

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

En abordant cette seconde catégorie d'actes administratifs, il convient de rappeler les différences fondamentales qui opposent le contrat administratif à l'acte administratif unilatéral ou décision exécutoire.

- l'acte administratif unilatéral trouve son origine dans la seule volonté de l'administration, alors que le contrat trouve son origine dans l'accord de deux volontés, celles des auteurs des contrats.
- L'acte administratif unilatéral s'impose, en principe, à tout le monde alors que le contrat ne s'impose qu'aux parties contractantes, ne produit d'effets qu'entre les parties qui se sont liées.

Ces caractères du contrat administratif montrent qu'il est un procédé proche de celui qui est en usage dans les relations de droit privé. L'idée même de contrat évoque tout naturellement le contrat civil dont certaines règles s'appliquent aux rapports entre l'administration et les particuliers. Cependant, dans le contrat administratif, l'administration en tant que représentant de l'intérêt général et en tant que puissance publique, se trouve dans une situation de supériorité par rapport au contractant. A ce titre, elle conserve de nombreux privilèges qui se manifestent lors de la formation et l'exécution du contrat et lui donnent une particularité par comparaison avec le contrat de droit privé.

I- La notion de contrat administratif

1- La théorie classique du contrat administratif

Selon la théorie classique, œuvre de la jurisprudence systématisée par la doctrine, deux critères permettent d'identifier le contrat administratif : les clauses exorbitantes et le service public qui peuvent intervenir alternativement ou cumulativement. Mais le jeu de critères suscite des difficultés et controverses qui font conclure à une crise du contrat administratif.

A- Le critère de la clause exorbitante :

Un contrat est administratif s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun. La présence de telles clauses, est selon la jurisprudence, une manifestation évidente de la puissance publique et elle écarte l'application du droit privé.

Ce sont des dispositions, des clauses qu'on ne trouve pas habituellement dans les contrats entre particuliers. Les contrats entre particuliers représentent le droit

Commun auquel on compare les contrats administratifs dont la particularité et d'y déroger. D'où l'appellation clauses exorbitantes. (il s'agit de clauses qui ne sont pas usuelles dans les rapports entre particuliers).

Comme exemple de clauses exorbitantes, citons celle qui confère à l'autorité administrative un pouvoir de résiliation du contrat sans mise en demeure préalable et sans indemnité ; celle qui réserve à l'Etat un droit de regard dans les activités du cocontractant extérieures au contrat lui-même ou dans la structure de son entreprise.

Etant instituées au bénéfice de l'administration, elles ne se rencontrent pas, en principe, dans les contrats privés où les particuliers sont théoriquement sur un pied d'égalité. Ces clauses sont contraires à l'égalité des parties et se justifient seulement au profit des personnes publiques qui **représentent l'intérêt général**. C'est en fonction de cet intérêt qu'elles imposent aux cocontractants certaines obligations qui donnent la marque administrative au contrat et constituent l'une des manifestations des prérogatives de puissance publique.

B- Le critère de service public :

En l'absence de clauses exorbitantes, pour identifier le contrat administratif, la jurisprudence adopte un autre critère celui du service public. Lorsqu'un contrat entraîne la participation du partenaire de l'administration à l'exécution d'un service public, il a le caractère administratif (c'est-à-dire qu'il est soumis aux règles du droit public et à la compétence du juge administratif).

2- La théorie du contrat administratif en Algérie

La solution retenue en Algérie est simple et elle est basée sur le critère organique. Toutefois, cette simplicité du critère s'accompagne de l'existence d'exceptions en même temps qu'elle soulève d'autres.

A- Le critère organique

L'article 3 du décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics définit les marchés publics comme suit « des contrats écrits passés dans les conditions prévues dans le présent décret en vue de la réalisation pour le compte du service contractant, de travaux, d'acquisition de fournitures, de services et d'études ».

