

# TIERS ET DROIT PUBLIC

Questionnaire établi par Maître Ch. Rapin, Avocat au Barreau de Genève

Réponses apportées par Camille Broyelle, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas, Paris II (avril 2015)

## I – LE TIERS ET LA NORME

### 1.1 Quel est le rôle, respectivement quels sont les droits voire les obligations des tiers dans l'élaboration des normes étatiques que sont, par exemple :

#### 1.1.1 La Constitution

S'agissant de la Constitution et de la loi, l'intervention des « tiers » (c'est-à-dire du peuple) s'effectue par voie de référendum. Dans les deux cas, cette intervention ne conduit pas le peuple à « participer » à proprement parler à l'élaboration de la norme.

Concernant la Constitution, les « tiers » sont susceptibles d'intervenir pour se prononcer sur le texte modifiant la Constitution, après que ce texte a été adopté, en termes identiques, par les deux assemblées (article 89 de la Constitution<sup>1</sup>). Si les « tiers » approuve la révision constitutionnelle, celle-ci est réputée définitive. Les tiers détiennent donc un pouvoir de décision. Cependant, l'initiative de la révision constitutionnelle ne leur revient pas (elle appartient au Président de la République, sur proposition du Premier ministre, ou aux membres du Parlement) et leur approbation n'est pas incontournable, le Président de la République ayant la possibilité de faire adopter la révision constitutionnelle non pas par le peuple mais par le Parlement réuni en Congrès. Dans la pratique, toutefois, la consultation du peuple est très rare. Sur les vingt-quatre révisions constitutionnelles opérées depuis 1958, elle ne s'est produite que deux fois : en 1962, pour l'élection du Président de la République au suffrage universel direct<sup>2</sup> ; en 2000 pour la durée du mandat du président de la République, qui passe alors de sept à cinq ans<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 89 de la Constitution : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. »

<sup>2</sup> Loi constitutionnelle n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, adoptée par le référendum du 6 novembre 1962. La procédure de révision constitutionnelle employée était alors contraire à la Constitution, le Président de la République ayant directement soumis au peuple le projet de révision sans rechercher au préalable l'accord du Parlement. En somme, le Président de la République s'est fondé sur l'article 11 de la Constitution (v. *infra*) alors que, selon le texte constitutionnel, la révision de la Constitution ne peut être opérée que sur le fondement de l'article 89.

<sup>3</sup> Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République

### 1.1.2 La loi

Concernant la loi, l'intervention du peuple est susceptible d'être sollicitée par le Président de la République ou par les parlementaires (article 11 de la Constitution<sup>4</sup>). Sur proposition du gouvernement ou des assemblées, le Président de la République peut, tout d'abord, soumettre au référendum des projets de lois<sup>5</sup> qui, s'ils sont approuvés par le peuple, sont définitivement adoptés. Cette voie a été très peu utilisée<sup>6</sup>. Depuis une réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>7</sup>, le peuple peut également être sollicité par le Parlement, si un cinquième de ses membres en décide ainsi. Le peuple intervient alors à deux titres (prévus à l'article 11 de la Constitution). Non seulement, pour décider de l'adoption du texte à l'occasion du référendum, mais aussi en amont, pour « soutenir » (c'est le terme retenu par le texte constitutionnel) l'initiative parlementaire d'organiser le référendum : ce soutien est tenu pour acquis lorsque les parlementaires réunissent un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Il ne s'agit donc pas d'un référendum d'initiative populaire, l'initiative ne pouvant provenir des seuls électeurs, mais seulement d'un référendum d'initiative « partagée », dont les conditions de mise en œuvre sont drastiques (conditions de délai ou encore possibilité pour le parlement de faire obstacle au référendum). Entré en vigueur au 1er janvier 2015, le mécanisme n'a pas encore été mis en œuvre.

### 1.1.3 L'ordonnance ou le décret

Aucune intervention des « tiers » en matière d'ordonnance – art. 38, Constitution – n'est prévue dans le droit positif français. En revanche, les « tiers » peuvent intervenir dans l'élaboration des actes administratifs (décret inclus). C'est de cette intervention qu'il sera question ici.

