau en raison du lien fort qui les unit au noyau. Les tiers purs se répartissent alors sur les autres couches externes en fonction de leur éloignement au noyau.

Pourtant ces deux échelons proposés ne sont pas homogènes. Nous avons identifié des sous-catégories au sein de ces échelons : au sein d'un même échelon, tous les tiers ne sont pas traités de la même manière par le juge administratif. Ainsi, au sein des tiers purs, nous avons identifié les tiers purs agissant dont les recours peuvent être accueillis par le juge administratif qui se positionnent sur des couches externes proches du noyau, et les tiers particulièrement purs qui en raison de leur éloignement avec le noyau du cercle générateur, ne peuvent voir leurs recours accueillis. L'échelon des tiers intéressés est plus particulier. Dans l'ensemble du droit administratif, si nous isolons le contentieux contractuel, les tiers intéressés forment un échelon homogène et réduit aux usagers et au représentant de l'Etat placés dans des situations

prédéterminées. Or au sein du contentieux contractuel, les tiers intéressés ne forment plus un échelon homogène. Nous sommes alors en présence de concurrents évincés, de tiers évincés et de tiers intéressés. Il est possible d'envisager que la catégorie des concurrents évincés puisse être englobée dans la catégorie plus vaste de tiers évincés. Dans une telle hypothèse, nous serions alors en présence d'un échelon de tiers intéressé composé de deux catégories, celle des tiers évincés et celle des tiers intéressés. Cet échelon serait alors l'exact opposé de l'échelon des tiers purs composé lui-même de deux catégories.

Les deux échelons composant l'échelle des tiers sont constitués de catégories hétérogènes. Cette hétérogénéité démontre le caractère fonctionnel de la notion de tiers : le juge administratif réserve un sort différent aux actions engagées par les tiers purs et les tiers intéressés, il réserve aussi un sort différent aux actions engagées par les tiers purs et par les tiers particulièrement purs, ainsi qu'à celles engagées par les tiers intéressés, les tiers évincés et les concurrents évincés. Puisque le sort réservé aux actions engagées par les tiers est différent, la notion de tiers ne peut être homogène.

La notion de tiers constitue une notion fonctionnelle dont la fonction est de permettre implicitement au juge administratif de réguler positivement ou négativement l'accès à son prétoire. Cette notion nécessite l'application d'un protocole de détermination permettant de qualifier, dans une espèce déterminée, si telle ou telle personne constitue un tiers pur ou un tiers intéressé.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux et spécialisés

A

ALBERTINI (J.-B.), BERENGUER (C.), MARX (J.-L.), *Dictionnaire juridique, Pouvoirs locaux*, Dalloz, 1993, 534 p.

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

APPLETON (J.), *Traité élémentaire du contentieux administratif (compétence, juridiction, recours)*, Dalloz, 1927, 681 p.

ARNAUD (A. J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ 1988, 487 p.

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, 758 p.

ARNAUD (P.), *Cours de chimie physique*, Dunod, 3e éd., 1993, 529 p.

AUBY (J.-B.), *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006, 154 p.

AUBY (J.-B.), PERINET-MARQUET (H.), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien, Domat droit public/privé, 7e éd., 2004, 1115 p.

AUBY (J.-B.), AUBY (J.-F.), NOGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 2009, 395 p.

AUBY (J.-F.), *Organisation administrative du territoire*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1985, 334 p.

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLEFAIT (A.), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, Précis, 6e éd., 2009, 828 p.

AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 4e éd., 2003, 634 p.

- *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 5e éd., 2008, 697 p.

AUBY (J.-M.), DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif, t. 1*, LGDJ, 2e éd., 1975, 884 p.

- *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 2e éd., 1975, 723 p.

- *Traité de contentieux administratif, t. 1*, LGDJ, 3e éd., 1984, 1014 p.

- *Traité de contentieux administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1984, 718 p.

- *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, 686 p.

AUTIN (J.-L.), RIBOT (C.), *Droit administratif général*, Litec, 4e éd., 2005, 385 p.

- *Droit administratif général*, Litec, 5e éd., 2007, 415 p.

B

BERBARI (M.), BERNARD (F.-C.), LE MIERE (A.), MBOUHOU (M.), PALMIER (S.), *La pratique des référés contractuels*, Le Moniteur, 2004, 277 p.

BERNARD (F.-C.), *Pratique des contentieux de l'urbanisme (procédure administrative et judiciaire, réparations et indemnités)*, Le Moniteur, 1999, 234 p.

BERTHELEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, A. Rousseau, 4e éd., 1906, 978 p.

BONICHOT (J.-C.), CASSIA (P.), POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, 2e éd., 2009, 1274 p.

BONNARD (R.), *Précis élémentaire de droit public*, Sirey, 2e éd., 1932, 464 p.

- *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, 2005 (rééd.), 266 p.

BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), RICCI (J.-C.), *Droit des collectivités territoriales*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 1998, 708 p.

BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16e éd., 2007, 980 p.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., 2009, 980 p.

BRAIBANT (G.), STIRN (B.), *Le droit administratif français*, Presses de sciences po et Dalloz, 7e éd., 2005, 652 p.

BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2007, 621 p.

- *Précis de droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2e éd., 2007, 529 p.

C

CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, Thémis Droit, 22e éd., 2000, 665 p.

- *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis Droit, 27e éd., 2002, 391 p.

CASSIA (P.), *Pratique des référés précontractuels*, Litec, 2008, 266 p.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, 1427 p.

- *Droit administratif général, t. 2*, Montchrestien, Domat droit public, 15e éd., 2001, 797 p.

- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 11e éd., 2004, p.

CHARBONNEAU (S.), *Droit des installations classées*, Préventique, 2e éd., 2004, 155 p.

CHEVALLIER (J.), *Le service public*, PUF, Que sais-je ?, 2008, 128 p.

CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.), BOUGLE (C.), *Introduction historique au droit des obligations*, Litec, 2007, 286 p.

CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13e éd., 2007, 277 p.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, 986 p.

COULON (C.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, 159 p.

D

DAEL (S.), *Contentieux administratif*, PUF, Thémis Droit, 2e éd., 2008, 306 p.

DEBBASCH (Ch.), *Institutions et droit administratifs, t. 1, Les structures administratives*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 1999, 367 p.

- *Institutions et droit administratifs, t. 2, L'action et le contrôle de l'administration*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 1999, 707 p.

DEBBASCH (Ch.), COLIN (F.), *Droit administratif*, Economica, 7e éd., 2004, 782 p.

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Régime général*, Litec, 5e éd., 2009, 406 p.

DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis Droit, 2007, 340 p.

DROBENKO (B.), *Droit de l'urbanisme*, Gualino, 4e éd., 2008, 350 p.

DUFAU (J.), *Le droit des travaux publics, t. 1*, Le Moniteur, 2e éd., 1988, 272 p.

- *Le droit des travaux publics, t. 2*, Le Moniteur, 2e éd., 1988, 514 p.

DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit, 1999 (rééd.), 285 p.

DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.), CHRETIEN (P.), *Droit administratif*, Armand Colin, 9e éd., 2004, 682 p.

- *Droit administratif*, Sirey, 11e éd., 2009, 719 p.

E

EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1982, 787 p.

- *Cours de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 1983, 908 p.

F

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis droit, 2008, 707 p.

- *Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, Thémis Droit, 2007, 437 p.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 2e éd., 2009, 651 p.

FAURE (B.), *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Précis, 1ère éd., 2009, 701 p.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 14e éd., 2007, 1035 p.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, 13e éd., 2008, 475 p.

- *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, Sirey, 6e éd., 2009, 459 p.

FOILLARD (P.), *Droit administratif*, Paradigme, 13e éd., 2008, 466 p.

- *Droit administratif*, Paradigme, 14e éd., 2009, 472 p.

FONTAINE (M.), GHESTIN (J.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, 464 p.

FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 4e éd., 2006, 537 p.

- *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 5e éd., 2008, 552 p.

G

GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, t. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16e éd., 2001, 918 p.

- *Droit administratif*, LGDJ, 18e éd., 2005, 453 p.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), JAMIN (C.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, 1340 p.

GUETTIER (C.), *Droit des contrats administratif*, PUF, Thémis droit, 2008, 580 p.

GOHIN (O.), *Contentieux administratif*, Litec, 4e éd., 2005, 436 p.

- *Contentieux administratif*, Litec, 6e éd., 2009, 485 p.

GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.), DUMONT (G.), *Droit du service public*, Montchrestien, Domat droit public, 2e éd., 2007, 755 p.

GUIBAL (M.), RAPP (L.), *Contrat des collectivités locales*, Francis Lefebvre, 1995, 772 p.

GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14e éd., 2003, 619 p.

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17e éd., 2010, 769 p.

H

HAMON (F.), *Droit des fonctions publiques, t. 1 Organisation et gestion*, LGDJ, 2002, 160 p.

- *Droit des fonctions publiques, t. 2 Carrières, droits et obligations*, LGDJ, 2002, 190 p.

HAURIOU (A.), *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 1*, Recueil Sirey, 1929, 743 p.

- *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 2*, Recueil Sirey, 1929, 764 p.

- *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928 par M. Hauriou, t. 3*, Recueil Sirey, 1929, 846 p.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose et Forcel, 5e éd., 1903, 880 p.

- *Droit administratif*, Sirey, 1907, 6e éd., 915 p.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 8e éd., 1914, 1032 p.

- *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 2e éd., 1930, 499 p.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e éd., 1933, 1150 p.

- *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 3e éd. (entièrement refondue et mise à jour), 1933, 521 p.

- *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 5e éd. (entièrement refondue et mise à jour), 1943, 534 p.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12e éd., 2002 (rééd.), 1150 p.

J

JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, t. 1*, M. Giard, 3e éd., 1925, 443 p.

- *Les principes généraux du droit administratif, t. 2*, M. Giard, 3e éd., 1929, 848 p.

- *Les principes généraux du droit administratif, t. 3*, M. Giard, 3e éd., 1926, 519 p.

L

LACHAUME (J.-F.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif*, PUF, 13e éd., 2002, 912 p.

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit administratif*, PUF, Thémis droit, 14e éd., 2007, 908 p.

LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (C.), PAULIAT (H.), *Grands services publics*, Armand Colin, 2e éd., 2000, 454 p.

- *Droit des services publics*, Armand Colin, 3e éd., 2004, 533 p.

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 1*, Berger-Levrault, 2e éd., 1896, 724 p.

- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2*, Berger-Levrault, 2e éd., 1896, 709 p.

- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 1*, LGDJ, 1989 (rééd.), 670 p.

- *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2*, LGDJ, 1989 (rééd.), 675 p.

LARROUMET (C.), *Droit civil, L 3, Les obligation, le contrat*, Economica, 6e éd., 2007, 608 p.

LAUBADERE (A. de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. 3*, LGDJ, 1956, 454 p.

- *Traité élémentaire de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 3e éd., 1963, 464 p.

- *Manuel de droit administratif*, 11e éd., LGDJ, 1978, 399 p.

- *Traité de droit administratif, t. 1*, LGDJ, 1980, 783 p.

- *Traité de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 1980, 570 p.

LAUBADERE (A. de), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, t. 2, Droit administratif des biens*, LGDJ, 12e éd., 2002, 543 p.

- *Traité de droit administratif, t. 5, La fonction publique*, LGDJ, 12e éd., 2000, 229 p.

LAUBADERE (A. de), VENEZIA (J.-C.), *Traité de droit administratif, t. 3*, LGDJ, 6e éd., 1997, 495 p.

LAUBADERE (A. de), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, LGDJ, 14e éd., 1992, 441 p.

- *Traité de droit administratif, t. 2*, LGDJ, 10e éd., 1995, 557 p.

- *Droit administratif*, LGDJ, 17e éd., 2002, 459 p.

LINDITCH (F.), *Le droit des marchés publics*, Dalloz, 5e éd., 2009, 132 p.

M

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 4e éd., 2009, 854 p.

MALINVAUD (P.), *Droit des obligations*, Litec, 10e éd., 2007, 649 p.

MARTY (G.), JESTAZ (P.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, Sirey, 1989, 457 p.

MASPETIOL (R.), LAROQUE (F.), *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Sirey, 1930, 403 p.

MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, 365 p.

MELLERAY (G.), *La tutelle de l'Etat sur les communes*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1981, 400 p.

MODERNE (F.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983, 438 p.

- *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, Droit public, 1995, 132 p.

MORAND-DEVILLER (J.), *Le permis de construire*, Dalloz, 1997, 167 p.

- *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 7e éd., 2006, 180 p.

MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Droit fondamental, 5e éd., 2000, 460 p.

- *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Droit fondamental, 2007, 278 p.

MOREAU (J.), *Droit administratif*, PUF, Droit fondamental, 1989, 569 p.

MOREAU (J.), DARCY (G.), *La libre administration des collectivités locales, réflexions sur la décentralisation*, Economica, 1984, 468 p.

N

NEGRIN (J.-P.), *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction. De la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Travaux et mémoires de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille – centre de recherches administratives, 1976, 208 p.

O

R. ODENT, *Contentieux administratif, t. 1*, Dalloz, 2007, 1051 p.

- *Contentieux administratif, t. 2*, Dalloz, 2007, 783 p.

P

B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 7e éd., 2005, 530 p.

- *Manuel de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2006, 342 p.

- *Traité de contentieux administratif*, PUF, Droit fondamental, 2008, 646 p.

PETIT (J.), EVEILLARD (G.), *L'ouvrage public*, Litec, 2009, 229 p.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, 1230 p.

PLANTEY (A.), *La fonction publique, Traité général*, Litec, 2001, 826 p.

R

RAVANEL (J.), *La réforme des collectivités locales et des régions*, Dalloz, Etudes politiques, économiques et sociales, 1984, 447 p.

RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3e éd., 2002, 821 p.

- *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2007, 1135 p.

REY (A.), *Dictionnaire culturel en langue française (A-D)*, Le Robert, 2006, 2355 p.

- *Dictionnaire culturel en langue française (D-L)*, Le Robert, 2006, 2396 p.

- *Dictionnaire culturel en langue française (L-R)*, Le Robert, 2006, 2392 p.

- *Dictionnaire culturel en langue française (R-Z)*, Le Robert, 2006, 2083 p.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5e éd., 2006, 738 p.

- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6e éd., 2008, 765 p.

RIDEAU (J.), *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, 230 p.

RIVERO (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 8e éd., 1977, 532 p.

RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 14e éd., 1992, 448 p.

- *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2006, 645 p.

ROLLAND (L.), *Précis de droit administratif*, Dalloz, 1957, 643 p.

ROUAULT (M.-C.), *Contentieux administratif*, Gualino, 2008, 613 p.

ROUGEVIN-BAVILLE (M.), DENOIX de SAINT MARC (R.), LABETOULLE (D.), *Leçons de droit administratif*, Hachette Supérieur, 1989, 639 p.

ROUQUETTE (R.), *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 3e éd., 2008, 925 p.

S

SERRAND (P.), *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 3e éd., 2009, 333 p.

