

Dr COMPAORE Inoussa

nouscom@yahoo.fr

S/C 01 BP 1817 Ouagadougou 01

Enseignant Chercheur à l'Université de Ouahigouya

L'exception d'inexécution dans le droit de la commande publique dans l'espace UEMOA.

Introduction

Le « droit contractuel administratif ne cesse de laisser apparaître l'intrusion de questions, voire de modèles, appartenant au droit privé »¹. Ce constat de Jean-Bernard Auby dénote de l'évolution permanente, du fait des mutations ou transformations, du droit administratif² en général et du droit des contrats administratifs³ en particulier. De telles transformations sont, certes, dues à la transposition de mécanismes de droit privé⁴ dans la sphère administrative qui, en principe, « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particuliers à particulier »⁵ mais elles le sont, également, de plus en plus, par la prise en compte par droit communautaire des questions administratives⁶.

Ces influences perpétuelles porteraient un sérieux coup au caractère spécial⁷ du droit administratif. Cette spécificité tient, traditionnellement, à la conjugaison d'un certain nombre d'éléments. En effet, le droit administratif est un droit spécifique⁸ qui régit les activités administratives d'intérêt général accomplies, en principe, par des personnes publiques et dont

¹ Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 20 novembre 2001, p. 917.

² Magloire ONDOA et Patrick E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 1 vol, 2018, 216 p. Demba SY, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA* n° 67, octobre-novembre-décembre 2005, p. 52 et s.

³ Voir Sèni Mahamadou OUEDRAOGO, « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *Revue burkinabé de Droit*, 2013, p. 164. Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de Doctorat, Université Paris 2, 2004, 2 vol., p. 476. Césaire KPENONHOUN, « L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente », *Afrilex*, 2017, 35 p. ; Seynabou SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, 876 p.

⁴ Voir Jean-Bernard AUBY et Mark FREEDLAND (dir.), *La distinction droit public, droit privé : regards croisés français et britanniques*, Paris, Panthéon- Assas, 2004.

⁵ TC, 8 février 1873, D.1873.3.20, concl. David.

⁶ Abdou Aziz Daba KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex*, 28 p.

⁷ Il ne s'agit pas, ici, de discuter les fondements du caractère spécifique du droit administratif qui a tant suscité de vives controverses chez les juristes publicistes. Il a, en effet, été question, pendant longtemps, de savoir si le caractère spécial du droit administratif tient aux différents moyens de puissance publique dont l'administration dispose et qui lui permettent d'assurer l'intérêt général à travers l'accomplissement de ses missions ou si cette spécificité est justifiée par les exigences du service public qui contribuent également à la satisfaction de l'intérêt général. S'étaient même opposées l'école de la puissance publique avec Maurice HAURIOU et l'école du service public avec Léon DUGUIT. Voir René CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *Revue de Droit public*, 1968, p. 235 et suivants ; P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492.

⁸ Ce droit spécifique ressort du considérant du célèbre arrêt Blanco du tribunal des conflits qui considère que les activités administratives des personnes publiques ne soient régies par les règles du code civil mais par des règles conciliant les droits privés et les exigences de l'intérêt général.

le contentieux relève d'un juge, aussi, spécial⁹. Les différents domaines du droit administratif sont, évidemment, teintés par sa spécificité en comparaison au droit privé. Il en est, ainsi, par exemple, du contrat administratif qui, comme le droit administratif, lui-même, n'est pas indemne des répercussions du droit privé sur sa construction. Effectivement, le droit des contrats administratifs subit, de plus en plus, des mécanismes qui n'étaient, autrefois, connus que par le contrat d'ordre civiliste. C'est dans ce sens qu'aujourd'hui, l'exception d'inexécution est devenue une réalité pour les contrats administratifs en France¹⁰ comme dans les pays membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africain (UEMOA)¹¹.

La pratique conventionnelle de l'Administration s'inspire, largement, de la théorie civiliste des contrats¹². Le contrat demeure, dans l'un comme dans l'autre cas, un accord de volontés destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations¹³. Au-delà de ce cadre général ou d'inspiration, le contrat administratif est régi par des règles particulières. Ainsi, un contrat ne peut être qualifié de contrat administratif sans l'implication du législateur ou du juge des contrats. En effet, « la loi qualifie expressément certains contrats d'administratifs (...). Lorsque ce n'est pas le cas, c'est la jurisprudence qui dégage les critères d'identification du caractère administratif ou non d'un contrat passé par l'administration »¹⁴.

Quand il n'est pas déterminé par la loi, la jurisprudence a élaboré, essentiellement, trois critères pour la qualification d'un contrat d'administratif. Dans le premier cas, il appartient aux autorités législatives ou administratives de définir, clairement, les domaines d'intervention des conventions d'ordre administratif générant, ainsi, leur qualification. Dans le second cas, il revient aux juridictions, à travers les critères, de déterminer la nature administrative du contrat. Il s'agit, d'abord, d'un critère organique. Celui-ci requiert la participation nécessaire mais non

⁹ Il s'agit, là, du juge administratif qui a, pendant longtemps, façonné les différents principes du droit administratif et a servi, également, dans le cadre du contentieux administratif, de juge d'application de ces derniers. Toutefois, il faut souligner qu'il n'a plus le monopole de l'application du droit administratif. Le juge judiciaire doit, notamment, s'y référer lorsqu'il apprécie la responsabilité des personnes publiques. Voir Civ. 23 novembre 1956, Trésor public c/ Giry, GAJA, Dalloz 2007, n°74, p. 483.

¹⁰ En France, le Conseil d'État, dans son arrêt en date du 8 octobre 2014, Société Grenke Location, accepta, enfin, sous certaines conditions, de valider le principe de l'exception d'inexécution et consacre, du même coup, le caractère pleinement synallagmatique du contrat administratif.

¹¹ Voir directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ; directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

¹² Elvis Flavien SAWADOGO, « L'office du juge administratif dans le contentieux des contrats administratifs soumis à l'arbitrage dans le droit OHADA », *RBD*, n°54, 1^{er} septembre 2018, p. 57.

¹³ Article 1101 du code civil.

¹⁴ Voir Frédéric COLIN, *L'essentiel du droit public économique*, Paris, Gualino. Lextenso éditions, Coll. Les Carrés, 2e édit., 2014, p. 50.

suffisante¹⁵, au contrat, d'une personne publique¹⁶. La jurisprudence a, ensuite, dégagé deux critères matériels qui sont alternatifs et viennent en complément au seul critère organique. Ces deux critères concernent le service public¹⁷ et l'existence d'une clause exorbitante de droit commun¹⁸.

Le contrat administratif serait un contrat passé par une personne publique et qui, soit est conclu pour l'exécution même du service public, soit contient des clauses exorbitantes du droit commun. Les contrats représentent une part importante de l'action administrative dans les Etats en développement. Une bonne part de leurs dépenses publiques passe par les contrats administratifs à travers lesquels ils se procurent des biens et des services¹⁹.

Contrairement à l'acte administratif unilatéral, le contrat, par sa nature synallagmatique, met en relation deux parties, imposant, à chacune d'elles, des obligations. Ce type de contrat se caractérise par la réciprocité des obligations qui naissent à la charge des deux parties faisant d'elles, à la fois, créancière et débitrice de l'autre²⁰. Cette réciprocité des obligations admet que chaque partie est en droit, tant que l'autre n'offre pas d'exécuter l'obligation à laquelle elle est

¹⁵ Par la théorie des personnes privées transparentes, un contrat administratif peut bien être conclu par deux personnes privées. Voir CE 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, n° 281796.

¹⁶ Le tribunal des conflits conclut à la présomption d'administrativité des contrats conclus entre personnes publiques. Il juge, en effet, « qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé », TC 21 mars 1983, UAP, p. 537, AJDA, 1986, p. 356 concl. LABETOUILLE. C'est ce qui, également, ressort de l'article 8 du Code des Obligations de l'Administration du Sénégal.

Toutefois, la loi peut intervenir pour qualifier un contrat de contrat administratif en l'absence même d'une personne publique parmi les cocontractants. Egalement, la jurisprudence a admis la nature administrative d'un contrat entre des personnes privées lorsqu'une d'elles agit au nom et pour le compte d'une personne publique. Voir la jurisprudence TC 8 juillet 1963, *Société entreprise PEYROT, GAJA*, 20e éd., 2015 abandonnée par TC 9 mars 2015, *Mme R c/ Sté autoroute du Sud de France, AJDA* 2015, p. 481, obs. PASTOR.

¹⁷ Il peut s'agir d'une participation à l'exécution du service public par le cocontractant, (CE 4 mars 1910, Thérond, rec. p. 193) ou de l'exécution du service public par ce dernier (CE Sect. 20 avril 1956, Époux Bertin, p. 167). Il peut, en outre, être question d'un contrat par lequel une personne publique exécute le service public (CE Sect. 20 avril 1956, Grimouard, p. 168) ou organise le service public (CE Sect. 31 mars 1989, Département de la Moselle, p. 105).

¹⁸ La clause exorbitante est difficile à appréhender. En effet, « La notion de clause exorbitante n'est pas parfaitement claire » (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12e éd. 1999, p. 155). chron. F. Raynaud et P. Fombeur renchérisent en ces termes : « La notion de clause exorbitante elle aussi est assez difficile à manier. La jurisprudence n'a jamais été en mesure d'en donner une définition efficace » (chron. F. Raynaud et P. Fombeur, *AJDA* 1999, p. 556). Cette clause s'identifie plus qu'elle ne se définit selon la formule de F. Brenet ; (F. Brenet, in F. Melleray, Ph. Yolka et P. Gonod [dir.], *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. II, p. 233). Ses racines remontent à cette décision CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*, n° 30701, Lebon, concl. L. Blum ; *GAJA*, n° 26. Elle porterait, aujourd'hui, de nouveaux habits. Voir Jean LESSI, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA*, 2014 p. 2180. Nous pouvons, toutefois, retenir qu'il s'agit d'une clause qui, pour des raisons d'intérêt général, déséquilibre le contrat en faveur de l'administration, toute chose qui ne cadre pas avec le contrat de droit privé. Son contenu est diversifié par ses multiples modalités d'application.

¹⁹ Sény Mahamadou OUEDRAOGO, *op. cit.*

²⁰ Article 1102 du code civil français.

tenue, de refuser d'exécuter celle qui lui incombe. Cette faculté de suspendre unilatéralement l'exécution du contrat est désignée sous l'appellation « exception d'inexécution » ou encore « *exceptio non adimpleti contractus* »²¹. Autrement, l'exception d'inexécution est la suspension provisoire du contrat parce qu'une partie refuse d'exécuter son obligation tant que son cocontractant n'a pas exécuté la sienne. Elle a une origine historique canonique. Les juristes canonistes ont posé comme grand principe celui de la force obligatoire du contrat, tout en l'excluant dans certaines situations comme, par exemple, en cas d'inexécution de ce dernier. Ils parlaient de « *fragmenti fidem non est fides servanda* » ce qui signifie qu'on n'a pas à tenir sa parole envers celui qui ne la tient pas²².

C'est ce mécanisme, qui, jadis, était étranger au modèle de contrat administratif. Cette possibilité a longtemps été déniée au cocontractant privé de l'Administration bien qu'ils soient dans une relation à caractère synallagmatique. Celui-ci ne pouvait surseoir à l'exécution de ses obligations contractuelles sous le prétexte des manquements de l'Administration à accomplir les siennes. Malgré, effectivement, les manquements de l'Administration à ses obligations contractuelles, le cocontractant privé ne pouvait qu'exécuter les siennes sous réserve, pour lui, de saisir le juge des contrats par une action en dommages-intérêts. Il s'agissait, par une telle interdiction, de préserver l'intérêt général en ne portant point atteinte à la continuité des services publics puisqu'elle empêchait de quelconques représailles de la part du partenaire privé. Aussi, elle était appréhendée comme une prérogative de protection au profit des personnes publiques.