Les « tiers » sont susceptibles d'intervenir dans l'élaboration des actes administratifs dans deux cas de figure : lorsque ces actes, étatiques ou locaux, ont une incidence sur l'environnement ; en-dehors de ce cas, au niveau local, dans le cadre du référendum local.

---

<sup>4</sup> Article 11 de la Constitution : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au *Journal Officiel*, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.

Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.

Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum.

Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin. Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet ou de la proposition de loi, le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation. »

<sup>5</sup> Projets de loi qui portent sur « l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

<sup>6</sup> Le 6 novembre 1962, pour l'élection du président au suffrage universel qui constituait en réalité une révision constitutionnelle (voir supra), une réponse positive fut apportée; le 27 avril 1969 en vue d'une réforme du Sénat et des régions, le projet de réforme fut écarté.

**1.1.3.1** Quelle que soit la nature de l'acte réglementaire (décret du Premier ministre ou du Président de la République, arrêté ministériel, arrêté préfectoral, ou encore acte réglementaire adopté par une collectivité locale) et, au-delà des actes réglementaires, pour toute décision ayant une incidence en matière environnementale (décision individuelle, décision d'espèce), les tiers sont susceptibles de jouer un rôle au titre de leur « droit de participation » aux décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, que leur reconnaît la Constitution (Charte de l'environnement, article 7<sup>8</sup>). Ce droit de participation, que les textes avaient mis en œuvre dans certains domaines, bien avant son affirmation constitutionnelle, se manifeste de diverses façons, selon les situations. Dans tous les cas, il ne consiste pas en l'exercice d'un pouvoir de décision. Il se traduit seulement par la possibilité, donnée au public, de présenter ses observations lors de la préparation de la décision.

Cette intervention est parfois prévue avant l'élaboration complète du projet de décision. C'est la procédure dite du « débat public »<sup>9</sup>. Décidé par la Commission nationale du débat public pour les projets d'aménagement qui méritent, selon elle, l'engagement d'une telle procédure, et organisé sous son contrôle, le débat permet à quiconque d'exprimer son point de vue sur les principales caractéristiques du projet ainsi que sur son opportunité. Un bilan est ensuite dressé par la Commission (qui ne donne aucun avis), transmis à l'autorité décisionnaire. A un stade plus avancé, lorsque que le projet est fixé, l'enquête publique<sup>10</sup> permet de soumettre un projet public au public (expropriation, projet d'urbanisme, et plus généralement un projet d'ouvrages, de travaux ou d'aménagement<sup>11</sup>). Conduite par une « commissaire enquêteur » indépendant, l'enquête permet de recueillir les observations du public. Elle donne lieu à un rapport établi par le commissaire enquêteur qui se prononce en faveur ou contre le projet. Des conclusions défavorables ne font toutefois nullement obstacle au projet, qui peut être conservé tel quel par l'autorité administrative.

Enfin, lorsque ne joue aucune procédure spécifique de participation du public, une procédure de droit commun s'applique pour toute décision réglementaire ou individuelle ayant une incidence sur l'environnement<sup>12</sup>. Ici non plus, la « participation » du public ne s'apparente pas à un pouvoir de co-décision. Le législateur la définit comme le principe « en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente » (C. env., L. 110-1). Concrètement, après avoir été informé du projet de décision, qui fait l'objet d'une publication (accompagnée d'une note de présentation qui permet d'expliquer le contexte et l'objectif poursuivi), le public a la possibilité de présenter des observations, notamment par voie électronique. Une synthèse est ensuite effectuée et c'est alors seulement que l'autorité administrative est autorisée à prendre la décision, qui doit être accompagnée d'une motivation (C. env., L. 120-1).

**1.1.3.2.** A l'échelon local, les « tiers » (c'est-à-dire les électeurs) peuvent, tout d'abord, être consultés par la collectivité locale (région, département, commune)<sup>13</sup> sur toute question relevant de sa compétence (Code général des collectivités territoriales, L. 1112-15). Les tiers ne détiennent pas, ici, de pouvoir de décision ; ils sont seulement consultés (ils se prononcent par « oui » ou « non ») et

---

<sup>8</sup> La Charte de l'environnement a été intégrée (plus précisément « adossée », c'est l'expression retenue en droit français, sans qu'aucune conséquence particulière ne soit à tirer de ce vocable) à la Constitution par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005. Son article 7 énonce que : « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

<sup>9</sup> C. env., L. 121-1.

