



L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Par

Jean-Michel OLAKA, Enseignant-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Marien N'GOUABI de Brazzaville (CONGO)

Résumé : Si l'enrichissement sans cause n'est pas inexistant dans le droit de la commande publique en Afrique francophone, sa consécration explicite par le juge administratif témoigne des hésitations qui empêchent l'indemnisation des cocontractants évincés ou dont le contrat a été annulé. L'étude constate une faible prise en compte de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique par la jurisprudence dans les États sous étude. Toutefois, l'enrichissement sans cause pose également une approche prospective, la nécessité de son application qui traduit « un juste équilibre sous la forme de contreparties matérielles ou morales qui explique qu'aucune des parties ne s'enrichisse au détriment de l'autre. Ce principe connaît encore une application limitée par le juge administratif en Afrique francophone.

Mots clés : Enrichissement sans cause, commande publique, dépenses utiles, nullité, quasi-contrats, contrat administratif, l'appauvri, l'enrichi, assentiment, juge administratif, responsabilité quasi-contractuelle et la responsabilité délictuelle, cocontractant.

Sommaire :

I- LA LENTE ÉMERGENCE DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A- Une insuffisante prise en compte de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique

1- Une prise en compte implicite de la notion des dépenses utiles

a- La notion de dépenses utiles dégagées par la jurisprudence

b- Les prestations de l'appauvri résultant des dépenses utiles exécutées

2- Une prise en compte nécessaire des travaux supplémentaires indispensables à l'administration

B- Une consécration hésitante par le juge administratif de l'enrichissement sans cause

1- L'absence de cause entre l'entreprise privé et l'État

2- Une hésitation résultant de l'assentiment implicite de l'administration

II- L'APPLICATION FUGACE DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A- Une application nécessaire de l'enrichissement sans cause résultant de l'annulation du contrat



- 1- L'articulation entre la responsabilité quasi-contractuelle et la responsabilité délictuelle sur l'indemnisation
- 2- Les difficultés d'établissement du lien de causalité entre la faute de l'administration et le manque à gagner

B- Une application insuffisante de l'enrichissement tirées de l'indemnisation du cocontractant

- 1- La faute du cocontractant limite son droit à réparation du préjudice
- 2- Le défaut de paiement des prestations réalisées caractérise une rupture d'égalité devant les charges publiques

INTRODUCTION

L'enrichissement sans cause intégré à ce qu'il convient d'appeler la commande publique, théorisée, notamment par G. KALFLECHE¹, en Afrique francophone² paraissait voué au rang des accessoires avant les années 1990, mais connaît un regain d'intérêt ces dernières années³. Il en est ainsi pour deux principales raisons. D'une part, en raison de la montée en puissance du phénomène de contractualisation⁴ de l'action administrative, d'autre part, parce que le droit des contrats administratifs a progressivement intégré les nouvelles exigences, posées par de grands ensembles économiques comme la Communauté économique et monétaire des Etats d'Afrique centrale⁵ (CEMAC) ou l'Union Economique et Monétaire d'Afrique de l'Ouest⁶ (UEMOA)⁷. Ces exigences sont destinées à garantir le respect des principes de libre accès à la commande

¹ G. KALFLECHE, « *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics* », Thèse Paris II, 2004, p.53 ; B. DRAMÉ, *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA, Étude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal* », L'Harmattan, 2021, pp.10-20.

² S. 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 Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, pp.61-70.

³ A. S. MESCHERIAKOFF, « Contribution de l'Afrique à l'évolution du droit administratif français », dans M. KAMTO, S. DOUMBÉ-BILLÉ et B. MIRANDA METOU (dir.), « Regards sur le droit public en Afrique », *Mélanges en l'honneur du doyen Jospeh Marie Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 156 et suiv ; La Conférence d'Abidjan sur la réforme des marchés publics en Afrique a eu lieu du 30 novembre au 04 décembre 1998. L'objectif était de mettre en place un système performant des marchés publics dans les pays en développement.

⁴ J. BIAKAN, *Droit des marchés publics au Cameroun - contribution à l'étude des contrats publics*, Paris, l'Harmattan, 2011, pp. 9-15 ; Voir D. SY, *La technique des contrats-plan au Sénégal : contribution à l'étude de la contractualisation entre l'Etat et les entreprises du secteur parapublic*, Thèse, Doctorat d'Etat en Droit public, Dakar, 1989, 682 p.

⁵ Il s'agit du Règlement n°06/09-UEAC-201-CM-20 du 11 décembre 2009 régissant les marchés publics de la CEMAC et la Directive n°06/11-UEAC-190- CM-22 du 19 décembre 2011 relative au code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques ; L. TENGO, *Le droit des marchés publics dans les États membres de la CEMAC, - étude comparée*, Éditions Jets d'encre, 2022, pp. 200-385.

⁶ B. DRAMÉ, *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA, Étude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, L'Harmattan, 2021, pp.10-20.

⁷ L'UEMOA s'est employée à poser les jalons de la commande publique dans les Etats membres. Aussi, parmi les premières directives adoptées depuis 2005, celle n° 04/2005/CM/UEMOA portant sur les procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et celle n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régularisation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, adoptées toutes les deux, le 9 décembre 2005.



publique⁸. Les normes communautaires ont profondément influencé le droit de la commande publique dans les États d'Afrique noire francophone⁹. Autant dire que le rapprochement entre l'enrichissement sans cause venu du droit romain et le droit de la commande publique était inévitable en raison de l'adoption de cette notion qui relève de la catégorie de quasi-contrat par le droit administratif.

Dans les États d'Afrique francophone soumis à notre étude, l'expression de la commande publique se trouve dans les textes. Il n'existe pas de jurisprudence relative à la définition des marchés publics. La lecture de la jurisprudence ne permet pas d'avoir des indices permettant de distinguer les marchés publics des autres types de contrats de la commande publique¹⁰. Dans cette étude, l'expression commande publique permet de donner un nom générique à des contrats ayant des caractéristiques communes fondées principalement sur leur régime, mais ne répondant pas aux mêmes montages. C'est une notion englobante qui permet de répondre à la diversité des montages contractuels, à la complexité et à l'illisibilité du droit des contrats administratifs et partant, à l'impératif de sécurité juridique qui doit gouverner cette matière.

L'enrichissement sans cause est défini comme « *la théorie prétorienne autonome en vertu de laquelle celui qui s'est enrichi sans cause au détriment d'autrui est tenu envers l'appauvri (lequel est muni à cet effet de l'action de in rem verso) d'une indemnité égale à la moindre des deux sommes que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement* »¹¹. Cette notion n'est pas expressément définie par le code des marchés publics dans les États d'Afrique noire francophone sous étude. Cependant, la doctrine considère qu'il y a enrichissement sans cause lorsque le débiteur (défendeur) à l'action de *in rem verso* s'est enrichi et que le créancier (demandeur) à l'action se soit involontairement appauvri, qu'il existe un lien de causalité entre ces deux évolutions patrimoniales¹². En d'autres termes, il faut que l'enrichi ait donné son assentiment, c'est-à-dire que la collectivité publique ait fait connaître, d'une manière ou d'une autre, son adhésion à l'action de l'appauvri¹³.

A cet effet, l'enrichissement sans cause existe lorsque les prestations ont été réalisées en l'absence de tout contrat, à la marge d'un contrat ou sur le fondement d'un contrat nul. Le droit

⁸On peut définir la commande publique comme : « Un contrat par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité, des biens corporels ou des services », Voir G. 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.

⁹En Côte d'Ivoire, c'est l'ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des marchés publics, au Sénégal, c'est le décret n°2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des marchés publics (JO 2023-7592), au Mali, c'est le Décret n°2015-604/P-RM du 25 septembre 2015 portant Code des marchés publics et des délégations de service public (JO 2015-43), au Congo, c'est le Décret n°2009-156 du 20 mai 2009, JORC, 51^{ème} année, édition spéciale n°2 du 25 mai 2009 et au Cameroun, c'est le Décret n°2018/366 du 20 juin 2018, www.Droit-Afrique.com.

¹⁰ Article 2, alinéa 22 du Code des marchés publics du Congo, Décret n°2009-156 du 20 mai 2009 ; article 5 du Code des marchés publics du Cameroun, Décret n°2018/366 du 20 juin 2018 ; Au Sénégal, l'article 4-24 du Décret 2014/1212 du 22 septembre 2012, portant code des marchés publics au Sénégal.

¹¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2012, pp 400-401.