Toutefois, cette quiétude juridique de l'Administration sera mise en branle. Elle le sera, dans l'espace UEMOA, par l'adoption de deux directives. Il s'agit de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine et de la directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA. Par ces dernières, l'exception d'inexécution est devenue une réalité dans les relations contractuelles de l'Administration en matière de commande publique. Le caractère synallagmatique du contrat jouera pleinement son rôle. Ainsi, chaque partie à un contrat même administratif est en droit de refuser d'exécuter, totalement ou partiellement, l'obligation à laquelle elle est tenue tant qu'elle

²¹ Charles MBA-OWONO, « l'exception d'inexécution dans la vente commerciale dans le droit uniforme OHADA », *revue du CERDIP*, volume 2, n°2, juillet-décembre 2006, p. 4.

²² Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Stoffel-Munck PHILIPPE, *Droit des obligations*, LGDJ, 2016, p. 476.

n'a pas reçu la prestation qui lui est due en contrepartie²³. L'une des parties est, légalement, admise à interrompre l'exécution de ses obligations contractuelles si l'autre partie méconnaît celles lui incombant aux termes du contrat. Il ne s'agit plus, à tout prix, de préserver les intérêts de l'Administration, donc, de l'intérêt général dans le mépris des intérêts privés poursuivis par son cocontractant. L'UEMOA est dans une autre dynamique dans son processus d'intégration que la préservation des intérêts de l'Administration. La vision de l'Union est la construction d'un espace régional Ouest-Africain d'intégration économique et monétaire, économiquement fort et équilibré²⁴, dans lequel règnent la paix, la solidarité, la cohésion et la justice sociale²⁵, et qui assure le bien-être des populations²⁶. Toutes ces mutations, qui engendrent un repositionnement de l'Administration par rapport à ses prérogatives, mettent, évidemment, en confrontation les intérêts de cette dernière, qui, aussi, a pour obligation la préservation, la promotion et la protection de l'intérêt général avec les intérêts privés promus et protégés par le droit économique. D'où l'intérêt de cette étude.

En réalité, il existe plusieurs catégories dans la famille des contrats administratifs. Les principaux contrats administratifs sont les marchés de partenariat public-privé²⁷, les concessions de travaux et de services²⁸, les conventions d'occupation du domaine public²⁹, le contrat de recrutement d'agents publics³⁰, les marchés publics ou la commande publique³¹. Cette dernière catégorie est un ensemble de contrats par lesquels l'Administration (ou d'autres personnes morales) se procure des fournitures ou des services ou fait réaliser des travaux moyennant un prix³². Dans le cadre de cette étude, il est question de l'exception d'inexécution

²³ Charles MBA-OWONO, « L'exception d'inexécution dans la vente commerciale en Droit Uniforme OHADA », in *Revue de CERDIP*, Vol. 2, n° 2, Juillet-Décembre 2006, p. 2.

²⁴ Voir Djibrihina OUEDRAOGO, *L'autonomisation des juridictions financières dans l'espace UEMOA*, thèse de doctorat, Bordeaux IV, 2013, 672 p.

²⁵ Cet objectif est affiché à l'Union dès ses premières heures, puisque le traité révisé fait la nécessité de favoriser le développement économique et social des Etats membres, grâce à l'harmonisation de leurs législations, à l'unification de leurs marchés intérieurs et à la mise en œuvre de politiques sectorielles communes dans les secteurs essentiels de leurs économies, l'une des actions qui fonde l'intervention de l'Union.

²⁶ UEMOA, *document-cadre d'orientations générales de la politique d'aménagement du territoire communautaire de l'UEMOA*, Ouagadougou, p. 36.

²⁷ Voir Yves GAUDEMET, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », *BJCP*, 2004, p. 331. ; François LICHERE, « Les contrat de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique », *RDP*, 2004, p. 1547.

²⁸ Voir Laurent MALLAVALAUX, « La régie intéressée et le droit des concessions : une destinée identique à la gérance ? », *JCPA*, 2018, ét. 2248.

²⁹ Voir J-M AUBY, « Les contrats comportant occupation du domaine public », D. 1953, chron. P. 99. F. BRENET, « Les contrats domaniaux », *AJDA* 2016, p. 1803.

³⁰ Emmanuel AUBIN, « Contrat et fonction publique territoriale : les agents contractuels, des *smili* fonctionnaires ? », *AJCT* 2016, p. 142.

³¹ Florian LINDITCH, « Le droit des marchés publics », Dalloz, 7^{ème} éd., 2016.

³² Laurent RICHER et François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, 11^{ème} édition, LGDJ, 2019, p. 339.

dans le contrat administratif à travers le cas spécifique des marchés publics. Cela se justifie par le fait que l'étude est partie d'une réforme opérée dans cette catégorie des contrats administratifs par le droit communautaire UEMOA emportant, ainsi, des conséquences au niveau national des Etats membres. Nous utiliserons, par la suite, l'expression « contrat administratif » dans la conscience que la réforme est opérée dans le droit de la commande publique et n'emporte pas toutes les catégories de contrats administratifs.

Aussi, nous évoquerons, au-delà de l'exception d'inexécution, le pouvoir de résiliation vue comme, parfois, une conséquence de cette dernière. La résiliation est, en effet, une volonté manifeste, d'abord, de ne pas exécuter son obligation mais aussi et, surtout, l'expression de cette volonté de mettre fin au contrat pour l'avenir. Et, pour le cocontractant privé, il peut en être ainsi en représailles à l'inexécution des obligations par l'Administration. L'exception d'inexécution qui est une suspension temporaire du contrat n'aboutit, certes, pas, nécessairement, à sa résiliation. Mais, on retiendra que cette dernière, par le fait de l'inexécution des obligations aboutissant à la rupture des relations contractuelles, pourrait être appréhendée comme une manifestation de l'exception d'inexécution. En outre, l'institution de l'exception d'inexécution dans le droit des contrats administratifs est une volonté des législateurs de corriger les travers du pouvoir de résiliation parce que la suspension temporaire peut interpellier les acteurs par rapport à leurs obligations à accomplir. Dans tous les cas, les deux aboutissent à une inexécution des obligations.

Au regard des interférences d'ordre communautaire important, du même coup, les règles du droit privé dans la sphère administrative et, qui et qui portent atteinte à la spécificité du droit administratif³³, on assiste à sa crise et, partant, à celle du contrat administratif³⁴. Le contrat administratif trouve son fondement sur des constructions juridiques créant des rapports inégalitaires entre le partenaire privé et l'Administration à travers les prérogatives assises sur la préservation de l'intérêt général qui sont reconnues à cette dernière. D'où l'inquiétude sur les répercussions que cela pourrait avoir sur le contrat administratif. Quelle est, alors, l'influence de la consécration de l'exception d'inexécution au profit du cocontractant de l'Administration sur le contrat administratif ?

Il importe de souligner que, sous l'impulsion des directives communautaires UEMOA, l'Administration assiste, impuissamment, à un rééquilibrage de ses relations contractuelles avec

³³ Ces mutations du droit administratif peuvent s'analyser, également, comme un renouveau contractuel.

³⁴ Voir Abdou Aziz Daba KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex*, 2015, 28 p.

son partenaire privé et cela est entériné et renforcé, logiquement, par les législations nationales des pays membres. Toutefois, les fondements des pouvoirs exorbitants de l'Administration demeurent intacts et restent protégés par le juge des contrats. Cela laisse penser à une prépondérance toujours reconnue à l'Administration par rapport à son cocontractant privé.

Ainsi, pour mieux cerner la teneur de cette étude, il importe de s'interroger sur les répercussions de la consécration de l'exception d'inexécution au profit du cocontractant de l'Administration sur le modèle traditionnel de contrat administration mais, aussi, se soucier de son devenir. La réalité est que nous assistons à un effritement du modèle traditionnel de contrat administratif (I) qui, du coup, s'est mis dans une dynamique de résilience (II) afin de subsister.

I. L'effritement du modèle traditionnel de contrat administratif

L'effritement du contrat administratif se matérialise, dans ce cadre, par l'intrusion du droit privé dans la sphère du droit administratif sous l'impulsion du droit communautaire UEMOA engendrant, en matière d'exception d'inexécution, un rééquilibrage des relations contractuelles (A). Cette réforme communautaire a été, en toute logique, suivie par les législations nationales (B).

A. Un rééquilibrage des relations contractuelles sous l'impulsion communautaire de l'UEMOA

On constate une contribution du législateur communautaire à la correction de l'inégalité des parties au contrat, jetant le doute sur l'hégémonie de l'Administration (2) à travers la consécration du pouvoir de résiliation du contrat au profit du cocontractant de l'Administration (1).

1. La consécration du pouvoir de résiliation du contrat au profit du cocontractant

L'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration a toujours été admise. Le pouvoir de mettre fin au contrat pour l'avenir moyennant une indemnisation du cocontractant est reconnu à l'Administration depuis le XIX^{ème} siècle au moins³⁵ et il procède,

³⁵ CE 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D. 1865, 3, 87 ; CE 9 décembre 1927, *Gargiula*, Rec. 1198.

aujourd'hui, d'une « règle générale applicable aux contrats administratifs »³⁶, ce qui signifie qu'il existe même dans le silence du contrat³⁷. Une telle prérogative n'avait pas été admise pour le cocontractant, qui, malgré les défaillances de son partenaire public, était dans l'obligation de la poursuite de l'exécution du contrat. C'est cette inégalité qui connaîtra un changement à partir des réformes de l'UEMOA.

Un pouvoir de résiliation est reconnu au cocontractant de l'Administration par la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, en son article 88 traitant de la résiliation dans les marchés publics. Ainsi, le titulaire du marché peut, désormais, être à l'initiative d'une résiliation d'un contrat administratif, sous réserve du respect de certaines conditions. D'abord, « *pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trois mois, ou par suite d'un ajournement, lorsque cet ajournement ou le cumul des ajournements dépasse trois mois* ». Il s'agit d'une forme de résiliation pour faute ou résiliation-sanction accordée au cocontractant de l'Administration lorsque cette dernière commet une faute, en l'occurrence, le non-paiement d'une somme. Un moyen de sanctionner un manquement de celle-ci. Ensuite, il peut, également, demander la résiliation du contrat lorsque « *l'application de la formule de variation des prix conduit à une variation supérieure à vingt pour cent (20 %) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter* » et ce, conformément à l'alinéa 6 de l'article 85 de la directive n°04/2005. Cette résiliation devient, alors, une protection du partenaire de l'Administration contre les modifications intempestives et incessantes de l'Administration au lieu de procéder à la conclusion d'un avenant ou d'un nouveau marché. Enfin, une possibilité de résiliation lui est reconnue « *lorsqu'un cas de force majeure en rend l'exécution impossible* » ainsi qu'une résiliation de plein droit pour non-respect des conditions de versement des acomptes, conformément à l'article 91. A cela, s'ajoute un droit d'indemnité qui accompagne cette résiliation lorsque le titulaire du marché n'est pas fautif ou n'est pas devant une procédure de liquidation de son entreprise. Ce droit d'indemnité est assorti d'une modalité de calcul spécifique³⁸.

³⁶ CE 2 MAI 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, AJDA, 1958, II, 282 ; CE Ass. 2 février 1987, *Société TV6*, 81131, Rec. 29.

³⁷ Laurent RICHER et François LICHERE, *op. cit.*, p. 238.

³⁸ Le dernier alinéa de l'article 88 de la directive stipule que cette indemnité est « *calculée forfaitairement sur la base des prestations qui demeurent à exécuter. Ce pourcentage est fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché* ».