SOLER-COUTEAUX (P.), *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 3e éd., 2000, 667 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, Droit fondamental, 9e éd., 2008, 843 p.

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cours européenne des droits de l'Homme*, PUF, Thémis Droit, 5e éd., 2009, 854 p.

T

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10e éd., 2009, 1542 p.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, Thémis droit, 2e éd., 2009, 468 p.

TURPIN (D.), *Droit de la décentralisation*, Gualino, 1998, 238 p.

V

VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, 2e éd., 1999, 303 p.

VEDEL (G.), *Les permis de bâtir*, LGDJ, 1937, 55 p.

VEDEL (G.), DELVOLVE (P.), *Droit administratif, t. 1*, PUF, Thémis Droit, 11e éd., 1990, 708 p.

- *Droit administratif, t. 2*, PUF, Thémis Droit, 11e éd., 1990, 781 p.

- *Droit administratif, t. 1*, PUF, Thémis Droit, 12e éd., 1992, 716 p.

- *Droit administratif, t. 2*, PUF, Thémis Droit, 12e éd., 1992, 802 p.

W

WACHSMANN (P.), *Le nouveau juge administratif des référés, Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, PU Strasbourg, Collec. de l'Université Robert Schuman, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2002, 282 p.

WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 22e éd., 2008, 702 p.

WALINE (M.), *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 4e éd., 1946, 556 p.

- *Droit administratif*, Sirey, 8e éd., 1959, 932 p.

- *Notes d'arrêts, t. 1*, Dalloz, 2004, 852 p.

- *Notes d'arrêts, t. 2*, Dalloz, 2005, 742 p.

- *Notes d'arrêts, t. 3*, Dalloz, 2006, 607 p.

II. Thèses

B

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Le décès du contractant*, Economica, 1988, 384 p.

BICHOFFE (G.), *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat*, Sirey, 1927, p. 287.

BILLIAU (M.), *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989, 455 p.

C

CROUZATIER-DURAND (F.), *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'Harmattan, 2003, 434 p.

D

DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, 571 p.

DUBOC (G.), *La compensation et les droits des tiers*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989, 310 p.

DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1974, 318 p.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1984, 545 p.

F

FOLLIOT (L.), *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Thèse, Paris, 1994, 724 p.

FORTSAKIS (T.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1987, 542 p.

FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e^ au XX^e^ siècle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, 805 p.

J

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, Thèse, Dijon, 1909, 964 p.

K

KRITTER (J.), *La tierce opposition en droit administratif*, Thèse, Paris, Domat-Montchrestien, 1935, 130 p.

L

LAFARGUE (F.), *Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales : histoire d'une réforme*, Thèse, Pau, 1994, 565 p.

LANDON (P.), *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, 1942, 257 p.

- *Le recours en excès de pouvoir depuis 1954, 12 ans de jurisprudence*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1968, 182 p.

P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels (transports-eau-gaz-électricité)*, Sirey, 1933, 258 p.

LEPETIT-COLLIN (H.), *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Thèse Paris, 2008, 634 p.

LE PORZOU (J.-Y.), *La tierce opposition en contentieux administratif*, Thèse, Rennes, 1972, 227 p.

LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Droit privé, 1989, 320 p.

M

MADIOT (Y.), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1971, 390 p.

MARTIN (S.), *Contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales*, Berger-Levrault, Administration locale, 1990, 366 p.

MARTINEZ-MEHLINGER (J.), *Le recours pour excès de pouvoir en matière fiscale*, L'Harmattan 2002, 830 p.

MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001, 466 p.

MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Droit privé, 1999, 788 p.

N

NICINSKI (S.), *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, 564 p.

P

PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Panthéon-Assas, Droit public, 2003, 878 p.

PONTIER (J.-M.), *L'Etat et les collectivités locales, la répartition des compétences*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1978, 630 p.

POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1991, 598 p.

R

RAINAUD (J.-M.), *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1966, 210 p.

REGOURD (S.), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1982, 539 p.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980, 564 p.

S

SANDEVOIR (P.), *Etude sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1964, 461 p.

W

WEIL (P.), *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, A. Pedone, 1952, 275 p.

WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, 402 p.

III. Dictionnaires et Répertoires

Juris-classeur, Administratif.

Juris-classeur, Collectivités territoriales.

Juris-classeur, Construction et urbanisme.

Juris-classeur, Contrats et marchés publics.

Juris-classeur, Environnement.

Juris-classeur, Justice administrative.

Le Petit Larousse, éd. 2005, 1872 p.

Le Petit Larousse, éd. 2009, 1889 p.

Répertoire Dalloz, Collectivités territoriales.

Répertoire Dalloz, Contentieux administratif.

IV. Articles et Chroniques

A

ACH (N.), Le référé précontractuel : une réforme inachevée, *AJDA* 2002, p. 1422.

ANTOINE (J.), Les titulaires du recours en nullité des contrats, Comparaison du droit administratif et du droit privé, *DA* novembre 2001, p. 4.

AUBY (J.-B.), Référé précontractuel, in *Juris-classeur, Administratif, t. 11*, fasc. 1096.

AUBY (J.-F.), La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ?, *AJDA* 1984, p. 412.

B

BARBIER (C.), L'usager est-il devenu le client du service public ?, *JCP* 1995, I, 3816.

BECHILLON (D. de), Le contrat comme norme dans le droit public positif, *RFDA* 1992, p. 15.

- L'Etat est-il une personne publique comme les autres ?, in *La personnalité publique*, Litec, Travaux de l'AFDA 1, Colloques et débats, 2007, p. 127.

BECHILLON (D. de), TERNEYRE (P.), Contentieux des contrats administratifs, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*.

BEIGNIER (B.), Droits, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 533.

BENOIT (F.-P.), Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, *JCP* 1954, I, 1178.

- Recours du préfet, in *Répertoire Dalloz, Collectivités locales, t. 5*, fasc. 4573.

BENTZ (J.), Le tiers à l'acte administratif, *RPDA* 1958, n° 11, p. 164, n° 12, p. 1.

BERTHON (G.), La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre « référé suspension » et « référé contractuel », *RFDA* 2009, p. 1215.

BOCKEL (A.), Sur le rôle de la distinction du tiers et de l'usager dans le droit de la responsabilité publique, *AJDA* 1968, I, p. 437.

BOITEAU (C.), Délégation de service public, notion et contrat, in *Juris-classeur, Administratif, t. 9*, fasc. 660.

BRACONNIER (S.), Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence…, *AJDA* 2007, p. 1497.

BRARD (Y.), A propos de la notion de fait du tiers, *JCP* 1980, I, 2976.

BRAUD (F.), MOUSTARDIER (A.), Installations classées soumises à déclaration, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4014.

BROYELLE (C.), Les mesures ordonnées en référé, *RFDA* 2007, p. 73.

- Le risque en droit administratif « classique » (fin du XIX^e^, milieu du XX^e^ siècle), *RDP* 2008, p. 1513.

BRUERE (J.-C.), Le consensualisme dans les contrats administratifs, *RDP*, 1996, p. 1715.

C

CHAISEMARTIN (A. de), Intérêt pour agir, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 3*.

CHAPUS (R.), De l'office du juge : contentieux administratif et nouvelle procédure civile, *EDCE* 1977-1878, n° 29, p. 11.

CORAIL (J.-L. de), Acte administratif, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 11.

- Service public, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1411.

CORBISIER (I.), Les différents tiers au contrat, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 100.

CRISTINI (R.), Contentieux de l'urbanisme, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 4*.

CRUCIS (H.-M.), Notion d'acte administratif, in *Juris-classeur, Administratif, t. 1*, fasc. 106-10.

D

DANTONEL-COR (N.), L'annulation de l'acte détachable, *DA* 1999, chron. n° 14.

DEHARBE (D.), Installations classées soumises à autorisation, in *Juris-classeur, Environnement, t. 4*, fasc. 4012.

DELCROS (X.), Le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, *EDCE* 1987, p. 23.

DELVOLVE (P.), La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, in *Mélanges G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 407.

- Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 83.

- L'apport du doyen Vedel au droit administratif, *RFDA* 2002, p. 222.

DIALLO (I.), L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *AJDA* 2005, p. 2438.

DIEU (F.), L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels, *AJDA* 2007, p. 782.

DRAGO (R.), Le contrat administratif aujourd'hui, *Droits*, n° 12, 1990, p. 117.

DREYFUS (J.-D.), L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédure de recours, *AJDA* 2010, p. 148.

DUBOUCHET (P.), La tierce opposition en droit administratif, contribution à une théorie normative de l'institution, *RDP* 1990, p. 709.

E

ERSTEIN (L.), Référé administratif, in *Juris-classeur, Contrats et marchés publics, t. 1*.

F

FERRAND (F.), Contentieux des installations classées, in *Juris-classeur, Environnement, t. 2*, fasc. 1040.

FIALAIRE (J.), Fonction publique, notation, formation, avancement, changement de corps et affectation, in *Juris-classeur, Administratif, t. 3*, fasc. 187.

FONTAINE (M.), Effets « internes » et effets « externes » des contrats, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 40.

FRICERO-BERNARDINI (N.), Le droit au juge devant les juridictions civiles, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 13.

G

GADOLDE (C.), Installations classées pour la protection de l'environnement, in *Juris-classeur, Administratif, t. 6*, fasc. 365.

GAUDEMET (Y.), Principe de légalité, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 917.

GHESTIN (J.), La notion de contrat, *Droits*, n° 12, 1990, p. 7.

- La distinction des parties et des tiers au contrat, *JCP* 1992, I, 3628.

- Introduction, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 4.
- Contrat, in *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 276.
GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), JAMIN (C.), Stipulation pour autrui, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 380.
GIAKOUMOPOULOS (C.), DRZEMCZEWSKI (A.), Commentaire de l'article 13, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 455.
GILTARD (D.), Référé précontractuel et régimes spéciaux de suspension, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 3*.
GINTRAND (E.), Usager, in *Juris-classeur, Administratif, t. 2*, fasc. 126.
GOHIN (O.), Tierce opposition, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 4*.
GONOD (P.), Introduction de l'instance, in *Juris-classeur, Justice administrative, t. 1*, fasc. 40.
GOURDOU (J.), TERNEYRE (P.), Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle, *CJEG* 1999, p. 249.
- Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence, *CJEG* avril 2001, p. 135.
GUETTIER (C.), Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui ?, *Responsabilité civile et assurances* 2000, hors série, La responsabilité du fait d'autrui, p. 41.
GUILLAUMONT (O.), De quelques interrogations sur le recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *JCP A* 2007, 2140.
GUILLAUME (E.), Contentieux des installations classées, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 3*.
GUILLAUME (G.), Conclusions, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 217.
GUTMANN (D.), Droit subjectif, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 529.
GUYOMAR (M.), Référé administratif et contentieux de la Fonction publique, *Cahiers de la Fonction publique* octobre 2001, p. 33.

H

H. C., A. D. M., Contrat privé, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1988, p. 70.

H. C., A. D. M., Contrat, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 105.

HELIN (J.-C.), Sur le contrôle de légalité des actes locaux, *RFDA* 1987, p. 765.

HEURTHE (A.), La tierce opposition en droit administratif, *D.* 1955, chron. XII.

I

IDOUX (P.), UBAUD-BERGERON (M.), Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, A propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, *JCP* 2009, I, 201.

J

JALLAIS (B.), Les examens universitaires devant le juge administratif, *AJDA* 2001, p. 736.

J. W. H., F. M., Théorie de la connaissance juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 94.

K

KLOEPFER (W.), Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, *AJDA* 2003, p. 585.

L

LAUBADERE (A. de), Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif, *EDCE* 1959, p. 29.

LACHAUME (J.-F.), Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, *RFDA* 1985, p. 529.

- L'usager du SPIC géré par un entreprise publique, CJEG 1994, spécial n° 500, p. 317.

- Les futurs « grands arrêts », *RFDA* 2007, p. 261.

- La compétence du juge administratif dans le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, in *Mélanges J. Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 407.

LACHAUME (J.-F.), AUBIN (E.), Contrôle administratif de légalité, Introduction générale et personnes morales concernées, in *Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 910.

- Contrôle administratif de légalité, Différents types de contrôles, *in Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 911.

- Contrôle administratif de légalité, Objet et effets, in *Juris-classeur, Collectivités territoriales, t. 5*, fasc. 912.

LAGUMINA (S.), PHILIPPE (E.), Le référé précontractuel, Bilan et perspectives, *AJDA* 2000, p. 283.

LATOURNERIE (R.), Dommages causés par les travaux publics, *RDP* 1945, p. 10.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), Personne, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1151.

LEMAIRE (F.), Les requérants d'habitude, *RFDA* 2004, p. 554.

LEVY (M.), Le désistement du déféré du commissaire de la République, *AJDA* 1985, p. 136.

LIET-VEAUX (G.), Permis de construire, contentieux administratif, in *Juris-classeur, Administratif, t. 8*, fasc. 452-10.

- Permis de construire, contentieux administratif, in *Juris-classeur, Construction et urbanisme, t. 5*, fasc. 26-50.

LINDITCH (F.), Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours, *JCP A* 2009, 2144.

- Transposition de la directive Recours, suite et fin ? Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, *JCP A* 2009, 2298.

LLORENS (F.), Le référé précontractuel entre continuité et changement, in P. WACHSMANN, *Le nouveau juge administratif des référés, Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, PU Strasbourg, Collec. de l'Université Robert Schuman, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2002, p. 45.

LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la nouvelle directive « recours » ?, *Contrats-marchés publ.* 2009, n° 6, repère 6.

M

MARCHESSAUX (I.), L'opposabilité du contrat aux tiers, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 67.

MARCUS (L.), PERRIN (A.), Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux, *DA* janvier 2006, p. 5.

MATHEY (N.), Personne publique et personne privée, in *La personnalité publique*, Litec, Travaux de l'AFDA 1, Colloques et débats, 2007, p. 63.

MELLERAY (G.), La suppression des tutelles ?, in F. MODERNE, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 211.

MODERNE (F.), La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics, *CJEG* 1964, chron., p. 154.

MORAND-DEVILLER (J.), Etendue de l'obligation pour les collectivités publiques, bénéficiaires d'emplacements réservés pour recevoir des équipements collectifs, d'en respecter la destination, *AJDA* 1992, p. 227.

MOREAU (J.), Bilan juridictionnel du contrôle administratif de légalité, *AJDA* 1992, p. 55.

M. T. M. K., Personne, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 436.

M. V. D. K., Acte juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 4.

M. Z. S., W. K., Rapport juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 502.

P

PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), Personne morale, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1153.

PERIGNON (S.), Les autorisations d'urbanisme et le recours des tiers, *Defrénois notarial* 1988, I, 34261.

PETIT (J.), Ouvrages et travaux publics, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1125.

- Rapport de synthèse, in *La personnalité publique*, Litec, Travaux de l'AFDA 1, Colloques et débats, 2007, p. 243.

PIEDBOIS (J.-C.), Le juge administratif et la « nouvelle » tutelle, in F. MODERNE *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 261.