¹²F. BOUDET, « La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif », AJDA 1959.I.78. H. HOPEFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3e édition Paris, Dalloz 2022, pp.20-38.

¹³ A la suite du prononcé de l'annulation d'un contrat, cette condition se réalise d'elle-même : le fait qu'un contrat ait été signé révèle l'assentiment des parties à son exécution.



administratif en Afrique noire francophone ne pouvait évidemment pas se passer du quasi-contrat qui traduit « un juste équilibre sous la forme de contreparties matérielles ou morales qui explique qu'aucune des parties ne s'enrichisse au détriment de l'autre »¹⁴. On perçoit que le quasi-contrat n'est pas un contrat¹⁵, dès lors que les obligations qui en découlent n'ont pas été convenues dans le cadre d'un accord de volontés. La responsabilité rétablit les déséquilibres injustifiés mais surtout imposés au cocontractant de l'administration. L'équité ou la justice exige d'indemniser celui qui s'est appauvri en exécutant des travaux ou des prestations utiles à une personne publique qui s'est corrélativement enrichie. Gaston JEZE évoquait déjà l'équité pour justifier le droit à l'équilibre du cocontractant¹⁶. L'équité et la justice exigent d'obliger celui qui a reçu par erreur ou sciemment une somme qui ne lui est pas due à la restituer (répétition ou restitution de l'indu¹⁷), tout comme elles imposent d'indemniser celui qui est intervenu dans les affaires de l'administration à hauteur des dépenses qui lui ont été utiles (gestion d'affaires¹⁸) ou d'indemniser celui qui s'est appauvri en exécutant des travaux ou des prestations utiles à une personne publique qui s'est corrélativement enrichie (enrichissement sans cause)¹⁹.

D'origine privatiste, la théorie de l'enrichissement sans cause est aujourd'hui transposée et adaptée par le juge administratif français²⁰. Son histoire est très ancienne, elle remonte à des siècles²¹. Les sociétés ont toujours interdit de s'enrichir au détriment d'autrui comme principe « immanent et universel de justice »²². Certains commissaires du gouvernement comme Corneille voyaient dans l'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui « un principe du droit naturel²³ ».

¹⁴ F. MODERNE, *Les Quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey, 1995, p. 38.

¹⁵ F. BRENET, « Quasi-contrats administratifs et quasi-contrats de droit privé », AJDA 2021, p. 314.

¹⁶ G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif, tome 3, le fonctionnement des services publics*, 1926, Paris, Dalloz 2011, rééd., p.370.

¹⁷ J. Bousquet, « La répétition de l'indu », AJDA 2021, p. 320 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, 15^e éd., t. 1, n° 1395, p. 1222.

¹⁸ I. HASQUENOPH, « L'introuvable quasi-contrat de gestion d'affaires en droit administratif », AJDA 2021, p. 326.

¹⁹ D. SION, *De l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs : contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles*, Thèse de Doctorat, Université Aix Marseille, 2016, pp.35-39.

²⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001,15^e éd., t. I, 2001, pp. 1 223-1 226 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, 2^e éd., 1983-1984, pp. 30-35 ; F. MODERNE, *Les Quasi-contrats administratifs*, Sirey, 1995, pp. 38 ; B. PLESSIX, *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Panthéon-Assas, 2003, n° 564, p. 536. L'auteur souligne notamment que la Cour de cassation a commencé à développer sa jurisprudence sur l'enrichissement sans cause avant que le Conseil d'Etat ne le vise en 1889 ; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2e éd. 2017, pp. 305-306. Sur cette question, v. également : M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges L. JULLIOT de la MORANDIÈRE*, Dalloz 1964, p. 631 ; J.-B. SEUBE, « Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. GUIBAL*, vol. I, PUM 2006, p. 367 ; J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse Paris 2, 2008.

²¹ CE, 13 avril 1883, Philippon c/ Cne de Saint- Soulge, Lebon 347.

²² B. PLESSIX, *Droit administratif*, LexisNexis, 2020, 3^e éd., n° 792, p. 994.

²³ Conclusions sur CE 18 juin 1920, *Rigault*, RDP 1922 p.95.



Le droit administratif ne pouvait évidemment pas se passer de l'enrichissement sans cause, notion de construction prétorienne dégagée par la jurisprudence administrative²⁴ en admettant dans le domaine des travaux publics un droit au remboursement des travaux utiles pour la collectivité²⁵. Cette évolution a été ensuite marquée par une autre étape dans l'affirmation du principe selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui²⁶. Enfin, la jurisprudence s'est référée à ce principe et à l'enrichissement sans cause de manière plus ou moins explicite²⁷ avant de reconnaître à l'enrichissement sans cause la valeur de principe général²⁸, même sans texte, à la matière des travaux publics.

S'agissant des États africains et indépendamment de ces aspects historiques, très peu d'arrêts en droit public ont consacré l'enrichissement sans cause en Afrique francophone²⁹, contrairement en droit privé³⁰. L'enrichissement sans cause en Afrique francophone s'est « mal acclimaté » en droit administratif de la commande publique, en dépit de l'évolution de la jurisprudence en matière de la commande publique³¹. Une application de l'enrichissement sans cause par le juge administratif en Afrique francophone semble difficile. En effet, on note qu'en Afrique, le juge administratif fait encore preuve d'une certaine méfiance à l'égard de l'enrichissement sans cause³², certainement pour des motifs liés à la protection des deniers publics qui s'opposent à ce qu'une collectivité puisse être tenue d'indemniser les dépenses effectuées à son profit par une entreprise privée. Le code des obligations des administrations sénégalaises affirme d'ailleurs que la « *conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques* »³³. La violation des règles de la comptabilité publique nationale entraîne ainsi la nullité absolue du contrat³⁴. Le juge administratif africain des pays sous étude brille par une hésitation qu'une personne publique puisse être condamnée à rémunérer des travaux dont elle avait tiré profit et ne fait pas référence au principe de droit commun selon lequel « nul ne peut s'enrichir au

²⁴ CE, 13 avril 1883, Philippon c/ Cne de Saint- Soulge, Lebon 347.

²⁵ BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, 1973, LGDJ, n°25 et s, P.25.

²⁶ CE 15 février 1889, Lemaire c/Fabrice de l'église de Rincq, Lebon 226.

²⁷ CE 24 avril 1912, Baudinaud, Lebon 483.

²⁸ CE, sect. 14 avril 1961, Ministre de la Reconstruction et du logement c/ Ville de Bordeaux, Lebon 537.

²⁹ Bénin, Cour suprême, Chambre administrative, 27 novembre 1970, 6 ; Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM

³⁰ Côte d'Ivoire, Cour d'appel d'Abidjan, 31 janv. 2003, arrêt n° 92 ; V° Congo, Cour d'appel de Pointe-Noire, 29 déc. 2000, arrêt n° 83 ; Burkina Faso, CA Ouagadougou, ch. civ. et com., arrêt n° 19/92, 21 févr. 1992, Revue burkinabè de droit, n° 27, jan.1995, p. 100.

³¹ B. DRAMÉ, *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA, Étude des droits des marchés publics du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, op., cit, pp.10-20 ; S. SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, pp. 553-563 ; I.COMPAORE, « L'exception d'inexécution dans le droit de la commande publique dans l'espace UEMOA », Afrilex, 2022 ; A. D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », Afrilex, 2015.

³² Tribunal Régional de Dakar, 30 juillet 1986, COSTA, Cour d'appel de DAKAR, 19 décembre 1985, Etat du Sénégal/ Société Aron.

³³ Article 17 de la loi sénégalaise n°65-51 du 19 juillet 1965, portant Code des obligations de l'administration (COA) modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006.