L'article 2 dispose « les dispositions du présent décret sont applicables exclusivement aux marchés, objet des dépenses des administrations publiques,

des institutions nationales autonomes, des wilayas, des communes, des établissements publics à caractère administratif, ainsi que des centres de recherche et de développement, des établissements publics spécifiques à caractère scientifique et technologiqueet des établissements publics à caractère industriel et commercial, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation, sur le concours définitif du budget de l'Etat, de projets d'investissement publics, ci-dessous désignés par « services contractant » : formes du contrat (critère formel), parties au contrat (critère organique), objet du contrat (critère matériel), le plus important est la présence d'une personne publique comme partie au contrat ; c'est donc le critère organique qui est l'élément nécessaire pour qualifier le marché public.

En matière contentieuse la solution qui découle de l'article 800 du code de procédure civile va dans le même sens. Dès lors qu'un organe administratif est présent, le juge compétent est désigné par la loi : il s'agit des juridictions administratives.

3- Les types de contrats

Les contrats administratifs peuvent être de nature diverse, porter sur des objets multiples. Si l'on se réfère à l'article 3 du décret cité ci-dessus, « les marchés publics sont des contrats écrits passés.....en vue de la réalisation pour le service contractant, de travaux, d'acquisition de fournitures, de services et d'étude ».

II- La formation des contrats administratifs

L'établissement d'un contrat administratif obéit à un certain nombre de règles distinctes de celles qui régissent un contrat de droit privé. A ce stade de la formation du contrat, apparaissent déjà les privilèges de l'administration ainsi que les servitudes qui pèsent sur elle. Il s'agit de préciser ici, quels sont les auteurs du contrat administratif, quels sont les divers modes de passation et quels sont les contrôles qui s'exercent lors des différentes phases de passation.

1- Les auteurs du contrat

Un contrat étant un acte liant au moins deux parties, quelles peuvent être ces parties dans un contrat administratif et qui est habilité à s'engager, notamment du côté de l'administration.

A- Les parties au contrat :

En général le contrat administratif met en présence une personne publique et une personne privée qui s'entendent sur l'exécution d'une opération déterminée. La personne publique est nécessairement une personne morale capable de contracter : Etat, wilaya, commune ou établissement public....

Le contrat est à fortiori, administratif lorsqu'il concerne les engagements de deux personnes publiques entre elle : contrat entre une commune et un hôpital.

B- Les signataires du contrat

Le partenaire de l'administration ou cocontractant peut être une personne physique et, dans ce cas, c'est l'intéressé lui-même qui signe le contrat ; ce peut être une société et on applique alors les règles du droit civil pour déterminer le signataire : le représentant légal de la société signera le contrat.

Du côté de l'administration le signataire varie selon la personne publique en cause. Le contrat sera signé par le ministre pour l'Etat, le wali pour la wilaya, le PAPC pour la commune, le directeur pour l'établissement public. Mais, il arrive que la conclusion du contrat nécessite l'intervention d'autres autorités que celles qui sont chargées de la signature.

- pour certains contrats de l'Etat, par exemple, il faut une autorisation du parlement. Il en est ainsi lorsque l'Etat veut lancer un emprunt.
- Pour les contrats de la wilaya ou de la commune, le wali ou le PAPC doit être autorisé par l'APW ou l'APC préalablement à toute signature.

Si ces règles ne sont pas respectées la validité du contrat est en cause : le contrat est frappé de nullité.

2- Les divers modes de passation des contrats

En principe le contrat revêt la forme écrite, conformément à l'article 3 du code des marchés : « les marchés publics sont des contrats écrits ». En fait, la forme écrite est obligatoire seulement lorsque le marché dépasse 4.000.000 DA. Lorsque le montant est inférieur, il peut être verbale et la fourniture s'effectue sur mémoires ou sur factures, ce qui simplifie les opérations quotidiennes de l'administration et évite le formalisme qui s'attache aux contrats écrits.

En droit privé, la règle est que les particuliers sont libres de choisir leurs cocontractants ; en droit public, l'administration ne dispose pas de cette liberté car les marchés publics sont régis par les dispositions du code, auxquelles

s'ajoutent les dispositions du code communal pour les marchés des collectivités locales.