PLESSIX (B.), Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action, *RDP* 2003, p. 579.

P. N. K. C., W. K., Droit subjectif, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 210.

POUJADE (B.), Le référé précontractuel, *RFDA* 2002, p. 279.

POUYAUD (D.), Le recours pour excès de pouvoir des tiers et les contrats publics, *BJCP* 1999, n° 3, p. 238.

R

RAINAUD (J.-M.), Le contrat administratif : volonté des parties ou loi du service public, *RDP* 1985, p. 1183.

- Le droit au juge devant les juridictions administratives, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 34.

REES (P.), Etat des lieux du droit du contentieux de la validité des contrats de la commande publique, *Contrats-marchés publ.* 2010, n° 1, étude n° 1.

RENARD-PAYEN (O.), Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics, dommages subis par les tiers, in *Juris-classeur, Administratif, t. 10*, fasc. 934.

- Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics, dommages subis par les usagers, in *Juris-classeur, Administratif, t. 10*, fasc. 932.

RENOUX (T. S.), La constitutionnalisation du droit au juge en France, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 113.

RENUCCI (J.-F.), Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 138.

RIDEAU (J.), Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 7.

RIPERT (G.), TEISSEIRE (M.), Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, *RTDC* 1904, p. 757.

RIVIER (M.-C.), Le droit au juge et procédure parajuridictionnelle, in J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 53.

S

SAINT-JOURS (Y.), La nouvelle configuration des recours des tiers payeurs contre les tiers responsables d'un accident, *RDSS* 1986, chron., p. 258.

SEILLER (B.), Acte administratif, in *Répertoire Dalloz, Contentieux administratif, t. 1*.

- La contestation du refus d'exercer le déféré préfectoral, *RDP* 1992, p. 1149.

SERINET (Y.-M.), Le juge et l'illicéité du contrat, in C. COULON, F. COLLART DUTILLEUL, *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p. 87.

SINKONDO (P.), La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?, *RTDC* 1993, p. 239.

SOYER (J.-C.), SALVIA (M. de), Commentaire de l'article 6, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2e éd., 1999, p. 239.

STIRN (B.), Intérêt, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 837.

T

TOMKIEWICZ (V.), La protection du tiers dans le contentieux de la légalité des actes administratifs individuels créateurs de droit, *RDP*, 2006, p. 1275.

TUSSEAU (G.), Critique d'une métanotion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

U

UBAUB-BERGERON (M.), Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 575.

V

VANDERMEEREN (R.), Le référé administratif précontractuel, *AJDA* 1994, n° spécial, p. 91.

VAN LANG (A.), De l'usage du bilan dans l'après jugement, in *Mélanges J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1053.

VEDEL (G.), De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barenstein, *JCP* 1948, I, 682.

- La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *JCP* 1950, I, 851.

VERHEYDEN-JEANMART (N.), LEPOT-JOLY (N.), L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 222.

VERPEAUX (M.), Constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore…, in *Mélanges J. Moreau*, Economica, 2003, p. 469.

VIRASSAMY (G.), La connaissance et l'opposabilité, in M. FONTAINE, J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 132.

VIVENS (G.), Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, *AJDA* 1986, p. 541.

- Tierce opposition et transfert de permis de construire, *AJDA* 1989, p. 167.

W

WACHSMANN (P.), La recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats, Pour le centenaire de l'arrêt *Martin*, *RFDA* 2006, p. 24.

WALINE (J.), Contrats et recours pour excès de pouvoir, in *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 859.

WEBER (Y.), Les acteurs des contrats de l'Administration, in *Mélanges G. Peiser*, PU de Grenoble, Droit public, 1995, p. 521.

WEIL (M.), Le critère du contrat administratif en crise, in *Mélanges M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 831.

Y

Y. J., La réforme du permis de construire et des autorisations d'urbanisme, *AJDA* 2005, p. 2316.

V. Notes, Observations et Commentaires de jurisprudence

A

AZIBERT (M.), BOISDEFFRE (M. de), note sur CE, 13 mars 1987, Société albigeoise de spectacles et Société Castres Spectacles, *AJDA* 1987, p. 332.

B

BAZEX (M.), note sur CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, *AJDA* 1999, p. 427.

BIGET (C.), note sur TC, 1er juillet 2002, Mlle Labrosse c/ Gaz de France, *AJDA* 2002, p. 689.

BLAEVOET (C.), note sur CE, 25 avril 1958, Veuve Barbaza et Mutuelle générale française, sur TC, 19 mai 1958, Tramuta, sur Cass., Crim., 6 mars 1956, Electricité de France c/ Darmendrail et sur Cass. Civ. 1ère, 9 avril 1959, Défaut c/ Théobald, *D.* 1960, J, 62.

BRAIBANT (G.), Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, Réponse à une demande d'éclaircissement du ministre de la mer, 25 janvier 1989, *EDCE* 1989, n° 41, p. 127.

C

CHAUVAUX (D.), GIRARDOT (T.-X.), note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *AJDA* 1996, p. 732.

CHAUVIN (N.), note sur TA Paris, 21 novembre 2002, Epoux Ameye, *AJDA* 2003, p. 1178.

Comité de rédaction du JCP A, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, act. 698.

Commentaire autorisé sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 279.

Commentaire autorisé sur CE, 22 mai 1912, Ville de Roubaix, *Rec. CE*, p. 599.

D

DELVOLVE (P.), note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, *RFDA* 1997, p. 89.

- note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 327.

- note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *RFDA* 2008, p. 1139.

DEWAILLY (S.), note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, *AJDA* 2007, p. 695.

DOUENCE (J.-C.), note sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *RFDA* 1991, p. 598.

DREIFUSS (M.), note sur CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, *RDP* 1999, p. 829.
DURAND (P. E.), note sur CAA Bordeaux, 6 novembre 2006, Association des Belles Dames, Environnement et Patrimoine, *AJDA* 2007, p. 100.

G

G. J., note sur CE, 6 octobre 1944, Société Streichenberger, *RDP* 1946, p. 325.
GLATT (J.-M.), note sur TA Marseille, 20 août 2007, Société Queyras environnement, *AJDA* 2007, p. 2436.
GEFFRAY (E.), LIEBER (S.-J.), note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *AJDA* 2008, p. 2161.
GUETTIER (C.), note sur CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, *RDP* 2000, p. 381.
- note sur CE Sect., 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon (SIAEC), *RDP* 2005, p. 564.
- note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, *RDP* 2005, p. 505.
GUILLAUMONT (O.), note sur CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, *JCP A* 2009, 2215.

H

HAURIOU (M.), note sur CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, *S.* 1900, III, 73.
- note sur CE, 6 février 1903, Terrier, Rec CE, p. 94, concl. Romieu, *S.* 1903, III, 25.
- note sur CE, 11 décembre 1903, Commune de Gorre et sur CE, 4 août 1905, Martin, *S.* 1906, III, 49.
- note sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *S.* 1907, III, 33.
- note sur CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *S.* 1914, III, 33.
- note sur CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur, *S.* 1921, III, 49.
- note sur CE, 26 décembre 1925, Rodière, Rec. CE, p. 1065, *S.* 1925, III, 49.
HEU (C.), note sur CAA Paris, 20 novembre 2003, Commune de Puteaux c/ Commune de Courbevoie et sur CAA Paris, 2 décembre 2003, Commune d'Issy-les-Moulineaux c/ Préfet des Hauts-de-Seine, *AJDA* 2004, p. 873.

J

J. B., note sur CAA Lyon, 16 mars 2000, Commune de Saint-Laurent-du-Pont c/ M. et Mme Raymond, *AJDA* 2000, p. 900.
JEAN-PIERRE (D.), note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *JCP A* 2006, 1212.

JEZE (G.), note sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *RDP* 1906, p. 668.

- note sur CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *RDP* 1913, p. 331.

J.-F. D., note sur CAA Bordeaux, 28 octobre 1999, Commune de Bidart, *AJDA* 2000, p. 234.

JURVILLIERS-ZUCCARO (E.), note sur CAA Nancy, 22 juin 2009, Caisse primaire d'assurance maladie de la Marne, *JCP A* 2010, 2136.

- note sur CAA Nancy, 8 octobre 2009, Société des Grands Moulins Becker et autres, *JCP A* 2010, 2136.

L

LANDAIS (C.), LENICA (F.), note sur CE Sect., 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon (SIAEC), *AJDA* 2004, p. 1698.

- note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, *AJDA* 2004, p. 2150.

- note sur CE Sect., 16 décembre 2005, Mme Kostiuk et autres, *AJDA* 2006, p. 365.

LE GARZIC (P.), note sur CAA Douai, 6 décembre 2006, Service départemental d'incendie et de secours du Pas-de-Calais et M. Bujok, *AJDA* 2007, p. 33.

LENICA (F.), BOUCHER (J.), note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *AJDA* 2007, p. 1577.

LIEBER (S.-J.), BOTTEGHI (D.), note sur CE Sect., 31 décembre 2008, Cavallo, *AJDA* 2009, p. 142.

- note sur CE, 16 février 2009, Société ATOM, *AJDA* 2009, p. 583.

- note sur CE Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, *AJDA* 2010, p. 142.

LINDITCH (F.), note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP A* 2007, 2212.

- note sur CE, 30 octobre 2006, Commune d'Andeville, *JCP A* 2006, 1301.

- note sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *JCP A* 2008, 2262.

M

MALLOL (F.), note sur CE Sect., 10 juillet 1995, Laplace, *AJDA* 1995, p. 849.

M. B., note sur TA Grenoble, ord., 11 janvier et 8 février 1994, Société routière Chambard, *RFDA* 1994, p. 741.

MELLERAY (F.), note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RDP* 2007, p. 1383.

MESTRE (J.-L.), note sur CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, in *Mélanges M. Guibal, t. 1*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 545.

MODERNE (F.), note sur CE, 20 décembre 1989, Ville de Bresse, *RFDA* 1990, p. 426.

MONTECLER (M.-C.), note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, *AJDA* 2006, p. 1072.

MOREAU (D.), note sur TA Paris, 6 octobre 2000, Conseil et ingénierie d'assurance Lange, *AJDA* 2000, p. 1052.

N

NICOUD (F.), note sur CE, 27 octobre 2006, Dreysse et autres, *AJDA* 2007, p. 316.

P

PACTEAU (B.), note sur CE, 1er octobre 1993, Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas, *RFDA* 1994, p. 248.

P. L., note sur CE, 7 novembre 1952, Grau, *JCP* 1953, III, 7448.

P.-L. J., note sur CE, 6 octobre 1944, Société Streichenberger, *D*. 1945, p. 20.

PLESSIX (B.), note sur CE Sect., 19 novembre 2004, Ramond et sur CE Sect., 19 novembre 2004, Roche, *RFDA* 2005, p. 375.

- note sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *JCP* 2006, I, 170.

- note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, I, 193.

- note sur CE, 30 octobre 2006, Commune d'Andeville, *JCP* 2006, I, 201.

POUYAUD (D.), note sur CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, *RFDA* 1994, p. 1098.

- note sur CE, 27 novembre 1996, Commune de Moulins c/ Mme Henriquès, *RFDA* 1997, p. 355.

- note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 139.

- note sur Cass, Civ. 1ère, 12 novembre 1998, Commune de Moulins, *RFDA* 1999, p. 147.

- note sur CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, *RFDA* 1999, p. 977.

R

RAYNAUD (F.), FOMBEUR (P.), note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *AJDA* 1998, p. 969.

REY (J.-L.), note sur CAA Bordeaux, 26 novembre 2002, Office national des forêts, *AJDA* 2003, p. 86.

S

SABLIERE (P.), note sur Commission de régulation de l'électricité, 27 juin 2002, SEMMARIS c/ EDF, *RFDA* 2003, p. 77.

SEILER (B.), note sur CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, *RFDA* 2000, p. 1242.

- note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10160.

T

TERNEYRE (P.), note sur CE Sect., 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, sur CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne et sur CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon communications, *D.* 1996, somm. 321.

TOUTEE (H.), note sur CE Sect., 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communs de la mairie de Nîmes et syndicat des cadres communs de la mairie de Nîmes, *RFDA* 1993, p. 250.

TOUVET (L.), STAHL (J.-H.), note sur CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, *AJDA* 1994, p. 914.

U

UBAUD-BERGERON (M.), note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *JCP* 2007, II, 10156.

V

VINCENT-LEGOUX (M.-C.), note sur CE, 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, *RFDA* 2006, p. 109.

- note sur TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort et sur CAA Marseille, 18 décembre 2006, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (CMESE), *RFDA* 2007, p. 951.

W

WALINE (M), note sur CE Sect., 20 avril 1956, Epoux Bertin, *RDP* 1956, p. 869.

- note sur CE Sect., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard, *RDP* 1956, p. 1058.

- note sur CE Sect., 28 juin 1963, Narcy, *RDP* 1963, p. 1186.

- note sur CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, *RDP* 1966, p. 151.

- note sur CE, 24 novembre 1967, Labat, *RDP* 1968, p. 648.

- note sur TC, 15 janvier 1968, Cie Air-France c/ Epoux Barbier, *RDP* 1968, p. 893.

- note sur CE, 27 octobre 1971, Ville de Fréjus, *RDP* 1972, p. 695.

VI. Conclusions de Commissaire du gouvernement ou de Rapporteur public

B

BERGEAL (C.), concl. sur CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, *RFDA* 2000, p. 1035.

BIANCARELLI (J.), concl. sur CE Sect., 18 juin 1982, SA Bureau Veritas, *Rec. CE*, p. 240.

BLUM (L.), concl. sur CE, 29 novembre 1912, Boussuge, *Rec. CE*, p. 1128.

BOULOUIS (N.), concl. sur CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, *RFDA* 2009, p. 463.

C

CASAS (D.), concl sur CE, 12 mai 2006, Caisse des dépôts et consignations, *AJDA* 2006, p. 1607.

- concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, *RJEP* 2007, p. 337.

CHANTEPY (C.), concl. sur CE Sect., 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, sur CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne et sur CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon communications, *RFDA* 1995, p. 1077.

- concl. sur CE, 30 octobre 2006, Commune d'Andeville, *AJDA* 2006, p. 2340.

CHAUVAUX (D.), concl. sur CE Sect., 29 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, *RFDA* 2000, p. 850.

CHENOT (B.), concl. sur CE, 10 février 1950, Gicquel, *Rec. CE*, p. 102.

COMBREXELLE (J.-D.), concl. sur CE Ass., 15 avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux, *RFDA* 1996, p. 1169.

- concl. sur CE Ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et M. Monnier, *RFDA* 1997, p. 726.

COURREGES (A.), concl. sur CE, 16 novembre 2009, SARL Les résidences de Cavalière, *AJDA* 2010, p. 454.

D

DACOSTA (B.), concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, *RFDA* 2008, p. 1128.

DETTON (F.), concl. sur CE, 6 octobre 1944, Société Streichenberger, *RDP* 1946, p. 325.