La consécration de ce droit au titulaire du marché vient, ainsi, remettre en cause les rapports d'inégalité qui caractérisaient l'exécution du contrat administratif et selon lequel le pouvoir de résiliation n'appartenait, de droit, qu'à la personne publique ou au juge. En ce sens, « *la continuité du service public auquel l'exécution du contrat est nécessaire* »³⁹ justifiait les sanctions applicables au cocontractant qui n'exécute pas ses obligations, dans la situation antérieure à la directive communautaire. En plus, le cocontractant ne pouvait se soustraire de ses obligations quand bien même l'Administration n'exécutait pas les siennes. C'est ce que laisse entendre le législateur sénégalais en ces termes : « *L'inexécution par l'Administration des obligations lui incombant n'autorise en aucun cas son co-contractant à suspendre ses prestations* ». ⁴⁰ Ou encore, « *Le pouvoir de résiliation du contrat par décision unilatérale appartient à l'Administration contractante en dehors de toute stipulation conventionnelle pour sanctionner les manquements graves du co-contractant à ses obligations* ». ⁴¹ La reconnaissance, par le droit communautaire, du droit de résiliation au profit du cocontractant de l'Administration constitue, alors, une avancée notable, un pas de géant visant à donner un sens à un l'égalité des parties au contrat, essentielle à l'Union. Cela atténue, un tant soit peu, la vulnérabilité qui caractérisait la situation de ce dernier.

Par ailleurs, on peut imaginer que la poursuite de la concurrence et la réalisation du marché commun qui sont les objectifs phares de l'UEMOA vont porter plus loin la position du cocontractant par rapport à l'Administration en matière contractuelle. Ainsi, même si l'outil utilisé -la directive- pour la consécration de ce droit est considéré comme étant une intégration douce⁴² en ce sens qu'elle lie les Etats « *quant aux résultats à atteindre* », ⁴³ force est de constater que « *la directive reste un acte obligatoire et plusieurs effets sont attachés à cette caractéristique* ». ⁴⁴ D'autres auteurs remarquent, d'ailleurs, que celles « *relatives aux marchés publics dans l'UEMOA sont des règlements qui ne disent pas leur nom* » ⁴⁵, pour souligner, ainsi, la marginalité d'appréciation dont peuvent bénéficier des Etats membres. La valeur,

³⁹ Article 79 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA).

⁴⁰ Article 73 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA).

⁴¹ Article 136 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA)

⁴² Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », Revue de droit uniforme, 1999-1, p. 6.

⁴³ Voir article 43 al2 du traité de l'UEMOA

⁴⁴ Seynabou SAMB, « Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun », Thèse de doctorat soutenue le 28 novembre 2015, Université de Bordeaux, p. 113

⁴⁵ Seynabou SAMB, *op. cit.*, p. 114

donc, de la méthode utilisée par l'Union reconforte sur la solidité de la nouvelle position du cocontractant de l'Administration.

Le pouvoir accordé au cocontractant de l'Administration a une portée considérable et ce, à deux niveaux : d'une part, le droit communautaire présente une stabilité remarquable qui contribue à l'enracinement et à la durabilité du pouvoir de résiliation du cocontractant. Monsieur FALL abonde dans ce sens lorsqu'il fait remarquer que les normes communautaires sont stables de par leur origine et leur processus d'adoption.⁴⁶ Cette caractéristique met à l'abri le droit du cocontractant contre les bouleversements politiques, juridiques et sociaux nationaux ainsi que les modifications incessantes des organes communautaires, qui sont, d'ailleurs, difficiles vue les conditions de quorum et de majorité qualifiée, qui entachent la procédure d'adoption des textes. D'autre part, le droit communautaire confère une autorité juridique évidente à la situation nouvelle du cocontractant à travers la supériorité et l'applicabilité immédiate,⁴⁷ conformément à l'article 43 alinéa 2 du traité de l'UEMOA. Cela renforce le nivellement des relations des deux parties dans l'exécution du contrat administratif.

Enfin, la protection du législateur communautaire au profit du titulaire du marché est, encore, plus importante à travers la création des organismes de contrôle et de régulation des contrats conclus par les personnes publiques et l'encadrement de ceux-ci par des fonctions et mécanismes particuliers.⁴⁸ Ainsi, l'article 5 de la directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA invite les Etats membres à mettre en place « *des procédures et mécanismes garantissant la séparation et l'indépendance des fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public* ». En outre, ces mécanismes doivent garantir « *une régulation indépendante des marchés publics et des délégations de service public et une représentation tripartite et paritaire de l'Administration, du secteur privé et de la société civile* ». Le cocontractant dispose, de ce fait, d'un cadre idéal pour revendiquer ou faire rétablir la violation de son droit chaque fois que de besoin. Mais alors, la consécration et la consistance juridiques

⁴⁶ Papa Talla FALL, « Normes communautaires et sécurité juridique », *Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, pp. 199-206.

⁴⁷ Voir Luc Marius IBRIGA, Saïb Abou COULIBALY et Dramane SANOU, *Droit communautaire ouest-africain*, Collection Précis de droit burkinabè, PADEG, 2012, p. 11 et l'article 6 du traité de Dakar qui stipule que : « les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

⁴⁸ Césaire KPENONHOUN, « L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente », *Afrilex*, 2017, p.17.

de ce droit qui menacent la position dominante de l'Administration en matière de résiliation du contrat peuvent-elles mettre fin à cette hégémonie ?

2. La fin de l'hégémonie de l'Administration en matière de résiliation du contrat ?

La volonté de mettre en place un « *nouvel ordre juridique de la commande publique* »⁴⁹ par le législateur communautaire interroge sur la place future du droit administratif et partant, sur les pouvoirs exorbitants de la personne publique face à son cocontractant, en matière de résiliation du contrat. Le droit communautaire n'a pas accordé un droit de résiliation uniquement au partenaire de l'Administration. Elle, aussi, en a conservé, sous certaines conditions. Ainsi, la personne publique peut, également, résilier un contrat administratif « *en raison de la faute du titulaire du marché ou de la liquidation de son entreprise* ». Il s'agit d'une résiliation pour faute. Il lui est, en outre, reconnu une résiliation de plein droit pour « *cas de force majeure* » ou au-delà de la variation du prix de 20% du montant initial ou de celui du marché à exécuter. On peut, tout de suite, penser que l'Administration dispose d'une largesse dans son pouvoir de résiliation, si on s'en tient à l'expression « *faute du titulaire du marché* » qui est le fait de son cocontractant, proportionnellement « *au non-paiement* », fait de celle-ci. Le « non-paiement » est, aussi, une faute, mais plus précise et encore plus restreinte que celle de « *faute du titulaire* ». Cependant, il faut reconnaître que le titulaire du marché bénéficie d'un contrepoids aussi considérable au niveau des conséquences de la résiliation. En ce sens, le titulaire du marché a un droit d'indemnité qui lui est reconnu dans toute résiliation, sauf lorsqu'il a commis une faute ou lorsque son entreprise est en procédure de liquidation. Un droit qui n'est pas reconnu à son partenaire public. Si des auteurs ont souligné que les marchés publics constituaient un « *dernier rempart du protectionnisme des Etats* »⁵⁰ dans la mesure où ceux-ci ont tendance à réserver les marchés publics à leurs propres nationaux,⁵¹ (poids économique et financier) force est de constater que ceux-ci ont cédé leur souveraineté de leur plein gré pour la construction de

⁴⁹ El Hadji Abdou SAKHO, « Mécanismes de Contrôle par les pairs, surveillance régionale multilatérale et monitoring et leur rôle dans le renforcement du marché commun et du commerce régional: le cas de l'UEMOA », Communication à l'occasion du Forum de haut niveau sur les réformes des marchés publics en Afrique – Soutien au développement économique et réduction de la pauvreté dans le contexte de la crise économique actuelle, organisé à Tunis du 16 au 17 novembre 2009 par la Banque africaine de développement ; disponible sur <http://www.afdb.org/en/news-and-events/article/afdb-welcomes-the-high-level-forum-on-public-procurement-reforms-in-africa-5283>

⁵⁰ A. MATTERA, « Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des Etats », RMUE, 1993, n°3, p.5.

⁵¹ Éric Patrick Lamou KY, *L'intégration par la commande publique : La réforme du droit des marchés publics dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, Thèse de doctorat, 20 juillet 2004, Université de Poitiers, p. 19.

l'intégration économique. A la question de savoir si la construction d'une Union de droit n'entraîne pas un rejet de l'idée d'un droit particulièrement conçu pour la puissance publique, plusieurs réponses ont été proposées. Tandis que certains auteurs voient que la recherche de « *règles communes dans un marché ouvert, concurrentiel et compétitif n'est pas forcément compatible à l'existence, dans les Etats membres, de droit d'exception élaboré spécifiquement pour les collectivités publiques* »⁵², d'autres constatent « *une certaine indifférence de principe du droit communautaire à l'égard de l'existence dans les ordres juridiques nationaux de régimes exorbitants* »,⁵³ en considération du libre jeu de la concurrence. Le droit communautaire retiendrait, donc, des critères fonctionnels et matériels qui seraient incompatibles avec la spécificité de la personnalité de l'Administration. En effet, plusieurs arguments militent en faveur de l'égalité des droits des parties à un contrat, peu importe la qualité des parties. Et le fait que cette égalité des droits soit protégée par l'intégration communautaire menace la prédominance de l'Administration. L'UEMOA s'est dotée d'un Code sur les contrats de la commande publique qui, implicitement, confère une place importante aux pouvoirs du cocontractant par rapport aux règles et principes traditionnels connus du droit administratif.

Tout d'abord, considérant que la vocation première des directives relatives à la commande publique est de « garantir l'effectivité des droits » que le Traité confère aux citoyens et entreprises de l'Union, il n'est pas étonnant de remarquer qu'elles neutralisent le pouvoir discrétionnaire des administrations acheteuses, en leur imposant une obligation d'effectuer leurs achats conformément à des critères objectifs⁵⁴. Les objectifs d'économie et d'efficacité, ceux relatifs au « libre accès à la commande publique », à « l'égalité de traitement des candidats » et à la « transparence des procédures », répondent à l'impératif de garantir la libre concurrence entre les acteurs économiques et, par conséquent, à la réduction des pouvoirs exorbitants de l'Administration.

Ensuite, les caractéristiques conférées (applicabilité immédiate, supranationalité) aux normes des organes communautaires fragilisent le poids de l'Administration dans la résiliation du contrat administratif. Elles peuvent, d'ailleurs, être à l'origine de la régression de ces prérogatives de puissance publique. C'est ainsi que la Cour de justice de l'UEMOA n'a pas

⁵²Abdou Aziz Daba KEBE, *op. cit.*, p. 17.

⁵³D. Berlin, « Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA* 20 avril 1995, pp. 259-273.

⁵⁴ Seynabou SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, *op. cit.* p. 101.

hésité à la préciser quand l'occasion s'en est présentée. Dans un avis émis à propos de la transposition dans l'ordre juridique⁵⁵ de l'Etat malien de la Directive du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, elle a considéré que « la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux »⁵⁶. Concrètement, la primauté du droit communautaire signifie que la norme communautaire prend place dans l'ordre juridique interne, avec « rang de priorité sur toute norme nationale » selon l'expression du juge Yves YEHOUESSI⁵⁷. Cette primauté a une conséquence énorme sur la supériorité de la personne publique sur son cocontractant. Ils réduisent, à coup sûr, les prérogatives de celles-ci. Ainsi, l'applicabilité immédiate des normes communautaires a pour conséquences « *l'effritement des souverainetés nationales des Etats membres, qui ne constitue plus un obstacle en tant que tel pour l'intégration du droit communautaire dans les systèmes juridiques nationaux* ».⁵⁸ Cette souveraineté est, encore, réduite par une « *interdiction de toute transformation de ces règles et la proscription de toute procédure de réception* »⁵⁹ de ce droit. Le législateur et la doctrine s'accordent pour reconnaître que le pouvoir de résiliation fait partie des prérogatives de puissance publique de l'Administration. En atteste l'article 11 du Code des obligations du Sénégal « Accorder un pouvoir de résiliation au cocontractant de l'Administration dans un contrat administratif revient à l'élever au même rang que celle-ci ».

