

DROIT ADMINISTRATIF, MODERNISATION DE L'ETAT ET GLOBALISATION**

*Prof. Dr. Turgut TAN**

INTRODUCTION

Nous devons, tout d'abord, préciser ce que nous entendons par la **modernisation de l'Etat**: il s'agit là, essentiellement d'une part réduire la taille, les coûts et le rôle de l'Etat, ce qui inclut la déreglementation, la privatisation, et la libéralisation des marchés et de l'autre part améliorer les rapports entre l'administration et les citoyens, ce qui vise à créer une administration publique transparente, performante et responsable.

On passe de la conception traditionnelle de l'administration à la conception moderne de l'administration. **La conception traditionnelle de l'administration** est centrée sur la stabilité/ la sécurité juridique, l'équité et la prévisibilité des règles et des procédures, la responsabilité et le contrôle. **La conception moderne de l'administration** qualifiée comme *<management public>* ou *<gestion publique contemporaine>* qui s'attache aux coûts et aux bénéfices, aux objectifs, vise l'amélioration de l'efficacité, de la flexibilité et des éléments de gestion axés sur les résultats.

Selon Chevallier, "L'insertion de l'Etat dans un monde de plus en plus interdépendant, le recentrage de ses fonctions, l'atténuation de la ligne de démarcation avec le privé, l'ébranlement de son architecture, toutes ces inflexions ont des implications juridiques, mieux se traduisent en termes juridiques, à travers le langage et les concepts du droit; à l'émergence d'un Etat *post-moderne* correspond inévitablement l'avènement d'un **droit post-modern**"¹.

I- La globalisation et le déclin des structures de droit public au bénéfice des structures de droit privé

La conception moniste selon laquelle L'Etat est le seul foyer de droit est actuellement dépassée. Car, l'Etat n'apparaît plus comme la seule instance de régulation juridique; en effet d'autres créateurs de droit et de régulation sont apparus, soit à des niveaux différents, soit parallèlement à lui².

La globalisation et le droit communautaire sont réfractaires à la distinction du droit public - droit privé. Dans le droit communautaire, comme dans celui de L'OMC, la séparation du droit public et du droit privé n'est nulle part consacrée³. Il est certain que, l'introduction dans les techniques de gestion publique de techniques et de formes issues du droit privé, conduit à une dilution de la différence entre le *<public>* et le *<privé>*⁴.

* Professeur de la Faculté de Droit, de l'Université de Bilkent.

** Cette étude est la version développée de la communication présentée lors de la Conférence annuelle du Groupe Européen d'Administration Publique, le 3 septembre 2003, à Oeiras (Portugal)

¹ J.Chevallier, L'Etat post-moderne, L.G.D.J., Série politique, No :35, Paris, 2003, s.89.

² Chevallier, op. cit., p.111.

³ J.-B.Auby, « Globalisation et droit public », in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p.155.

⁴ J.-F.Auby, Management public, Sirey, Paris, 1996, p.IX.

La coordination des diverses traditions juridiques nationales se réalise, sous la double influence des développements économiques et des développements dans le domaine des droits de l'homme. La promotion de l'Etat de droit est également encouragée par les institutions financières mondiales qui y voient une condition *sine qua non* de la stabilité et de l'efficacité des relations économiques.

Suite aux crises économiques, la Banque mondiale et le FMI ont insisté en effet sur la nécessité de réformer la gouvernance de la régulation en Turquie. Les efforts de la Turquie, pour la confirmation de sa candidature à l'adhésion à l'Union européenne ont été un moteur important de réforme de la législation. La Turquie veille à ce que les nouvelles lois qui entrent en vigueur soient en harmonie avec celles de l'Union européenne¹⁵.

Ce que l'expérience européenne démontre, c'est l'impossibilité de concevoir un droit commun totalement unifié et donc par conséquent la nécessité de combiner l'unification et l'harmonisation. Il s'agit de l'unification uniquement quand elle est nécessaire et réalisable; sinon, le plus souvent, il ne s'agit que de l'harmonisation, c'est-à-dire un rapprochement entre des systèmes qui peuvent rester différents¹⁶.

L'impact le plus frappant des ouvertures économiques liées à la globalisation est évidemment celui qui affecte les contrats publics¹⁷. Par exemple, la Commission des Nations Unies pour le droit international (CNUDCI) a établi un <Guide Législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé> qui a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique favorable à l'investissement privé dans les infrastructures publiques¹⁸. La loi type relative à la passation des marchés, adoptée par la CNUDCI en 1994, diffuse des standards en vue de globaliser les marchés publics.

D'autre part, La Commission de U.E. a publié une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire. Mais, la définition de la concession de service avancée par la Commission comporte un certain nombre de zones d'ombres et d'imprécisions. Il en est de même de son régime juridique¹⁹.