DEVYS (C.), concl. sur CE Sect., 19 novembre 2004, Ramond et sur CE Sect., 19 novembre 2004, Roche, *Rec. CE*, p. 432.

F

FAUGERE (J.-P.), concl. sur CE, 20 décembre 1989, Ville de Bresse, *RFDA* 1990, p. 421.

FRATACCI (S.), concl. sur CE, 4 février 1994, Ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace c/ Mme Veuve Casta et M. Toussaint Casta, *RFDA* 1995, p. 773.

J

JAGERSCHMIDT (H.), concl. sur CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, *Rec. CE*, p. 719.

K

KELLER (R.), concl. sur CE, 17 mai 2006, Bellanger, *AJDA* 2006, p. 1513.

L

LAMBERT (C.), concl. sur CAA Paris, 7 juillet 1999, M. Secail, *AJDA* 2000, p. 157.

LA VERPILLIERE (C. de), concl. sur CE Sect., 8 juin 1990, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie, *RFDA* 1991, p. 647.

LETOURNEUR (M.), concl. sur CE Sect., 21 mai 1954, Société nationale des chemins de fer français, *Rec. CE*, p. 293.

M

MALLOL (F.), concl. sur TA Besançon, ord., 14 avril 1994, Groupement d'entreprise Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagney, *RFDA* 1994, p. 747.

MAUGUE (C.), concl. sur CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, *AJDA* 1994, p. 898.

P

PIVETEAU (D.), concl. sur CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *CJEG* 2004, p. 246.

POCHARD (M.), concl. sur CE, 1er octobre 1993, Société Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas, *AJDA* 1993, p. 810.

PORTAIL (P.), concl. sur TA Strasbourg, 16 février 1996, Préfet de la Moselle, Association Bitche Expansion c/ Ville de Bitche, *RFDA* 1997, p. 100.

R

RIGAUD (J.), concl. sur CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, *D*. 1966, p. 107.

ROMIEU (J.), concl. sur CE, 6 février 1903, Terrier, *Rec. CE*, p. 94, *D*. 1904, III, 65, *S*. 1903, III, p. 25.

- concl. sur CE, 4 août 1905, Martin, *Rec. CE*, p. 753.

- concl. sur CE, 30 mars 1906, Ballande, *Rec. CE*, p. 281.

- concl. sur CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *Rec. CE*, p. 966.

S

SCHWARTZ (R.), concl. sur CE Sect., 7 octobre 1994, Lopez, *RFDA* 1994, p. 1090.

- concl. sur CE, 27 novembre 1996, Commune de Moulins c/ Mme Henriquès, *RFDA* 1997, p. 353.

SILVA (I. de), concl. sur CE Sect., 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon (SIAEC), *RFDA* 2004, p. 895.

STAHL (J.-H.), concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *RFDA* 1999, p. 128.

- concl. sur CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, *Rec. CE*, p. 95, *AJDA* 1999, p. 427.

- concl. sur CE, 23 juillet 2003, Syndicat SUD-Travail, *RFDA* 2004, p. 139.

STIRN (B.), concl. sur CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, *RFDA* 1991, p. 587.

T

TARDIEU (J.), concl. sur CE, 11 décembre 1908, Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des Colonies, *Rec. CE*, p. 1016.

VII. Jurisprudence

A. Conseil d'Etat

Antérieure à 1900

CE, 14 février 1842, Chevassus, Rec. CE, p. 56.

CE, 28 avril 1882, Ville de Cannes, Rec. CE, p. 387.

CE, 8 décembre 1899, Ville d'Avignon, Rec. CE, p. 719, concl. Jagerschmidt, S. 1900, III, 73, note Hauriou.

1900

CE, 27 juin 1902, de Clerq et Bourgeois, Rec. CE, p. 487, D. 1903, III, 71.

CE, 6 février 1903, Terrier, Rec. CE, p. 94, concl. Romieu, D. 1904, III, 65, concl. Romieu, S. 1903, III, 25, concl. Romieu, note Hauriou, AJDA 2003, p. 153, art. Costa, GAJA.

CE, 29 mai 1903, Compagnie générale française de tramways, Rec. CE, p. 441.

CE, 11 décembre 1903, Commune de Gorre, Rec. CE, p. 771, S. 1906, III, 49, note Hauriou.

CE, 11 décembre 1903, Lot, Rec. CE, p. 780, S. 1904, III, 113, note Hauriou.

CE, 4 août 1905, Martin, Rec. CE, p. 749, concl. Romieu, D. 1907, III, 49, concl. Romieu, RDP 1906, p. 249, note Jèze, S. 1906, III, 49, note Hauriou, GAJA.

CE, 30 mars 1906, Ballande, Rec. CE, p. 279, concl. Romieu, RDP 1906, note Jèze.

CE, 14 décembre 1906, Préfet de l'Hérault au nom des communes intéressées au chemin d'intérêt commun n° 64, Rec. CE, p. 918.

CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Serguey-Tivoli, Rec. CE, p. 962, concl. Romieu, D. 1907, III, 41, concl. Romieu, S. 1907, III, 33, note Hauriou, GAJA.

CE, 17 juillet 1908, Sieur Biétron c/ Commune d'Aiguilles, Rec. CE, p. 785.

CE, 11 décembre 1908, Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des Colonies, Rec. CE, p. 1016, concl. Tardieu.

1910

CE, 22 mai 1912, Ville de Roubaix, Rec. CE, p. 599.

CE, 5 juin 1912, Sieur Cayrol Gauderique, Rec. CE, p. 631.

CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. CE, p. 909, concl. Blum, D. 1916, III, 35, S. 1917, III, 15, concl. Blum, RDP 1914, p. 145, note Jèze, GAJA.

CE, 29 novembre 1912, Boussuge, Rec. CE, p. 1128, S. 1914, III, 33, concl. Blum, note Hauriou, D. 1916, III, 49, concl. Blum, RDP 1913, p. 331, concl. Blum, note Jèze, GAJA.

CE, 22 mars 1918, Rascol, Rec. CE, p. 318.

1920

CE, 10 juin 1921, Commune de Monségur, Rec. CE, p. 573, D. 1922, III, 26, concl. Corneille, RDP 1921, p. 361, concl. Corneille, note Jèze, S. 1921, III, 49, concl. Corneille, note Hauriou, GAJA.

CE, 26 janvier 1923, de Robert Lafrégeyre, Rec. CE, p. 67, RDP 1923, p. 237, concl. Rivet, GAJA.

CE, 26 décembre 1925, Rodière, Rec. CE, p. 1065, RDP 1926, p. 32, concl. Cahen-Salvador, S. 1925, III, 49, note Hauriou, GAJA.

CE, 21 janvier 1927, Compagnie générale des Eaux c/ dame de Zuylen de Nyevelt et Ville de Paris, Rec. CE, p. 96.

1930

CE, 13 février 1930, Dufour, Rec. CE, p. 176.

CE, 11 avril 1930, Antona, Rec. CE, p. 437.

CE Sect., 16 mai 1930, Ministre des travaux publics c/ consorts Lussagnet, Rec. CE, p. 527.

CE Sect., 24 juillet 1931, Commune de Vic-Fezensac, Rec. CE, p. 860, D. 1931, III, 51, note P. L. J.

CE, 20 novembre 1931, Franc, Rec. CE, p. 1017.

CE, 9 décembre 1931, Cellier et autres, Rec. CE, p. 1094.

CE Sect., 10 février 1933, Compagnie d'énergie électrique suburbaine de Nancy c/ Compagnie générale d'assurances contre les accidents, Rec. CE, p. 196.

CE, 10 février 1933, Association amicale du personnel de l'administration centrale de l'agriculture, Rec. CE, p. 193.

CE, 24 mai 1933, Société acétylène dissous du Sud-Est, Rec. CE, p. 556.

CE, 9 novembre 1934, Chambre du commerce de Tamatave, Rec. CE, p. 1034.

CE, 27 novembre 1935, Baudouin, Rec. CE, p. 1105, D. 1936, III, 74, note Blaevoet.

CE Sect., 4 décembre 1936, de Roche du Treilloy, Rec. CE, p. 1061, D. 1937, III, 4, concl. Heilbronner.

CE Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », Rec. CE, p. 417, D. 1939, III, p. 65, concl. Latournerie, note Pépy, RDP 1938, p. 830, concl. Latournerie, GAJA.

1940

CE, 2 février 1941, Sandot, Rec. CE, p. 19.

CE Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. CE, p. 239, D. 1942, p. 138, concl. Ségalat, note P.C., JCP 1942, II, 2046, concl. Ségalat, note Laroque, RDP 1943, p. 57, concl. Ségalat, note Bonnard, S. 1942, III, 37, concl. Ségalat, GAJA.

CE, 16 juin 1943, Granoux, Rec. CE, p. 154.

CE, 7 janvier 1944, Robert, Rec. CE, p. 7, RDP, 1944, p. 353, concl. Léonard, note Jèze.
CE, 6 octobre 1944, Société Streichenberger, Rec. CE, p. 263, RDP 1946, p. 325, obs. G. J., concl. Detton, D. 1945, p. 20, P.-L. J.

CE Sect., 1er mars 1946, Société l'énergie industrielle, Rec. CE, p. 66.

CE, 28 avril 1948, Bollack, Rec. CE, p. 181.
CE, 9 juin 1948, Cousin, Rec. CE, p. 254.

CE, 1er avril 1949, Poncet, Rec. CE, p. 166.

1950

CE Sect., 13 janvier 1950, Union générale des fédérations de fonctionnaires, Rec. CE, p. 26.
CE, 10 février 1950, Gicquel, Rec. CE, p. 100.
CE Ass., 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte, Rec. CE, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline, GAJA.
CE Sect., 17 juillet 1950, Mouret, Rec. CE, p. 447.
CE, 20 octobre 1950, Stein, Rec. CE, p. 505.

CE Ass., 4 Avril 1952, Gerbaud, Rec. CE, p. 211.
CE, 7 novembre 1952, Grau, Rec. CE, p. 503, AJDA 1953, II, p. 107, JCP 1953, III, 7448, note P. L.

CE Ass., 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Rec. CE, p. 175, D. 1953, p. 683, note Eisenmann, RDP 1953, p. 448, concl. Donnedieu de Vabres, note Waline, JCP 1953, II, 7598, note Vedel.
CE, 17 avril 1953, Régie municipale des tramways de Béziers, Rec. CE, p. 180.

CE Sect., 21 mai 1954, Société nationale des chemins de fer français, Rec. CE, p. 293, concl. Letourneur.
CE Sect., 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, Rec. CE, p. 342, concl. Chardeau, AJDA 1954, II bis, p. 6, chron. Gazier et Long.
CE, 16 juin 1954, Leroux, Rec. CE, p. 358.
CE, 25 juin 1954, Fabre et Mercier, Rec. CE, p. 383.

CE, 28 novembre 1954, Syndicat de raffinerie de soufre française, Rec. CE, p. 620.

CE, 4 février 1955, Ville de Saverne, Rec. CE, p. 73.
CE Sect., 1er juillet 1955, Charles, Rec. CE, p. 379, AJDA 1955, II, p. 302, concl. Laurent.
CE Sect., 8 juillet 1955, Ville de Vichy, Rec. CE, p. 396, D. 1956, somm. 64.

CE Sect., 3 février 1956, Veuve Durand, Rec. CE, p. 51, concl. Landron.
CE Sect., 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. CE, p. 167, AJDA 1956, II, p. 272, concl. Long, p. 221, chron. Fournier et Braibant, RDP 1956, p. 869, concl. Long, note Waline, D. 1956, p. 433, note de Laubadère, RA 1956, p. 496, note Liet-Veaux, GAJA.
CE Sect., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard, Rec. CE, p. 168, AJDA 1956, II, p. 187, concl. Long, p. 221, chron. Fournier et Braibant, RDP 1956, p. 1058, concl. Long, note Waline, D. 1956, p. 429, concl. Long, note P. L. J., RA 1956, p. 496, note Liet-Veaux, GAJA.
CE Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Rec. CE, p. 434, AJDA 1956, II, p. 489, chron. Fournier et Braibant, D. 1956, p. 759, concl. Laurent.

CE Sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE, p. 158, S. 1957, p. 276, concl. Mosset, D. 1957, p. 378, concl. Mosset, note de Laubadère, JCP 1957, II, 9987, note Dufau, AJDA 1957, II, p. 184, chron. Fournier et Braibant.
CE Sect., 17 mai 1957, Simonet, Rec. CE, p. 314, concl. Heumann, S. 1957, p. 351, concl. Heumann, D. 1957, p. 580, note Jeanneau, AJDA 1957, II, p. 270, chron. Fournier et Braibant.

CE Sect., 3 janvier 1958, Levrat, Rec. CE, p. 2.
CE, 25 avril 1958, Veuve Barbaza et Mutuelle générale française, Rec. CE, p. 228, D. 1960, J, 62, note Blaevoet.

CE, 4 novembre 1959, Goett, Rec. CE, p. 571, RDP 1960, p. 372.
CE, 20 novembre 1959, Commune de Montaigut-en-Combrailles, Rec. CE, T., p. 1126, AJDA 1960, p. 26, concl. Fournier.

1960

CE Sect., 22 janvier 1960, Gladieu et autres, Rec. CE p. 52, CJEG 1960, p. 92, concl. Fournier, note A. C., RDP, 1960, p. 686.

CE Sect., 13 janvier 1961, Département du Bas Rhin, Rec. CE, p. 38, AJDA 1961, p. 235, concl. Fournier.
CE, 21 avril 1961, Veuve Agnesi, Rec. CE, p. 253.
CE, 6 octobre 1961, Fédération nationale des huileries métropolitaines, Rec. CE, p. 544.
CE, 13 octobre 1961, Etablissement Companon-Ray, Rec. CE, p. 567, AJDA 1962, p. 98, concl. Heumann, note de Laubadère.

CE, 9 mars 1962, Dame Dorso, Rec. CE, p. 164.
CE Sect., 12 octobre 1962, Dame Sidore-Trotta, Rec. CE, p. 537, concl. Gand.

CE Sect., 28 juin 1963, Narcy, Rec. CE, p. 401, AJDA 1964, p. 91, note de Laubadère, RDP 1963, p. 1186, note Waline.

CE, 24 avril 1964, Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales privées, Rec. CE, p. 239, AJDA 1964, p. 308, concl. Combarnous, D. 1965, p. 665, note Debbasch, CJEG 1965, J, 169, note Carron.
CE, 30 octobre 1964, Ministre des Travaux publics c/ Piquet, Rec. CE, p. 505, concl. Fournier, AJDA 1964, p. 693, chron. Puybasset et Puissochet.
CE Sect., 30 octobre 1964, Piquet, Rec. CE, p. 506, concl. Fournier, AJDA 1964, p. 693, chron. Puybasset et Puissochet.

CE Sect., 2 avril 1965, Boudy, Rec. CE, p. 222, AJDA 1965, p. 340, chron. Puybasset et Puissochet.
CE Ass., 9 octobre 1965, Veuve Béry, Rec. CE, p. 565, D. 1966, p. 105, concl. Rigaud, RDP 1966, p. 151, note Waline.