Le décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics prévoit cinq modes de passation des contrats :

- l'appel d'offre ouvert ;
- l'appel d'offre restreint ;
- la consultation sélective ;
- l'adjudication ;
- le concours.

L'appel d'offre ouvert est la procédure selon laquelle tout candidat peut soumissionner (art 24).

L'appel d'offre restreint est la procédure selon laquelle seuls les candidats répondant à certaines conditions particulières préalablement définies par le service contractant peuvent soumissionner (art 25).

La consultation sélective est la procédure selon laquelle les candidats autorisés à soumissionner sont ceux qui sont spécifiquement invités à le faire après présélection (art 26).

L'adjudication est la procédure selon laquelle le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant. Elle porte sur des opérations simples de type courant et ne concerne que des candidats nationaux ou étrangers résidant en Algérie (art 27).

Le concours est la procédure de mise en concurrence d'hommes de l'art en vue de la réalisation d'une opération comportant des aspects économiques, esthétiques ou artistiques particuliers.

3- Le contrôle des marchés publics

Les marchés conclus par le service contractant sont soumis au contrôle, préalablement à leur mise en vigueur ; avant et après leur exécution (art 103).

Les contrôles auxquels sont soumis les marchés s'exercent sous la forme de contrôle interne, de contrôle externe et de contrôle de tutelle.

A- Le contrôle interne est exercé par la commission d'ouverture des plis et la commission d'évaluation des offres:

La commission d'ouverture des plis a pour mission :

- de constater la régularité de l'enregistrement des offres sur un registre ad hoc.
- De dresser la liste des soumissions dans l'ordre d'arrivée avec l'indication des montants des propositions ;
- De dresser une description sommaire des pièces constitutives de la soumission ;
- De dresser séance tenante, le procès verbal signé par tous les membres présents de la commission.

La commission d'évaluation des offres est instituée auprès de chaque service contractant, elle est composée de membres qualifiés choisis en raison de leur compétence, elle analyse les offres et, le cas échéant, les variantes d'offres en vue de dégager la ou les propositions à soumettre aux instances concernés.

B- Le contrôle externe a, dans le cadre de l'action gouvernementale, pour finalité de vérifier la conformité des marchés soumis aux organes externes visés aux articles 116 et suivants du décret 02-250 cité ci-dessus, à la législation et à la réglementation en vigueur. Ce contrôle vise également à vérifier si l'engagement du service contractant correspond à une action régulièrement programmée.

Ce contrôle est exercé selon le cas, par les commissions suivantes :

- * la commission ministérielle des marchés (art 119) ;
- * la commission des marchés de wilaya (art 120) ;
- * la commission nationale des marchés (art 126).

C- Le contrôle de tutelle, exercé par l'autorité de tutelle, a pour finalité de vérifier la conformité des marchés passés par le service contractant aux objectifs d'efficacité et d'économie et de s'assurer que l'opération objet du marché, entre effectivement dans le cadre des programmes et priorités assignées au secteur.

III- l'exécution des contrats administratifs :

Ce qu'il faut retenir, c'est le conditionnement mutuel des droits et obligations des parties au contrat. En exposant les droits de l'administration, on définit les

obligations des cocontractants et en exposant les obligations de l'administration, on établit les droits des cocontractants.

1- Les droits de l'administration :

On peut classer ces droits (ou prérogatives) de l'administration entre ceux relatifs, au contrôle, aux sanctions, à la modification unilatérale et à la résiliation du contrat.

A- Le pouvoir de contrôle

L'administration dispose d'un pouvoir général de direction et de contrôle dans l'exécution du contrat. Ce pouvoir est souvent reconnu dans le contrat lui-même ; mais, même en l'absence de stipulations express, l'administration peut donner des instructions au cocontractant. Ce pouvoir déjà reconnu en droit administratif classique, est à fortiori en Algérie où l'Etat en tant que responsable de la planification, et agent essentiel de la régulation des activités économiques et sociales se reconnaît un pouvoir d'intervention beaucoup plus énergique.