Enfin, la crainte pour la perte de l'hégémonie de l'Administration est encore récurrente avec l'émergence et l'accroissement des pouvoirs des autorités administratives indépendantes. Cependant, une faille existe dans la législation communautaire qui peut être une limite dans le respect des droits accordés au cocontractant. Cette limite se trouve dans le défaut des textes communautaires dans la fixation des seuils. « En l'absence d'une définition, au niveau

⁵⁵ D'autres actes juridictionnels plus récents ont rappelé ce principe. Tel est le cas de l'arrêt du 08 juillet 2020, de l'arrêt préjudiciel du 19 mai 2021 et de l'avis consultatif du 25 octobre 2021.

⁵⁶ Avis n° 01/2003 de la Cour de justice de l'UEMOA du 18 mars 2003 relatif à la création d'une Cour des Comptes au Mali

⁵⁷ Yves D. YEHOUESSI, « L'application du droit international dans l'ordre juridique des Etats francophones ouest africains : le cas du droit de l'Union économique et monétaire ouest africaine », Communication lors du colloque de Ouagadougou du 24-26 juin 2005, Les cahiers de l'Association ouest africaine des hautes juridictions francophones, pp. 343-357.

⁵⁸ Mouhamadou Makhtar CISSE, « L'UEMOA, une nouvelle approche de l'intégration économique en Afrique de l'Ouest », Thèse de doctorat soutenue le 20 décembre 2014, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, p. 144

⁵⁹ *Idem*.

communautaire, des seuils à partir desquels les procédures de passation définies par la directive et transposées par les Etats s'appliquent, l'effectivité du droit communautaire devient tributaire de la volonté des Etats. Et, ce que l'on remarque au sein de l'UEMOA c'est une hétérogénéité des seuils, au point qu'entre deux pays le montant du marché à partir duquel les règles communautaires doivent être respectées peut doubler »⁶⁰. A ce stade, beaucoup de marchés peuvent échapper aux règles communautaires et, par conséquent, le cocontractant de l'Administration sera dépouillé de sa protection, surtout si les Etats n'ont pas repris à la lettre celle accordée par le droit communautaire.

B. Une réplique nationale logique

Face à ces réformes introduites dans le droit de la commande publique par le droit communautaire UEMOA entraînant des interrogations sur les rapports en l'Administration et son partenaire privé, les Etats membres ont, en toute logique, emprunté les pas (1) sans, pour autant, aller au bout de la réforme (2).

1. Un conformisme national salubre

Les pays membres de l'UEMOA ont sensiblement repris à la lettre les recommandations de la directive 04-2005 dans leurs corpus juridiques. Dans l'ensemble, le droit de résiliation reconnu au cocontractant de l'Administration a été pris en compte, pour faire honneur à l'exception d'inexécution qui est reconnue à toute partie au contrat en présence d'un manquement de l'autre partie. A y voir de plus près, les droits nationaux sont allés jusqu'aux détails, qui peuvent, à un certain moment, nuire à l'égalité des parties au contrat. Dans le même sens que la directive, le pouvoir de résiliation est reconnu aux deux parties par suite d'une faute, d'un cas de force majeure ou d'un commun accord.

D'abord, il y a la résiliation pour faute. Elle est accordée aux deux parties au contrat et se déclenche suite à un manquement à une des obligations. En ce qui concerne le titulaire du marché, une résiliation lui est possible dans plusieurs cas :

⁶⁰ Seynabou SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, op. cit. p. 106.

- pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trois mois

- cas de défaillance de l'autorité contractante rendant l'exécution du marché impossible⁶¹. Certains considèrent le défaut de paiement comme une défaillance et le soumet à un cas de

requête restée sans effet pendant au moins trois mois (Burkina Faso)

- par suite d'un ajournement
- de diminution des prestations excédant 30 % du montant initial du contrat⁶².

L'autorité contractante peut, également, procéder à une résiliation du contrat lorsque le titulaire du marché commet une faute. Elle est généralement de plein droit. Les droits nationaux sont allés plus loin en précisant les cas qui peuvent être constitutifs de fautes. Cette précision met à l'abri le cocontractant de l'Administration contre les qualifications abusives de faute. Un auteur avait, d'ailleurs, attiré l'attention du législateur burkinabè dans le domaine minier sur cet aspect. Il a, ainsi, précisé que « le manquement du Code sur les situations dans lesquelles ces sanctions peuvent être prises contribue à conférer à l'Administration un pouvoir de sanction discrétionnaire, qui en l'absence de précision supplémentaire par les textes d'application, pourrait conduire à l'arbitraire »⁶³. Plusieurs situations peuvent, alors, conduire à une résiliation :

- en cas de faute du titulaire du marché telle que stipulée aux cahiers des clauses administratives générales et particulières⁶⁴. Une liste de manquements pouvant constituer des fautes a été dressée par le législateur Malien. Il s'agit du

⁶¹Voir la loi n°039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso. Pour le Mali, voir l'article 101.3 du décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public. Article 125 de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 fixant les règles régissant la passation, le contrôle, l'exécution, le règlement et la régulation des marchés publics en République du Bénin, modifiant la loi n° 2009-02 du 07 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public. Voir aussi article 143 al 2 du décret n°2016-641 du 1er décembre 2016 portant Code des Marchés Publics et Délégations de Services Publics au Niger.

⁶² Le Burkina Faso l'a consacré dans le décret n°2019-0358/PRES/PM/MINEFID du 30 avril 2019 portant modification du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public. Auparavant, il y avait le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public, la loi n°020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public privé ainsi que son décret d'application n°2014-024/PRES/PM/MEF du 2 juillet 2008 et enfin la loi n°039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique. Pour le Mali, voir article 101.3 du décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public.

⁶³ Vincent ZAKANE, « La nouvelle législation minière au Burkina Faso », *RDB*, n°38, 2ème semestre 2000, p. 193.

⁶⁴ Article 143 du décret n°2016-641 du 1er décembre 2016 portant Code des Marchés Publics et Délégations de Services Publics au Niger.

refus de se conformer aux stipulations du marché ; du refus répété d'exécuter un ordre de service ; de l'absence de garantie de bonne exécution ; de la sous-traitance sans autorisation ou cession de travaux, objet du marché ; du retard dans les travaux sans préjudice de l'application des pénalités de retard ; de la défaillance du titulaire nonobstant l'application de pénalités de retard ; d'une faute grave, fraude ou dol du titulaire et, enfin, de la fourniture de fausses informations ou le défaut de fournitures d'informations concernant les conditions de participation des candidats ou les capacités juridiques, techniques, financières essentielles à la validité de leur candidature ou à l'évaluation de leur offre.

- en cas d'inexactitude dans les déclarations du titulaire constatées en cours d'exécution du marché⁶⁵;
- en cas de redressement judiciaire de l'entreprise titulaire, en cas d'incapacité civile ou physique manifeste et durable ou du décès du titulaire personne physique.
- Lorsque le titulaire du marché dispose des approvisionnements ayant fait l'objet d'acomptes pour d'autres travaux ou fournitures autres que ceux prévus au marché
 - pour des motifs d'intérêt général⁶⁶.
 - en cas de liquidation des biens si le titulaire n'est pas autorisé par le tribunal à continuer son exploitation⁶⁷ ;
 - en cas de règlement judiciaire sauf si l'autorité contractante accepte les offres éventuellement faites par la masse des créanciers pour la continuation de l'entreprise
 - en cas de défaut de fourniture des garanties requises par le titulaire⁶⁸.
 - lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités du service public ou en raison de la faute du titulaire du marché après avis favorable de la Direction nationale de contrôle des marchés publics⁶⁹

Après la résiliation pour faute, il y a une résiliation qui peut être faite par l'une ou l'autre des parties. Elle s'actionne dans les cas suivants :

⁶⁵ Article 159 du décret n°2019-0358/PRES/PM/MINEFID du 30 avril 2019 portant modification du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public du Burkina Faso.

⁶⁶ Article 159 du décret n°2019-0358/PRES/PM/MINEFID du 30 avril 2019 portant modification du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public du Burkina Faso.

⁶⁷ Article 101. 1 décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public du Mali.

⁶⁸ Article 101. 2 décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public du Mali.

⁶⁹ Article 125 la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 fixant les règles régissant la passation, le contrôle, l'exécution, le règlement et la régulation des marchés publics en République du Bénin.

- Lorsque l'application des formules de révision des prix conduit à une augmentation supérieure à 20 % du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter suivant certaines spécifications ;
- lorsque le montant des pénalités de retard atteint 5% du montant du marché ;
- en cas de force majeure rendant l'exécution du marché impossible.
- soit à la suite d'un accord entre parties contractantes

Par ailleurs, la résiliation ne peut intervenir qu'après une mise en demeure, et ce, au-delà de trois mois ou deux mises en demeure préalables restées sans effet, sauf si les deux parties sont d'un commun accord, pour certains Etats comme le Burkina Faso. De fois, cette mise en demeure n'est requise que lorsqu'il s'agit d'un défaut de paiement, ou après la validation de la Direction nationale de contrôle des marchés publics. Les conséquences pour le titulaire en dehors de toute faute est le droit à une indemnité de résiliation calculée sur la base des prestations qui restent à exécuter. Ce pourcentage est fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché.

Enfin, il y a un autre cas de résiliation qui se base sur des motifs appartenant à une seule partie, en l'occurrence l'Administration. Ce type de résiliation constitue une entorse à l'exception d'inexécution qui prévaut dans un contrat ordinaire et qui valorise l'égalité des parties. Ce qui est un peu disproportionné car le droit communautaire a prévu le droit de résiliation en cas de manquement d'une des parties à ses obligations. Une subsistance, donc, de la particularité du contrat administratif dans la transposition de la directive en droit interne. Ainsi, il existe d'autres motifs de cas de résiliation accordés à l'autorité contractante en dehors de la faute du titulaire du marché qui accorde encore plus d'importance à la domination de l'une des parties sur l'autre. Le premier indice est le motif d'intérêt général⁷⁰, prévu par le législateur burkinabè. Le deuxième est inscrit dans la législation malienne. La résiliation peut être engagée « à l'initiative de l'autorité contractante pour toute raison qui lui est propre »⁷¹. Ces dispositions sont assez vagues et renforcent le pouvoir exorbitant de l'Administration dans l'exécution du contrat

⁷⁰ Voir article 159.e du décret n°2019-0358/PRES/PM/MINEFID du 30 avril 2019 portant modification du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public du Burkina Faso.

⁷¹ Article 101.1 a du Mali.

administratif. Le dernier rempart contre un éventuel arbitraire dans l'exercice de ce droit est le juge.

2. Une réplique nationale inachevée

Le cas du Sénégal nécessite une partie à part en raison de la spécificité de sa réglementation en matière de contrat administratif. En effet, ce dernier s'est doté depuis les indépendances d'un texte législatif sur les obligations de l'Administration, appelé Code des Obligations de l'Administration (COA). Deux situations se présentent alors. Celle d'avant la directive et celle d'après.