CE, 24 novembre 1967, Labat, Rec. CE, p. 100, RDP 1968, p. 648, note Waline, p. 659, concl. Baudouin, AJDA 1968, p. 100, chron. Massot et Dewost.

CE, 9 février 1968, Dame Pourcher, Rec. CE, p. 108.
CE, 9 février 1968, Epoux Cherest, Rec. CE, T., p. 968.
CE, 18 octobre 1968, Vacher-Desvernais, Rec. CE, p. 494.

CE, 20 juin 1969, Wambergue, Rec. CE, p. 324.
CE, 3 juillet 1969, Bucchini, CJEG 1969, J, p. 328.

1970

CE, 2 octobre 1970, GDF, Rec. CE, p. 614.

CE Sect., 29 janvier 1971, Association « jeunesse et reconstruction », Rec. CE, p. 81, AJDA 1971, p. 270, chron. Labetoulle et Cabanes, RDP 1971, p. 1473, note Waline.
CE, 27 octobre 1971, Ville de Fréjus, Rec. CE, p. 630, RDP 1972, p. 695, note Waline.
CE, 8 décembre 1971, Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, Rec. CE, p. 753.

CE, 17 mai 1972, Roty, Rec. CE, p. 373, AJDA 1972, p. 468, concl. Braibant.
CE, 3 novembre 1972, De Talleyrand-Périgord, Rec. CE, p. 707.

CE Sect., 18 mai 1973, Djian, Rec. CE, p. 361.

CE, 17 juin 1974, Vincent, Rec. CE, T., p. 1216.

CE Sect., 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Rec. CE, p. 326, AJDA 1975, p. 345, chron. Franc et Boyon, D. 1976, III, note Moderne.

CE, 30 juin 1976, EDF c/ Veuve Pichon, CJEG 1976, J, p. 170, concl. Franc, note A. C.
CE, 29 octobre 1976, Association des délégués et auditeurs du Conservatoire national des arts et métiers, Rec. CE, p. 460, concl. Massot, AJDA 1976, p. 635, note Théry.

CE Sect., 5 octobre 1979, SCI Adal d'Arvor, Rec. CE, p. 365.
CE Sect., 19 décembre 1979, Meyet, Rec. CE, p. 475, D. 1980, p. 124, obs. P. D.

1980

CE, 25 mars 1981, Lochet, Rec. CE, p. 164, DA 1981, n° 178.

CE Sect., 18 juin 1982, SA Bureau Veritas, Rec. CE, p. 240, concl. Biancarelli.

CE, 15 avril 1983, Commune de Menet, Rec. CE, p. 154, AJDA 1983, p. 491, obs. J. C.
CE, 25 mai 1983, Calary de Lamazière, Rec. CE, T., p. 815.

CE, 5 octobre 1984, Commissaire de la République du département de l'Ariège c/ Commune de Lavelanet, Rec. CE, p. 315, RFDA 1985, p. 241, concl. Delon.

CE, 16 mai 1986, Cassar, Rec. CE, T., p. 657, RFDA 1987, p. 223, note Douence.

CE Ass., 2 février 1987, Société TV 6, Rec. CE, p. 29, RFDA 1987, p. 29, concl. Fornacciari, AJDA 1987, p. 314, chron. Azibert et de Boisdeffre.
CE, 13 février 1987, Syndicat des chercheurs scientifiques, Rec. CE, p. 46.
CE Sect., 27 février 1987, Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mme Lancelot, Rec. CE, p. 79, AJDA 1987, p. 418, obs. Prétot, RFDA 1987, p. 212, concl. Stirn.
CE Sect., 27 février 1987, Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mme Pistol, Rec. CE, p. 80, AJDA 1987, p. 418, obs. Prétot, RFDA 1987, p. 212, concl. Stirn.
CE, 13 mars 1987, Société albigeoise de spectacles et Société Castres Spectacles, Rec. CE, p. 97, AJDA 1987, p. 332, chron. Azibert et Boisdeffre.
CE, 17 juin 1987, Ville de Boulogne-Billancourt, Rec. CE, p. 218.
CE, 18 novembre 1987, Marcy, Rec. CE, p. 371, RFDA 1988, p. 919, concl. Schrameck.

CE Sect., 13 janvier 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements, Rec. CE, p. 6, concl. Roux, AJDA 1988, p. 143, chron. Azibert et de Boisdeffre, D. 1989, p. 66, note Négrin, RDP 1988, p. 853, note Llorens, RFDA 1988, p. 282, concl. Roux.
CE, 22 avril 1988, Labit, inédit au Lebon, RDP 1988, p. 1457.
CE Sect., 11 juillet 1988, Commune de Fréjus, Rec. CE, p. 289.
CE, 30 septembre 1988, Société nationale de télévision en couleurs « Antenne 2 », Rec. CE, p. 324, AJDA 1989, p. 131, concl. Lévis.
CE, 2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff, Rec. CE, T., p. 659.

CE, 20 janvier 1989, Ville de Millau c/ Vincens, Inédit au Lebon, DA 1989, n° 87.
CE, 25 janvier 1989, Avis, EDCE 1989, n° 41, p. 127, CJEG 1991, note Pacteau.

CE, 16 juin 1989, Préfet des Bouches-du-Rhône, Rec. CE, T., p. 855, RFDA 1989, p. 941, note F. M.

CE, 26 juin 1989, Association « Etudes et consommation CFDT », Rec. CE, p. 544, CJEG 1990, p. 180, note Lachaume.

CE, 20 décembre 1989, Ville de Bresse, Rec. CE, p. 789, RFDA 1990, p. 421, concl. Faugère, note Moderne.

1990

CE Sect., 8 juin 1990, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie, Rec. CE, p. 153, RFDA 1991, p. 647, concl. La Verpillière.

CE, 15 octobre 1990, Province de la Hollande Septentrionale, Rec. CE, p. 278, JCP 1990, IV, 406.

CE Sect., 25 janvier 1991, Brasseur, Rec. CE, p. 23, concl. Stirn, AJDA 1991, p. 351, chron. Schwartz et Maugüé, RFDA 1991, p. 587, concl. Stirn, note Douence.

CE, 24 juin 1991, Société Inter Provence Côte d'Azur, Rec. CE, T., p. 1110.

CE Sect., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, Rec. CE, p. 302, RFDA 1991, p. 966, concl. Legal.

CE Sect., 13 décembre 1991, Syndicat CGT des employés communs de la mairie de Nîmes et syndicat des cadres communs de la mairie de Nîmes, Rec. CE, p. 443, AJDA 1992, p. 350, note Breton, RFDA 1993, p. 250, note Toutée.

CE, 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau, Rec. CE, p. 13.

CE, 3 février 1992, Mme Girod, Rec. CE, T., p. 1197.

CE, 13 mai 1992, Marioge, Rec. CE, T., p. 1207.

CE, 15 juin 1992, Société du canal de Provence, Rec. CE, p. 235, RDP 1993, p. 841, chron. Oberdorff, RFDA 1992, p. 773, chron. Terneyre.

CE, 19 février 1993, Nainfa, Rec. CE, T., p. 945, DA 1993, n° 186.

CE, 2 avril 1993, Ville de Bastia, Rec. CE, p. 94, RFDA 1993, p. 615, chron. Terneyre.

CE, 7 juillet 1993, Syndicat CGT du personnel de l'hôpital de Dupuytren, Rec. CE, T., p. 945.

CE, 1er octobre 1993, Le Yacht-club international de Bormes-les-Mimosas, Rec. CE, T., p. 875, AJDA 1993, p. 810, concl. Pochard, RFDA 1994, p. 248, note Pacteau.

CE, 4 février 1994, Ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace c/ Mme Veuve Casta et M. Toussaint Casta, Rec. CE, p. 53, RFDA 1995, p. 773, concl. Fratacci.

CE, 29 avril 1994, GIE Groupetubois, Rec. CE, T., p. 786.

CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez, Rec. CE, p. 430, concl. Schwartz, RFDA 1994, p. 1090, concl. Schwartz, note Pouyaud, AJDA 1994, p. 914, chron. Touvet et Stahl.

CE, 4 novembre 1994, Département de la Sarthe, Rec. CE, T., p. 801, AJDA 1994, p. 898, concl. Maugüe, DA 1994, n° 640, obs. C. M.

CE, 24 mai 1995, Ville de Meudon, Rec. CE, p. 208.

CE Sect., 10 juillet 1995, Laplace, Rec. CE, p. 302, AJDA 1995, p. 849, obs. Mallol.

CE Sect., 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, Rec. CE, p. 394, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

CE Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, Rec. CE, p. 391, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

CE Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon communications, Rec. CE, p. 393, concl. Chantepy, RFDA 1995, p. 1077, concl. Chantepy, AJDA 1995, p. 888, chron. Stahl et Chauvaux, D. 1996, somm. 321, obs. Terneyre, GACA.

CE Sect., 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron et Société Jean-Claude Decaux, Rec. CE, p. 428, AJDA 1996, p. 120 chron. Stahl et Chauvaux.

CE, 29 décembre 1995, Beucher, Rec. CE, p. 480, DA 1996, n° 102, obs. C. M.

CE, 10 janvier 1996, Commune de Vernon, Rec. CE, p. 1134, LPA septembre 1996, n° 114, note Pacteau.

CE, 20 mars 1996, Commune de Saint-Céré, Rec. CE, p. 87, DA 1996, n° 307.

CE, 5 avril 1996, Nouveau syndicat intercommunal pour l'aménagement de la Vallée de l'Orge, Rec. CE, p. 121.

CE Ass., 15 avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux, Rec. CE, p. 130, AJDA 1996, p. 366, chron. Stahl et Chauvaux, RFDA 1996, p. 1169, concl. Combrexelle.

CE Sect., 6 mai 1996, Association « Aquitaine Alternatives », Rec. CE, p. 145.

CE, 13 mai 1996, Ville de Limoges, Rec. CE, p. 767.

CE, 10 juin 1996, Avis, Préfet de la Côté d'Or, RDP 1999, p. 829, note Dreifuss.

CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele, Rec. CE, p. 274, AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot, CJEG 1996, p. 382, note Terneyre, RFDA 1997, p. 89, note Delvolvé, Mélanges M. Guibal, p. 345, note Mestre, Rec. Lachaume.
CE Ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et M. Monnier, Rec. CE, p. 387, RFDA 1997, p. 726, concl. Combrexelle.
CE, 27 novembre 1996, Commune de Moulins c/ Mme Henriquès, Rec. CE, p. 465, RFDA 1997, p. 353, concl. Schwartz, note Pouyaud.
CE, 16 décembre 1996, Conseil régional de l'Ordre des architectes de la Martinique, Rec. CE, p. 493.

CE Sect., 28 février 1997, Commune de Port, Rec. CE, p. 61, RFDA 1997, p. 1190, concl. Stahl, note Douence, AJDA 1997, p. 476, chron. Chauvaux et Girardot, JCP 1997, II, 22897, note Dupond-Marillia.
CE, 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne, Rec. CE, T., p. 638, RFDA 1997, p. 349, note Delvolvé.
CE, 3 décembre 1997, Avis, Avrillier, AJDA 1998, p. 169, obs. Richer.

CE, 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France, Rec. CE, p. 313, AJDA 1998, p. 1019, concl. Schwartz.
CE, 29 juillet 1998, Syndicat Mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise et sociétés Spie Batignolles et ANF industries, Rec. CE, T., p. 1015, DA n° 302, note Deves.
CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. CE, p. 375, concl. Stahl, RFDA 1999, p. 128, concl. Stahl, note Pouyaud, AJDA 1998, p. 969, chron. Raynaud et Fombeur, JCP 1999, II, 10045, note Haïm.
CE, 18 novembre 1998, Société Les maisons de Sophie, Rec. CE, p. 427, RFDA 1999, p. 242, chron. Terneyre.

CE, 8 février 1999, Société Campenon Bernard SGE, Rec. CE, T., p. 890, DA 1999, n°110.
CE Ass., 3 décembre 1999, Didier, Rec. CE, p. 399, RFDA 2000, p. 584, concl. Seban, AJDA 2000, p. 126, chron. Guyomar et Collin, JCP 2000, II, 10267, note Sudre, RDP 2000, p. 349, note Guettier, GAJA.

CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, Rec. CE, p. 95, concl. Stahl, AJDA 1999, p. 427, concl. Stahl, note Bazex, RFDA 1999, p. 977, note Pouyaud, RDP 2000, p. 381, note Guettier.

CE, 3 décembre 1999, Région Guadeloupe, Rec. CE, T., p. 658.

CE, 6 décembre 1999, Société Aubettes SA, Rec. CE, p. 413, RFDA 2000, p. 1242, note Seiller.

2000

CE, 21 juin 2000, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, Rec. CE, p. 236, RFDA 2000, p. 1096, note Bon, RDP 2000, p. 1257, concl. Touvet, DA 2000, n° 195, obs. L. T.

CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, Rec. CE, p. 283, RFDA 2000, p. 1031, concl. Bergeal.

CE Sect., 26 mars 2000, AP-HP c/ Consorts Jacquié, Rec. CE, p. 147, concl. Chauvaux, RFDA 2000, p. 850, concl. Chauvaux.

CE, 6 octobre 2000, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres, Rec. CE, p. 395, RFDA 2001, p. 152, note Bon, AJDA 2001, p. 201, note Cliquennois, JCP 2001, II, 10516, note Rouault.

CE, 16 octobre 2000, Société Stereau, Rec. CE, T., p. 1091.

CE, 20 octobre 2000, Société Citécâble Est, Rec. CE, p. 457, RFDA 2001, p. 359, concl. Savoie.

CE, 24 mai 2001, Avrillier, Rec. CE, T., p. 1054.

CE, 27 juillet 2001, Titran, Rec. CE, p. 411, AJDA 2001, p. 1046, obs. Guyomar et Collin.

CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de la Corse et Office des transports de Corse, Rec. CE, p. 485.

CE, 21 décembre 2001, Hoffman, Rec. CE, p. 653, RFDA 2002, p. 1114, chron. Andriantsimbazovina et Sermet.

CE, 21 décembre 2001, Perbal, Rec. CE, p. 666.

CE, 22 février 2002, Société France Quick SA, Rec. CE, T., p. 843.

CE, 23 juillet 2003, Syndicat SUD-Travail, Rec. CE, p. 342, RFDA 2004, p. 139, concl. Stahl.
CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, Rec. CE, p. 501, CJEG 2004, p. 246, concl. Piveteau, BJCP 2004, n° 33, p. 136, concl. Piveteau, AJDA 2004, p. 394, obs. Dreyfus.
CE, 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale et autres, Rec. CE, p. 506, RFDA 2004, p. 186, chron. Terneyre.