B- Le pouvoir de sanction

Lorsque le cocontractant n'exécute pas les obligations prévues, l'administration a, tout d'abord, la possibilité de s'adresser au juge pour obtenir la condamnation de l'entrepreneur ou du fournisseur à verser des dommages et intérêts. Le juge peut, aussi, prononcer la résiliation du contrat au détriment de la partie défaillante.

L'administration peut, encore, prendre certaines mesures de **rétorsion عقابية** qui s'appliquent d'ailleurs dans le contrat de droit privé : suspension de ses propres obligations et notamment arrêt du versement des sommes prévues, en invoquant l'exception ; réclamation des amendes prévues dans le contrat pour manquement ou retard dans l'exécution.

L'administration peut surtout mettre en œuvre des sanctions propres au contrat administratif. Certaines de ces sanctions sont prévues dans le contrat et ne peuvent jouer que dans ces limites. D'autres sanctions résultent, en revanche, du privilège de l'administration en tant que puissance publique ; elles consistent en pénalités, dommages et intérêts, en sanctions plus sévères encore en cas de faute graves, ainsi :

- dans le contrat de concession, l'administration peut prononcer la mise sous séquestre, c'est-à-dire qu'elle va gérer ou faire gérer le service. Elle

s'installe à la place du concessionnaire, utilise son personnel et son matériel pour exécuter le contrat en attendant la sanction définitive qui est, généralement la déchéance.

- Dans le marché de fourniture, la procédure de l'achat par défaut permet à l'administration de s'adresser à un autre fournisseur et si le prix payé est plus élevé que prévu, le fournisseur défaillant paiera la différence.
- Dans le marché de travaux publics, la procédure adoptée consiste en la **mise en régie** en vertu de laquelle l'administration nomme un régisseur qui agit au lieu et place de l'entrepreneur défaillant. Celui-ci s'expose, en outre, à une autre sanction plus grave encore : **la réadjudication sur folle enchère**. Elle consiste à passer un nouveau marché au risque et péril de l'entrepreneur défaillant.

C- Le pouvoir de modification unilatérale.

L'administration dispose, dans une certaine mesure, du pouvoir de modifier unilatéralement des dispositions du contrat. Cette faculté distingue le contrat administratif du contrat civil qui ne peut être modifié qu'à la suite d'un accord de volonté entre les parties : « le contrat fait la loi des parties, il ne peut être révoqué, ni modifié que par leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi »

Ce pouvoir de modification rencontre des limites, car si l'intérêt général nécessite l'adaptation d'un contrat, il ne peut méconnaître les droits et intérêt du cocontractant. Ainsi :

- les modifications ne doivent pas entraîner un bouleversement du contrat, concerner sa substance même, c'est-à-dire exiger une prestation nouvelle ;
- les modifications ne doivent pas porter atteinte aux avantages financiers prévus dans le contrat au profit du cocontractant.

C- Le pouvoir de résiliation par l'administration

La résiliation du contrat peut s'effectuer par un accord entre les parties, tout comme en droit privé : c'est la résiliation conventionnelle. Elle peut, aussi, résulter de l'intervention du juge soit à la demande de l'administration, soit à la demande du cocontractant. Mais, l'originalité du contrat administratif réside dans la possibilité offerte à l'administration de le résilier unilatéralement. Nous sommes là en présence d'une prérogative de puissance publique qui souligne l'autonomie du droit administratif.

Les règles régissant ce pouvoir de résiliation sont les suivantes :

- ce pouvoir est reconnu à l'égard de tous les contrats, même si le contrat ne le prévoit pas expressément.
- Ce pouvoir peut s'exercer soit comme sanction en raison des manquements graves du partenaire de l'administration, soit, simplement, dans l'intérêt du service public. Dans ce dernier cas, en l'absence de faute du contractant, il y a lieu à versement d'indemnités.
- Ce pouvoir s'exerce sous le contrôle du juge qui sanctionnera les abus de l'administration en la condamnant pécuniairement.