La période d'avant la directive 04-2005 est règlementée par la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration. Ce texte a expressément mis sa préférence sur les pouvoirs de l'Administration en matière d'exécution du contrat que l'on peut affirmer sans exagération que le principe de l'exception d'inexécution était inexistant. Ainsi, il a affirmé, de façon claire, un principe selon lequel « *L'inexécution des obligations est sanctionnée de façon différente selon qu'elle est le fait de l'Administration ou de son co-contractant* »⁷². Aussi, « *l'inexécution par l'Administration des obligations lui incombant n'autorise en aucun cas son co-contractant à suspendre ses prestations* ». ⁷³ Seul le juge peut sanctionner l'inexécution, par l'Administration, de ses obligations contractuelles mais il ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration. Il ne peut pas, non plus, la condamner, directement ou sous astreinte, à une obligation de faire ou de ne pas faire⁷⁴. Particulièrement, en matière de résiliation du contrat, les pouvoirs de l'Administration sont énormes. Ils sont, surtout, relatifs à la résiliation pour faute, c'est-à-dire qu'ils ne se déclenchent qu'après un manquement du cocontractant à ses obligations. Elle dispose d'un pouvoir de sanction unilatéral de plein droit reconnu par l'article 79 en ces termes : « *L'application des sanctions résulte d'une décision unilatérale de l'Administration* ». Ce pouvoir « *est d'ordre public* » d'après l'article 80. Aucune initiative n'est reconnue à son cocontractant en matière de sanctions aux manquements des obligations par l'Administration, sauf à passer par le juge. Le législateur explique que l'existence des pouvoirs exorbitants reconnus à l'Administration, et, donc, cette inégalité de traitement, a pour fondement « *la continuité du service public auquel l'exécution du contrat est nécessaire* »⁷⁵.

⁷² Voir article 71 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷³ Article 73 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷⁴ Article 72 et 74 de loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷⁵ Article 78 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

Néanmoins, la résiliation peut se prononcer au profit de l'une ou l'autre partie dans plusieurs cas. D'abord, le décès du cocontractant. L'article 68 précise qu'en l'absence de disposition contractuelle, la résiliation du contrat peut être prononcée par l'Administration ou demandée par les ayants-cause du contractant. C'est la résiliation conventionnelle. Elle peut être prononcée par le juge à la demande des parties et elle devient, alors, une résiliation judiciaire. Elle est possible lorsque plusieurs cas se présentent : quand le rétablissement de l'équilibre du contrat est impossible par suite d'un bouleversement économique ; quand l'Administration n'exécute pas ses obligations contractuelles ; lorsqu'elle a, par l'utilisation des pouvoirs qu'elle détient à l'égard de l'exécution du contrat, dépassé les limites des modifications pouvant être apportées aux conditions initiales du contrat⁷⁶. Ensuite, les manquements particulièrement graves de l'Administration ou les fautes très graves du cocontractant peuvent ouvrir droit à la résiliation du contrat, à la suite d'une mise en demeure d'exécuter les obligations contractuelles⁷⁷. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un contrat de concession de service public, l'Administration perd son pouvoir de résiliation unilatéral au profit du juge, sous réserve d'une stipulation contractuelle. Dans ce cas, la résiliation se fait sous contrôle du juge⁷⁸. Par ailleurs, une résiliation sans faute est possible, nonobstant les clauses conventionnelles, pour les contrats devenus inutiles ou inadaptés compte tenu des nécessités du service public⁷⁹. La résiliation pour faute et la résiliation sans faute sont toutes administratives et peuvent intervenir en dehors de toute stipulation contractuelle. Enfin, il y a la résiliation de plein droit. Il concerne le contrat dont l'objet a disparu. Il peut être conventionnel ou légal⁸⁰. En dehors de ces cas de résiliation, d'autres causes peuvent entraîner la résiliation du contrat, indépendamment de la volonté des parties. Ces causes constituent une limite à l'exécution des obligations contractuelles. Ce sont la force majeure et le fait d'une partie, règlementés par les articles 92 et 93. Ainsi, l'article 92 prévoit que « la force majeure, si elle rend définitivement impossible l'exécution du contrat, constitue une cause légitime de résiliation de la convention ». Pour l'article 93, « le fait d'une partie qui rend l'exécution du contrat impossible peut justifier l'inexécution de ses obligations par l'autre partie ». Ce fait doit être extérieur, imprévisible et irrésistible, au même titre que la force majeure. La résiliation d'un contrat présente des conséquences pour les parties. A l'endroit du cocontractant, des dommages et intérêts naissent lorsque la responsabilité de

⁷⁶ Article 134 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷⁷ Articles 77, 81 et 87 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷⁸ Article 87 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁷⁹ Article 137 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁸⁰ Article 133 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

l'Administration est engagée pour inexécution de ses obligations⁸¹ ou à la suite d'une mesure particulière prise par celle-ci entraînant la disparition de l'objet du contrat⁸² ou par suite d'une résiliation administrative sans faute⁸³. L'indemnisation est intégrale. D'après l'article 138 du COA, elle couvre « *la perte subie, le gain manqué, et, éventuellement, le préjudice moral causé au co-contractant par la résiliation de la convention* ». Mais lorsque la résiliation est prononcée suite à la commission de fautes graves par le cocontractant, il en supporte les charges pécuniaires selon les modalités fixées par la loi ou la convention⁸⁴. Voilà la situation qui prévalait dans les relations contractuelles des parties dans un contrat administratif avant l'adoption de la directive 04-2005. Des relations inégalitaires, accordant la prééminence à l'Administration en vertu de la spécificité de la mission dont elle a à exécuter. Qu'en est-il de ces relations après l'adoption de la directive communautaire ?

Le Sénégal s'est doté d'un arsenal juridique en matière de marchés publics qui se veut conforme aux recommandations de la directive. Il s'agit du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics, du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics et du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics. La réglementation du Sénégal des relations contractuelles des parties à un contrat administratif innove sur beaucoup de points. D'abord, il est reconnu un droit de résiliation à l'initiative du titulaire du marché, pour des causes diverses. En effet, l'article 132 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics dispose qu'un « *marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la demande du titulaire* ». Il va, encore, plus loin, en précisant les conditions dans lesquelles la résiliation doit être faite, ce qui constitue un supplément de sécurité pour le titulaire du marché. Ces conditions sont les suivantes : premièrement, la carence de l'Autorité contractante rendant l'exécution du marché impossible, constituant une faute grave au sens du Code des Obligations de l'Administration. Deuxièmement, l'ajournement du marché de plus de trois mois, que ce soit de manière successive ou brusque. Troisièmement, lorsque survient un évènement imprévisible et irrésistible rendant impossible l'exécution du marché. Cette dernière disposition était absente dans le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics. Ensuite, les conditions de la résiliation accordées à l'autorité contractante ont été élargies. Il s'agit des manquements graves du titulaire, notamment en matière contractuelle et de l'incapacité juridique de celui-ci⁸⁵. Et, aussi, une résiliation de plein droit à

⁸¹ Articles 76, 77 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁸² Article 133 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁸³ Article 137 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁸⁴ Article 88 de la loi de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration.

⁸⁵ Article 129 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics.

son profit suite au décès, à une incapacité juridique du titulaire ou à une liquidation judiciaire de son entreprise⁸⁶. En outre, la résiliation peut être totale ou partielle. Enfin, les modalités du droit d'indemnisation ont été précisées. Le droit à indemnité naît suite à un préjudice subi en cas d'ajournement de moins de trois mois ou suite à une résiliation imputable à l'Administration. Les indemnités peuvent concerner le montant des dépenses occasionnées par l'ajournement ainsi qu'indemnité correspondant au préjudice subi dûment constaté qui ne peut, en aucun cas, être supérieur à la perte de bénéfices du titulaire dont le marché est résilié. En outre, la résiliation du marché ouvre droit, au profit du titulaire, au paiement des fournitures, services, travaux réalisés et non encore réglés. Enfin, cette indemnité n'est possible que lorsqu'une demande du titulaire est présentée dans le délai de 2 mois à partir de la date de notification de l'ordre de service prescrivant l'ajournement de l'exécution du marché ou la date de la résiliation.⁸⁷ L'article 108 ajoute que l'Autorité contractante dispose d'un délai de 3 mois pour fixer le montant de l'indemnité de résiliation, à défaut d'accord intervenu entre les parties dans les 6 mois à compter de la date de résiliation. Le montant de l'indemnité de résiliation est obtenu en appliquant un taux prédéterminé dans le dossier d'appel d'offres à la valeur des travaux restant à exécuter. Des intérêts moratoires sont aussi acquis de plein droit au titulaire du marché à partir de l'expiration de ce délai jusqu'à la date de la notification de la décision ou de la conclusion d'un accord contractuel enfin intervenu. Ils sont calculés à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de l'Institut d'émission sur le montant soit du supplément de prix soit de l'indemnité de résiliation⁸⁸.

La présente réglementation sur l'inexécution d'une obligation d'une partie par rapport à l'autre semble être respectée. Les pouvoirs de l'Administrations sont toujours dominants mais, on constate une grande évolution après l'avènement de la directive 04-2005. Mais une inquiétude subsiste sur la sécurité du droit reconnu au cocontractant de l'Administration, compte tenu d'une disposition du décret qui renvoie au Code des Obligations de l'Administration. Ainsi, l'article 128 dispose qu'en « *cas de manquements à leurs obligations contractuelles les titulaires de marchés publics encourent les sanctions pécuniaires, coercitives ou résolutoires prévues par les articles 84 et suivants du Code des obligations de l'Administration* ». Cette disposition renvoie le cocontractant de l'Administration à l'époque d'avant la directive

⁸⁶ Article 130 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics.

⁸⁷ Article 133 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant code des marchés publics.

⁸⁸ Article 108.

communautaire, et, donc, à l'inexistence du principe de l'exception d'inexécution dans le contrat administratif au Sénégal.

II. La résilience du modèle traditionnel de contrat administratif

Malgré les différentes mutations, dues à l'incursion du droit communautaire et du droit privé, que connaissent le droit administratif en général et le droit des contrats administratifs plus particulièrement, l'Administration tient, toujours, une assise confortable incontestable (B) et le juge des contrats pourrait se présenter comme étant le dernier rempart (A) de la préservation de sa spécificité.

A. Le conservatisme du juge administratif

Les législateurs nationaux ayant, en toute logique, emprunté les pas du législateur communautaire UEMOA dans le réaménagement du contrat de la commande publique, lui portant, ainsi, un véritable coup, le juge administratif, à travers la préservation de l'intérêt général (2) voire l'exaltation continue du principe de continuité du service public (1) tente de sauver ce qu'il en reste.

1. L'exaltation continue du principe de continuité du service public

D'emblée, il sied de convenir avec Salifou YONABA qu'au Burkina Faso comme dans les autres pays membres de l'UEMOA, « ce qui est sûr, c'est que le contentieux des marchés publics, d'une manière générale, est très peu développé pour des raisons tout à fait faciles à comprendre »⁸⁹. Pour lui, cela s'explique, essentiellement, par deux raisons. Tout d'abord, le secteur des marchés publics est caractérisé par l'existence de voies de recours amiable. En effet, « les marchés publics constituent sans aucun doute ... le domaine dans lequel le recours non contentieux est vraiment développé »⁹⁰. C'est, aussi, l'une des raisons justificatives de l'institution des organismes de régulation des marchés publics. Ils ont en charge la

⁸⁹ Salif YONABA, *Les Grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif*, Collection Précis de droit burkinabè, 2013, p. 450.

⁹⁰ *Idem*, p. 453.

responsabilité du règlement non juridictionnel des conflits nés des marchés publics⁹¹. Et la Chambre administrative de la Cour suprême de la Côte d'Ivoire le rappelle bien dans son arrêt °35 du 25 mai 2005 en ces termes : « Considérant cependant qu'en statuant ainsi, alors que le litige dont il s'agit est né de l'exécution d'un marché public et que GUEI Dominique ne rapporte pas la preuve d'avoir épuisé les voies de recours amiables prévues par les articles 108 et 109 du code des marchés publics, la Cour d'Appel a méconnu les textes susvisés »⁹².