II- La tendance d'éviction du droit administratif et le développement de régimes juridiques mixtes, mêlant droit public et droit privé

La substitution de règles de droit privé à des règles de droit public peut résulter du transferts ou de la délégations des activités publiques, aux agents du secteur privé ou bien de la soumission de cette activité à des règles de droit privé; sans que le caractère public de l'activité soit modifié.

La recherche de rentabilité dans les activités publiques se traduit par une tendance à la soumission de ces activités à des règles du droit privé et elle est présentée par la doctrine comme ayant un effet négatif et destructeur sur le droit administratif²⁰.

D'autre part, la globalisation des économies et des échanges entrainerait un rapprochement des réglementations nationales. Selon Bernard, un Etat disposant d'un secteur public important et d'un droit administratif fortement dérogoire au droit commun, serait handicapé dans cette compétition internationale²¹.

¹⁵ OCDE, **Turquie** Une aide capitale pour la reprise économique, Paris, 2003, p.151.

¹⁶ M.Delmas-Marty, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », Dalloz, 2000, no :27, chr. P.424.

¹⁷ J.-B. Auby, art. préc., p.149.

¹⁸ Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, Nations Unies, New York, 2001.

¹⁹ Fouassier, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? », Rev. trim. de Droit européen, 2000, No :4, p.685.

²⁰ Bernard, op. cit., p.13.

²¹ Bernard, op. cit., p.24.

Les contrats administratifs et le droit privé

Le procédé contractuel connaît dans les sociétés contemporaines un spectaculaire renouveau et cet essor est assorti d'une inflexion, voire d'une dénaturation de la conception traditionnelle du contrat: les frontières entre contrat et acte unilatéral d'une part, entre contrat et procédés plus souples et plus informels de coopération et de régulation d'autre part, sont devenues floues²².

La théorie du service public est en train de traverser une période de crise. La notion de service public a perdu son unité et sa cohérence; elle ne peut plus servir à identifier le régime de droit administratif. Cette crise est l'un des facteurs de perturbation dans le domaine des contrats publics. Les catégories classiques comme la concession et l'affermage sont en déclin et font place à des catégories complexes, mais celles-ci présentent également des difficultés en ce qui concerne leur stabilité juridique.

Certains auteurs affirment l'existence d'une politique de privatisation du droit administratif en général et du droit des contrats administratif en particulier²³.

En Turquie, le modèle communément appelé « construire – exploiter – transférer » (CET) qui n'est qu'une variante de la concession de service public, a été utilisé par les gouvernements successifs depuis 1984, pour la réalisation des projets d'infrastructure. Ce fut notamment le cas pour la mise en place et l'exploitation des installations et des équipements ou des systèmes nécessaires pour fournir des services publics (aéroports, centrales électriques, barrages etc.).

La loi de 1910 relative aux concessions de services publics est toujours en vigueur, cependant elle ne peut plus répondre aux exigences actuelles. C'est la raison pour laquelle elle est en désuétude. En 1984, on a adopté une loi sur la privatisation de production de transport et de distribution de l'énergie électrique; en 1988, la loi sur la construction et la gestion des autoroutes par de sociétés privées a été mise en vigueur. La loi no : 3996 sur le modèle de CET qui a été adoptée en 1994, prévoit l'application de ce modèle en matière des ponts, des tunnels, des ports, des aéroports, des réseaux des voies ferrés, des autoroutes, des barrages, de la production et de la distribution de l'énergie etc.

Ladite loi no :3996 stipulait que les contrats²⁴ conclus selon la procédure prévue par cette loi sont des contrats de droit privé et ne peuvent être qualifiés comme des concessions. Mais la Cour constitutionnelle a annulé cette disposition²⁵. Selon la Cour constitutionnelle, ces contrats sont, par nature, des contrats de concession de service public et c'est la raison pour laquelle ils sont régis par le droit administratif et par voie de conséquence, seul le Conseil d'Etat est compétent de juger les litiges entre les parties concernant l'exécution du contrat²⁶. Toujours, selon la Cour Constitutionnelle, la juridiction administrative est dotée d'un statut constitutionnel qui la met à l'abri d'une éventuelle abolition par la loi ordinaire.

²² Chevallier, op. cit., p.125.

²³ F.Brenet, «La qualification des contrats de mobilier urbain: nouvelles précisions», RFDA, 2003, No :2, p.252; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Saggi di Diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, p.75 et s. |

²⁴ Il s'agit d'un contrat par lequel l'administration centrale ou locale charge une personne privée, spécialement un société anonyme nationale ou étrangère, de construire, de gérer et de faire fonctionner à ses frais et risques, les installations pour une période de 30 ou 40 ans (ou bien jusqu'à 99 ans) moyennant divers avantages notamment la perception de redevances sur les usagers. Au terme de la durée du contrat les installations et équipement fournis par la société privée sont récupérés par l'administration intéressée.

