

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT
JOURNEES PANAMENEENNES**

**18 – 22 mai 2015
LES TIERS**

**Rapport turc relatif au thème
Tiers et droit public
(version provisoire)**

Bige Açımuz
Maître de conférences en droit administratif
Université Özyeğin, Istanbul

I. Le tiers et la norme

- L'association du tiers à l'élaboration de la norme

Pour discuter du rôle des tiers dans l'élaboration des normes étatiques, il faut déterminer préalablement ce qu'on entend par le tiers par rapport à l'Etat (ou les administrations). Il peut s'agir d'une personne physique/morale de droit privé mais aussi de droit public autre que celle qui est compétente dans l'élaboration de la norme. Le tiers peut en outre être entendu en tant que personne qui est totalement étrangère à l'activité étatique comme le citoyen, les associations ou les sociétés qui sont des acteurs civils. C'est ce dernier sens qui sera retenu dans la première partie de ce rapport.

Il faut, dans un second temps, faire la distinction entre les actes qui sont des actes législatifs (la Constitution et la loi) et les actes administratifs (le décret, le règlement et autres comme les documents de planification).

Pour ce qui est des actes législatifs, c'est le Statut interne de l'Assemblée Nationale qui détermine les modalités d'élaboration de la loi et éventuellement des d'amendements constitutionnels. En principe, le citoyen n'est pas associé à l'élaboration de la norme sauf dans l'hypothèse du référendum. Aux termes de l'article 175 de la Constitution, les lois relatives aux amendements constitutionnels peuvent être renvoyées par le Président de la République devant l'Assemblée Nationale pour un second vote. Si l'Assemblée Nationale vote à nouveau la loi renvoyée, dans sa version initiale, à la majorité des deux tiers du nombre total de ses membres, le Président de la République peut la soumettre à un référendum. Ce moyen a été utilisé en 2010, lors de la modification de 26 articles de la Constitution.

Pour ce qui est des actes administratifs, il n'existe pas de norme législative générale qui oblige l'administration à associer le citoyen à l'élaboration de ses actes.¹ Les actes administratifs par lesquels l'administration emploie ses prérogatives de puissance publique sont par définition unilatéraux. La démocratie participative ne constitue pas un principe qui gère l'action administrative à l'exception des cas isolés sachant que l'effectivité de la participation demeure discutable.

Ainsi, le nouveau règlement relatif à l'élaboration des plans spatiaux (JORT n°29030 du 14 juin 2014) prévoit la participation du public à plusieurs niveaux. Il prévoit le principe selon

¹ Il faut ici noter que la Turquie n'est pas signataire de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement qui invite les Etats à assurer une participation effective durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement (art. 8).

lequel il est essentiel d'assurer la participation des établissements, des institutions et des parties lors de l'élaboration du plan par l'utilisation des moyens comme l'enquête, le sondage, l'organisation de réunions ou d'ateliers, l'annonce sur l'internet ou l'information (art. 7/1/j). Il est plus clair en matière de l'élaboration des plans de stratégie de l'espace. Il prévoit que ces plans doivent être élaborés en assurant la participation des établissements et institutions publics, des agences de développement, des collectivités territoriales, des ONG, des chambres professionnels et les acteurs du secteur privé (art. 14/1/e).

Cependant, il est difficile de conclure que ces dispositions visent une participation effective et démocratique du citoyen. D'une part, comme les modalités de la participation ne sont pas déterminées, sa mise en œuvre est soumise à la discrétion de l'auteur du plan. D'autre part, le citoyen ou l'habitant n'apparaît pas parmi les acteurs de la participation ; l'objectif est celui de l'association des acteurs qui investissent dans les projets qui seront retenus par le plan. Cette approche est d'ailleurs confirmée par l'énoncé de la participation aux plans de gestion intégrée des zones côtières. L'art 29/1/g du règlement prévoit qu'il est essentiel de développer un modèle de gestion participatif afin d'assurer et faciliter la mise en œuvre de stratégies.