Ensuite, il souligne que les opérateurs économiques évitent, toujours, soigneusement, d'engager le moindre bras de fer avec la collectivité publique qui reste, malgré tout, leur partenaire privilégié. Effectivement, « dans ces conditions, ils préféreront toujours le règlement amiable (même mauvais) qui préserve, vaille que vaille, les (apparentes) bonnes relations avec les organismes publics au contentieux ouvert qui pourrait les priver de toute opportunité de contrat à l'avenir »⁹³.

Quoi qu'il en soit, il existe des fondamentaux qui sont, quasiment, difficiles à remettre en cause. De ces derniers et qui pourraient être affectés par l'exception d'inexécution reconnue au cocontractant de l'Administration figurent, en bonne place, les lois de Louis Rolland et, plus particulièrement, le principe de continuité du service public. C'est dans ce sens que nous comprenons bien Dodzi K. KOKOROKO quand, sans détour, il affirme que « le service public sans 'loi de Rolland' n'est que ruine de l'Administration »⁹⁴.

Le principe de continuité du service public implique que ce dernier fonctionne régulièrement sans interruption non règlementaire. Tous les services publics doivent fonctionner sans heurts, sans à-coups, sans arrêts suivant l'heureuse formule de Louis Rolland⁹⁵. Ce principe de continuité du service public a été, en France, dégagé par le Conseil constitutionnel et intégré au

⁹¹ A titre illustratif, nous pouvons citer le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) qui s'est substitué au décret n°2007-243/PRES/PM/MFB du 09 mai 2007 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) et son modificatif n°2009-849/PRES/PM/MEF du 24 décembre 2009 portant organisation, attribution et fonctionnement de l'ARMP. L'article 2 de l'ordonnance n°2018-594 du 27 juin 2018 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics en Côte d'Ivoire cite parmi ses missions le fait de : régler les litiges et différends nés à l'occasion de la passation des marchés publics et des contrats de Partenariat Public-Privé ; procéder à des conciliations, le cas échéant, en matière d'exécution et de règlement des marchés publics et des contrats de Partenariats Public-Privé ; au Mali, c'est la même mission qu'assume l'Autorité de régulation des marchés publics et de délégations de service public.

⁹² La Chambre a rappelé le principe dans sa décision n°2004-338 CASS/ADM du 22 septembre 2004, *Etat de Côte d'Ivoire C/GUEI Mamadou* : « Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 108 et 109 dudit code que les différends ou litiges nés de l'exécution d'un marché ne peuvent en aucun cas être portés devant la Juridiction compétente ayant l'épuisement des recours amiables »

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Dodzi K. KOKOROKO, *Les grands thèmes du droit administratif*, PUL, 1^{ère} éd, 2014, p. 157.

⁹⁵ *Idem* ;

bloc de constitutionnalité par sa décision du 25 juillet 1979. Une année plus tard, le Conseil d'Etat a érigé le principe de continuité du service public en principe général de droit obligeant, davantage, l'Administration à son respect⁹⁶. Toutefois, il importe de souligner que, dès 1942, Jean De Soto remarquait que « lorsqu'il s'agit d'un service qui n'est pas soumis à la loi de continuité, ou lorsque l'on se place du côté de l'Administration pour les prestations pécuniaires qu'elle doit à son concessionnaire, on ne voit aucune raison valable pour refuser au cocontractant lésé le bénéfice de l'exception d'inexécution »⁹⁷. *A contrario*, la reconnaissance, au cocontractant de l'Administration, du pouvoir de résiliation unilatérale ou de l'exception d'inexécution concernant un contrat entrant dans le cadre de l'exécution d'un service public soumis à la loi de la continuité serait fâcheux car il mettrait en cause l'existence même du service public et, partant, la raison de l'Administration.

Il faut même souligner que l'immunité d'exécution⁹⁸ au bénéfice de l'Administration trouve sa justification dans la protection des biens et des ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public⁹⁹ et de telles immunités d'exécution semblent *a priori* absolues¹⁰⁰. C'est

⁹⁶ CE, 13 juin 1980, *Mme Bonjean*.

⁹⁷ Jean DE SOTO, « note sous *Conseil de Préfecture de la Seine* », 24 déc. 1940, D. 1942, 3, 111.

⁹⁸ L'Administration bénéficie, dans le cadre de sa mission d'intérêt général, de prérogatives de puissance lesquelles se subdivisent en prérogatives d'action et prérogatives de protection. Parmi ces dernières, figure, bien entendu, l'interdiction d'opposer une exception d'inexécution aux personnes publiques. En effet, les prérogatives de protection sont les privilèges détenus par l'administration et au nom desquels certaines actions ne peuvent être exercées contre elle. En droit administratif général, ces prérogatives de protection sont, entre autres, l'interdiction de voie d'exécution forcée contre l'administration, l'insaisissabilité des biens appartenant aux personnes publiques. Il est donc interdit d'user de procédure d'exécution forcée contre l'administration en raison des principes d'insaisissabilité et d'indisponibilité applicables aux biens publics.

⁹⁹ Cette immunité d'exécution au profit des personnes publiques est un corollaire du principe de séparation des autorités administratives des autorités judiciaires. En effet, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 pose le principe selon lequel « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Or, selon cet auteur, les voies d'exécution ne constituent point des troubles mineurs, d'où leur inapplication aux personnes publiques. Cf. Claude BRENNER, (dir.) *Le droit de l'exécution forcée : Entre mythe et réalité*, Paris, *Editions Juridiques et Techniques*, 2007, n° 90, p. 58.

¹⁰⁰ Désiré-Casimir KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », in *Revue juridique et politique des états francophones*, Volume 68, 2014, p. 166. L'auteur explique que « *L'interdiction de pratiquer les voies d'exécution contre ces personnes publiques concerne la totalité des biens leur appartenant, même exerçant une activité industrielle et commerciale, qu'il s'agisse de biens matériels, de créances, de droits incorporels, dans la mesure où ils sont nécessaires à la continuité des activités de service public. Toutefois, il convient de signaler que l'immunité d'exécution n'interdit pas une saisie pratiquée sur un bien que les personnes morales de droit public détiennent pour le compte des tiers. Dans ce cas, les personnes morales sont considérées comme de tiers saisis* ».

combien souligner l'entorse que ne saurait subir la continuité du service public au profit d'intérêt particulier¹⁰¹.

Au regard de tous ces privilèges accordés à l'Administration du fait de ses missions d'intérêt général, c'est, en toute logique, que le juge administratif français a adopté la voie de la prudence et il n'en serait autrement par rapport au juge administratif africain lorsqu'il sera question de revisiter la mise en œuvre du principe en lien avec la continuité du service public. En effet, dans sa récente décision, Grenke location en date du 08 août 2014, le Conseil d'Etat français semble reconnaître au cocontractant privé la possibilité d'interrompre l'exécution d'un contrat le liant à l'administration en cas de manquement de celle-ci à ses obligations¹⁰². Suivant cette décision, « le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; **qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles** »¹⁰³. D'emblée, si cette décision semble ouvrir la voie au cocontractant privé de rompre son engagement avec l'Administration, elle constitue, également, un véritable tempérament à ce principe de l'exception d'inexécution¹⁰⁴. On se demande, d'ailleurs, au regard des multiples et rigoureuses règles conditionnant cette initiative du cocontractant privé de l'Administration tendant à la

¹⁰¹ Voir Ulrich ARMEL IBONO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA », in *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, n° 3 Septembre 2013, p. 1.

¹⁰² Florent GAULLIER, « Approche contentieuse du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat administratif par le cocontractant de l'administration », in *JCP La Semaine Juridique*, éd., *administrations et collectivités territoriales*, n° 48, 4 décembre 2017.

¹⁰³ CE 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n° 370644. En l'espèce, Le Musée des Civilisations de l'Europe et de la Méditerranée (MUCEM) avait conclu un contrat de location de photocopieurs avec une entreprise spécialisée. L'une des conditions générales annexées au marché prévoyait la possibilité pour l'entreprise de résilier le contrat avec indemnité en cas de non-paiement des loyers. Le MUCEM ayant cessé de régler les loyers, l'entreprise résilia unilatéralement le contrat et obtint du Tribunal administratif de Strasbourg la condamnation de l'Etat au paiement de l'indemnité de résiliation contractuelle correspondant à l'ensemble des loyers à échoir. La Cour administrative d'appel de NANCY annula ce jugement en considérant, conformément à une jurisprudence constante, que l'application d'une telle clause, susceptible en soi de porter atteinte à la continuité du service public, devait purement et simplement être écartée comme étant contraire à l'ordre public. Le Conseil d'Etat censure cet arrêt et admet pour la première fois qu'il est « loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. »

¹⁰⁴ Urbain NGAMPIO-OBELE-BELE, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », *Droit administratif*, 2015, étude 11 ; Fabrice MELLERAY, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA* 2015, p. 396, note sous CE, 8 oct. 2014, n° 370644, *Société Grenke location*, préc.

rupture du contrat, si, comme craignent certains auteurs, cette possibilité offerte à ce dernier ne soit finalement qu'« *un mort-né* »¹⁰⁵.

2. La préservation de l'intérêt général

« Poursuivre l'intérêt général (ou ses synonymes : l'intérêt public, l'utilité publique) est le but unique et le motif fondamental de l'activité administrative »¹⁰⁶. Dans cette dynamique, l'intérêt général, comme fin de l'action administrative est, simplement, constaté par les autorités constitutionnelles et administratives dont c'est après tout le rôle et qui, à partir de cette constatation, prennent les initiatives qui s'imposent sous peine d'ailleurs, dans certains cas, que leur carence à intervenir soit considéré comme fautive¹⁰⁷. L'intérêt général pourrait, dans ce cas, être appréhendé comme le baromètre de la légalité de l'action de l'Administration. C'est dans ce sens que l'on retiendra avec le Conseil d'Etat français que, depuis son apparition au XVIIIème siècle, la notion d'intérêt général se présente comme « la pierre angulaire de l'action publique »¹⁰⁸. Et Max Weber de renchéir que, dès lors que, dans une société, la légitimité du pouvoir repose sur la raison, les citoyens n'acceptent de se soumettre aux décisions des gouvernants que parce qu'ils les jugent conformes à l'intérêt de tous et de chacun¹⁰⁹.

En outre, l'intérêt général est perçu comme une notion fonctionnelle. En effet, il fonctionne comme un instrument de mesure de la légalité ou de la licéité d'un comportement ou d'une décision et, donc, de la liberté d'une personne physique ou morale¹¹⁰. Il devient, ainsi, un outil de légitimation des actions des pouvoirs publics. Ce sont, en effet, les fonctions qu'il remplit dans un processus de décision qui le rendent utile et qui expliquent que le législateur et le juge y recourent¹¹¹. Le droit administratif n'est-il pas présenté comme, sans revenir sur les différentes controverses qui ont émaillé la doctrine en ce qui concerne son fondement¹¹², un

¹⁰⁵ François BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », *Droit Administratif*, n° 2 – Février 2015, p. 23.

¹⁰⁶ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 3^{ème} éd., PUF, coll. « Thémis Droit », 2010, p. 70.

¹⁰⁷ Pascal GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, 2011, p. 130.

¹⁰⁸ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis 1998, L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, p. 245.

¹⁰⁹ Max WEBER, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, spéc. P. 102 et s.