<sup>10</sup> C. env., L. 123-1

<sup>11</sup> C. env., L. 123-1.

<sup>12</sup> C. env., L. 120-1.

<sup>13</sup> Les électeurs peuvent prendre l'initiative d'une telle consultation en la proposant à la collectivité, qui reste libre de

la décision finale appartient à la collectivité locale. Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les collectivités territoriales peuvent également soumettre à leurs électeurs tout projet de texte relevant de leur compétence (art. 72-1, Code général des collectivités territoriales, LO 1112-1 et s.). Dans ce cas, les « tiers » (les électeurs) détiennent un véritable pouvoir de décision, le texte étant adopté si la moitié au moins des électeurs inscrits a pris part au scrutin et s'il réunit la majorité des suffrages exprimés (Code général des collectivités territoriales, LO 1112-7). On parle de « référendum décisionnel local ».

Ces procédés de « démocratie locale » sont fort peu utilisés et la décision d'y recourir donne lieu à un contentieux élevé et à des annulations de la part du juge dès lors que l'objet de la consultation excède les compétences locales<sup>14</sup>

Enfin, la Constitution prévoit la possibilité pour les électeurs, à l'échelon local, de contraindre leur collectivité locale à s'emparer d'une question relevant de sa compétence (Constitution, article 72-1<sup>15</sup>). Il semblerait que cet instrument soit très peu utilisé.

## **1.2 Le tiers peut-il être chargé de produire des normes, d'édicter des réglementations ?**

**1.2.1 Dans quelles circonstances (citer quelques exemples) ? 1.2.2 Où se situe la norme édictée par un tiers dans la hiérarchie des normes ? 1.2.3 Qu'en est-il de la reconnaissance par l'ordre juridique d'une norme élaborée spontanément par un tiers ?**

Cette série de question sera traitée d'un seul bloc.

Le droit français prévoit diverses hypothèses dans lesquelles les particuliers sont chargés d'établir une réglementation.

En droit du travail, par exemple, les conditions d'emploi et de travail peuvent, et parfois doivent, être établies par voie de conventions collectives conclues entre employeurs et syndicats (Code du travail, L. 2221-1). Ces conventions, qui s'imposent au contrat de travail (Code du travail, L. 2254-1), ne peuvent écarter des dispositions du code du travail que pour les « améliorer » (Code du travail, L. 2251-1), à moins que la loi autorise une dérogation dans un sens défavorable. Leur champ d'application dépasse le cercle des signataires de la convention si la convention a été « étendue » par voie d'arrêt ministériel. Dans ce cas, sa valeur est réglementaire.

En matière d'urbanisme, également, dans le cadre des lotissements, les particuliers ont la possibilité d'établir une réglementation propre au lotissement. Transmise à l'autorité administrative dans la demande de lotissement (permis d'aménager, Code de l'urbanisme, R. 442-6), cette réglementation acquiert valeur réglementaire dès lors que la demande débouche sur une autorisation.

## **1.3 Quelles sont les prérogatives du tiers dans le mécanisme de contrôle de conformité des normes aux normes de rang supérieur ?**

Ces prérogatives sont très importantes, et ce en raison de l'intérêt à agir du tiers, qui lui permet d'avoir un accès très ouvert au prétoire du juge. Cette question sera abordée dans la partie suivante.

---

<sup>14</sup> Par exemple, CE, 16 déc. 1994, *Commune d'Avrillé*, n° 146832 ; CE, 21 juin 2000, *Commune de Charvieu-Chavagneux*, n° 198237 ; TA Pau, 27 sept. 2005, *Préfet du Gers*, n° 0501433.