³⁴ Tribunal Régional de Dakar, 30 juillet 1986, COSTA, Cour d'appel de DAKAR, 19 décembre 1985, Etat du Sénégal/ Société Aron.



détriment d'autrui »³⁵. C'est pourquoi, nous allons démontrer que la consécration d'un tel principe révèle l'importance que le juge administratif devrait accorder à l'enrichissement sans cause et la place qu'il devrait occuper dans le droit des quasi-contrats administratifs. Le juge administratif africain a manqué du pragmatisme, oubliant d'appliquer l'enrichissement sans cause pour corriger le déséquilibre inéquitable entre l'enrichi et l'appauvri³⁶ sans véritablement chercher à construire une nouveauté. Il n'a jamais cherché à justifier sa compétence dans le domaine des quasi-contrats administratifs dès lors que la notion d'enrichissement sans cause pose avec acuité la question de sa place au sein de la responsabilité administrative³⁷. Sans doute en raison de l'influence des règles de droit privé sur la responsabilité administrative³⁸, contrairement à ce qui était annoncé dans l'arrêt Blanco. Cette jurisprudence « éponyme »³⁹ a établi que les règles de droit civil ne s'appliquent pas en principe au droit administratif qui est régi par ses propres règles. Force est de constater que les quasi-contrats administratifs ne sont en effet pas foncièrement différents des quasi-contrats de droit privé et l'unité qui les caractérise est bien réelle⁴⁰. Certes, il n'est plus possible d'affirmer que le régime d'exécution des contrats administratifs est intrinsèquement inégalitaire et que celui du droit privé est égalitaire : l'équilibre contractuel est recherché dans les deux droits et l'unilatéralisme se retrouve dans l'un comme dans l'autre⁴¹. Les quasi-contrats administratifs ne se distinguent des quasi-contrats de droit privé qu'à la marge.

On ne peut que convenir avec le Professeur MESCHERIAKOFF qui justifiait la rareté de la jurisprudence ivoirienne en matière des contrats par le fait que les litiges entre l'Administration et ses cocontractants qui le plus souvent étaient des multinationales étrangères, étaient réglés à l'amiable en raison des intérêts en jeu, aussi et surtout parce que leur confiance dans les juges administratifs était très faible⁴². Lorsque le contractant de l'Administration était une société d'Etat, le règlement des litiges se faisait suivant des modes informels. Pour des raisons politiques et psychologiques, les parties optaient toujours pour le contournement du prétoire. L'exécution des contrats de la commande publique dénote un déséquilibre, fondé sur l'intérêt général⁴³, entre le cocontractant de l'Administration et l'autorité publique partie au contrat

³⁵ T.A. de Pointe-Noire, 20 mai 2019, Ville de Pointe-Noire contre Les établissements Général Techniques.

³⁶ J.-C. RICCI et F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, n°414, p.250.

³⁷ Dans l'arrêt Blanco, le Tribunal des conflits précise que la responsabilité de l'État « *a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ; dès lors (...) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ». Dans sa décision, le Tribunal des Conflits précise que la responsabilité de l'administration « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier (...)* ».

³⁸ Congo, CS, ch. A, 20 mai 1977, Affaire Paul KAYOLOUD ; H. AKEREKORO, « L'arrêt Blanco du 8 février 1873 et son destin dans la jurisprudence des cours suprêmes en Afrique francophone », dans F. BLANCO, S. GILBERT et A. JACQUEMET-GAUCHÉ (dir.), « *Autour de l'arrêt Blanco* », Paris, Dalloz, 2023, pp.313-315.

³⁹ Tribunal des Conflits, 8 février 1873, *Blanco*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, dir. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvè et B. Genevois, Paris, 2021, p. 1.

⁴⁰ A. AKAM AKAM, *Les deux visages de la juridicité. Écrits sur le droit et la justice en Afrique*, Préface Philippe DELEBECQUE, l'Harmattan 2020, pp.102-106.

⁴¹ Ibidem.

⁴² A.S. MESCHERIAKOFF, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica 1982, p. 172 ; P. C. KOBO, « *Le juge et le temps* », in *La tribune de la Chambre Administrative*, n° 03, Septembre 2014, Trimestriel, pp. 3-4.

⁴³ L'intérêt général permet de faire une distinction entre « *activités de plus grand service* » et « *activités de plus grand profit* ». A l'opposé des « *activités de plus grand service* », les « *activités de plus grand profit* » sont à la recherche du profit (les sociétés d'Etat). Il en découle que les activités d'intérêt général « *sont des activités de plus* »



au profit de cette dernière⁴⁴. Telle est du moins l'approche que l'on pourrait retenir de l'enrichissement sans cause dans le cadre de cette étude.

La présente étude met sous les projecteurs la part importante qu'il y a prise, contrastant fortement avec l'image peu reluisante que la doctrine se faisait de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique dans les pays sous étude. Dès lors, le choix du Cameroun, du Congo, et du Sénégal s'explique par le fait que ces trois pays appartiennent à la même tradition juridique des contrats administratifs, notamment à partir du tournant des années 1990, en s'inspirant du droit français, l'argumentation adoptée sera également comparatiste. Le recours au droit français permettra d'enrichir la présente réflexion sur les droits des Etats francophones sous étude. Dans cette orientation, au-delà de quelques jurisprudences africaines, de multiples solutions jurisprudentielles françaises sont convoquées pour compléter ou servir au besoin une source d'inspiration de l'enrichissement sans cause.

Le sujet abordé est intéressant sur un plan à la fois théorique et pratique. Sur le plan théorique la question sur l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique en Afrique demeure d'actualité. Le sujet traité est une contribution nouvelle dirigée vers un champ de recherche, encore à découvrir. Mais il n'existe pas encore d'études approfondies abordant la question de l'enrichissement sans cause en droit administratif sur le continent africain. Cette étude permet de pallier un manque doctrinal certain, il est surtout utile pour les futures recherches. Sur le plan pratique, l'étude permet d'examiner la jurisprudence malgache⁴⁵, congolaise⁴⁶, camerounaise⁴⁷, sénégalaise⁴⁸ et d'autres pays africains sur l'application explicite et implicite du principe de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique. L'analyse de la jurisprudence examinée permet d'exposer les limites observées et d'envisager des pistes pour engager une action indemnitaire de l'opérateur économique ayant réalisé des prestations au bénéfice de l'administration afin d'obtenir le paiement des dépenses utiles qu'il a exposées pour elle⁴⁹. Cette action est exercée sur un fondement quasi-contractuel parce que les prestations concernées ont été réalisées hors contrat, soit parce qu'elles dépassent le champ de relations contractuelles existantes⁵⁰, soit parce que ces relations ont disparu⁵¹ soit encore en l'absence pure et simple de tout lien contractuel établit entre l'administration et l'opérateur⁵². La question est simple et mérite d'être posée : Comment l'enrichissement sans cause est-il pris en compte par le droit de la commande publique en Afrique francophone ? La réponse à cette question nécessite, à partir de l'analyse de la jurisprudence, de relever au préalable, la place

grand service » ou des services publics, sans distinction entre SPA et SPIC (Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15e édit., 2001, pp.582 et s).

⁴⁴ M. Y. DIALLO, « Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal », Afrilex, mai 2015, p. 9 et s.

⁴⁵ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM.

⁴⁶ TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.

⁴⁷ CS/CA, Jugement n°80 du 18 juin 2008, UM NTJAM François Désiré et Fils c/ Etat du Cameroun.

⁴⁸ Sénégal, Cour suprême, 27 mai 2021, 34-21, <https://juricaf.org/arret/>

⁴⁹ Affaire UM NTJAM François Désiré et Fils c/ Etat du Cameroun, précitée..

⁵⁰ Hypothèse de prestations supplémentaires par rapport à celles prévues au contrat, voir par exemple CE 19 mars 1982, req. n° 18632 ; mentionné aux Tables du Rec. CE.

⁵¹ Hypothèse d'un contrat frappé de nullité, voir par exemple CE Sect. 20 octobre 2000, Société Citecable Est, req. n°196553.

⁵² CE 25 octobre 2004, Commune du Castellet, req. n°249090.



marginale de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique (I). Il s'agira ensuite, en prenant appui sur les éléments tirés de la pratique jurisprudentielle, de soutenir que l'enrichissement sans cause bénéficie d'une application limitée (II).

I- LA LENTE ÉMERGENCE DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'analyse approfondie de la jurisprudence montre bel et bien l'admission implicite de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique avec des différentes nuances dans la plupart des États d'Afrique francophone. Cet état de choses repose sur plusieurs hypothèses : tout d'abord, il faut constater que l'application de l'enrichissement sans cause se caractérise dans la plupart des cas, par l'absence d'un contrat régulièrement formé. Dans un second temps, on constate qu'un contrat a été signé entre les parties, mais ce dernier est devenu caduc ou est entaché d'une irrégularité affectant sa validité...

En effet, le juge administratif des États sous étude se prononce sur ce qu'il considère comme conforme au droit et non au regard de l'équité. En l'absence d'un contrat valide, le juge administratif n'a pas recours explicite à la notion d'utilité, laquelle permet au cocontractant de l'administration de réclamer le remboursement de ses dépenses qui ont profité à l'administration (A). Le principe de l'enrichissement sans cause qui veut que tout enrichissement injustifié d'une administration, acquis au détriment d'un opérateur économique, soit restitué paraît contraire à l'office du juge administratif (B).