Ainsi, l'association du tiers à l'élaboration de la norme étatique est très limitée en droit turc. En ce qui concerne l'édiction des normes par les tiers, ces dernières n'apparaissent pas dans la hiérarchie des normes. Les normes étatiques doivent nécessairement émaner des autorités dont les compétences sont déterminées par la loi ou la Constitution. En d'autres termes, les tiers, considérés comme des personnes autres que l'administration, ne peuvent édicter des normes juridiques à moins qu'elles concernent leur organisation interne.

- Les prérogatives du tiers dans le mécanisme du contrôle de la juridicité

Pour ce qui est des prérogatives du tiers dans le mécanisme de contrôle de conformité des normes aux normes du rang supérieur –autre que l'accès à la justice- la loi sur la procédure administrative contentieuse (loi PAC) donne aux intéressés la possibilité de demander à l'autorité supérieure de l'auteur de l'acte de retirer, d'annuler, de modifier l'acte en question ou d'élaborer un autre acte (art. 11). Cette demande arrête le délai de recours au juge. Les intéressés peuvent également présenter leur demande à l'auteur de l'acte s'il n'existe pas de supérieur hiérarchique. Le recours hiérarchique est le seul qui permet de discuter directement la légalité de l'acte sans faire recours à la justice.

Il existe aussi une autre voie plutôt indirecte qui est le recours à l'Ombudsman (Art. 74 de la Constitution). Elle est indirecte car elle n'a pas pour effet l'annulation ou la modification de l'acte contesté. Mais elle peut être utile dans la mesure où l'Ombudsman est chargé d'examiner la légalité et l'équité des actes et des actions de l'administration. Dans son examen, il se fonde sur la bonne administration, la justice et les droits de l'homme (Art. 5 du la loi no 6328 du 14 juin 2012 sur l'Ombudsman). Suite à son examen, il donne des recommandations à l'administration concernée et au gouvernement s'il estime qu'une modification des normes du rang supérieur est nécessaire. Ainsi, le tiers peut porter plainte à l'Ombudsman concernant le fonctionnement de l'administration avant de contester la légalité de l'acte devant le juge. Le recours à l'Ombudsman qui doit s'effectuer dans le délai de six mois à partir du refus de l'administration.² Ce recours, de arrête le délai du recours au juge.

² L'art. 17/7 de la loi sur l'Ombudsman. La rédaction de la disposition peut entraîner une confusion relative à la procédure à suivre. En effet, aux termes de l'article 17/4, les tiers peuvent recourir à l'Ombudsman que s'ils ont épuisé les recours obligatoires déterminés par les lois spécifiques ou les recours administratifs prévus dans la loi relative à la procédure Administrative contentieuse. Cette dernière loi prévoit deux types de recours; l'un obligatoire (art. 10), l'autre facultatif (art. 11). L'art 17/7 de la loi sur l'ombudsman sous-entend que pour que

II. L'intérêt du tiers

- La contestation d'un acte unilatéral par un tiers

Aux termes de l'art 2 de la loi PAC, acte administratif peut être contesté par le recours pour excès de pouvoir par les personnes dont « l'intérêt est lésé ». Le juge examine la question de l'intérêt donnant qualité à agir cours de l'examen de la recevabilité du recours (art. 14 de la loi PAC). L'intérêt doit comporter certaines caractéristiques pour être justifié. Il faut qu'il soit légitime, personnel et actuel.

Pour que l'intérêt soit légitime, il faut que la situation du requérant soit protégé par la loi. Ainsi, l'occupant illégal d'un bien sans aucun titre ne peut justifier un intérêt légitime.³ Il en est de même qu'une société qui continue l'exploitation d'un port malgré l'annulation des actes relatifs à la privatisation du port par le juge ; c'est-à-dire en violant la décision de justice.⁴