²⁵ La décision de la Cour constitutionnelle du 28 juin 1995, no :1995/23. recueil des décisions de la Cour constitutionnelle, no :32, tome :1, p.144.

²⁶ Selon l'article 24 de la Loi sur le Conseil d'Etat (Loi no :2575 de 1981), les conflits entre les parties au sujet de contrats de concession de service public, sont parmi les recours au sujet desquels le Conseil d'Etat statue au premier ressort. Tandis que , la Loi sur les tribunaux administratifs régionaux, les tribunaux administratifs et les tribunaux fiscaux (Loi no :2576 de 1981) dispose que les tribunaux administratifs statuent en premier ressort les actions concernant les conflits surgis entre les parties au sujet de contrats administratifs conclu pour assurer le fonctionnement d'un service public.

Dans le cadre des amendements constitutionnels adoptés en 1999, un nouvel alinéa fut ajouté à l'article 47, stipulant que, "*Parmi les investissements réalisés et les services publics gérés par l'Etat, les entreprises publiques et d'autres personnes morales de droit public ceux qui seront transférés par voie des contrats du droit privé ou délégués à des personnes privées doivent être déterminés par la loi*". Après la révision constitutionnelle, l'article de la Loi sur CET qui avait été annulé par la Cour constitutionnelle a été de nouveau, mis en vigueur.

Les nouveaux modes de règlement des litiges en matière administrative.

L'autonomie du droit administratif et l'existence d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire sont étroitement liées. Comme le souligne Agatha Van Lang, si le droit administratif n'était pas foncièrement différent du droit privé, le juge judiciaire pourrait l'appliquer de façon satisfaisante, et la dichotomie des ordres de juridiction n'aurait plus de raison de subsister²⁷.

En Turquie, le contentieux des décisions des autorités de régulation est soumis, sans exception, à la juridiction administrative. Par contre, dans les autres pays, notamment la France, le contentieux des décisions des autorités de régulation est partagé entre d'une part la juridiction administrative et de l'autre la juridiction judiciaire, plus précisément la Cour d'appel de Paris.

En effet Selon Richer, une nouvelle tradition émerge cependant: celle de faire de la Cour d'appel de Paris le juge de l'économie²⁸. Pour Delvolvé, il s'agit d'un <contentieux administratif judiciaire>, il est administratif par le droit applicable et judiciaire par les juridictions qui l'appliquent²⁹.

D'autre part, par l'arrêt Million et Marais du 3 novembre 1997, le Conseil d'Etat français n'accueille le droit de concurrence parmi ses sources de droit que pour rappeler qu'il est seul compétent pour l'appliquer aux actes administratifs³⁰. Mais, a-t-il les moyens de le faire ? Car, le juge administratif s'attache aux motifs des actes, à leurs <antécédents>, alors que dans le droit de la concurrence, les effets sont primordiaux³¹.

Le juge administratif, en saisissant l'autorité de la concurrence, peut surmonter l'obstacle qui provient de la complexité de la qualification des faits économiques. Le Conseil d'Etat français l'a déjà fait, en saisissant à deux reprises le Conseil de la Concurrence. Le Conseil d'Etat turc n'a pas jusqu'ici recouru à une telle démarche.

En Turquie, il existe des lois, par. ex. la loi sur les organisations professionnelles de caractère public qui accordent à celles là le pouvoir de déterminer les prix et par conséquent qui empêchent la concurrence dans ces secteurs³². D'autre part, les municipalités exercent des activités en matière économique, du fait de leurs privilèges régaliens, risquent de fausser le libre jeu de la concurrence³³.

Mais, le Conseil de Concurrence turc n'a pas confirmé la soumission de l'activité administrative aux règles de la législation de concurrence; par contre il est engagé dans un

²⁷ A. Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ ; Paris, 1996, p.310.

²⁸ L. Richer, « Le juge économiste ? », *Actualité juridique de Droit adm.*, 2000, p.703.

²⁹ P. Delvolvé, « La Cour d'appel de Paris, Juridiction administrative », in *Etudes offertes à Jean-Mary AUBY*, Dalloz, Paris, 1992, p.59.

³⁰ J.-P. Markus, note sous CE ; 26 Mars 1999, Sté. EDA ; Dalloz, 2000, no :9, p.205.

³¹ Richer, art.préc., p.704.

³² Pour la liste des lois qui risquent de fausser la concurrence see : « Rekabet Kuralları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi (I) », *Rekabet Dergisi*, sayı :9, Ocak-Mart 2002, s.46-72.