<sup>15</sup> Constitution, art. 72-1 : « La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence ». Selon une réponse ministérielle du 1er mars 2011, l'article 1112-16 du Code général des collectivités territoriales, issu de la loi du 13 août 2004 doit être regardée comme la loi qui, selon le texte constitutionnel, met en œuvre le droit de pétition. Ainsi, dans la commune, la demande doit être issue d'un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales et, dans les autres collectivités territoriales, elle doit

## II – L'INTERET DU TIERS

### 2.1 Le tiers doit-il justifier d'un intérêt (particulier) pour participer à une procédure administrative, lorsque celle-ci est, par exemple :

#### 2.1.1 Contentieuse

Il n'est question ici que de la participation du tiers à une procédure administrative contentieuse. En droit français, on songe à l'intervention du tiers à une instance devant le juge administratif qui lui permet, sans accéder au statut de partie, de prendre part aux débats contentieux, en déposant des « moyens » à l'appui des conclusions du demandeur ou du défendeur.

Toute personne qui, pour une raison ou une autre, s'estime intéressée au litige ne se verra pas ouvrir l'accès à l'instance. Pour que cet accès lui soit ouvert, il faut qu'elle « justifie d'un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige ». Tel est l'état du droit depuis une décision récente (CE, sect., 25 juill. 2013, *OFPRA*, n° 350661), qui unifie les conditions de l'intervention quel que soit la nature du recours ayant ouvert l'instance dans laquelle le tiers entend intervenir (contentieux de l'excès de pouvoir ou recours de pleine juridiction<sup>16</sup>)

Cependant, cette exigence uniforme donne lieu à des appréciations différentes selon, dit le juge, « la nature et l'objet du litige ». L'intérêt à intervenir, qui conditionne la recevabilité de l'intervention des tiers dans l'instance, est apprécié au cas par cas. Une association de protection des étrangers justifie d'un intérêt à intervenir au soutien d'un demandeur d'asile dans un contentieux relatif aux demandes d'asile, le juge estimant que, dans ce contentieux, les demandeurs, qui ne sont pas nécessairement assistés d'un avocat, sont dans une situation vulnérable (CE, sect., 25 juill. 2013, *OFPRA*, *op. cit.*). Au regard de ce même critère, le Conseil national du Barreau justifie également d'un intérêt suffisant à intervenir dans un recours en contestation de validité d'un contrat conclu entre une personne publique et un cabinet d'avocat, le juge considérant que la question posée par le litige, relative au champ d'activité de la profession d'avocat, justifiait cette intrusion dans le procès (CE, 10 févr. 2013, *Sté Cabinet H. Abecassis*, n° 367262).

#### 2.1.2 Non contentieuse

L'intervention du tiers dans la procédure administrative non contentieuse renvoie à la question de sa participation dans l'élaboration des actes administratifs. Sur ce point, nous renvoyons aux développements ci-dessus en précisant que le droit à participation, prévu pour les actes de nature à porter atteinte à l'environnement, n'est nullement limité à un certain cercle d'administrés : il appartient à toute personne.

#### 2.1.3 Cas échéant, contractuelle

Le tiers est susceptible d'intervenir dans tous les actes préalables à la conclusion du contrat, dans les conditions décrites ci-dessus.

---

<sup>16</sup> Les deux types de recours se distinguent en raison des pouvoirs que détient le juge : dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge se contente d'annuler l'acte litigieux, dans le contentieux de pleine juridiction – on dit encore plein contentieux – le juge détient en principe un pouvoir de réformation. Par ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir se contente de se prononcer sur la légalité d'un acte ; le juge de la pleine juridiction se prononce lui sur les droits du requérant (droits à percevoir une somme d'argent ; droits à indemnité ; droits à bénéficier du statut de demandeur

## 2.2 Le tiers doit-il justifier d'un intérêt (particulier) pour contester :

### 2.2.1 Un acte unilatéral ?

La contestation des actes unilatéraux (décision individuelle ou acte réglementaire) s'effectue dans le cadre du recours pour excès de pouvoir qui vise à obtenir du juge l'annulation de l'acte. Elle est ouverte aux tiers qui justifient d'un « intérêt à agir ».

Traditionnellement, l'intérêt à agir est entendu de façon très libérale, sans pour autant que cela autorise n'importe qui à demander l'annulation de n'importe quelle disposition.