CE, 21 janvier 2004, Société Aquitaine Démolition, Rec. CE, T., p. 771.
CE, 3 mars 2004, Commune de Chateaudun, Rec. CE, T., p. 772.
CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Rec. CE, p. 197, concl. Devys, RFDA 2004, p. 438, étude Stahl et Courrèges, p. 454, concl. Devys, AJDA 2004, p. 1049, comm. Bonichot, p. 1183, note Landais et Lenica, DA juillet 2004, note Lombard, août-septembre 2004, note Dubos et Melleray, JCP 2004, II, 10189, JCP A 2004, p. 1662, note Bigot, LPA 17 novembre 2004, note Montfort, 4 février 2005, note Crouzatier-Durand, D. 2005, p. 30, comm. Frier, RDP 2005, p. 536, comm. Guettier, Just. et cass. 2007, comm. Arrighi de Casanova, GAJA.
CE Sect., 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon (SIAEC), Rec. CE, p. 345, AJDA 2004, p. 1698, chron. Landais et Lenica, RFDA 2004, p. 895, concl. de Silva, RDP 2005, p. 564, note Guettier.
CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, Rec. CE, p. 383, AJDA 2004, p. 2150, chron. Landais et Lenica, RDP 2005, p. 505, note Guettier.
CE Sect., 19 novembre 2004, Ramond, Rec. CE, p. 430, concl. Devys, RFDA 2005, p. 375, note Plessix.
CE Sect., 19 novembre 2004, Roche, Rec. CE, p. 443, concl. Devys, RFDA 2005, p. 375, note Plessix.

CE, 7 mars 2005, Société Grandjouan-Saco, Rec. CE, p. 96, AJDA 2005, p. 1298, note Hul, RFDA 2006, p. 1094, note Vincent-Legoux, JCP A 2005, 1202, note Linditch, D. 2005, J, 2732, note Martin, CJEG 2005, p. 386, note Vandermeeren.
CE, 15 avril 2005, Association des citoyens et contribuables de la communauté de communes Saône-et-Vienne, Rec. CE, T., p. 901.

CE Sect., 16 décembre 2005, Mme Kostiuk et autres, Rec. CE, p. 582, AJDA 2006, p. 365, chron. Landais et Lenica.

CE Ass., 24 mars 2006, Société KPMG et autres, Rec. CE, p. 154, RFDA 2006, p. 463, concl. Aguila, note Moderne, AJDA 2006, p. 841, trib. Mathieu, p. 879, trib. Melleray, p. 1028, chron. Landais et Lenica, D. 2006, p. 1191, note Cassia, JCP 2006, I, 229, chron. Plessix, 1343, note Belorgey, RDP 2006, p. 1169, note Camby, 2007, p. 285, note Woehrling, GAJA.
CE, 12 mai 2006, Caisse des dépôts et consignations, Rec. CE, p. 244, AJDA 2006, p. 1607, concl. Casas.
CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, RFDA 2006, p. 890, chron. Terneyre, AJDA 2006, p. 1072, obs. Montecler, p. 1513, concl. Keller, JCP A 2006, 1212, note Jean-Pierre, JCP 2006, I, 170, chron. Plessix.
CE, 27 octobre 2006, Dreysse et autres, Rec. CE, T., p. 1109, AJDA 2006, p. 2094, obs. Brondel, JCP A 2006, act. 954, chron. Rouault, BJDU 2006, n° 6, p. 474, concl. Olléon, AJDA 2007, p. 316, note Nicoud.
CE, 30 octobre 2006, Commune d'Andeville, Rec. CE, p. 434, AJDA 2006, p. 1983, note de Montecler, concl. Casas, JCP A 2006, 1301, note Linditch, JCP 2006, I, 201, chron. Plessix, Contrats-marchés publ. 2006, comm. 331, note Pietri.
CE, 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, Rec. CE, p. 566, AJDA 2007, p. 185, note Dreyfus, JCP A 2007, 2011, note M. Karpenschif.

CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, Rec. CE, p. 92, JCP A 2007, 2066, concl. Verot, note Rouault, 2145, note Guglielmi et Koubi, AJDA 2007, p. 793, chron. Lenica et Boucher, JCP 2007, I, 166, chron. Plessix, RFDA 2007, p. 803, note Boiteau.
CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, Rec. CE, p. 360, RFDA 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, note Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, note Canedo-Paris, RDP 2007, p. 1402, concl. Casas, note Melleray, AJDA 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher, p. 1964, art. Cassia, RJEP 2007, p. 327, note Delvolvé, concl. Casas, JCP 2007, I, 193, chron. Plessix, II, 10156, note Ubaud-Bergeron, 10160, note Seiller, JCP A, 2212, note Linditch, 2221, note Rouault, D. 2007, p. 2500, note Capitant, GACA, GAJA.
CE, 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole, Rec. CE, T., p. 941, AJDA 2007, p. 1781, note Pastor, Contrats-Marchés publ. novembre 2007, n° 312, comm. Pietri.

CE, 8 février 2008, Commune de Toulouse, Rec. CE, T., p. 643, AJDA 2008, p. 1106, note Richer et Crochemore.

CE, 11 avril 2008, Société Défi France, Rec. CE, T., p. 850.

CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES (Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe), Rec. CE, p. 324, concl. Dacosta, RFDA 2008, p. 1128, concl. Dacosta, note Delvolvé, JCP A 2008, 2291, note Linditch, AJDA 2008, p. 2161, chron. Geffray et Liéber.

CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunellois, Rec. CE, p. 464, LPA 19 mai 2009, p. 19, note Brenet.

CE Sect., 31 décembre 2008, Cavallo, Rec. CE, p. 481, concl. Glaser, AJDA 2009, p. 142, chron. Liéber et Botteghi

CE, 16 février 2009, Société ATOM, AJDA 2009, p. 583, note Liéber et Botteghi.

CE Sect., 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, RFDA 2009, p. 463, concl. Boulouis, JCP A 2009, 2215, note Guillaumont.

CE, 16 novembre 2009, SARL Les résidences de Cavalière, AJDA 2010, p. 454, concl. Courrèges.

CE Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, AJDA 2010, p. 142, note Liéber et Botteghi, RFDA 2010, p. 220, chron. Terneyre.

B. Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel

Tribunaux administratifs

TA Besançon, ord., 14 avril 1994, Groupement d'entreprise Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagney, RFDA 1994, p. 747, concl. Mallol.

TA Grenoble, ord., 11 janvier et 8 février 1994, Société routière Chambard, RFDA 1994, p. 741, note M. B.

TA Marseille, 20 août 2007, Société Queyras environnement, AJDA 2007, p. 2436, note Glatt.

TA Melun, 22 décembre 2006, Syndicat national CGT du ministère de l'Agriculture c/ Ecole vétérinaire de Maisons-Alfort, AJDA 2007, p. 695, note Dewailly, RFDA 2007, p. 951, note Vincent-Legoux.

TA Paris, 18 décembre 1991, Bertin, AJDA 1991, p. 346, note Plouvin.
TA Paris, 6 octobre 2000, Conseil et ingénierie d'assurance Lange, AJDA 2000, p. 1052, note Moreau.
TA Paris, 21 novembre 2002, Epoux Ameye, AJDA 2003, p. 1178, note Chauvin.
TA Paris, ord., 8 novembre 2006, Société Forsup Conseil, Contrats-Marchés publ. 2007, n° 118, comm. Olivier, DA 2007, comm. 14.

TA Rennes, ord., 24 novembre 2004, ETPO.

TA Toulouse, 27 septembre 1993, Société Stentofon, Rec. CE, T., p. 886, JCP 1994, IV, 748, chron. Léger et Bousquet.

TA Strasbourg, 16 février 1996, Préfet de la Moselle, Association Bitche Expansion c/ Ville de Bitche, RFDA 1997, p. 100, concl. Portail.

TA Versailles, 25 janvier 1985, Association de défense de l'environnement du Vieil Evry, DA 85, com. 276.

Cours administratives d'appel

CAA Bordeaux, 28 octobre 1999, Commune de Bidart, AJDA 2000, p. 234, note J.-F. D.
CAA Bordeaux, 26 novembre 2002, Office national des forêts, AJDA 2003, p. 86, note Rey.
CAA Bordeaux, 6 novembre 2006, Association des Belles Dames, Environnement et Patrimoine, AJDA 2007, p. 100, note Durand.

CAA Douai, 6 décembre 2006, Service départemental d'incendie et de secours du Pas-de-Calais et M. Bujok, AJDA 2007, p. 33, note Le Garzic.

CAA Lyon, 16 mars 2000, Commune de Saint-Laurent-du-Pont c/ M. et Mme Raymond, AJDA 2000, p. 900, note J. B.

CAA Marseille, 18 décembre 2006, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau (CMESE), RFDA 2007, p. 951, note Vincent-Legoux.

CAA Nancy, 22 juin 2009, Caisse primaire d'assurance maladie de la Marne, JCP A 2010, 2136, note Jurvilliers-Zuccaro.
CAA Nancy, 8 octobre 2009, Société des Grands Moulins Becker et autres, JCP A 2010, 2136, note Jurvilliers-Zuccaro.

CAA Paris, 7 juillet 1999, M. Secail, AJDA 2000, p. 157, concl. Lambert.
CAA Paris, 20 novembre 2003, Commune de Puteaux c/ Commune de Courbevoie, AJDA 2004, p. 873, note Heu.
CAA Paris, 2 décembre 2003, Commune d'Issy-les-Moulineaux c/ Préfet des Hauts-de-Seine, AJDA 2004, p. 873, note Heu.

C. Tribunal des Conflits

TC, 8 février 1873, Blanco, Rec. CE, 1er supplément, p. 61, concl. David, D. 1873, III, 20, concl. David, S. 1873, III, p. 153, concl. David, GAJA.

TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, Rec. CE., p. 731, S. 1900, III, 49, note Hauriou, GAJA.

TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. CE, p. 91, D. 1921, III, 1, concl. Matter, S. 1924, III, 34, concl. Matter, GAJA.

TC, 8 avril 1935, Action française, Rec. CE, p. 1226, concl. Josse, S. 1935, III, 76, concl. Josse, D. 1935, III, 25, concl. Josse, note Waline, RDP 1935, p. 309, concl. Josse, note Jèze, GAJA.

TC, 28 mars 1955, Effimieff, Rec. CE, p. 617, AJDA 55, II, p. 332, note J.A., JCP 1955, II, 8786, note Blaevoet, RA 1955, p. 285, note Liet-Veaux, GAJA.

TC, 19 mai 1958, Tramuta, Rec. CE, T., p. 869, D. 1960, J, 62, note Blaevoet.

TC, 13 mai 1960, Douieb c/ Stokos, Rec. CE, p. 864, AJDA 1960, II, p. 291, D. 1960, p. 576, concl. Chardeau, note Josse.
TC, 14 novembre 1960, Allagnat et Compagnie des bateaux à vapeur du Nord, Rec. CE, p. 870, AJDA 1960, I, p. 185 chron. Galabert et Gentot, RDP 1960, p. 1198, note Waline.

TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand, Rec. CE, p. 831, concl. Chardeau, AJDA 1963, p. 88, chron. Gentent et Fourré, CJEG 1963, p. 114, note Carron.

TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. CE, p. 787, D. 1963, 534, concl. Lasry, note Josse, RDP 1963, p. 776, concl. Lasry, 1964, p. 767, note Fabre et Morin, S. 1963, p. 273, concl. Lasry, AJDA 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré, 1966, p. 474, chron. Colin. Gaz. Pal. 1964, II, 58, note Blaevoet, JCP 1963, II, 13375, note Auby, GAJA.

TC, 15 janvier 1968, Cie Air-France c/ Epoux Barbier, Rec. CE, p. 789, concl. Kahn, RDP 1968, p. 893, note Waline, 1969, p. 142, concl. Kahn, AJDA 1968, p. 225, chron. Massot et Dewost, CJEG 1969, J, 525, note A. C., D. 1969, p. 202, note Auby, GAJA.

TC, 7 juillet 1975, Commune d'Agde, Rec. CE, p. 798, D. 1977, p. 8, note Bettinger, JCP 1975, II, 18171, note Moderne.

TC, 28 mai 1979, Chambre de commerce et d'industrie d'Angers c/ Gaudin, Rec. CE, p. 566, D. 1980, p. 391, note Chapus.

TC, 15 décembre 1980, Mme Uguen c/ Hospice de Landéda, Rec. CE, p. 640, DA 1981, n° 20.

TC, 25 mars 1996, Berkani, Rec. CE p. 535, concl. Martin, RFDA 1996, p. 819, concl. Martin, AJDA 1996, p. 354, note Prétot, CJEG 1997, p. 35, note Lachaume, JCP 1996, II, 22664, note Moudoudou.

TC, 1er juillet 2002, Mlle Labrosse c/ Gaz de France, Rec. CE, p. 549, AJDA 2002, p. 689, note Biget.

D. Cour de Cassation et autres Juridictions de l'Ordre judiciaire

Cour de Cassation

Cass., Ass. plén., 6 octobre 2006, P., B., R., I., Bull. ass. plén. 2006, n° 9, p. 23, JCP 2006, II, 10181, note Billiau, D. 2006, p. 2825, note Viney, RTDC 2007, p. 123, note Jourdain.
Cass., Ass. plén., 21 décembre 2006, Bull. ass. plén. 2006, n° 15, p. 52.

Cass. Civ. 1ère, 9 avril 1959, Défaut c/ Théobald, D. 1960, J, p. 62, note Blaevoet.
Cass., Civ. 1ère, 29 octobre 1979, Demoiselle M. c/ A. et autres, Bull. civ. I, n° 260, p. 207.
Cass, Civ. 1ère, 12 novembre 1998, Commune de Moulins, RFDA 1999, p. 147, note Pouyaud.
Cass., Civ. 1ére, 17 octobre 2000, Bull. civ. I, n° 246, D. 2001, J, 952, note Billiau et Moury, JCP 2001, I, 338, note Viney.

Cass., Civ. 2e, 21 mars 1979, Epoux Poulizac c/ Epoux Korvin Zmijowski, D. 1980, Informations Rapides, p. 51, 2e espèce, obs. Julien, RTDC 1980, p. 427, obs. Perrot.

Cass., Civ. 3e, 10 octobre 1984, n° 83-14.811, Bull. civ., III, n° 165.

Cass., Crim., 6 mars 1956, Electricité de France c/ Darmendrail, D. 1960, J, 62, note Blaevoet.

Cour d'appel

CA Riom, 28 mars 1996, Mme Henriques, Commune de Moulins et Epoux Lopez, AJDA 1998, p. 167, note Fatôme et Leveneur, RFDA 1997, p. 355, note Pouyaud.

E. Conseil Constitutionnel

Conseil Constitutionnel, n° 82-137 DC, n° 82-138 DC, 25 février 1982, Lois de décentralisation, Rec. des décisions du Conseil Constitutionnel, p. 38, RJC, I, 117, RJC, I, 119, GDCC.
Conseil Constitutionnel, n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. CE, p. 8, AJDA 1987, p. 345, note Chevalier, JCP 1987, II, 20854, note Sestier, RFDA 1987, p. 287, note Genevois, p. 301, note Favoreu, RDP 1987, p. 1341, note Gaudement, D. 1987, p. 117, note Luchaire, GAJA.