A- Une insuffisante prise en compte de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique

Dans les États sous étude, l'enrichissement sans cause n'est inscrit dans aucun texte des marchés publics. Toutefois, si la jurisprudence administrative a pu s'inspirer ponctuellement du principe dans quelques pays, l'intégration expresse se fait plus timidement. En pratique, plusieurs hypothèses peuvent justifier cette timide consécration. En premier lieu, si les marchés publics ont été réalisés sur le fondement, soit d'un contrat non conclu, soit d'un contrat entaché de nullité⁵³, soit d'un contrat arrivé à son terme et même si l'entrepreneur démontre avoir reçu l'assentiment, même tacite, de la personne publique⁵⁴. En second lieu lorsque les travaux supplémentaires non prévus ont été exécutés en marge d'un contrat de marché public régulier, sauf, évidemment, même si l'entrepreneur les a réalisés de son propre gré. Toutefois, pour mesurer l'enrichissement, le juge administratif a recours à la notion d'« utilité », laquelle est classée par Charles Eisenmann parmi les « mots sans définition ou contenu certain »⁵⁵. Dès lors, le juge administratif africain des pays sous étude promeut implicitement le recours à la notion des travaux utiles impliquant l'intérêt général (1) et celle des travaux supplémentaires non prévus qui ont été exécutés en marge d'un contrat de marchés publics régulier (2).

⁵³ Bénin, Cour suprême, Chambre administrative, 08 octobre 2006, 76.

⁵⁴ Sénégal, Cour suprême, 27 mai 2021, 34-21, <https://juricaf.org/arret/>

⁵⁵ C. EISENMANN, Cours de droit administratif, tome 1, LGDJ, Paris, 1982, pp.322-324.



1- Une prise en compte implicite de la notion des dépenses utiles

Comment le juge administratif applique la notion de « dépense utile » ou celle du manque à gagner ? Le juge administratif a très tôt placé la condition d'utilité de la dépense (a) et du manque à gagner de l'appauvri (b) au cœur de l'enrichissement sans cause⁵⁶.

a- La notion de dépenses utiles dégagées par la jurisprudence

Dans ses conclusions sur une décision Société Au Lys de France, le commissaire du gouvernement Gilles Bachelier assimile « l'utilité à l'avantage spécifique » retiré par l'administration⁵⁷. La jurisprudence a encore pu utiliser les termes ou expressions de « profit », « profit utile », ou encore de profit réel et direct⁵⁸. Plus concrètement, par exemple dans le cas où l'enrichi est l'Administration, les dépenses de l'appauvri doivent avoir « bénéficié matériellement ou financièrement à la collectivité. En premier lieu, le gain peut être matériel. Le gain matériel peut être d'ordre purement esthétique s'agissant, par exemple, de l'amélioration de l'aspect monumental d'un édifice. L'essentiel est que l'entrée matérielle apporte un supplément de richesse dans le patrimoine de la collectivité.

Le concept « dépenses utiles » qui, n'étant pas juridique, a été défini comme couvrant toutes « les dépenses directes et indirectes (par exemple, les achats de marchandises et frais de personnel) exposées par le titulaire pour la fourniture de prestations auxquelles l'administration a consenti et qui lui sont objectivement utiles⁵⁹ ». Selon la jurisprudence, il s'agit des « dépenses qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration », ainsi que de la « quote-part des frais généraux qui contribue à l'exécution du marché⁶⁰ ». Constituent, par exemple, des dépenses utiles des études ou dessins fournis par un architecte (CE 24 nov. 2006, n° 268129, *Me Malmezat Prat*, Lebon ; AJDA 2006. 2311), des droits d'entrée versés par un ancien cocontractant (CE 20 févr. 2013, *Société Raphaëloise de stationnement*, CMP 2013, comm. 113, G. Eckert) ou des prestations accomplies dans le cadre d'un appel à projets abandonné que la personne publique peut néanmoins réutiliser⁶¹.

⁵⁶CE, 7^e et 2^e ch. réunies, 17 juin 2022, n° 454189, société Lacroix City Saint-Herblain, Lebon T. (annulation partielle CAA Douai, 7 mai 2021), A. Goin, rapp. ; M. Le Corre, rapp. Pub ; V. s'agissant de la règle générale, CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, 284439 et 248607, Decaux et département des Alpes-Maritimes, p. 151 ; s'agissant d'un contrat annulé en raison de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un vice du consentement, CE, 10 juil. 2020, n° 420045, société Lacroix Signalisation, p. 276; CE, 9 juin 2020, n° 420282, société Espace Habitat Construction, p. 831-835-980.

⁵⁷ G. BACHELIER, « Conclusions sur CE, 14 novembre 2001, société Au Lys de France, req. n°223572 », cf. annexe4.

⁵⁸ F. MODERNE, Les quasi-contrats administratifs, op.cit., p.42.

⁵⁹ L'article 3.2.2 de la Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique (NOR : ECEM0917498C) (JO, 18 septembre 2009).

⁶⁰ CE, 17 juin 2022, Société Lacroix City Saint-Herblain, n° 454189, B, notion de dépenses utiles engagées pour l'exécution d'un contrat.

⁶¹ CE 10 juin 2020, n° 426482, *Société Mérisionale du bâtiment*, AJDA 2020. 1967, note R. Leonetti et J.-F. Lafaix.



Par opposition, sont exclus de la catégorie des dépenses utiles la marge bénéficiaire du cocontractant, les frais de communication, les frais généraux qui ne se rapportent pas directement à l'exécution du marché, ainsi que les frais financiers engagés par le cocontractant. L'existence d'un enrichissement fait intervenir deux notions : le caractère indispensable ou utilité des travaux⁶². L'enrichissement sans cause, suppose qu'il y ait eu un enrichissement de l'administration publique lorsque les travaux ont été effectués à son profit, il peut s'agir d'un avantage pécuniaire, d'une dépense évitée, d'une diminution de dette.

Dans les États sous étude, la notion des dépenses utiles et de profit⁶³ tirée par l'administration sont apparues timidement dans la jurisprudence administrative⁶⁴. Le profit dont il est question s'apprécie au regard de l'intérêt général⁶⁵. Le quasi-contactant qui s'est engagé envers l'administration ne peut prétendre qu'au remboursement de celles de ses dépenses effectuées qui ont été utiles à la collectivité⁶⁶. Cependant, l'équité impose que la collectivité lui rembourse les investissements faits par lui et dont elle pourra profiter à l'avenir, il y aurait, dans le cas contraire, enrichissement sans cause. Le décompte des prestations utiles comporte au crédit de l'entreprise privée la valeur contractuelle des prestations utiles réalisées ou fournies à la demande du pouvoir adjudicateur ainsi que les intérêts moratoires. Mais selon la jurisprudence administrative ne sont pas payées les prestations que le titulaire n'a pas exécutées.

Mais dans les pays africains francophones, les dépenses utiles ne sont pas explicitement dégagées par le juge administratif. Tel est le cas des prestations accomplies dans le cadre d'un contrat signé entre l'État du Cameroun et la société AMSECOM AMSECONCOM et résilié unilatéralement par l'État du Cameroun⁶⁷. En l'espèce, Monsieur TAMEGHI Boniface, directeur général des entreprises AMSECOM AMSECONCOM avait signé le 10 septembre 1979 avec l'État du Cameroun le marché n°67/AO/BE :79-80 d'un montant de 423 719 574 francs CFA pour la construction, pour le compte du ministère des armées, de deux ateliers d'une station de lavage graissage et la réalisation d'un réseau d'évacuation d'eaux au camp de Bassa à Douala. Cela pour un délai de six mois à compter de la notification à l'entrepreneur de l'ordre de service de commencer les travaux après terrassement préalable. Le début des travaux fut rendu impossible par le non-terrassement par le génie militaire du terrain pourtant convenu d'accord parties. Las d'attendre, il engagea lesdits travaux. C'est alors que le génie militaire

⁶² CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Société Decaux c/ Département des Alpes-Maritimes, Lebon avec les concl. ; AJDA 2008. 1092.

⁶³ CS/CA, Jugement n°50/84-85, TAMEGHI Boniface, 1er février 1985, TAMEGHI Boniface - Amsecom-Amseconcom c/. Etat du Cameroun Ministère de la Défense.