¹¹⁰ Didier TRUCHET, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un Professeur de droit », *Legicom*, 2017, p. 7.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² En rappel, deux écoles ont, longtemps, discuté sur le fondement du droit administratif. L'une insistait sur les moyens de l'Administration dans une perspective strictement juridique et contentieuse (Hauriou), l'autre insistait, plutôt, sur les finalités de l'administration dans une perspective plus sociologique voire philosophique (Duguit).

droit au service de l'intérêt général en comparaison avec le droit civil épris des intérêts privés ? Plus d'une raison sous-tendent une telle compréhension. D'abord, l'objet même du droit administratif dont la vocation est de régir les activités de l'Administration publique, lesquelles activités, également, ont pour vocation à servir l'intérêt général. Ensuite, le contenu du droit administratif fait de solutions jurisprudentielles qui font, souvent, référence à la notion d'intérêt général notamment pour justifier le caractère dérogatoire des règles applicables à l'administration. Ainsi, et selon le Conseil d'Etat français, dans son rapport annuel en 1999, « la notion d'intérêt général est l'épine dorsale du droit public dont elle justifie les spécificités »¹¹³. Aussi, le Conseil constitutionnel accorde une place importante au concept dans sa jurisprudence depuis qu'il en a eu recours pour la première fois en 1979¹¹⁴. Il en a même fait une condition de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et libertés.

L'intérêt général est, alors, un des justificatifs majeurs qui permettra au contrat administratif d'avoir, encore de vieux jours. En effet, il n'est nul besoin d'insister que parce que l'Administration exécute des missions de service public, donc, d'activités empreintes de l'intérêt général dans le but de la satisfaction des besoins des populations, elle est investie, soit par la loi, soit par la jurisprudence, des prérogatives le plaçant dans une certaine situation de supériorité juridique par rapport à son cocontractant privé. C'est dans ce sens que le juge administratif est amené à soumettre l'Administration à ce droit spécial, par principe, inégalitaire afin de toujours préserver l'intérêt général qu'elle défend par rapport aux intérêts particuliers. Le juge administratif n'a cessé d'invoquer l'intérêt général pour justifier les prérogatives et les dérogations au profit de l'Administration¹¹⁵. Plusieurs exemples peuvent servir d'illustrations¹¹⁶.

Pour le cas spécifique du contrat administratif, bien qu'il ait un caractère synallagmatique avec le jeu de réciprocité des droits et obligations, il participe à la mission d'intérêt général dont l'Administration a la charge. Cela engendre, inéluctablement, une inégalité dans ces rapports contractuels. Cette inégalité est la conséquence des prérogatives particulières dont jouit l'Administration. La consécration de ces pouvoirs de l'Administration est une garantie de la bonne exécution du contrat administratif et permet d'assurer, ainsi, la mission d'intérêt général.

¹¹³ Conseil d'Etat, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis 1998, L'intérêt général, idem.*

¹¹⁴ Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

¹¹⁵ Fabrice GARTNER, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, p. 19.

¹¹⁶ Au nom de l'intérêt général, il est justifié la dérogation par l'Administration du principe d'égalité (CE 6 novembre 2019 Fédération nationale de l'Équipement et de l'Environnement CGT et autres), l'expropriation par la force des biens des particuliers pour la réalité une cause d'utilité publique ...

On peut, alors, comprendre la spécificité du contrat administratif par rapport au contrat civil. Si, aujourd'hui, il se discute les pouvoirs du cocontractant de l'Administration, il n'en est point de ceux de cette dernière et cela depuis leurs consécutions. En effet, c'est dans son fondement, c'est-à-dire l'intérêt général, que le pouvoir de modification unilatéral dont dispose l'Administration trouve sa première condition d'exercice¹¹⁷. La modification d'un contrat administratif ne peut, dans ces conditions, intervenir, légalement, que si elle est motivée par l'intérêt général¹¹⁸. Cette exigence est reprise ex-cathedra par le Conseil d'Etat : « la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats »¹¹⁹. En l'absence de cette condition, la modification et même la résiliation unilatérale d'un contrat administratif sont considérées comme illégales¹²⁰.

Egalement, c'est au nom de cet intérêt général que l'Administration peut imposer, à son cocontractant, des sanctions bien qu'elles ne soient pas prévues dans le contrat¹²¹.

B. Une prépondérance toujours reconnue à l'Administration

Le contrat administratif demeure un contrat spécifique par rapport au contrat privé parce que l'Administration bénéficie, toujours, d'autres formes de pouvoir exorbitant par rapport à son cocontractant (1) auquel elle peut soumettre un cahier de charges (2) pour l'exécution du contrat.

1. La reconnaissance du pouvoir exorbitant au profit de l'Administration

La spécificité majeure du droit administratif est son caractère spécial qui déroge au droit commun. Cette dérogation au droit d'ordre civiliste a plusieurs manifestations quand il s'agit, surtout, des relations de l'Administration avec ses partenaires privés. Il existe, en effet, plusieurs facteurs qui donnent une place de primauté à l'Administration. Parmi ceux-ci, figure, en bonne place, la clause exorbitante du droit commun. Cette dernière, qui est un critère de qualification même du contrat administratif pourrait trouver ses racines à la décision *Société*

¹¹⁷ Dodzi K. KOKOROKO, *op. cit.* p. 107.

¹¹⁸ CE, 11 juillet 1913, *Compagnie des chemins de fer du Sud de la France*.

¹¹⁹ CE, 27 octobre 2010, *Syndicat International des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la Napoule*.

¹²⁰ CE, 6 février 1987, *Société TV6*.

¹²¹ CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Lebon, p. 513.

*des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*¹²². Il s'agit d'un critère qui, selon une formule adaptée, « s'identifie plus qu'il ne se définit »¹²³.

La clause exorbitante de droit commun est un critère qui, malgré les multiples réformes, les interférences du droit civil et du droit communautaire dans la sphère des relations contractuelles de l'Administration, permet, toujours, au contrat administratif de conserver sa particularité et à l'administration, sa suprématie par rapport à son cocontractant. Pour Jean LESSI, la clause exorbitante du droit commun est, comme d'autres créations jurisprudentielles, un « illustre vieillard »¹²⁴ particulièrement robuste qui a surmonté les « crises »¹²⁵ qui ont jalonné son parcours¹²⁶. PELLISSIER renchérit en affirmant que « la certitude de son rôle de critère n'a toutefois d'égale que l'incertitude entourant sa teneur exacte, flou qui n'est sans doute, comme on l'a dit, pas complètement étranger à sa longévité »¹²⁷.

Dans tous les cas, la clause exorbitante de droit commun, selon la doctrine comme la jurisprudence, est une formule particulière qui ne saurait être trouvée que dans les contrats administratifs et serait illégale ou illicite dans les relations de particulier à particulier. Pour le Doyen Vedel, en effet, la clause exorbitante est, aussi, voire avant tout, celle qui est « inusuelle » dans les contrats privés et, en cela, diffère « du modèle idéal des relations privées »¹²⁸. Dans sa perception, René CHAPUS, pense que c'est la clause « créatrice d'inégalité, en conférant à la personne publique une position de supériorité par rapport au cocontractant »¹²⁹. Elle est, également, ajoute le Doyen VEDEL, la clause qui serait « illicite » dans un contrat de droit privé, illicéité virtuelle qui conduit le juge à la regarder comme le signe de la soumission à un régime de droit public¹³⁰. La jurisprudence a toujours fait usage de la clause exorbitante de droit commun et, parfois, dans des situations inattendues comme critère de détermination et de qualification des contrats administratifs. Son existence dans un contrat a, souvent, suffit au juge pour la qualification du contrat. Ainsi, la jurisprudence *Brasserie du Théâtre* a confirmé que la clause exorbitante de droit commun pouvait jouer pour conférer un caractère administratif à un

¹²² CE, 31 juill. 1912, n° 30701, Lebon, concl. L. Blum; *GAJA*, n° 26.

¹²³ Fabrice BRENET, in Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA et Pascale GONOD [dir.], *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. II, p. 233.

¹²⁴ Didier TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

¹²⁵ Proper WEIL, Le critère du contrat administratif en crise, in *Mélanges Marcel Waline*, t. 2, LGDJ, 1974

¹²⁶ Jean LESSI, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA*, 2014, p. 2180.

¹²⁷ Gilles PELLISSIER, *RJEP*, janv. 2010. Comm. 2, n° 671.

¹²⁸ Georges VEDEL, Remarques sur la notion de clause exorbitante, in *Mélanges A. Mestre*, S. 1956, p. 527 ; v. aussi L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2006, n° 130.

¹²⁹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., t. I, pp. 724 et 726.

¹³⁰ Georges VEDEL, *idem*.

contrat d'occupation du domaine privé¹³¹. Et le Tribunal des conflits a, pour sa part, dans une décision récente, eu l'occasion de rappeler qu'elle pouvait jouer pour teinter d'« administrativité » un contrat conclu, pour ses propres besoins, par un établissement public que la loi qualifie d'industriel et commercial¹³². La jurisprudence a permis de cerner la clause exorbitante de droit commun celle qui confère à la personne publique des droits ou met à la charge du cocontractant des obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »¹³³.

Parmi ces clauses inappropriées aux contrats entre particuliers, on peut citer les clauses permettant, à l'Administration, la résiliation unilatérale du contrat en dehors de tout manquement aux obligations contractuelles¹³⁴ et sans avoir à rapporter la preuve d'un quelconque manquement de la part du partenaire privé. Il suffit, seulement, que la résiliation réponde à un but d'intérêt général. Aussi, on peut retenir celles qui donnent à l'Administration un pouvoir de contrôle poussé de l'activité du cocontractant¹³⁵ puisque entrant dans une mission d'intérêt général. D'autres clauses mettent, en outre, à la charge du cocontractant, des obligations particulières¹³⁶ ou déterminent, de manière permanente, son comportement¹³⁷. La clause exorbitante est, en réalité une clause de manifestation de prérogatives qui sont, par excellence, des prérogatives de puissance publique¹³⁸. Elles peuvent accorder, au cocontractant des exonérations fiscales¹³⁹ voire ne prévoir le recouvrement des créances contractuelles que par état exécutoire¹⁴⁰. Enfin, et pour ne s'en tenir qu'à là, ces clauses permettent à l'Administration d'imposer des sanctions soit sous la forme pécuniaire à travers les pénalités

¹³¹ T. confl. 22 nov. 2010, n° 3764, *Société Brasserie du Théâtre de Reims c/ Commune de Reims*, Lebon ; AJDA, 2010, p. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; RDI, 2011, p. 450, obs. P. Caille.

¹³² T. confl. 7 avr. 2014, n° 3949, Lebon ; AJDA, 2014, p. 766 ; AJCT, p. 2014. 394, obs. E. Royer dans le même sens : CE 19 nov. 2010, n° 331837, *Office national des forêts c/ Girard-Mille*, Lebon ; AJDA 2011. 281, note J.-D. Dreyfus ; AJCT, 2011, p. 141, obs. G. Clamour.

¹³³ CE, sect., 20 oct. 1950, *Stein*, Lebon 505 ; T. confl. 15 nov. 1999, n° 3144, *Commune de Bourisp c/ Commune de Saint-Lary-Soulan*, Lebon 478 ; D. 2000. 43 ; RDI 2000. 158, obs. L. Vallée ; Civ. 1re, 14 janv. 2003, n° 01-12.026.

¹³⁴ T. confl. 5 juill. 1999, n° 3167, *Union des groupements d'achats publics c/ Société SNC Activ CSA*, Lebon ; AJDA, 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur, et 626 ; *ibid.* 2000. 115, étude C. Fardet ; D. 1999. 255 ; RDI, 1999, p. 632, obs. F. Llorens ; *ibid.* 633, obs. F. Llorens ; RTD com. 1999. 852, obs. G. Orsoni

¹³⁵ T. confl. 7 juill. 1980, n° 2165, *Société d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne c/ Syndicat intercommunal de la mise en valeur des communes de Lanslebourg et Lanslevillard*, Lebon 509 ; CE 29 juin 2012, n° 357975, *Société Pro 2 C* ; CE 19 nov. 2010, *ONF*, préc.