Conseil Constitutionnel, n° 96-373 DC, 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française, AJDA 1996, p. 371, chron. Schrameck.

F. Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour de Justice de l'Union Européenne

CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89, Rec. 2433, concl. Tesauro, AJDA 1990, p. 832, note Le Mire, RFDA 1990, p. 912, note Bonichot.

CJCE, 12 février 2004, Grossman Air Service, aff. C-230/02, Rec. CJCE 2004, T., p. 1829, Contrats-marchés publics 2004, comm. 73, note Pietri.

CJCE, 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-503/04, JCP A 2007, act. 699.

G. Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cour EDH, 21 février 1975, Golder c/ Royaume Uni, série A, n° 18, AFDI 1975, p. 330, note Pelloux, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cour EDH, 16 décembre 1992, Geouffre de la Pradelle c/ France, série A, 253-B, RUDH 1993, p. 164, D. 1993, p. 562, note Benoit-Rohmer.

Cour EDH, 4 décembre 1995, Bellet c/ France, A, 333-B, JCP 1996, II, 22648, note Harichaux, RFDA 1996, p. 561, note Dreifuss.

Cour EDH, Gr. Ch., 26 octobre 2000, Kudla c/ Pologne, Rec. 2000-XI, RTDC 2001, p. 442, obs. Marguénaud, JCP 2001, I, 291, chron. Sudre, RTDH 2002, p. 169, note Flauss.

Cour EDH, 26 juillet 2007, Walchli c/ France, D. 2007, act., p. 2304, note Léna.

H. Divers

Commission de régulation de l'électricité, 27 juin 2002, SEMMARIS c/ EDF, RFDA 2003, p. 77, note Sablière.

EDCE, n° 54, *Rapport public 2003 : Perspectives pour la fonction publique*, La documentation française, 2003, 448 p.

EDCE, n° 56, *Rapport public 2005 : Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, 2005, 399 p.

EDCE, n° 57, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, 412 p.

EDCE, n° 59, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action public et de production de normes*, La documentation française, 2008, 398 p.

VIII. Textes légaux

A. Loi

Loi du 28 pluviôse An VIII, concernant la division du territoire français et l'administration.

Loi du 24 mai 1872 réorganisation du Conseil d'Etat.

Loi n° 57-1425 du 31 décembre 1957 attribuant aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne morale de droit public.

Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

Loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et prescrivant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales.

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

B. Ordonnance

Ordonnance de Villers-Cotterêts des 10-15 août 1539.

Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat.

Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

C. Code

Code civil.

Code de l'environnement.

Code de justice administrative.

Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Code de l'urbanisme.

Code général des collectivités territoriales.

Nouveau code de procédure civile.

D. Décret

Décret du 22 juillet 1806 affaires contentieuses portées devant le Conseil d'Etat.

Décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets.

Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

E. Divers

Constitution française du 4 octobre 1958.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Cons. CE, dir. n° 89-665, 21 décembre 1989, JOCE n° L 395, 30 décembre 1989, p. 33.
Cons. CE, dir. n° 92-13, 25 février 1992, JOCE n° L 76, 23 mars 1992, p. 14.
Cons. CE, dir. n° 2007-66, 11 décembre 2007, JOUE n° L 335, 20 décembre 2007, p. 31.

IX. Divers

A. Sites internet

- //francois.gannaz.free.fr/Littre/accueil.php
- fr.wikipedia.org
- legifrance.org.fr

B. Entretien

Entretien du 29 mai 2009 avec le Président de la Cour administrative d'appel de Nancy, Monsieur le Conseiller d'Etat Daniel Giltard.

INDEX
Schémas et tableau

Schémas :

Schéma n° 1 : ……...…… p. 204
Le modèle de l'atome de Bohr
Schéma n° 2 : ……...…… p. 204
Echelle des tiers, vision en strates ou en graduations
Schéma n° 3 : ……...…… p. 205
Echelle des tiers, vision nuage électronique
Schéma n° 4 : ……...…. p. 297
Représentation « circulaire » des tiers purs au permis de construire
Schéma n° 5 : ……...…. p. 298
Représentation des tiers purs au permis de construire prenant en compte la configuration du terrain
Schéma n° 6 : ……...…. p. 305
Influence de la notion de tiers dans le procès administratif
Schéma n° 7 : ……...…. p. 325
La répartition et la qualification des différents intervenants dans la relation contractuelle
Schéma n° 8 : ……...…. p. 404
Répartition des tiers intéressés sur le cercle générateur / nuage électronique
Schéma n° 9 : ……...…. p. 405
Organigramme des tiers intéressés
Schéma n° 10 : ……...….. p. 512
Juxtaposition des cercles générateurs afin de déterminer la place de l'usager par rapport à la personne publique.

Tableau :

Tableau n° 1 : …… p. 462
Tableau récapitulatif du contentieux contractuel

INDEX
Mots et expressions

Les numéros correspondent aux pages.

A

Acte administratif
Acte décisoire
224 et s., 262 et s., 274 et s., 334, 362, 482
Acte faisant grief
166, 225, 262 et s., 274 et s., 316
Acte administratif unilatéral
194 et s., 219 et s., 304, 310, 315 et s., 349 et s., 359, 408 et s.
Administré
33, 65, 68, 73 et s., 78, 80, 88, 112 et s., 141, 165, 170 et s., 196, 225 et s., 238, 263 et s., 271, 276, 307, 328, 361, 370, 492 et s., 497, 504 et s., 510, 517
Agent public
65, 76, 83 et s., 141, 171, 203, 176 et s., 345, 353 et s., 406 et s., 448, 488, 525
Antériorité
137, 276, 299 et s.
Autorité administrative
33, 224, 233 et s., 239, 251, 254, 258, 262, 285 et s., 315, 359, 365, 394, 417, 422, 426, 457, 473, 480, 489, 511 et s.
Autorité locale
V. Autorité administrative

C

Cercle générateur
Cercle générateur
33 et s., 184, 185 et s., 201 et s., 207, 211 et s., 215, 217, 219, 222 et s., 244, 247, 251, 254, 276, 281 et s., 303, 308, 310 et s., 327, 344, 355, 368, 370 et s., 381, 383, 385, 387, 390 et s., 392, 399, 401 et s., 407 et s., 465, 467, 470, 473 et s., 476, 507 et s., 510 et s., 521 et s., 530 et s.
Couche
203, 205 et s., 211 et s., 215, 219, 222, 236 et s., 239, 254, 256, 277, 281, 285, 296 et s., 303 et s., 308, 321 et s., 366, 377, 381, 383, 385, 387, 390 et s., 399, 512, 523, 531
Noyau
165, 205 et s., 207, 211 et s., 217, 219, 221, 222, 236 et s., 244, 251, 285, 303, 310, 317, 318, 320, 321, 322, 344, 377, 381, 383, 385, 387, 390 et s., 397, 399 et s., 403, 407, 465, 467, 470, 473, 475, 476, 508, 511 et s., 521, 523, 525, 530 et s.
Concurrent évincé
55, 322, 374, 376, 392, 393 et s., 399 et s., 412 et s., 429, 435, 442 et s., 462, 523
Contrat
Acte détachable
315 et s., 318 et s., 329 et s., 368, 376, 393, 412 et s., 459, 487
Clause réglementaire
345 et s., 356
Contrat administratif
202, 307 et s., 392 et s., 408, 412 et s., 525, 529
Droit de critique
29 et s., 443 et s.

Effet obligatoire
22, 28, 188, 321
Effet relatif
22 et s., 27, 188, 314, 321, 327, 330, 349, 351, 443 et s.
Juge du contrat
202, 328, 330 et s., 339, 340 et s., 364 et s., 373 et s., 381, 385, 399, 402 et s., 411, 413 et s., 429, 432, 442 et s., 462 et s., 529
Nullités
29 et s., 217, 335, 339 et s., 367 et s., 378, 432, 443 et s., 449, 451 et s., 463
Recrutement d'agent public
203, 353 et s., 362, 408, 448, 488
Référé précontractuel
395 et s., 403, 411, 417 et s., 434 et s., 445, 453 et s., 455 et s., 461, 463, 476, 477, 523, 529
Référé contractuel
315, 411, 417, 428 et s., 430 et s., 434 et s., 443, 445, 453, 455 et s., 459, 461, 463, 476, 477, 523, 529
Recours *Société Tropic travaux*
55, 202, 323 et s., 371 et s., 396, 399 et s., 409, 411, 412 et s., 418, 429, 433, 437, 439, 440, 442 et s., 461 et s., 488, 523

D

Droit de critique
V. Contrat

E

Eloignement
203, 239, 276, 288 et s., 299, 391, 531
Espace-temps
129, 187, 199, 200, 201, 212, 237 et s., 300, 390,530 et s.
Etranger
V. Extérieur
Extériorité
21, 24, 42, 53, 137, 139, 141, 193, 211, 217, 276 et s., 302
Extérieur
23, 28, 39, 42, 51 et s., 59, 63, 70 et s., 74 et s., 80 et s., 86, 88, 89 et s., 93, 106, 108, 111 et s., 116 et s., 120, 122, 128, 130 et s., 135 et s., 139, 141, 145, 147, 157, 158, 171 et s., 179 et s., 184, 185, 195 et s., 207, 211, 217, 219, 237, 240, 253 et s., 258, 278, 280, 281 et s., 284, 294, 302, 307, 376, 383, 385, 501, 530 et s.
Extranéité
V. Extériorité

F

Fonction publique
V. Agent public

I

Installation classée
249, 251, 292, 299 et s.
Intérêt à agir
29 et s., 88, 101, 169 et s., 201 et s., 217, 240, 253, 269 et s., 274 et s., 276 et s., 304, 327, 330, 337, 347, 355, 365 et s., 375 et s., 381, 391 et s., 396, 398, 399 et s., 409, 413, 420, 436 et s., 440 et s., 461, 476, 477, 487, 492, 498, 518, 521

M

Modèle de Bohr
203 et s., 209, 215

N

Notion
Conceptuelle
37, 39 et s., 89, 136, 141, 143, 145, 147, 148 et s., 149 et s., 152 et s., 157 et s., 176, 181, 183, 211, 530
Fonctionnelle
37, 45 et s., 49, 139, 141, 143 et s., 181 et s., 183, 201, 209, 211, 215, 223, 227, 257, 268, 287, 385, 502, 523, 525, 530, 532
Nullité du contrat
V. Contrat

O

Opposabilité
22, 180, 185, 186 et s., 188 et s., 193 et s., 199, 206, 228 et s., 249, 286, 351, 474
Ouvrage public
V. Travaux publics

P

Permis de construire
33, 72, 194 et s., 215, 231, 249, 250 et s., 288 et s., 400
Personne
66 et s.
Personne publique
65 et s., 68 et s., 73 et s., 80, 84 et s., 120, 122, 128, 130 et s., 134, 135 et s., 141, 194 et s., 243, 248, 250, 255, 288, 307, 311 et s., 317, 318, 328, 334 et s., 337, 339 et s., 347, 349, 362, 368 et s., 374, 391, 395 et s., 407, 414, 418, 420, 424, 435, 449, 451, 457, 465, 471, 478, 503, 506 et s., 510 et s., 521
Préfet
Généralités
33, 229, 244, 256, 269, 299, 322, 354, 361 et s., 370, 385, 392, 434, 462, 465, 467 et s., 517, 521, 523, 525
Contrôle de légalité
256, 296, 465, 467, 472 et s., 476 et s., 521, 525
Déféré préfectoral
269, 354, 360 et s., 370, 462, 467, 471 et s., 475, 476 et s., 484 et s., 521
Proximité
164, 202 et s., 207, 212, 276, 290 et s., 299 et s., 354, 358, 392, 397, 399 et s.

R

Rapport de droit
34, 184 et s., 199, 201 et s., 207, 209, 212, 217, 219, 222 et s., 233, 236 et s., 240, 244, 248, 250, 254, 280, 310 et s., 317 et s., 390 et s., 407, 505, 511, 530 et s.
Recours de plein contentieux
V. Recours de pleine juridiction
Recours de pleine juridiction
202 et s., 243, 258, 259, 262, 270, 328, 330, 373 et s., 399, 437, 440, 442, 445 et s., 450, 463

Recours pour excès de pouvoir
98, 225, 243, 245, 258 et s., 262 et s., 268, 270, 275, 308, 315, 319, 323, 327, 328, 341, 344, 345 et s., 381, 393, 398, 399 et s., 408 et s., 411, 412 et s., 420, 429, 437, 440, 442, 447 et s., 461 et s., 476, 484 et s., 492 et s., 498 et s., 501, 514 et s., 521
Référentiel
53, 75, 77 et s., 88, 90, 91, 93, 109, 119, 135 et s., 141, 143, 187, 199, 200, 201, 209, 211 et s., 384
Régulation de l'accès au prétoire du juge
107, 159, 161, 162 et s., 179 et s., 181, 197, 199, 201 et s., 206, 207, 209, 215, 257, 268, 276, 294, 302, 303, 307, 328, 330, 385, 432, 461, 521
Représentant de l'Etat
V. Préfet
Responsabilité administrative
20 et s., 23, 33, 57 et s., 77 et s., 90, 91, 119 et s., 139, 141, 158, 173, 194, 196, 212, 259, 284, 451, 490, 510, 529

S

Standard
145, 161, 174 et s., 182, 209, 337, 381, 383, 505
Sujet actif
23, 34, 185, 189 et s., 193 et s., 201, 204 et s., 212, 217, 219, 221, 222, 230 et s., 233 et s., 236 et s., 247 et s., 255 et s., 254, 257, 261, 266, 268, 281, 309, 310, 316, 317 et s., 325, 331, 337, 344, 349, 351, 354, 366, 368, 376, 381, 385, 390 et s., 398, 407 et s., 412, 443, 462 et s., 465, 468, 470, 471 et s., 475, 482, 508 et s., 510 et s., 515, 521 et s., 530 et s.
Sujet passif
34, 189 et s., 193 et s., 199, 201 et s., 204 et s., 207, 212, 221, 222, 233, 236 et s., 317, 320, 321 et s., 344, 349, 370, 390, 443, 473, 530 et s.