⁶⁴ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM

⁶⁵ S. YONABA, « Que reste-t-il du concept « d'intérêt général » dans la vie politique et administrative sur le continent africain », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir), *Cinquante ans de droit administratif en Afrique*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p.94.

⁶⁶ CE 19 avr. 1860, *Commune de Gonnord*, Lebon 338 ; CE 29 mai 1942, *Blancard*, Lebon 179 ; CE 19 avr. 1974, n° 82518, Société « Entreprise Louis Segrette », Lebon 1057 ; CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Société Decaux c/ Département des Alpes-Maritimes, Lebon avec les concl. ; AJDA 2008. 1092, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RDI 2008. 385, obs. R. Noguellou ; RTD com. 2008. 695, obs. G. Orsoni ; BJCP 2008. 280, concl. B. Dacosta ; CMP 2008, comm. 128, J.-P. Pietri ; Dr. adm. 2008, comm. 78, F. Melleray).

⁶⁷ Jugement N°50/CS/CA du 1er février 1985, AMSECOM AMSECONCOM C/ Etat du Cameroun.



s'exécuta, détériorant les travaux engagés par l'entreprise cocontractante⁶⁸. Ce qui entraîna des travaux supplémentaires qui devaient être supportés par l'administration. Par ailleurs, cette dernière lui créa des problèmes de tous ordres dans l'exécution des travaux. Le juge camerounais considère qu'une indemnité est due au cocontractant dès lors que les travaux exécutés étaient indispensables pour l'administration.

À Madagascar par exemple, l'entreprise RAKOTOARIVELO était fondée à réclamer la réparation des préjudices effectivement subis à savoir les dépenses qu'elle a engagées pour l'exécution de la première phase des conventions et du manque à gagner⁶⁹. Mais, les frais financiers engagés par le titulaire dans l'exécution du contrat ne constituent pas des dépenses utiles à l'administration. Pour apprécier la réalité de l'accomplissement des prestations, les juges se fondent sur plusieurs éléments : ils prennent ainsi en compte les factures émises par l'entreprise que celle-ci a produites, et ce, quand bien même elles auraient été établies de façon irrégulière. Il appartient également au juge administratif, en cas d'annulation du contrat, d'évaluer, au besoin en ordonnant une expertise sur les dépenses du titulaire du contrat qui ont été utiles à la personne publique. L'analyse des dispositifs juridiques des États constituant le cadre géographique de cette recherche nous conduit à souligner que les dépenses utiles n'apparaissent pas explicitement dans les décisions du juge administratif. On constate aussi que le juge administratif a du mal à ordonner une expertise pour évaluer les dépenses de l'entrepreneur qui ont été utiles à l'administration⁷⁰. En effet, si le cocontractant doit restituer ce qu'il a perçu en exécution du contrat annulé, il n'en demeure pas moins que de son côté il a exécuté le contrat au bénéfice de l'administration.

Ainsi, comme l'a annoncé la Cour suprême du Madagascar⁷¹ dans le cas des travaux supplémentaires : « *même si le projet d'avenant au marché principal n'a pas pu être approuvé à temps par l'Autorité compétente, il est constant que des travaux ont été exécutés ; que leur existence a été confirmée par les descentes et expertise* ». La Cour considère qu'indéniablement il y a enrichissement sans cause dans la mesure où lesdits travaux ont bien profité au Firaiana. L'Entreprise ANDRY est fondée à réclamer, en tout état de cause, le dédommagement de celles de ses dépenses qui ont été utiles au Firaiana envers lequel elle s'était engagée⁷².

Mais dans cet arrêt du 23 avril 1986, le juge malgache n'a pas exclu l'indemnisation pour des travaux supplémentaires dont il a cependant constaté qu'ils avaient été utiles au Firaiana. Cette théorie est appliquée dans le cadre de l'enrichissement sans cause, le Conseil d'État français considère comme un principe général applicable même sans texte à la matière des travaux publics⁷³. En tout état de cause, le requérant doit justifier du caractère utile des travaux effectués

⁶⁸ C. KEUTCHA TCHAPNGA (dir.), *Les grandes décisions annotées de la jurisprudence administrative du Cameroun, Cameroun*, L'Harmattan, 2017, 1ere éd., p. 602 et s.

⁶⁹ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM

⁷⁰ T.A. de Pointe-Noire, 20 mai 2019, Ville de Pointe-Noire contre Les établissements Général Techniques.

⁷¹ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM.

⁷² Ibidem.

⁷³ CE 14 avril 1961 *Ministre de la Reconstruction et du Logement c. Société Sud-Aviation*, req. n° 32468 : publié au Rec. CE ; voir également CE Sect. 14 octobre 1966 *Ministre de la Construction c/ Ville de Bordeaux*, req. n° 64076 : publié au Rec. CE.



dont celui-ci a profité, car cela aurait pour effet de générer les bénéfices pour l'entrepreneur⁷⁴. Dans le même esprit d'analyse, le juge malien considère qu'en « matière de contrat administratif, si l'administration dispose du droit de résilier le contrat, en revanche l'attributaire du marché doit être intégralement indemnisé si celui-ci n'est nullement responsable d'une quelconque faute »⁷⁵. L'enrichissement sans cause suppose ensuite un appauvrissement de l'entreprise privée, demandeur à l'action de *in rem verso* qui a réalisé des travaux utiles à l'administration sans être indemnisé⁷⁶. En plus des dépenses utiles effectuées, l'indemnisation doit compenser le manque à gagner.

b- Les prestations de l'appauvri résultant des dépenses utiles exécutées

La première des conditions requises à l'action en enrichissement sans cause est l'appauvrissement du demandeur. Ce dernier ne saurait en effet réclamer une indemnisation au titre de l'avantage qu'il a procuré à la personne publique lorsqu'il ne justifie d'aucun préjudice matériel en résultant. Celui-ci doit correspondre à « une dépense effective ou à une perte de valeur (de son) patrimoine ». L'enrichissement sans cause suppose ensuite un appauvrissement du créancier, requérant à l'action de *in rem verso*, qui doit avoir réalisé des travaux ou rendu un service non rémunéré ou, plus largement, avoir subi une perte de valeur de son patrimoine. Seules les dépenses utiles exposées au profit de l'administration par son cocontractant peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Le bénéfice auquel pouvait prétendre l'opérateur du fait de la fourniture des prestations ne peut être pris en compte. Ce mécanisme propre à la responsabilité quasi-contractuelle permet de rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines. En plus des dépenses utiles effectuées, l'indemnisation doit compenser le manque à gagner. L'appauvri se voit indemniser des bénéfices dont il a été privé. Le préjudice du demandeur est donc apprécié au regard des dépenses qu'il a exposées pour exécuter des prestations au profit de l'administration et pour lesquelles, il n'a perçu aucune contrepartie financière. Tel était d'ailleurs le cas, nous semble-t-il, de la convention en cause dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 31 mai 2000, opposant l'Entreprise RAKOTOARIVELO à l'État du Madagascar que l'on cite pour illustrer l'appauvrissement du requérant du manque à gagner⁷⁷. Les charges qu'il a ainsi supportées se rapportent aux achats de matériaux, aux coûts de main d'œuvre, aux frais généraux de l'entreprise, aux investissements réalisés qui ont été nécessaires à l'exécution des prestations fournies, ou encore aux frais exposés pour le financement de travaux.

L'enrichissement quant à lui implique deux éléments : ce qui a été fait par l'appauvri (travaux, fournitures, recherches, conseils, etc) doit avoir été réellement utile à l'administration. En matière de commande publique, l'enrichissement sans cause suppose un appauvrissement de l'entrepreneur, requérant à l'action de *in rem verso*, qui doit avoir réalisé des travaux ou rendu

⁷⁴ BOUCHER J. ET BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Les conséquences indemnитaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité », AJDA 2008, p. 1092.

⁷⁵ Cour suprême du Mali, 11 janvier 2018.

⁷⁶TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.