Quant au caractère personnel de l'intérêt qui est la caractéristique qui contribue de faire la distinction avec l'action populaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat est mitigée. Le juge essaie de trouver un juste milieu entre l'action populaire qui donnerait à toute personne la possibilité d'agir en justice contre un acte administratif et l'approche restrictive qui recherche la violation d'un droit pour avoir la qualité du requérant. Il refuse la demande du requérant qui conteste la légalité d'une communication en matière fiscale et qui soutient que cet acte affecte sa confiance en l'Etat en tant que citoyen et tourmente sa croyance à la suprématie du droit. Le juge considère que le requérant n'a pas su démontrer un intérêt légitime.⁵ Il considère en outre que le fait que le requérant ait contesté le titre de propriété d'un bien immobilier en avançant sa qualité de propriétaire devant le juge civil, ne suffit pas à lui seul de conclure à son intérêt pour agir pour contester la légalité d'une opération d'urbanisme sur cette propriété. Son intérêt n'est donc ni légitime, ni actuel.⁶

En revanche, le juge se montre plus libéral dans l'appréciation de l'intérêt donnant qualité pour agir pour des questions qui concernent l'environnement et l'urbanisme. Il admet que les personnes susceptibles d'être affectées par la décision de l'administration peuvent requérants dans le contentieux de l'excès de pouvoir ; elles ne sont pas tenues de démontrer un droit personnel à protéger, leur qualité de citoyen, titulaire d'un droit à l'environnement suffit. La question est plus délicate concernant les personnes morales comme les associations ou les chambres de métiers (qui sont des personnes morales de droit public selon l'art.135 de la Constitution). Le juge administratif qui reconnaissait leur intérêt pour agir a occasionnellement refusé l'intérêt pour agir du barreau de Balıkesir concernant la contestation de la décision selon laquelle l'étude d'impact n'était pas nécessaire pour la construction de l'autoroute qui passe par la ville de Balıkesir.⁷

- La contestation d'un contrat administratif par un tiers

En droit turc, il existe deux types de recours devant le juge administratif qui sont le recours pour excès de pouvoir et le recours en plein contentieux (art. 2 de la loi PAC). Les

l'intéressé puisse recourir à l'Ombudsman, il doit non seulement avoir épuisé les recours obligatoires, mais aussi le recours facultatif qui n'est pourtant pas recherché pour le recours au juge.

³ **Danıştay 6^{ème} sect.**, 23 décembre 1998, n° req 1997/6901, n° déc.1998/6773, **GÖZÜBÜYÜK Ş.-TAN T.**, *İdare Hukuku (Cilt II), İdari yargılama hukuku*, Turhan, 6^{ème} éd., 2013, Ankara, p. 338.

⁴ **Danıştay 10^{ème} sect.**, 13 novembre 2002, n° req 2002/1407, n° déc..2002/4320, **GÖZÜBÜYÜK Ş.-TAN T.**, *op. cit.* p. 337.

⁵ **Danıştay 4^{ème} sect.**, 8 octobre 1998, n° req 1998/4054, n° déc. 1998/3514. Dans cette affaire, la question n'est pas celle de la légitimité de l'intérêt mais son caractère personnel.

⁶ **Danıştay 6^{ème} sect.**, 14 juin 2011, n° req 2010/10709, n° déc. 2011/2200.

⁷ **Danıştay 14^{ème} sect.**, 21 septembre 2011, n° req 2011/13742, n° déc. 2011/796.

litiges relatifs à l'exécution des contrats administratifs relèvent du plein contentieux et ce moyen de recours est réservé qu'aux parties (art. 36 de la loi PAC).

Quant à la question de savoir si les dispositions du contrat ou les actes relatifs à son exécution peuvent être attaqués par le tiers, le sujet demeure débattu par la doctrine. Mais le Conseil d'Etat turc accepte les recours en excès de pouvoir initiés par le tiers dont l'intérêt est lésé⁸ malgré les critiques de certains auteurs qui s'inspirent de l'approche du juge administratif français⁹. Dans certaines hypothèses, la possibilité de la contestation du contrat par le tiers est admise même par les auteurs de ces critiques.

Tout d'abord, les tiers peuvent contester des dispositions réglementaires du contrat qui montre les modalités d'exercice des services qui constituent l'objet du contrat. Ces dispositions peuvent être attaquées par le tiers qui démontre son intérêt pour agir. Ensuite, il est admis que les contrats publics de travail peuvent être contestés par les tiers. Enfin, les actes détachables du contrat, qu'il s'agisse des actes élaborés durant la phase précontractuelle ou ceux qui sont pris pendant l'exécution du contrat peuvent aussi être portés devant le juge par les tiers.