Pour justifier d'un tel intérêt, le « tiers » (c'est-à-dire, le requérant) doit montrer non seulement que la décision contestée lui fait grief (elle lui porte tort), mais aussi qu'il fait partie du cercle des personnes particulièrement concernées par la décision. C'est à ce stade que le juge dispose d'une liberté d'appréciation, lui permettant de faciliter ou de restreindre la capacité de « nuisance » des tiers à l'égard de l'acte litigieux. C'est ainsi, par exemple, qu'il est admis depuis le début du siècle que les délibérations engageant les finances locales intéressent les contribuables locaux qui justifient ainsi d'un intérêt à les contester, alors que les mesures d'organisation du service ne concernent pas en principe les agents, même si en réalité ces derniers sont directement intéressés.

Dans l'hypothèse où un administré ne parvient pas à justifier d'un intérêt à agir, il lui reste la possibilité de constituer une association dont l'objet sera défini de telle façon qu'elle présentera un intérêt à contester la décision litigieuse (la pratique est fréquente).

### 2.2.2 Un acte contractuel

Jusqu'à une date récente, les tiers pouvaient exercer un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (jurisprudence dite « *Martin* »<sup>17</sup>). La recevabilité de leur recours était alors subordonnée à l'existence d'un intérêt à agir, compris comme il l'est dans le contentieux de l'excès de pouvoir (c'est-à-dire de façon libérale, supra n°). La jurisprudence *Martin* a été récemment abandonnée<sup>18</sup> : désormais, les tiers au contrat ne peuvent exercer qu'un recours de plein contentieux, dirigé directement contre le contrat dans un délai de deux mois qui suit l'accomplissement des mesures de publicité appropriées (*CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne : Rec. CE 2014, à paraître*). Les conditions relatives à l'intérêt à agir de ces tiers ont été, à cette occasion, durcies : la conclusion du contrat doit léser le tiers « dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine ». Par exemple, le contribuable local qui justifiait d'un intérêt à agir contre la délibération autorisant la conclusion d'un marché public (acte détachable) ne justifiera plus, dans la majorité des cas, d'un intérêt à agir (sauf s'agissant d'un contrat très coûteux pour les finances d'une petite commune).

## 2.3 De quel intérêt le tiers doit-il justifier pour avoir droit à l'information ?

Aucun intérêt particulier n'est requis. La Charte de l'environnement ouvre à « toute personne... le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les personnes publiques » (article 7, voir également, code de l'environnement, art. L. 124-1). Le droit à l'information consacré par la loi du 17 juillet 1978<sup>19</sup>, qui se concrétise sur un droit d'accès au document administratif est ouvert « à toute personne » (art. 1<sup>er</sup> de la loi).

---

<sup>17</sup> CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. 749, concl. Romieu

<sup>18</sup> Si l'annulation de l'acte détachable était sans effet sur le contrat lui-même, le juge pouvait, à tout époque, ordonner à l'administration cocontractante de saisir le juge des contrats afin qu'il en constate la nullité (*CE, sect., 7 oct. 1994, Épx Lopez, n° 124244*), le contrat étant ainsi susceptible d'être remis en cause des années après sa conclusion. C'est la raison pour laquelle, entre autres, la jurisprudence *Martin* a été abandonnée.

## 2.4 D'une manière plus générale, qu'est-ce qui distingue l'intérêt du tiers de l'intérêt général, voire de l'action populaire ?

Nous raisonnons ici à partir du contentieux de l'excès de pouvoir, où l'intérêt à agir est compris de façon si libérale que se pose la question de sa distinction avec l'action populaire.

Pour maintenir cette distinction, existent des verrous. Ainsi, il ne suffit pas, pour justifier d'un intérêt à agir, que l'acte litigieux fasse « grief » au requérant (c'est-à-dire lui porte tort d'une façon ou d'une autre, à des degrés variables). Il faut également que le requérant appartienne au « cercle » des personnes particulièrement concernées par l'acte. En d'autres termes, le requérant doit justifier d'une situation spéciale par rapport à l'acte, c'est-à-dire celle dans laquelle tous les administrés ne se trouvent pas.