⁷⁷ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM.



un service non rémunéré ou, subi une perte de valeur de son patrimoine⁷⁸. L'appaupri présumé doit démontrer l'absence de cause de l'obligation qu'il a exécutée et, enfin, il ne doit disposer d'aucune autre voie d'action car le recours à l'enrichissement sans cause présente un caractère subsidiaire⁷⁹. Mais, il convient de préciser que contrairement au juge civil qui tient compte aussi bien de la perte subie que du gain manqué, le juge administratif limite l'étendue de l'indemnisation à la perte subie, aux débours utiles, à l'exclusion de tout bénéfice⁸⁰, c'est-à-dire le manque à gagner⁸¹. Le juge administratif évalue l'appauprissement en tenant compte de l'enrichissement corrélatif que l'appaupri a pu retirer de l'opération : présumant que si le particulier a servi l'intérêt général, il a également agi dans son intérêt personnel. Il procède à la déduction des sommes correspondant aux avantages retirés ou qui pouvaient raisonnablement être escomptés par l'appaupri. En tout état de cause, l'appaupri doit justifier du caractère utile des travaux effectués afin de démontrer l'enrichissement du patrimoine public⁸². Mais, l'indemnité due par le maître de l'ouvrage ne peut jamais excéder le montant des travaux dont celui-ci a profité car cela aura pour effet de générer des bénéfices pour l'entrepreneur⁸³. Il ne suffit donc pas que l'appauprissement ait accru le patrimoine de l'administration. Il faut encore que cet accroissement soit utile aux missions dont elle a la charge. L'enrichissement, pour être pris en compte, doit donc servir l'intérêt général que l'administration a en charge.

Le commissaire du gouvernement Heumann estimait que l'apport du droit administratif à la théorie de l'enrichissement sans cause résidait précisément dans « *la limitation de l'indemnité aux dépenses utiles ou nécessaires*⁸⁴ ». Dans ce cas, l'équité commande que l'entrepreneur qui a subi un préjudice du fait de son appauvrissement puisse obtenir une réparation auprès de la personne qui a été enrichie⁸⁵. La jurisprudence et la doctrine admettent qu'il existe un plafond : l'indemnité à laquelle le cocontractant a droit sur un terrain quasi-contractuel ne doit pas lui assurer une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée⁸⁶. En d'autres termes, cette action aboutit en règle générale à une indemnisation inférieure à celle qui serait prononcée en application du contrat, car elle ne couvre que les dépenses utiles à l'administration, et non l'ensemble des frais engagés par le demandeur. Qu'en est-il du manque à gagner résultant des travaux supplémentaire indispensable à l'administration ?

⁷⁸ H. HOEPFFNER, L. JANICOT, « L'enrichissement sans cause », AJDA 2021, p. 333.

⁷⁹ A. POSEZ, « La subsidiarité de l'enrichissement sans cause : étude de droit français à la lumière du droit comparé », RIDC n°2, 2014, pp. 185-246.

⁸⁰ CE, Sect., 2 décembre 1966, n°65240, Société France-Reconstruction-Plan.

⁸¹ Le juge judiciaire voit bien dans le manque à gagner une forme d'appauprissement : cf. par exemple, Civ., 1^{re}, 14 mars 1995, Bull. I, n° 130, JCP, G, 1995, II, 22516, note Roussel et D. 1996, p. 137, note Barabé-Bouchard, Civ., 1^{re}, 15 oct. 1996, Bull. I, n° 357.

⁸² CS/CA, jugement n°139/04-05 du 27 juillet 2005, Société SOTRACOME C/ÉTAT du Cameroun. En l'espèce, la société SOTRACOME avait saisi le juge administratif en date du 24 février 2004, d'un recours tendant à obtenir la condamnation de l'État Camerounais au paiement de la somme de 209 533 936 FCFA pour les travaux supplémentaires payés, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté.

⁸³ J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU sous CE, sect., 10 avr. 2008, S^{tr} J.-C. Decaux et département des Alpes-Maritimes, AJDA, 2008, p. 1 092.

⁸⁴ Conclusions sur CE, sect., 14 avr. 1961, ministre de la Reconstruction c/S^{tr} Sud aviation, préc., note 9.

⁸⁵ CS/CA, Jugement n°50/84-85, TAMEGHI Boniface, 1er février 1985, TAMEGHI Boniface - Amsecom-Amseconcom c/. Etat du Cameroun (Ministère de la défense).

⁸⁶ L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2021, 12^e éd., Manuel, pp.224-225.



2- Une prise en compte nécessaire des travaux supplémentaires indispensables à l'administration

En principe, un cocontractant ne peut exécuter que les prestations prévues au contrat et ne peut ainsi pas être payé en cas de dépassement de celles qui avaient été prévues⁸⁷. Appliquée en matière de marchés de travaux, la théorie des prestataires supplémentaires⁸⁸ permet au cocontractant d'obtenir une indemnisation pour la réalisation de prestations qui ne figuraient pas au contrat, mais dont l'accomplissement se révèle en cours d'exécution utile voire indispensable pour assurer, selon les règles de l'art, la bonne réalisation du contrat⁸⁹. D'une part, le fondement de l'indemnisation des prestations supplémentaires est très largement et essentiellement contractuelle et extracontractuelle, contrairement, à notre avis, aux sujétions techniques imprévues⁹⁰. D'autre part, lorsque le titulaire du marché poursuit l'exécution des prestations arrivées à terme, la jurisprudence estime qu'il s'agit d'un quasi-contrat et, plus exactement, d'un enrichissement sans cause. Il s'agit d'un enrichissement sans cause si les travaux ont été réalisés sur le fondement, soit d'un contrat non conclu⁹¹, soit d'un contrat entaché de nullité⁹², soit d'un contrat arrivé à terme et si l'entrepreneur démontre avoir reçu l'assentiment⁹³, même tacite, du maître d'ouvrage, il peut exercer une action de *in rem verso* près le juge administratif.

Dans les pays sous étude, ces prestations supplémentaires peuvent-elles être indemnisées sur le fondement extracontractuel alors qu'elles n'avaient pas été prévues dans le contrat ? En principe, un cocontractant de l'administration ne peut exécuter que les prestations prévues au contrat et ne peut ainsi pas être payé en cas de dépassement de celles qui avaient été prévues. Toutefois, la théorie des prestations supplémentaires va lui permettre d'obtenir une indemnité dans deux cas particuliers : lorsque les prestations, exécutées spontanément sont indispensables à la bonne réalisation du contrat et lorsque les prestations supplémentaires résultent d'un ordre de service émis par l'administration en vertu de son pouvoir de modification unilatérale. L'administration contractante bénéficie de prestations utiles sans fondement, elle s'enrichit au profit de son titulaire sans cause. Pour ce qui est des États, objet de cette étude, nous pouvons citer à titre d'exemple la Cour suprême du Cameroun qui a estimé que la poursuite d'un marché portant sur la construction de l'immeuble abritant les bureaux du Centre Provincial de

⁸⁷ CAA Bordeaux, 22 juin 1998, Grands travaux de l'océan indien, n°96BX34385 ;BJCP 1999, n°2, p.211.

⁸⁸CE, Section, 17 octobre 1975, Commune de Canari, n° 93704, rec. p. 516. L'arrêt Commune de Canari a opté pour l'application exclusive de la théorie des travaux indispensables: « Considérant que les travaux supplémentaires n'étaient pas indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché... », AJDA 1975. I. 562, chron. Boyon et Nauwelaers.

⁸⁹ CS/CA, jugement n°59/04-05 du 23 mars 2005, Établissements LIPA-SPORTS BTP c/. Etat du Cameroun (Ministère des travaux publics).

⁹⁰ Ce sont des difficultés matérielles exceptionnelles et imprévisibles rencontrées lors de l'exécution d'un marché public, dont la cause est extérieure aux parties.

⁹¹ CS/CA, jugement n°59/04-05 du 23 mars 2005, Établissements LIPA-SPORTS BTP c/. Etat du Cameroun (Ministère des travaux publics).

⁹² Cour suprême du Sénégal, 27 mai 2021, 34-2. La Cour avait annulé la décision n°141/2020/ARMP/CRD/DEF du 9 septembre 2020 du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics rejetant le recours de la société ECOTRA SA contre l'attribution provisoire du marché pour les travaux d'aménagement et de bitumage de la boucle des Kalounayes y compris voiries, lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes, dite X Aj.

⁹³ TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.



prévoyance Sociale du Sud à Ebolowa, par l'entreprise SOTRACOME⁹⁴ ouvrait un droit à indemnisation et évalué à 132.053.000 de francs puis ramené à 129.498.000 suite à un contrôle des experts.