2- Les obligations de l'administration

Si, donc, les privilèges reconnus à l'administration sont importants, certaines obligations tout aussi exorbitantes pèseront sur elle. En effet il serait difficile, sinon impossible, de trouver des partenaires qui contracteraient s'il en était autrement. Les contractants recherchent tout naturellement un intérêt financier et c'est autour de cette « *équation financière* » que s'ordonneront leurs droits qui se résument dans le paiement du prix convenu, le respect de l'équilibre financier du contrat et accessoirement l'octroi de certaines prérogatives de puissance publique.

A- Le paiement

C'est la première obligation des autorités publiques et le droit essentiel du cocontractant. Celui-ci a le droit de recevoir le prix stipulé dans le contrat et ce prix est irrévocable.

Le paiement obéit à une règle générale : la règle du paiement **après service fait**, c'est-à-dire que l'administration paie le prix convenu une fois le travail effectué ou la fourniture livrée. Le paiement peut être global et se faire en une seule opération ; il peut se faire aussi selon le système des acomptes versés à l'occasion de chaque fraction de prestation réalisée.

Il existe des cas où l'administration accorde des avances pour service non encore fourni ; cette dérogation à la règle du paiement après service fait, s'explique lorsque le cocontractant ne dispose pas des sommes nécessaires dès le début d'exécution du contrat (il s'agit des contrats très importants, notamment en matière de travaux publics : construction d'un barrage par exemple).

B- Le principe de l'équilibre financier du contrat

C'est-à-dire que l'administration va supporter l'aggravation des charges résultant de l'exécution du contrat. La mise en œuvre de ce principe a donné naissance à deux théories : le fait du prince et l'imprévision.

a)- la théorie du fait du prince

Le fait du prince consiste dans toute mesure édictée par les pouvoirs publics et ayant pour conséquences de rendre l'exécution du contrat plus onéreuse pour le cocontractant.

Ces mesures qui introduisent un *aléa administratif*, c'est-à-dire une charge supplémentaire, peuvent consister en des mesures soit à portée générale, soit à portée individuelle. Comme mesures à portée générale : augmentation des impôts, droits de douane qui se répercutent sur le prix du marché ; comme exemple de mesure de portée individuelle : fermeture d'un chemin à la circulation qui oblige les voitures du cocontractant à des trajets très long, donc très onéreux.

Toutes ces mesures ont pour effet d'aggraver, parfois lourdement les conditions d'exécution d'un contrat, sans que le cocontractant puisse s'y opposer ou cesser d'exécuter. Mais il est des cas où il peut demander à être indemnisé en raison des frais supplémentaires exposés. Bien que les conditions exigées pour faire valoir ce droit donnent lieu à discussion, deux d'entre elles, au moins, doivent être réunies :

- en premier lieu, le fait du prince résulte d'une mesure émanant de l'autorité administrative contractante.
- Le fait du prince résulte de l'exercice par l'administration de son pouvoir de modification unilatérale.

b)- La théorie de l'imprévision

Alors que le fait du prince résulte de la volonté de l'autorité contractante, l'imprévision est indépendante de la volonté des parties au contrat. Il peut arriver, en effet qu'au cours de l'exécution d'un contrat, des circonstances économiques surviennent qui imposent au cocontractant une charge onéreuse ou ruineuse. C'est le cas en période de hausse brutale des prix ou de dévaluation. On parle alors d'« *aléas économique* », bien qu'il soit parfois difficile ou

impossible de distinguer cet aléa de l'aléa administratif ; les deux notions pouvant même se confondre lorsque le bouleversement du contrat est dû à une mesure prise par une autorité publique autre que l'autorité contractante.

Dans ces circonstances, lorsque le contrat est de droit privé, le cocontractant est tenu d'exécuter et ne peut exiger de son partenaire la révision du contrat ; le principe de **l'immutabilité** du contrat consacré par le code civil impose l'exécution quelque soient les bouleversements économiques. Toutefois le code civil prévoit une exception (cas d'événements imprévisibles).