¹³⁶ Décis. *ONF*, préc. ; T. confl. 22 juin 1998, n° 3003, *Agent judiciaire du Trésor c/ Miglierina*, Lebon T.

¹³⁷ Civ. 1re, 18 nov. 1992, n° 91-12.621, *Commune de Pantin*, pour l'encadrement de la revente d'un terrain faisant l'objet d'un contrat de vente ; T. confl. 13 juin 1955, n° 1527, *Stanesco*, Lebon 620, pour la programmation d'un théâtre municipal.

¹³⁸ Bertrand DACOSTA, concl. sur CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ Girard-Mille*, préc., JCP Adm. 2011, n° 3, p. 2020

¹³⁹ T. confl. 2 juill. 1962, *Consorts Cazautets*, Lebon, p. 823

¹⁴⁰ T. confl. 27 juill. 1950, *Peulaboef*, Lebon, p. 668

de retard d'exécution, par exemple ; soit, sous la forme coercitive lorsque la faute du cocontractant revêt le caractère de faute grave. Cette dernière forme de sanction peut se manifester par le remplacement du partenaire fautif.

2. La soumission du cocontractant au cahier de charges

A côté du pouvoir exorbitant de droit commun dont est bénéficiaire l'Administration et qui lui accorde une certaine primauté sur son cocontractant privé établissant, ainsi, des rapports inégalitaires entre eux, la soumission de ce dernier au cahier des charges au-delà des clauses contractuelles est un facteur marquant de la spécificité du contrat administratif.

Le cahier des charges est un « document établi par l'Autorité Contractante et définissant les exigences qu'elle requiert y compris les méthodes à utiliser et moyens à mettre en œuvre, ainsi que les résultats qu'elle escompte ». Il détermine les conditions dans lesquelles le cocontractant doit exécuter sa prestation. C'est à travers le cahier que sont définis la liste des besoins, des exigences et des contraintes qu'il faut respecter lors de la réalisation du contrat.

Le cahier de charges pourrait avoir une nature hybride. Il a un caractère à la fois contractuel et réglementaire. Son caractère contractuel trouve son fondement dans le fait que ses stipulations s'incorporent aux clauses du contrat particulier s'imposant, ainsi, au cocontractant. Quant à son caractère réglementaire¹⁴¹, il vient du fait que l'Administration doit, elle-même, s'y conformer et ne pourrait y déroger que dans des cas exceptionnels. Dans ce même sens, les cahiers des charges approuvés par l'autorité réglementaire sont considérés, au point de vue de la recevabilité pour excès de pouvoir, comme des actes réglementaires susceptibles de recours¹⁴² et leur interprétation n'échappe pas au juge de la cassation compte tenu de leur portée¹⁴³. C'est ce que souligne le Conseil d'Etat français en ces termes : « un cahier des charges signé par l'Etat et par l'établissement du Grand Louvre pour définir les conditions de délivrance des autorisations d'occupation du jardin de Tuilerie est un acte réglementaire »¹⁴⁴.

¹⁴¹ Voir Pierre BRUNET, « Le conflits des qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de convention », *Revue des contrats*, 2005/2, p. 435. Voir, aussi, Raphaël ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, archaïsme paradoxal ou technique d'avenir ? », *AJDA* 1989, n°1, p. 9.

¹⁴² CE 5 mai 1961, Ville de Lyon, CJEG 1961, p. 175 : CE 2 juillet 1982, Conseil national de l'Ordre des architectes, *AJDA* 1983, p. 30.

¹⁴³ CE 27 mars 1998, *Société d'assurance La Nantaise et l'Angevaine réunies*, 144240, Rec. 109 : RFDA 1998, p. 732.

¹⁴⁴ CE sect. 23 juin 1995, *Min. Cult. c/ Association Défense Tuilerie*, 161311, CJEG, 1995, 376, concl. Arrighi de Casanova.

Les cahiers des charges, quelle que soit la nature¹⁴⁵, forment la grande partie des obligations du contrat auxquelles le cocontractant ne peut déroger et ne peut que se conformer aux dispositions. Ils constituent, dans ce cas, *la base légale et permanente de ces contrats*.

Le cahier des charges a, dans le temps, contribué, de manière diversifiée à la qualification du contrat administratif. Il a servi, pendant un certain temps, à lui seul en tant que critère, à la détermination du contrat comme contrat administratif. En effet, le Conseil d'Etat avait jugé que la seule référence à un cahier des charges donnait au contrat un caractère administratif¹⁴⁶. Cette position fut, d'ailleurs, explicitement, confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs¹⁴⁷. Toutefois, le Conseil précisera, ultérieurement que cette conséquence ne se produit que si le cahier des charges comporte une clause exorbitante¹⁴⁸. La seule référence au cahier des charges ne suffisait plus. Il fallait qu'il comporte une clause exorbitante de droit commun pour faire du contrat, un contrat administratif. C'est pourquoi, un contrat conclu entre une société privée agissant en qualité de concessionnaire et non de mandataire de l'Etat et une autre société privée n'est pas un contrat administratif, alors même qu'il se réfère à un cahier des clauses administratives générales¹⁴⁹. Le Conseil d'Etat s'est, de nouveau, appuyé sur la référence à un cahier des charges pour conclure, avec d'autres éléments, à la présence de clauses impliquant un régime exorbitant du droit commun¹⁵⁰. Le juge administratif ivoirien a, sans hésiter, rappelé le principe de la soumission du cocontractant sur la base du contenu du cahier des charges en soulignant que « Considérant que le cahier des charges ne contient aucune disposition autorisant une telle possibilité ; qu'au demeurant, les Dragages et TP, n'apportent pas la preuve que depuis

¹⁴⁵ Il existe le cahier des clauses administratives générales qui fixe les dispositions administratives qui s'appliquent à toutes les catégories de contrat. Aussi, il y a le cahier des clauses techniques générales qui arrêtent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations de même nature et le cahier des clauses administratives particulières qui porte sur les dispositions propres à chaque marché et les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations u contrat.

¹⁴⁶ CE sect. 17 novembre 1967, *Roudier de la Brille*, Rec. p. 428 ; *AJDA* 1968, p. 98, chron. Jean MASSOT et Jean- Louis DEWOST. Par l'arrêt *Roudier de la Brille*, le Conseil d'Etat venait de juger, implicitement mais nécessairement, que la référence à un cahier des clauses administratives générales dans un contrat conclu entre une collectivité publique et une personne publique faisait du contrat en cause un contrat administratif.

¹⁴⁷ Trib. confl. 10 mai 1971, *S^{té} des Laboratoires Dervaux c/ SNIAS, Lebon* p. 966 ; CE Sect. 24 novembre 1972, *S^{té} Ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau, Lebon* p. 753 ; CE 4 mars 1981, *Commune d'Arzereix c/ Nasarre, Lebon* tables p. 655

¹⁴⁸ CE 2 octobre 1981, *Commune de Borce*, 13097, Rec. 654 : CE 3 juin 2009, GIE Carte du professionnel de santé, 319103

¹⁴⁹ CE 24 avril 1974, *S^{té} des entreprises Campenon-Bernard, Lebon* tables p. 903

¹⁵⁰ CE 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales*, n°414946, Rec. 663, CJCP n°118, p. 143, concl. Hendrard, *AJDA* 2018, 252

l'ouverture des plis, une hausse sensible des prix des matières premières, justifie cette demande de réactualisation des prix du Marché »¹⁵¹.

En tout état de cause, on peut retenir que le cahier des charges est, souvent, utilisé pour marquer la spécificité du contrat administratif en ce qu'il permet de maintenir voire raffermir les rapports inégalitaires entre l'Administration et son cocontractant puisqu'il à ce dernier les obligations édictées par son partenaire et de manière unilatérale.

Conclusion

L'essence même des contrats administratifs suppose de faire primer l'intérêt général et l'intérêt qui s'attache à l'existence et à la continuité du service public au détriment des intérêts privés notamment financiers¹⁵². Dans la mise en œuvre des règles générales, les contrats administratifs bénéficient d'un régime spécifique qui se caractérise par l'inégalité des parties et, partant, consacre des prérogatives à l'Administration ; desquelles prérogatives, le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat sans même justifier d'une faute de son partenaire privé, toutes les fois que l'intérêt général est en jeu. L'Administration dispose même de prérogatives pour contraindre son cocontractant sans avoir besoin de recourir à un juge et cela est, toujours, justifié par le but d'intérêt général à la poursuite duquel participe le contrat public¹⁵³. Le cocontractant, quant à lui, dans la poursuite de ses intérêts privés, participe, dans le même temps, à la réalisation des objectifs du contrat qui ne sont autres que la satisfaction de l'intérêt général. Du coup, il ne pouvait bénéficier des mêmes prérogatives que son partenaire public contrairement aux règles qui régissent le contrat civiliste. C'est dans ce sens qu'il ne pouvait s'abstenir, sous peine de commettre une faute, d'exécuter son obligation malgré une défaillance de la part de l'Administration. Il ne pouvait que faire recours au juge des contrats pour contraindre l'Administration à l'exécution de ses obligations ou pour bénéficier de paiement de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il aurait subi.

C'est dans ce contexte que l'UEMOA mue par des intérêts d'ordre économique entrant dans le cadre de sa politique d'intégration va impulser un grand bouleversement dans l'armature du

¹⁵¹ Chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, pourvoir n°84-04 AD du 13 avril 1984, *Société Dragages et travaux publics C/Ministère de la construction et de l'urbanisme*.

¹⁵² Julie MESTRES et Ghislain MINAIRE, « La reconnaissance apparente d'une résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé », *Contrats Publics*, n° 149, décembre 2014, p. 5.

¹⁵³ Thomas ROUVEYRAN, Pierre-Marie DUCHE, « L'acheteur public bien armé pour faire exécuter le contrat », *Le Moniteur*, 26 octobre 2012, p. 51.

contrat administratif. Le législateur communautaire a consacré, au profit du cocontractant privé de l'Administration, la règle de l'exception d'inexécution dans ses rapports contractuels avec cette dernière. Comme s'il ne fallait que cela, les législateurs nationaux, en toute logique, semblent avoir donné le « le coup de grâce » au modèle traditionnel du contrat administratif. C'est ainsi qu'un repositionnement s'impose par rapport même au droit de résiliation unilatérale du contrat amenant à interroger l'hégémonie de l'Administration sur son partenaire. Désormais, le cocontractant privé pourrait, comme son partenaire public refuser l'exécution d'une obligation tant que ce dernier n'exécute pas le sien.

Il est bien vrai que cette incursion des règles du droit privé participe à l'effritement du modèle traditionnel du contrat administratif mais il existe plusieurs autres constructions juridiques qui lui permettent de conserver sa spécificité par rapport au contrat d'ordre civiliste. C'est dans ce sens que la résilience du contrat administratif s'appuie sur sa finalité pour demeurer tel. Le juge des contrats a, toujours, donné une place de choix à la continuité du service public mais aussi de manière générale à l'intérêt général. Il est, ainsi, regardant lorsque le contrat participe à la gestion du service public et assure l'intérêt général. Aussi, même avec la reconnaissance de l'exception d'inexécution au profit de partenaire privé, l'Administration dispose d'autres formes de pouvoirs exorbitants lui permettant de soumettre son cocontractant à des charges supplémentaires inscrites non, directement, dans le contrat mais dans des cahiers des charges.

Toutefois, avec le déclin de l'exorbitance et malgré la résilience du droit des contrats administratifs, il importe de se demander jusqu'où pourrait-il tenir comme tel et demeurer spécifique par rapport au contrat civiliste ?