Bien sûr, la délimitation du « cercle » des personnes spécialement concernées par l'acte litigieux et, par voie de conséquence, la question de savoir si la qualité invoquée par le requérant appartient ou non à ce cercle (le cercle en question étant fréquemment défini après coup, après avoir décidé s'il était opportun ou non que la qualité invoquée permette la contestation de l'acte), relèvent de la part du juge de considérations d'opportunité. Ainsi, est-il posé que les agents publics n'ont pas intérêt à contester les mesures d'organisation du service, à moins qu'elles n'affectent significativement leur situation statutaire ou encore leurs conditions de travail<sup>20</sup>. De même, les usagers du service public ne justifient pas d'un intérêt à réclamer l'annulation des décisions de nomination d'agent dans le service<sup>21</sup>. En revanche, ils justifient d'un tel intérêt à l'encontre des mesures d'organisation et de fonctionnement du service (arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli* de 1906<sup>22</sup>).

On le voit, le champ des personnes spécialement concernées par l'acte varie d'un cas à l'autre, ainsi que, symétriquement, les qualités invoquées pour exercer un recours en annulation sont susceptibles de varier. Le juge n'accepte pas cependant du requérant qu'il invoque des qualités à ce point générales qu'elles permettraient à tout administré de contester l'acte litigieux. Ainsi, si le contribuable communal justifie en tant que tel d'un intérêt à agir contre les actes de la commune engageant les finances communales (arrêt *Casanova* de 1901<sup>23</sup>), la qualité de contribuable de l'État ne donne pas intérêt à agir contre une décision qui affecte les finances de l'État<sup>24</sup>, celle de consommateur ne permet pas de contester une décision relative aux modalités de vente d'un produit<sup>25</sup>, ou encore la qualité de citoyen ne confère pas un intérêt à agir contre un décret fixant les attributions d'un ministre<sup>26</sup>.

Il arrive cependant que certaines mesures produisent potentiellement leurs effets sur l'ensemble de la population, de sorte qu'il est impossible d'isoler au sein de celle-ci une catégorie déterminée. Dans ce cas, refuser un intérêt à agir au requérant qui se prévaut de qualités largement partagées reviendrait à refuser à quiconque un intérêt et à soustraire la décision à tout recours. Pour l'éviter, le juge admet l'invocation de qualités très générales. Par exemple, un décret prévoit les conditions d'organisation d'un référendum : un électeur justifie en cette seule qualité d'un intérêt à en demander l'annulation<sup>27</sup>. Ou encore, une décision détermine le montant de la taxe intérieure sur les produits pétroliers : un consommateur d'essence justifie, en cette seule qualité, d'un intérêt<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup>CE, 11 déc. 1903, *Lot*, Rec. 780.

<sup>21</sup>Par ex., sect., 29 oct. 1976, *Rouillon*, Rec. 433.

<sup>22</sup>CE, 21 déc. 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli*, Rec. 962.

<sup>23</sup>CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333.

<sup>24</sup>CE, 13 févr. 1930, *Dufour*, Rec. 176.

<sup>25</sup>CE, 29 déc. 1995, *Beucher*, n° 139530.

<sup>26</sup>CE, 23 sept. 1983, *Lepetit*, n° 35159, Rec. 372.

<sup>27</sup>CE, 19 oct. 1962, *Brocas*, Rec. 553.

### III – L’EXECUTION DE TACHES PUBLIQUES ET LE TIERS

#### 3.1 Qu’en est-il de l’exécution de tâches publiques par un tiers ? A quelles conditions et avec quel contrôle cette exécution par un tiers peut-elle avoir lieu, en distinguant par exemple :

**3.1.1 La subvention 3.1.2 La concession 3.1.3 La délégation 3.1.4 L’engagement contractuel 3.1.5 Le droit commercial (sociétés d’économie mixte par exemple) 3.2 Existe-t-il des domaines où l’exécution de tâches publiques par un tiers est exclue et pour quels motifs – juridiques – politiques ?**

Ces questions concernent la prise en charge par les tiers de missions de service public, relevant du champ de compétence de l’administration. Elles seront traitées d’un seul bloc.