Il faut ici noter que suite à l'amendement constitutionnel et les lois qui ont permis à l'administration de passer des contrats de droit privé relatifs à la gestion des services publics par les personnes privées, le recours aux contrats administratifs est devenu une exception. Lorsque le contrat qui constitue l'objet du litige est un contrat du droit privé, la compétence relève du juge de droit commun. Mais même dans cette hypothèse, le contrôle des actes détachables du contrat qui sont des actes administratifs sera effectué par le juge administratif.

- La participation du tiers à une procédure administrative contentieuse

La participation du tiers, c'est-à-dire de la personne qui n'est ni partie ni représentée à une instance ouverte entre d'autres¹⁰ à une procédure administrative contentieuse, consiste en l'intervention du tiers. En droit turc, l'intervention du tiers dans la procédure administrative contentieuse est essentiellement gérée par la procédure contentieuse du droit commun, en raison du renvoi de l'article 31 de la loi PAC à la loi relative à la procédure civile contentieuse (loi PCC).

Aux termes des articles 65-70 de la loi PCC, il existe deux types d'intervention : l'intervention principale et l'intervention accessoire. L'intervention principale (art. 65 de la PCC) consiste en la participation du tiers qui évoque son droit propre sur l'objet du litige. Il s'agit en réalité d'un nouveau recours qui sera traité avec le recours initial¹¹. L'intervention principale n'étant pas admise par le juge administratif turc, ce rapport se limite à l'examen de l'intervention accessoire du tiers.

L'intervention accessoire consiste en la possibilité pour le tiers de participer au procès pour faire prévaloir la position d'une des parties et offrir son appui (art. 57 de la loi PCC). Le tiers peut participer à un procès en tant qu'intervenant accessoire s'il démontre son intérêt qui

⁸ GÖZÜBÜYÜK Ş-TAN T, *İdare Hukuku (Cilt I) Genel Esaslar*, Turhan, 7^{ème} éd, Ankara, 2012, p. 554.

⁹ GÖZLER, *İdare Hukuku*, Ekin, 2009, Bursa, pp. 235-240. Il faut néanmoins noter que le Conseil d'Etat français, lui aussi, ne refuse plus de façon catégorique la possibilité de la contestation directe du contrat par le tiers depuis l'arrêt *Département du Tarn et Garonne*, Cf. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, req. n° 358994.

¹⁰ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, Paris, p.777.

¹¹ Le refus de l'intervention principale par le juge fut discuté par la doctrine. Certains auteurs y voient une possibilité de dérogation au délai du recours, sachant que l'intervenant a, en principe la qualité du requérant. L'ouverture de cette possibilité serait donc un moyen d'échapper à la condition du délai. D'autres rejettent cet argument en avançant qu'une fois l'acte administratif est contesté, le respect du délai de recours dont la fonction est d'assurer la sécurité juridique n'est plus fondé. Cf. YASİN M., *İdari yargılama usulünde davaya müdahale*, *İÜHFİM*, C. LXIX, S. 1-2, 2001, pp. 441-442.

doit être légitime, actuel et personnel. Le critère à retenir est celui que le juge exige pour contester l'acte administratif. Ainsi, un syndicat peut avoir la qualité d'intervenant accessoire aux côtés du Ministère du Travail et de la Sécurité Sociale dans un procès relatif à l'annulation d'un règlement contesté par un autre syndicat, s'il a intérêt que le règlement ne soit annulé.¹²

L'ancienne loi PCC (avant 2011) définissait l'intervenant accessoire en tant que « tiers dont le droit ou l'obligation dépend du résultat d'un procès » (art. 53 de l'ancienne loi PCC). Le juge administratif, partant de cette disposition, cherchait –à tort selon la doctrine- la violation d'un droit, même dans l'hypothèse du recours pour excès de pouvoir. Il devrait se limiter à la recherche de la justification d'un intérêt qui est plus conforme à ce type de recours¹³.