T

Tierce opposition
Procédure
19, 56, 61 et s., 90, 91, 93 et s., 141, 158, 239
Tiers opposant
19, 91, 93, 94, 101 et s., 107 et s., 110 et s., 119, 137, 212, 529
Tiers
Définition négative
53, 54, 57, 59, 60, 125, 160, 183, 199
En droit civil
Actions
28 et s.
Définition
20 et s., 32, 200, 209, 211, 525, 529
En droit administratif
Critères de détermination
V. Protocole de détermination
Echelle
34, 199, 201 et s., 207, 209, 212, 215 et s., 221, 233, 294, 308, 370, 383, 387, 406, 412, 523, 525, 531 et s.
Fait du tiers
20, 58, 91, 130 et s., 133, 135 et s., 173, 529

Postulat de base
39, 42, 65 et s., 70 et s., 89, 116, 119, 120, 122, 129, 131, 136, 139, 141, 143, 145, 158, 181, 195, 211, 222, 508, 512, 530
Postulat fondateur
V. Postulat de base
Protocole de détermination
56, 60, 73, 105, 157, 160, 173, 184, 185, 193, 197, 199, 201, 207, 209, 211 et s., 215, 217, 219, 221, 222 et s., 276, 309, 310 et s., 383, 387, 389 et s., 408, 465, 467, 468 et s., 501 et s., 522, 525, 530, 532
Recours spécifique
216, 308, 385, 407 et s., 416, 433, 461, 465, 467, 475, 476 et s., 510, 514, 518, 521
Tiers évincé
59, 377, 385, 387 et s., 465, 523, 532
Tiers intéressé
29, 108, 201 et s., 207, 209, 212, 215 et s., 221, 233, 236 et s., 244, 268, 280, 290, 300, 308, 309, 310, 322 et s., 324 et s., 354 et s., 364, 374, 376 et s., 381, 383 et s., 525, 531 et s.
Tiers particulièrement pur
383, 387, 391, 531, 532
Tiers pur
200, 201 et s., 207, 209, 212, 215 et s., 217 et s., 385, 387, 390 et s., 397, 399, 403, 406 et s., 412, 415, 456, 461 et s., 465, 473, 475, 476, 512, 521, 523, 525, 531 et s.
Travaux publics
Dommages
54, 57 et s., 91, 119, 120 et s., 132, 135, 139
Ouvrage public
57, 59, 77 et s., 120 et s., 136, 139, 501
Travail public
59, 77, 120, 125, 369, 420 et s., 447

U

Usager
33, 37, 57, 59 et s., 65, 76 et s., 83, 86 et s., 121 et s., 132, 133, 135, 139, 141, 288, 322, 325, 346 et s., 370, 376, 385, 392, 398, 400, 402 et s., 456, 465, 501 et s., 521, 523, 525, 531

TABLE DES MATIERES

Liste des abréviations p. 13

Sommaire p. 15

Introduction générale p. 17

I. Le tiers en droit civil p. 20

A. Les catégories de tiers en droit civil p. 22

1. L'opposition la plus générale : tiers / parties p. 22

2. Tiers-partie et Partie-tiers p. 24

3. Les cas intermédiaires p. 27

B. Les tiers sont détenteurs d'actions p. 28

II. Le tiers en droit administratif p. 32

Partie 1 : L'identification du tiers p. 35

Titre 1 : Absence d'une notion conceptuelle de tiers p. 39

Chapitre 1 : La notion de tiers confrontée à la notion conceptuelle p. 41

Section 1 : Le conceptualisme et la notion de tiers p. 43

I. La définition de la notion conceptuelle p. 44

II. Recherche d'une notion conceptuelle du tiers p. 49

A. L'absence d'une notion globale et transversale du tiers p. 50

1. La recherche de la notion au sein d'ouvrages généralistes p. 50

2. La recherche de la notion au sein d'ouvrages spécialisés en droit administratif p. 54

B. La multitude des notions de tiers p. 56

1. Les notions de tiers au sein de domaines administratifs particuliers p. 56

2. La notion de tiers dans la tierce opposition p. 61

Section 2 : Le tiers confronté à des notions conceptuelles p. 65
I. Confrontation entre le tiers et des catégories de personnes conceptualisées p. 68
A. Tiers et personne publique p. 68
B. Tiers et administré p. 73
II. Confrontation de la notion de tiers avec les notions d'usager et d'agent public p. 76
A. Tiers et usager p. 76
B. Tiers et agent public p. 83
Conclusion de chapitre p. 89

Chapitre 2 : Les « faux » tiers p. 91
Section 1 : Le tiers dans la tierce opposition p. 93
I. Un tiers p. 94
A. La tierce opposition p. 94
B. Le tiers dans la tierce opposition p. 105
II. La réalité de la tierce opposition : l'absence de qualification automatique de tiers p. 110
A. Comment devient-on tiers opposant ? p. 110
B. Tiers opposant et notion de tiers : l'exclusion finale p. 116
Section 2 : Le tiers dans la responsabilité administrative p. 119
I. Le tiers au sens de la responsabilité administrative p. 120
A. Le tiers et la responsabilité du fait des dommages de travaux publics p. 120
B. Le tiers et la responsabilité administrative p. 129
1. Le fait du tiers p. 130
2. La victime p. 132
3. L'entourage de la victime p. 133
II. Tiers au sens de la responsabilité administrative et notion du tiers p. 135
Conclusion de chapitre p. 139

Conclusion de titre p. 141

Titre 2 : Existence d'une notion fonctionnelle de tiers p. 143

Chapitre 1 : Le tiers est une notion fonctionnelle p. 145

Section 1 : Définition de la notion fonctionnelle p. 147

I. La notion fonctionnelle selon G. Vedel p. 148

A. « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », l'origine de la notion fonctionnelle p. 149

B. « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », la confirmation de la théorie de la notion fonctionnelle p. 152

II. Une application opportune à la notion de tiers p. 157

Section 2 : Le tiers confronté à sa fonction p. 161

I. Un régulateur de l'accès au juge p. 162

A. Recours effectif, droit au juge et droit d'accès au juge p. 162

1. Le recours effectif p. 162

2. Le droit au juge p. 165

3. Le droit d'accès au juge p. 166

B. La fonction du tiers : réguler l'accès au prétoire du juge p. 169

II. La possible création d'un standard p. 174

A. Le standard p. 174

B. Le tiers ne constitue pas un standard p. 178

Conclusion de chapitre p. 181

Chapitre 2 : Les critères de détermination du tiers p. 183

Section 1 : Le cercle générateur p. 185

I. Définition des notions essentielles à l'établissement du cercle générateur p. 186

A. Rapport de droit p. 186

B. Opposabilité p. 188

II. Le cercle générateur et la notion de tiers p. 192

Section 2 : Rapport de droit, référentiel temporel et les tiers p. 199

I. Le référentiel temporel : la détermination d'un espace-temps p. 200

II. Tiers pur et tiers intéressé p. 201

Conclusion de chapitre p. 207

Conclusion de titre p. 209

Conclusion de Partie p. 211

Partie 2 : L'échelle des tiers p. 213

Titre 1 : Le tiers pur p. 217

Chapitre 1 : Le tiers pur à l'acte administratif unilatéral p. 219

Section 1 : L'identification du tiers pur p. 221

I. Le protocole de détermination du tiers pur p. 222

A. La situation juridique : l'objet du cercle générateur p. 222

1. Le rapport de droit : l'acte administratif unilatéral p. 222

2. Opposabilité et connaissance du rapport de droit p. 228

B. Les sujets du cercle générateur p. 233

1. Les sujets actifs p. 233

2. Les sujets passifs p. 236

II. Recherche sur la motivation poursuivie par les tiers purs p. 240

A. La protection de la légalité p. 242

B. La protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux p. 247

1. La protection des intérêts patrimoniaux p. 248

2. La protection des intérêts extra patrimoniaux p. 253

Section 2 : L'action du tiers pur p. 257

I. Les obstacles p. 261

A. Les obstacles indifférents p. 261

1. L'acte attaqué p. 261

2. Les recours au fond p. 267

B. La délicate distinction entre décision ne faisant pas grief et défaut d'intérêt à agir p. 269

1. L'intérêt à agir p. 269

2. La confrontation entre les notions d'intérêt à agir et d'acte faisant grief p. 274

II. Les éléments régulateurs du juge administratif p. 276
A. L'extériorité à un groupe : le cas de la fonction publique p. 276
1. Les tiers purs à l'intérieur des services p. 276
2. Les tiers purs à l'extérieur de la fonction publique p. 281
B. L'éloignement géographique : le cas de l'urbanisme p. 288
C. L'antériorité : le cas des installations classées p. 299
Conclusion de chapitre p. 303

Chapitre 2 : Le tiers pur au contrat p. 307
Section 1 : L'identification du tiers pur : une difficulté p. 309
I. Le cercle générateur en matière contractuelle p. 310
A. L'objet du cercle générateur p. 310
1. Le contrat p. 310
2. L'acte détachable du contrat p. 315
B. Les sujets actifs du cercle générateur p. 317
1. Les contractants p. 317
2. Contestation d'un acte détachable de la formation du contrat : détermination des sujets actifs p. 318
3. Les membres des assemblées délibérantes p. 319
II. La détermination des tiers purs p. 321
A. L'exclusion des tiers intéressés p. 322
B. Les tiers purs p. 324
Section 2 : L'action du tiers pur p. 327
I. Une régulation positive par l'acte contesté p. 328
A. La contestation des actes détachables du contrat : juges de l'excès de pouvoir, de l'exécution et du contrat pour une protection des intérêts des tiers purs p. 329
1. Une contestation classique : le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables p. 330
2. De l'effet platonique des annulations contentieuses à « *l'épée de Damoclès* » pesant sur les contractants p. 338

B. Vers la contestation directe du contrat administratif par le biais du recours pour excès de pouvoir p. 345
1. La contestation des clauses réglementaires du contrat p. 345
2. Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats de recrutement des agents publics non titulaires p. 353
II. Une régulation négative par l'acte contesté p. 360
A. Vers un recours pour excès de pouvoir ouvert à l'encontre de tout contrat administratif p. 360
B. Une réponse implicite mais négative du Conseil d'Etat p. 371
Conclusion de chapitre p. 381

Conclusion de titre p. 383

Titre 2 : Le tiers intéressé p. 385

Chapitre 1 : Le tiers évincé p. 387
Section 1 : Détermination du tiers évincé p. 389
I. Etablissement des protocoles de détermination p. 390
A. Le protocole de détermination du tiers intéressé p. 390
B. Le protocole de détermination du tiers évincé appliqué au contentieux contractuel p. 392
1. Tiers évincé et recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables p. 393
2. Tiers évincé et référés précontractuel et contractuel p. 395
3. Tiers évincé, concurrent évincé et recours « *Société Tropic travaux* » p. 399
II. Tentative d'application de la notion de tiers évincé dans le contentieux de la fonction publique p. 406
Section 2 : Le tiers évincé du contrat p. 411
I. Le tiers évincé à l'acte détachable du contrat p. 412
II. Le tiers évincé aux référés précontractuel et contractuel p. 417
A. Les procédures de référés ouvertes aux tiers évincés p. 417
1. Le référé précontractuel p. 417
2. Le référé contractuel p. 430

B. La liste des personnes habilitées à agir : le doute quant à leur qualification de tiers évincé p. 434
III. Le concurrent évincé au contrat administratif : l'accès au juge du contrat p. 442
A. Le recours *Société Tropic travaux* p. 445
B. Perspectives d'évolution de la notion de concurrent évincé p. 455
Conclusion de chapitre p. 461

Chapitre 2 : Préfet et usager interprétés à la lumière du tiers intéressé p. 465
Section 1 : Le préfet p. 467
I. Application du protocole de détermination au préfet : d'un sujet actif à un tiers intéressé p. 468
A. La qualification du préfet liée à l'élément temporel p. 469
B. Une qualification du préfet dépendante de ses attributions p. 471
II. La voie de recours spécifique du tiers intéressé / préfet issu du contrôle de légalité p. 476
A. Le principe du contrôle de légalité p. 477
B. La phase précontentieuse ou le contrôle administratif des actes des autorités locales p. 479
C. La phase contentieuse p. 484
1. Le déféré préfectoral, un recours pour excès de pouvoir particulier p. 484
2. Le déféré préfectoral provoqué p. 492
3. La critique du contrôle de légalité p. 495
Section 2 : L'usager p. 501
I. L'application du protocole de détermination du tiers intéressé à l'usager du service public p. 502
II. L'usager qualifié de tiers intéressé dans la relation entre la personne publique et le gestionnaire du service public p. 510
Conclusion de chapitre p. 521

Conclusion de titre p. 523
Conclusion de Partie p. 525

Conclusion générale p. 527

Bibliographie p. 535
Index des schémas et tableau p. 585
Index des mots et expressions p. 587
Table des matières p. 593

LE TIERS EN DROIT ADMINISTRATIF

Si la notion de tiers est définie en droit civil, il n'en est pas de même en droit administratif. Il n'existe pas une définition unique des tiers, mais plusieurs. Ces notions particulières sont éparses, diverses et imprécises, empêchant toute définition globale et transversale. Pourtant, ces diverses notions donnent des indications pour permettre l'identification du tiers en droit administratif.

La notion de tiers se fonde sur un postulat de base : le tiers est une personne extérieure à un groupe ou à une situation. L'analyse du droit administratif révèle que le tiers est une notion dont la fonction est de permettre une régulation, par le juge administratif, de l'accès à son prétoire. Le tiers constitue dès lors une notion fonctionnelle complétée par des critères de détermination. Synthétiser ces critères conduit à élaborer un protocole de détermination concrétisé par la mise en évidence d'une situation juridique génératrice d'obligations : un cercle générateur. Ce cercle générateur, composé d'un noyau défini par un rapport de droit et des sujets actifs obligés par ce rapport, illustre le caractère de proximité des tiers par rapport à ce noyau. Ils se positionnent sur des couches autour de ce noyau en fonction de leur lien plus ou moins proche avec le rapport de droit considéré.

De l'application de ce protocole découle l'établissement d'une échelle des tiers, composée de deux catégories hétérogènes : le tiers pur et le tiers intéressé. Cette échelle caractérise la notion fonctionnelle du tiers : la régulation positive ou négative de l'accès au prétoire du juge. Cette régulation conduit ce juge à ne pas réserver le même sort aux actions contentieuses engagées par les tiers purs et celles engagées par les tiers intéressés.

MOTS CLEFS

Notion fonctionnelle – juge administratif – protocole de détermination – cercle générateur – échelle – tiers pur – tiers intéressé – sujets actifs

THE THIRD PARTY IN ADMINISTRATIVE LAW

Even if the concept of third party is well defined in civil law, it is not the same in administrative law. There is no single consensual definition but actually several. Indeed, these particular concepts are scattered, diverse, imprecise and prevent any comprehensive definition section. However, these various concepts provide guidance for identification of the third party administrative law.

The third party concept is based on a basic assumption: the third party is a person external to a group or a situation. The analysis of administrative law reveals that the third party is a concept whose function is to allow a regulation, by the administrative judge, to access his courtroom. The third party is therefore a functional concept supplemented by criteria of determination. Compiling these criteria leads to develop a protocol for determination embodied by the demonstration of a legal situation which generates bonds : a ring generator. This generating circle is composed of a core of legal relationships and of active subjects bound to it indicates the proximity of identified third party to the core. They are depicted in concentric layers distant from the core depending on the degree of their relationships with that specific law.

The implementation of this protocol induces the establishment of a "third party" scale composed of two heterogeneous categories: the pure and the interested third party. This scale characterizes the functional concept of third party: positive or negative regulation of access to the courtroom of the judge. This regulation implies that the judge stats differently on contentious actions whether they can incurred by pure or interested third party.

KEY WORDS

functional concept – administrative judge – protocol for determination – generating circle – scale – pure third party – interested third party – active person