Toutes les activités publiques ne peuvent être prises en charge par des personnes privées. Les missions régaliennes de souveraineté<sup>29</sup>, comme la police<sup>30</sup> ou les activités pénitentiaires<sup>31</sup>, ne sont susceptibles d’aucune délégation : seule la personne publique est autorisée à les assumer.

Pour le reste – travaux publics, services publics administratifs ou services publics industriels et commerciaux –, les activités publiques peuvent être confiées à des personnes privées par voie unilatérale (loi, acte administratif) ou par voie contractuelle. Dans les secteurs économiques, l’habilitation doit respecter les exigences de publicité et de mise en concurrence posées par le droit de l’Union, ce qui impose la conclusion d’un contrat (marché de services, de travaux, concession de travaux ou encore concession de service public).

Dans tous les cas, l’administration détient nécessairement un contrôle sur la personne privée qui se manifeste par la désignation des organes dirigeants ou encore l’existence d’un pouvoir de tutelle sur les actes de la personne privée. Ce contrôle est un élément essentiel. A tel point que lorsque l’habilitation de la personne privée à exercer une mission de service public n’est pas clairement énoncée, l’existence de tels contrôles constitue un élément indispensable pour le juge, afin de qualifier l’activité de service public<sup>32</sup>.

En principe, la personne publique est à l’initiative de l’activité prise en charge par la personne privée : elle choisit de confier telle mission à telle personne privée. Il arrive cependant que la chronologie soit inverse, c’est-à-dire qu’une personne privée exerce une activité que, dans un second temps, l’administration érige en service public. Cette transformation ne résulte pas nécessairement d’une décision explicite ; c’est alors au juge qu’il appartient de se prononcer. En s’appuyant sur certains éléments le juge va qualifier l’activité, jusque-là purement privée, de mission de service public. Parmi ces éléments, figurent en premier lieu les contrôles opérés par

---

<sup>29</sup> Cons. const., n° 2003-473, 26 juin 2003.

<sup>30</sup> CE, 29 déc. 1997, *Commune Ostricourt*, n° 170606 ; CE, 21 juin 2000, *Sarl Plage*, « chez Joseph », n° 212100. Il n’est pas exclu que certaines tâches ponctuelles soient susceptibles d’être prises en charge par des personnes privées : CE, 10 oct. 2011, *Ministre de l’agriculture, de l’alimentation et de la pêche*, n° 337062.

<sup>31</sup> Cons. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002.

<sup>32</sup> D’autres éléments sont également nécessaires : CE, sect., 22 févr. 2007, *APREI*, n° 264541 ; CE, 5 oct. 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, n° 298773 : « indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l’inverse, exclure l’existence d’un service public, une personne privée qui assure une mission d’intérêt général sous le contrôle de l’administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l’exécution d’un service public ; que même en l’absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l’intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu’aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que



l'administration sur l'activité exercée par la personne privée (sans que l'on sache précisément, à l'heure actuelle, ce à quoi doivent correspondre ces contrôles<sup>33</sup>).

Si le contrôle exercé par la personne publique sur la personne privée en charge d'une mission de service public est, dans tous les cas, nécessaire, au-delà d'une certaine limite, ce contrôle a pour effet de faire perdre à la personne privée son statut de tiers. Lorsqu'en effet l'administration détient un pouvoir de contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, la personne privée, bien que dotée d'une personnalité juridique propre, est regardée comme un appendice de la personne publique<sup>34</sup>. En découle un certain nombre de conséquences, comme l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence.

La mission de service public, enfin, peut être confiée à une société privée à capital public, en particulier à « une société mixte locale »<sup>35</sup> ou à une « société publique locale »<sup>36</sup>. Dans les deux cas, il s'agit de sociétés de droit privé, à capital public. Dans le premier cas – société d'économie mixte locale –, le capital public est majoritaire. Soumise à un contrôle étroit de l'État, la société d'économie mixte peut être regardée comme un « tiers » par rapport à l'État. Dans le second cas – « société publique locale » –, le capital est intégralement public. Bien que détentrice d'une personnalité juridique propre et tout en conservant cette personnalité, la société publique locale est regardée comme un service de la personne publique. C'est tout son intérêt : démembrement de la personne publique, la société publique locale peut se voir déléguer une mission de service public sans être soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence.