En revanche, lorsque le contrat est administratif, le cocontractant est mieux placé pour obtenir une indemnisation en vertu de la théorie de l'imprévision dont l'origine remonte à un célèbre arrêt du conseil d'Etat qu'il convient de rappeler ici.

En 1914, la Cie générale d'éclairage de bordeaux avait passé un contrat (concession) de fourniture d'électricité, avec la ville. Les tarifs de vente de l'électricité furent fixés par référence au prix du charbon qui servait à la produire, soit à l'époque 23 francs la tonne. Or, avec la survenance de la 1^{ère} guerre mondiale, le charbon devenu rare et subit une importante augmentation : 60 francs la tonne, soit près du triple du prix de référence. La compagnie concessionnaire demande à la ville de bordeaux l'autorisation de relever ses tarifs en conséquence ou, à défaut, des indemnités. Elle se heurte au refus de la ville qu'elle défère devant le juge administratif.

Saisi du litige, le conseil d'Etat se trouve confronté au problème suivant : si le contrat de concession continue à s'exécuter aux conditions initialement prévues, la compagnie serait ruinée un jour ou l'autre : elle cesserait donc de produire l'électricité, ce qui priverait la ville d'éclairage. La solution la plus judicieuse serait que la compagnie continue à fonctionner mais sans supporter tout le déficit qui s'ensuivrait. C'est ce que décide le juge en mettant à la charge de la ville de bordeaux une partie des pertes subies par le concessionnaire. La solution repose sur les nécessités du service public qui doit fonctionner normalement, sans interruption, conformément au principe de la continuité de services publics.

Conditions d'application de la théorie :

Pour que l'administration indemnise, il faut la réunion de trois conditions :

- l'évènement qui a entraîné des difficultés d'exécution du contrat, doit être imprévisible, anormal. Il est évident que tout engagement à long terme comporte des aléas, des risques qui ne peuvent être, tous pris en considération. Seul l'aléa imprévisible qui déjoue tous les calculs que les

parties on pu faire au moment du contrat peut être invoqué à l'appui de la théorie. Comme évènements anormaux, imprévisibles, citons : les guerres, les dépréciations monétaires, les crises économiques brutales. En revanche, on ne peut prétendre à des indemnités si l'exécution du contrat est rendue onéreuse par une augmentation de taxe.

- L'évènement doit être indépendant de la volonté des parties. S'il s'agit d'un fait du cocontractant, la théorie ne joue pas et il doit supporter les conséquences de ses propres fautes.
- L'évènement doit entraîner un véritable bouleversement du contrat. La seule disparition du bénéfice pour le cocontractant est insuffisante : il faut qu'il subisse durablement un déficit assez grave.

c)- La force majeure :

La force majeure intervient dans les contrats administratifs selon des principes très proches de ceux du droit civil. La définition est d'ailleurs identique puisque la force majeure est un évènement extérieur (indépendant de la volonté des parties), imprévisible et irrésistible qui empêche l'exécution du contrat. De la même manière qu'en droit civil, elle libère les parties de leurs obligations contractuelles.

C- L'administration doit accorder certaines prérogatives de puissance publique au cocontractant

L'exécution d'un contrat nécessaire au bon fonctionnement d'un service public, peut exiger l'utilisation de certaines prérogatives octroyées par l'administration. Il en est ainsi :

- du droit de percevoir des taxes ;
- de l'octroi d'un monopole pour une société de transport dans une ville ;
- du droit d'extraire des matériaux dans une propriété privée ;
- de l'occupation temporaire de propriétés privées pour effectuer des travaux publics.

3- le contentieux des contrats

S'agissant des marchés publics, toute action contentieuse est précédée d'une phase obligatoire de conciliation prévue par le code des marchés (art 102). La tentative de conciliation a lieu devant un comité consultatif créé auprès de

chaque ministère. Ce comité examine le litige et donne son avis dans un délai de trois mois. Si la conciliation échoue, le juge peut alors être saisi. La tentative de règlement amiable, avant tout recours au juge, est destinée à instaurer des relations sereines entre l'administration et les contractants.