- **Le droit à l'information du tiers**

Le droit à l'information est un droit garanti par la Constitution (Art. 74) et la loi relative au droit à l'information (art. 4 de la loi n° 4982 du 9 octobre 2003) à toute personne. Les bénéficiaires du droit à l'information sont les personnes physiques ou les personnes morales sans qu'une justification de leur intérêt par rapport à l'information qu'ils souhaitent avoir accès leur soit demandée.

Cependant, la qualité de bénéficiaire des non-ressortissants est soumise à certaines conditions. La loi accorde le droit d'accès à l'information aux seuls résidents en Turquie, c'est-à-dire les personnes qui ont un permis de séjour. Pour les personnes morales, cette condition est remplie par le fait que le demandeur poursuive ses activités en Turquie. La loi énonce par ailleurs que le droit à l'information pour les étrangers ne s'exerce que sous la condition de réciprocité. Cette dernière condition est souvent remplie dans la mesure où de nombreux Etats accordent le droit à l'information aux étrangers dans leur législation interne¹⁴.

Pour ce qui est de l'intérêt à justifier, il n'existe aucune disposition dans la loi pour les ressortissants turcs ; les limites relatives à l'usage du droit à l'information relèvent de la nature du document et des autres intérêts à protéger. En revanche, les non-ressortissants doivent faire preuve de leur intérêt pour accéder aux informations détenues par les autorités publiques. Ainsi, la loi délimite le droit à l'information pour les personnes physiques jets qui les concernent, et pour les personnes morales à leur domaine d'activité (Art. 4 de la loi relative au droit à l'information).

III. L'exécution des tâches publics et le tiers

- **La possibilité de l'exécution des tâches publiques par les tiers**

Le tiers est de plus en plus associé à l'exécution des tâches publiques en raison des transformations du rôle de l'Etat qui transfère ses fonctions aux acteurs privées par le biais des privatisations et de l'externalisation des différents services de l'administration. La possibilité et les modalités de l'exécution des services publics par les personnes privées a fait l'objet d'importants débats suite aux décisions de justice et aux amendements constitutionnels. L'une des questions importantes étant de déterminer les services dont l'administration ne peut transférer l'exécution aux personnes privées.

¹² Voir pour les exemples **GÖZÜBÜYÜK Ş.-TAN T.**, *İdare Hukuku (Cilt II), İdari yargılama hukuku, op. cit.*, p. 806.

¹³ *Ibid.* p. 807.

¹⁴ **ÇALIŞKAN Y.**, *Yabancıların bilgi edinme hakkı, Prof. İrfan Baştuğ anısına armağan, DEHFD, C. 7, Özel sayı*, 2005, p. 480.

Si la Constitution n'interdit pas catégoriquement le transfert de l'exécution de certains services publics aux personnes privées, elle dispose des dispositions qui permettent de saisir les limites de l'externalisation des services publics. Ainsi, aux termes de l'article 5 de la Constitution relative au principe de la souveraineté nationale, la nation exerce sa souveraineté par l'intermédiaire des organes habilités, qui sont effectivement les organes étatiques. Cette disposition a pour corollaire l'impossibilité de transférer les prérogatives de la puissance publique –qui émanent de la souveraineté- aux personnes privées. La Constitution prévoit plus spécifiquement que Les fonctions essentielles et continues requises pour l'exécution des services publics conformément aux principes d'administration générales et dont l'administration est responsable, sont gérés par les fonctionnaires et les agents publics (Art. 128). Par conséquent, certains services doivent être entrepris par des agents publics et leur exécution ne peut être transférée aux personnes privées.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle à propos de la détermination de ces services reste cependant mitigée. La Cour déclare inconstitutionnelle la loi qui transfère la compétence de l'octroi du permis de construire aux bureaux d'architectes et d'ingénieurs assermentés¹⁵, celle qui autorise les cabinets de conseil financier assermentés à approuver les déclarations financières.¹⁶ En revanche, la Cour a validé l'externalisation du contrôle et de surveillance des constructions en limitant la notion de « principes d'administration générale » à l'édition des actes administratifs¹⁷ et le transfert de la compétence du contrôle de véhicules – compétence relevant du ministère de Transport- aux bureaux privés¹⁸.