³³ Le juge administratif français avait donné dès 1930 une signification élargie du principe de liberté du commerce et de l'industrie qui imposait aux collectivités publiques de s'abstenir en matière de commerce et de l'industrie, car leurs privilèges régaliens fausseraient la concurrence.

projet intéressant d'analyse de la législation actuelle dans le but d'identifier et de signaler les dispositions anticoncurrentielles qui devraient faire l'objet d'une révision pour s'assurer que ces secteurs fonctionnent de manière concurrentielle.

Les ouvertures économiques de la globalisation font germer dans le droit administratif l'acceptation de l'arbitrage international³⁴. Dans le domaine du commerce international, on observe le dépassement du droit étatique au profit de la loi des marchands, ayant vocation à être appliquée par les arbitres. Les agents économiques tiennent à choisir leurs juges et à être jugés en application d'un droit spécifique adapté aux besoins du commerce international (*Law shopping*)³⁵. Selon Delmas-Martys, les arbitres deviennent de véritables juges indépendants, associés aux juges étatiques au point de marquer un rapprochement entre justice privée et justice publique³⁶.

Les investisseurs étrangers, pour lesquels les clauses arbitrales dans les contrats de concession ou bien CET, peuvent toujours créer une attraction supplémentaires, ont manifesté une réticence à la conclusion des contrats de ce genre. Or, le Conseil d'Etat n'a pas approuvé la clause compromissoire dans les contrats qui ont été soumis pour son avis³⁷ et ce en raison du fondement de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

Selon la Cour constitutionnelle turque, la loi qui transfère aux juridictions judiciaires des litiges que l'application des règles ordinaires de compétence avait ou aurait confiés aux juridictions administratives, serait contraire aux dispositions des articles 37³⁸, 125³⁹ et 155⁴⁰ de la Constitution de 1982⁴¹. Les nécessités pratiques ont incité le Gouvernement à trouver des formules, concluant la révision de la Constitution, pour qu'on puisse remettre à la décision d'un arbitre la solution des litiges issus entre les parties au sujet des contrats administratifs, y compris les contrats de CET. Dans le cadre des amendements constitutionnels adoptés en 1999, on a ajouté un nouvel alinéa à l'article 125 stipulant que, "*les contrats de concession de service public peuvent contenir des clauses d'arbitrage national ou international en vue de résoudre des litiges qui surgissent de leur exécution*".

L'avenir de droit administratif

Caillosse s'interroge sur les raisons de douter du droit administratif et y voit la <fascination du libéralisme anglo-saxon>, le <défit managérial> et le <défit européen>, mais il en conclut que la <revalorisation de l'entreprise et du marché> ne produit pas la fin du droit administratif⁴².

Le droit administratif a été et demeure fondamentalement le droit de l'action de l'Etat et des autres personnes publiques. Mais, la perception du droit administratif est en train de

³⁴ T.Tan, « Le Droit administratif et l'arbitrage », Turkish Public Administration Annual, vol :24-26, 1998-2000, p.17-30.

³⁵ Chevallier, op. cit., p.112.

³⁶ M. Delmas-Martys, « La mondialisation du droit : chances et risques (1) », Dalloz, 1999, chr., p.45.

³⁷ Selon la Constitution (art.155) et la Loi sur le Conseil d'Etat (art.23), Le Conseil d'Etat donne son avis sur les cahiers des charges et les contrats de concession de service public.

³⁸ L'article 37/1 dispose que, «Nul ne peut être traduit devant une instance autre que le tribunal dont il relève en vertu de la loi ».

³⁹ L'article 125 dispose que, « La voie de recours est ouverte contre tous les actes de l'administration ».

⁴⁰ L'article 155/2 dispose que, « Le Conseil d'Etat est l'instance de révision dernière instance, des décisions et jugements rendus par les tribunaux administratifs et non confiés par la loi à une autre administrative de recours. Il juge également en premier et dernier ressort certaines affaires expressément prévus par la loi ».

⁴¹ La décision de la Cour constitutionnelle du 9 décembre 1994, no :1994/42-2. Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle, no :31, tome :1, p.278.

⁴² J.Caillosse, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », Actualité juridique de Droit adm., 1996, s.955.

changer. Il devient de plus en plus formaliste. Car, il vient d'être enrichi par des règles de forme et de procédure dont la source commune d'inspiration était une politique d'amélioration des relations entre l'administration et le public⁴³.

Malgré l'apparence trompeuse du recul du <droit public> engendrée par le mouvement de privatisation et de déréglementation, le droit public et sa doctrine connaissent une vitalité renouvelée, car ils sont présents sur le terrain de la vie économique. Le droit public pourrait devenir l'instrument de la modernisation de l'Etat dans la mesure où il s'adapte aux situations hybrides et répond à des exigences nouvelles. Il est désormais acquis que ce n'est pas <un moindre Etat> que demandent les citoyens, mais <un meilleur Etat>.

⁴³ P. Soler-Couteaux, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, p.384.