Les prestations supplémentaires exercées en marge d'un contrat caractérisent un enrichissement sans cause, même si le juge camerounais ne l'a pas mentionné explicitement. Ainsi, si ces prestations n'ont pas été expressément prévues lors de l'élaboration du contrat, l'exécution du contrat en dévoile leur nécessité. Puisque ces prestations sont jugées indispensables⁹⁵ à la bonne exécution du contrat, il faut considérer qu'elles auraient dû normalement y être prévues. Le juge administratif les rattachant à la commune intention des parties implicite en considérant qu'elles entendent que soient réalisées toutes les prestations nécessitées. Si la jurisprudence des pays africains sous étude ne fait pas ici directement référence aux prestations utiles, la décision du juge malgache n'en renvoie pas moins à ces seules prestations utiles qui n'exclut pas l'indemnisation sur ce fondement⁹⁶. Selon Franck MODERNE, « *l'hypothèse d'un contrat régulièrement conclu et régulièrement exécuté, mais à propos duquel le cocontractant continue à fournir des prestations acceptées par la collectivité publique* » est une des principales applications de la théorie de l'enrichissement sans cause⁹⁷. De manière plus générale, le terrain d'élection de l'enrichissement sans cause en droit administratif est, de très loin, celui des prestations qui auraient pu être contractuelles mais qui, pour une raison ou pour une autre, n'ont pas revêtu cette qualité⁹⁸. Mais, l'entrepreneur appauvri ne dispose plus que de l'action de *in rem verso* afin d'obtenir réparation de ces charges extérieures au contrat. Quoi qu'il en soit, l'entrepreneur doit également justifier n'avoir commis aucune faute susceptible de contribuer à son appauvrissement⁹⁹, élément que le juge administratif prend en considération lors de l'évaluation de son indemnité. Un constat s'impose dès lors : les cas d'indemnisation de l'opérateur économique titulaire de ce qu'il croyait être un contrat sont de plus en plus fréquents dans la jurisprudence des États sous étude en Afrique. Les principes qui fondent cette indemnisation sont connus, ils ont été fixés depuis longtemps par quelques arrêts¹⁰⁰ : le cocontractant de l'administration a le droit d'être indemnisé sur la base de l'enrichissement sans cause et de la responsabilité extra-contractuelle sans faute¹⁰¹. Toutefois, pour le juge administratif, la prise en compte de l'enrichissement sans cause n'a pas été sans hésitations.

B- Une consécration hésitante par le juge administratif de l'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause suppose que l'enrichissement et l'appauvrissement soient sans cause, c'est-à-dire sans contrat. Un tel constat n'est-il pas à l'origine de la réticence du juge

⁹⁴ CS/CA, jugement n°139/04-05 du 27 juillet 2005, société SOTRACOME c/. État du Cameroun.

⁹⁵ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ F. MODERNE, Les quasi-contrats administratifs, op.cit., n°110.

⁹⁸ Ibidem, n°102.

⁹⁹ CAA, DOUAI, 18 décembre 2003, société Colas c/ Commune d'Abbeville, n°000DA00052.

¹⁰⁰ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM ; Cour suprême du Bénin, Chambre administrative, 27 novembre 1970, 6.

¹⁰¹ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM.



africain à consacrer l'enrichissement sans cause ? La contractualisation peut désigner la possibilité pour les parties d'encadrer le futur de la relation. Le constat fait par Hauriou est toujours partagé par la doctrine contemporaine. On peut noter l'acte de prévision¹⁰², le contrat permet d'anticiper¹⁰³, les incertitudes¹⁰⁴, risques¹⁰⁵ et aléas¹⁰⁶ de son exécution. Le contrat est un outil de projection sur l'avenir qui dépend de la créativité des parties. En effet, il ne doit pas exister de cause objective justifiant l'enrichissement de la personne publique. Il doit être dépourvu de cause juridique (loi, décision administrative individuelle ou de justice) susceptible d'expliquer le transfert des prestations. Dans la jurisprudence de certains pays sous étude, le moyen tiré de l'enrichissement sans cause est expressément rejeté (1). Dans d'autres, le juge ne se fonde pas sur l'assentiment implicite ou explicite de l'administration pour qualifier l'enrichissement sans cause (2).

1- Une absence de cause juridique entre l'entreprise privé et l'État

Comme l'écrivait Jacques MOREAU, « le contrat valide repousse l'enrichissement sans cause»¹⁰⁷. La cause ici c'est un titre juridique, c'est-à-dire le contrat, la convention... L'absence de cause veut dire qu'aucun titre juridique ne peut justifier l'enrichissement ou l'appauvrissement. Au contraire, si l'enrichissement trouve un fondement juridique, l'action sera rejetée¹⁰⁸. La cause revêt une double signification. D'une part, elle est considérée comme cause objective et renvoie au titre juridique : le contrat qui fonde l'enrichissement, dont il a été question. D'autre part, elle est entendue comme cause subjective¹⁰⁹, elle consiste en une contrepartie dont bénéficie l'appauvri qui peut parfois justifier l'appauvrissement constaté. Cette dernière englobant tant la contreprestation prévue par les causes contractuelles que le motif déterminant d'une libéralité. Le juge administratif examine la réciprocité et l'équivalence des obligations contractuelles et exerce un large contrôle sur la cause. Son contrôle est plus étendu qu'en droit civil puisqu'il s'exerce aussi bien au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution, ce que répugne à faire le juge civil par souci de la stabilité des conventions.

Comme le relèvent les professeurs RICCI et LOMBARD, « *La cause est l'élément le plus mystérieux, le plus controversé mais aussi, peut-être, l'un des plus importants parmi les*

¹⁰² H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges François Térré*, PUF, 1999, p.643.

¹⁰³ G. TSIMI NTONO, « L'anticipation en droit des obligations », Revue de la Recherche Juridique, 2013, n°2, p.663 ; C. CAZENAVE ASFAR, « Les stratégies d'anticipation des risques dans les contrats internationaux », Revue Lamy, Droit des affaires, 2014, p.96.

¹⁰⁴ J-M TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'université de droit, d'économie et des sciences de Paris*, PUF, 1985, p.63.

¹⁰⁵ A. DOWE, *La gestion des risques contractuels par le contrat. Étude du droit français à la lumière du droit anglais*, Institut fédératif de Recherche- Université Toulouse 1 Capitole, 2020.

¹⁰⁶ N. GAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 2, 2015, p.88.

¹⁰⁷ J. MOREAU, Variations sur l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique, *Mélanges en l'honneur d'Etienne FATOME, Bien public, bien commun*, Dalloz, 2011, pp. 363-364.

¹⁰⁸ J.-C. RICCI et M. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, n° 413 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2008, § 1394 ; F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008 ; D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, 1991, n°212 et s.

¹⁰⁹ G. BAYLE, *L'enrichissement en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 162, n°133.



composants du contrat. Elle signifie que la volonté seule ne fait pas l'engagement et que la rencontre des volontés ne suffit pas, à elle seule, à faire le contrat. Encore faut-il qu'il y ait une raison à cet engagement et à cette rencontre. En bref, la volonté doit être causée »¹¹⁰. Selon M. Adhémar ESMEIN, la cause de l'enrichissement est envisagée comme contreprestation « dérive de la notion de cause du contrat interprétée objectivement »¹¹¹. En Afrique pour constater l'absence de cause, le juge examine la variété des situations d'enrichissement sans cause créées par le défaut initial d'un contrat ou de la nullité du contrat administratif. Les situations d'enrichissement sans cause se caractérisent dans la plupart des cas, par l'absence d'un contrat régulièrement formé¹¹².

Pour ce qui est des États, objet de cette étude, nous pouvons constater que le juge administratif témoigne d'hésitations quant à la consécration explicite de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique¹¹³. Ces hésitations reflètent ici encore les caractères de l'enrichissement sans cause. D'un côté, le juge administratif voit dans l'enrichissement sans cause une relation strictement informelle entre l'administration et un tiers basée sur l'équité¹¹⁴. De l'autre, la doctrine présente également l'enrichissement sans cause comme un principe d'équité gouverné par le bon sens¹¹⁵, voire un principe de droit naturel¹¹⁶. La notion remonte à la maxime du jurisconsulte Pomponius, qui fut inscrite dans le Digeste romain, selon laquelle : « *il est juste d'après le droit naturel que personne ne s'enrichisse au détriment d'autrui* »¹¹⁷. Le juge administratif africain succombe parfois à cette tentation. N'adoptant pas la même position que les juridictions judiciaires, il semble considérer l'enrichissement sans cause comme un quasi-contrat ayant pour objectif de rétablir l'équilibre entre l'appauvri et l'administration publique. Dans cette orientation, la Cour Suprême du Bénin a constaté l'absence d'un contrat écrit signé entre sieur Ermanno REATTI, entrepreneur et l'Etat Dahoméen, actuellement Bénin. En l'espèce, le 17 novembre 1955, Sieur Ermanno REATTI, entrepreneur et l'État du Dahoméen avaient conclu par entente directe deux marchés n° 93/55 et 100/55, le premier d'un montant de 1.850.000 francs le second de 2.249.000 francs C.F.A. Par requête enregistrée le 29 mars 1960 au Greffe du Tribunal d'Etat, le requérant a saisi le tribunal administratif tendant à condamner l'Etat Dahoméen à lui payer la somme de 1.040.653 francs et 2.339.408 francs soit 3.380.061 francs au titre des dommages subis pour avoir effectué des travaux qui n'étaient pas prévus par le contrat et les modifications séquentielles des travaux¹¹⁸. Pour ce faire, le juge estime que « L'entrepreneur doit justifier d'un ordre écrit

¹¹⁰ J.-C. RICCI et M. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, n° 215.