### **3.3 De manière plus spécifique qu'en est-il de l'administration de prestations par les tiers, en particulier le régime juridique applicable au tiers prestataire ainsi qu'aux établissements de droit public ?**

Lorsque le tiers se voit confier un service public par l'administration, l'activité est soumise aux lois du service public.

Pour le reste, le régime juridique du service pris en charge par une personne privée est largement régi par le droit privé. Les relations qu'entretient la personne privée avec son personnel

---

<sup>33</sup> CE, sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736 : « Considérant... que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ».

<sup>34</sup> CE, sect., 6 avr. 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736 : « lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ». Le juge français fait ici écho aux prestations « in house », telles que les conçoit la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98).

<sup>35</sup> Les sociétés mixtes locales ont été créées par la loi du 7 juillet 1983 ; les dispositions qui les régissent se trouvent aujourd'hui aux articles L. 1521-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

<sup>36</sup> Les sociétés publiques locales ont été créées par la loi du 28 mai 2010 ; les dispositions qui les régissent se trouvent

relèvent du droit privé (sauf, s'agissant des « services publics administratifs »<sup>37</sup>, lorsque sont mis à sa disposition des agents publics). Les relations de la personne privée avec les usagers du service relèvent également du droit privé, de même que les actes juridiques qu'elle prend, sauf lorsque, s'agissant d'actes unilatéraux, ils procèdent de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

### **3.4 Quel est le régime de responsabilité applicable au tiers qui exécute une tâche publique ?**

En cas de dommage causé par une personne privée chargée d'une mission de service public, la responsabilité incombe à la personne publique ou à la personne privée, selon le type de responsabilité engagée. Si la responsabilité est recherchée en dehors de toute faute, c'est sur la personne publique que repose la charge indemnitaire<sup>38</sup>. Lorsqu'est mise en œuvre la responsabilité pour faute, seule, en principe, la personne privée peut être tenue pour responsable<sup>39</sup>, la personne publique n'intervenant qu'à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité de la personne privée<sup>40</sup>.

Dans certains cas, cependant, la personne publique peut voir sa responsabilité directement recherchée par la victime. C'est le cas, tout d'abord, lorsque le dommage résulte de sa carence dans sa mission de contrôle sur la personne privée. C'est le cas, également, lorsque la personne privée est un simple paravent, c'est-à-dire lorsque, totalement sous la coupe de la personne publique, elle est considérée comme transparente. Dans ce cas, la personne publique est directement responsable<sup>41</sup>. C'est le cas, enfin, en matière de police, lorsque la mission de police a été illégalement déléguée ou lorsque la mission, consistant en des tâches ponctuelles et matérielles, a pu légalement être confiée à une personne privée. Dans cette dernière hypothèse, la responsabilité publique s'explique par le fait que lorsqu'elles sont susceptibles d'être exécutées par les personnes privées, les opérations de police doivent être exécutées « sous le contrôle et la responsabilité de l'administration », de sorte que la présence de la personne publique est bien plus prononcée que dans d'autres domaines<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> On distingue, en droit français, le service public administratif du service public industriel et commercial. Pour simplifier, alors que le service administratif relève des missions « habituelles » de l'administration, le service public industriel et commercial correspond à l'activité qui ressemble à une entreprise privée ordinaire, du point de vue objet, de l'origine de ses ressources, et de son mode de fonctionnement.

<sup>38</sup> Voir à propos de la responsabilité pour « risque » en cas de dommages causés par les mineurs délinquants placés dans des établissements privés, CE, 19 déc. 1969, *Éts Delannoy*, n° 74793, Rec. 595.

<sup>39</sup> Si le dommage est commis par la personne privée dans l'accomplissement du service public et qu'il procède de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la responsabilité de la personne privée doit être recherchée devant le juge administratif (CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Veritas*, n° 34462, Rec. 134).

<sup>40</sup> CE, 13 nov. 1970, *Ville de Royan*, n° 06145, Rec. 683.

<sup>41</sup> Par exemple, CE, 26 févr. 1982, *Birem*, n° 17790, Rec. T. 745.