Ainsi, les domaines où l'exécution des tâches publiques par les tiers est impossible en raison de l'utilisation des prérogatives de puissance publique est interprétée de plus en plus restrictive par le juge constitutionnel. Il en est d'avantage pour les grands services publics comme celui de la santé qui a fait l'objet de modifications législatives importantes.¹⁹

- **Le régime juridique applicable au prestataire tiers du service public**

En droit turc, l'exécution du service public par un tiers peut être effectué par le biais d'un permis –acte administratif- ou par contrat. Il faut à ce titre rappeler que depuis les années 90, les contrats de l'administration qui sont soumis au droit public occupent de moins en moins de place. La plupart des contrats, comme les contrats de marché public, de travaux publics, de transport ou d'abonnement sont des contrats de droit privé. Cette possibilité fut rendue possible par un amendement constitutionnel qui a permis de soumettre les contrats de transfert de l'exécution des services publics au droit privé. Même si les contrats de droit public demeurent (i.e. le contrat de concession, les contrats de travail de droit public) l'administration préfère ne pas y recourir sauf s'il est contraint par la loi.

Lorsque l'exécution du service public est gérée par un contrat administratif, le régime juridique est celui du régime général des contrats administratifs qui donne à l'administration des pouvoirs exorbitants comme la modification unilatérale ou la résiliation unilatérale qui sont contrebalancés par les mesures relatives à la préservation de l'équilibre financier du contractant. C'est donc le régime général des contrats administratifs qui est appliqué.

¹⁵ CC, 11 décembre 1986, n° req. 1985/11, n° déc. 1986/29, anayasa.gov.tr. Voir dans le même sens CC, 16 octobre 2003, n° req. 2001/383, n° déc. 2003/92, anayasa.gov.tr

¹⁶ Cf. Pour la critique des considérants de l'arrêt, cf. SEVER Ç., Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013-3, p. 256.

¹⁷ CC, 26 juin 2002, n° req. 2001/377, n° déc. 2002/59, anayasa.gov.tr.

¹⁸ CC, 29 décembre 2005, n° req. 2005/110, n° déc. 2005/111, anayasa.gov.tr.

¹⁹ SEVER Ç., Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013-3, pp.261-263.

Lorsque c'est par un contrat de droit privé que le tiers est chargé de l'exécution d'un service public, le régime juridique est déterminé par le cahier des charges. Mais même dans cette hypothèse, les contrats sont encadrés par des lois qui peuvent contenir des dispositions qui permettent d'assurer le respect des lois des services publics. Mais lorsque les litiges sont réglés par l'arbitrage, ce ne sont pas les considérations relatives à la bonne exécution du service public ou à l'intérêt général qui seront tenus en compte, bien que rien ne l'interdise.

- **Le régime de responsabilité applicable au tiers qui exécute une tâche publique**

Le régime de responsabilité applicable au tiers qui exécute une tâche publique dépend du régime juridique par lequel le service public est exécuté par le tiers. En ce qui concerne la concession, l'administration qui dispose de la compétence -et du devoir- de surveillance et de contrôle du service peut être tenu responsable pour les dommages survenus lors de l'exécution du service. Le tiers qui exécute le service n'est évidemment pas exempt de responsabilité ; mais sa responsabilité sera encadré par le droit commun.

Lorsque le service est encadré par un contrat de droit privé, il est difficile de déterminer la part de responsabilité des parties et surtout de l'administration- car le contrat n'est pas accessible au tiers. Quoi qu'il en soit, le tiers qui exécute la tâche publique sera responsable des dommages qu'il a causés. Dans l'hypothèse où il existe un lien contractuel avec l'usager, sa responsabilité sera une responsabilité contractuelle. Dans les autres cas, il pourra s'agir d'une responsabilité délictuelle. En ce qui concerne la part de responsabilité de l'administration, si cette dernière est tenue de surveiller et de contrôler l'action du tiers contractant sa responsabilité peut être mise en question.