¹¹¹ G. RIPPERT, La règle morale, 4^e éd., LGDJ, 1949, pp.254-256.

¹¹² P. MOUDOUDOU, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Presses universitaires de Brazzaville, 2019, pp.207-208.

¹¹³ Cour suprême du Bénin, Chambre administrative, 27 novembre 1970, 6.

¹¹⁴ Conclusions sur CE 18 juin 1920, Rigault, S. 1924. III. 70 ; A. B. FALL, La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique : essai de transposition du droit administratif dans un pays d'Afrique noire francophone, Thèse de doctorat en Droit, Université de Bordeaux I, 1994, pp.871-874.

¹¹⁵ B. PLESSIX, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Paris, éditions Panthéon ASSAS, 2003, pp. 62-563. L'auteur assimile l'enrichissement sans cause à une règle d'équité subjective stoïco-chrétienne ».

¹¹⁶ Conclusions sur CE 18 juin 1920, Rigault, S. 1924. III. 70.

¹¹⁷ G. BAYLE, L'enrichissement sans cause en droit administratif, 1973, LGDJ, n°25 et s, pp.1-5.

¹¹⁸ Ibidem.



émanant de l'autorité qualifiée pour le donner. S'il n'en justifie pas, les modifications sont considérées comme faites de sa propre initiative »¹¹⁹. En effet, les parties peuvent parfaitement invoquer l'enrichissement sans cause pour régler leur différend, dès lors qu'il n'existe aucune convention entre elles et que les prestations ont été utiles au pouvoir de l'administration.

Au Congo, le juge administratif a constaté l'absence d'un contrat écrit et signé entre l'entreprise SOGAMI et l'État Congolais dans le cadre des travaux qui ont été effectués et rendus utiles à l'État Congolais. Dans cette affaire, l'entreprise SOGAMI a été sollicitée par le Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Sibiti, Monsieur Jacques BIYOUDI pour la construction de la maison d'arrêt de Sibiti¹²⁰. La société a effectué des travaux de construction de la maison d'arrêt de Sibiti à ses propres frais à raison de 23.653.826 francs CFA qui ont été utiles à l'État congolais. En refusant de payer la première partie des travaux exécutés par l'entreprise SOGAMI, l'État congolais a unilatéralement rompu les liens contractuels et a attribué le marché à un autre entrepreneur pour la poursuite des travaux. L'on constate l'hésitation du juge à se prononcer sur le remboursement des dépenses utilement engagées, mais de condamner l'État congolais à lui verser la somme de 23.653.826 francs CFA pour la rupture unilatérale du contrat. Dans cette hypothèse nous relevons qu'aucun contrat n'a été signé entre l'État congolais et l'entreprise SOGAMI qui a effectué des travaux de construction de la maison d'arrêt de Sibiti. Toutefois, l'entreprise SOGAMI pourrait invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause¹²¹. Une autre hypothèse concerne l'État du Cameroun dont les prestations ont été exécutées en l'absence de tout contrat. En l'espèce, l'affaire LIPA-SPORTS BTP¹²² illustre le cas des situations « contractuelles » en l'absence de tout contrat ou marché entre la personne enrichie (personne publique) et celle qui a subi un appauvrissement, le prestataire. En l'espèce, l'entreprise LIPA-SPORTS BTP a été adjudicataire d'un marché pour l'entretien des routes Paro-Tignère et Tignère-Kontcha. L'ordre de commencer les travaux a été notifié à l'entreprise le 23 mars 1999 et le marché n'a été signé que postérieurement à l'exécution des travaux en date du 10 mai 1999 pour une durée de six (6) mois¹²³. L'entreprise LIPA-SPORTS BTP avait immédiatement commencé les travaux comme l'attestaient les correspondances et l'avis favorable à la poursuite des travaux du maître d'ouvrage. L'entreprise LIPA-SPORTS BTP a exécuté des prestations au profit de l'État du Cameroun avec lequel elle n'était pas liée par un contrat.

La seconde hypothèse concerne une situation différente. En effet, il arrive qu'un contrat ait été préparé mais a été ajourné. Tel est aussi le cas lorsque l'autorité contractante décide de différer ou suspendre le démarrage de l'exécution du marché public ou sa poursuite¹²⁴. Les code des

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ P. MOUDOUDOU, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Presses universitaires de Brazzaville, 2019, pp.207-208 ; Arrêt n° 40/CS du Bénin du 29 juin 2011 ; Les entreprises grand k c/ prefet de l'atlantique, Recueil des arrêts de la chambre administrative, 2011-2019.

¹²¹ CE 24 juin 1987, Req., n°74118, Bureau d'aide de la ville de Briançon, inédit.

¹²² CS/CA, jugement n°59/04-05 du 23 mars 2005, établissement LIPA-SPORTS BTP C/état du Cameroun.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ CS/CA, jugement du Cameroun du 27 juillet 2005, société SOTRACOME C/ état du Cameroun.



Marchés publics du Congo¹²⁵, du Gabon¹²⁶, du Tchad¹²⁷ et de la Centrafrique¹²⁸ affirment que l'autorité contractante peut différer ou suspendre le démarrage de l'exécution du marché public ou sa poursuite, pour tout motif qui lui semble pertinent. Dans ces pays l'ajournement de l'exécution du marché est généralement prononcé en cas de force majeure ou pour des raisons d'intérêt général. Dans les décisions analysées, le juge administratif a toujours manifesté sa réticence à transposer le fondement de l'enrichissement sans cause pour des dépenses qui ont été utiles à l'administration.

Dans les États concernés, la jurisprudence administrative considère qu'en dehors de toute relation contractuelle, celui qui s'est appauvri a le droit d'être remboursé par celui qui s'est enrichi à son profit, sans appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause. Nous constatons dans les décisions analysées que le pouvoir adjudicateur avait déjà réglé une partie du montant des factures, élément factuel qui confirme la réalité et l'utilité des prestations. Le juge administratif confirme, dans sa décision, une jurisprudence constante en la matière en réaffirmant que l'enrichissement sans cause ne trouve pas son fondement dans la simple absence de relation contractuelle. L'absence de cause, donc de relation contractuelle, est le point de départ certes, mais encore faut-il qu'il y ait eu enrichissement d'un patrimoine et corrélativement appauvrissement d'un autre. Ainsi, en Afrique la jurisprudence hésite encore d'invoquer directement la notion des dépenses utiles dans l'application de l'enrichissement sans cause, alors même qu'elle tend parfois à demander le remboursement des prestations exécutées. Dans une décision du tribunal administratif de Pointe Noire, les juges ont reconnu l'exercice illégal du droit de résiliation unilatérale du contrat administratif dont dispose l'administration dans l'affaire opposant société Planète 2000 à l'hôpital Général de Loandjili¹²⁹. Dans cette affaire il a été jugé que : « *l'administration contractante ne peut procéder à la résiliation unilatérale avant terme du contrat que pour des motifs alternatifs d'intérêt générale ou de faute imputable à son cocontractant chaque fois que la résiliation de plein droit pour force majeure ou disparition du co-contractant ne peut jouer ; cette indemnité due par l'administration cocontractante pour l'exercice illégal de son pouvoir de résiliation, doit être destinée non seulement à compenser le manque à gagner, mais aussi, à rembourser les dépenses réellement engagées et éventuellement, à réparer l'atteinte à la réputation découlant de la résiliation illégale* ». D'après nous la notion de « dépenses utiles » n'est pas appréhendée expressément par la jurisprudence administrative dans les pays africains pour démontrer l'existence de l'enrichissement sans cause. La théorie de l'enrichissement sans cause requiert que le juge distingue les travaux, services ou fournitures en individualisant chaque élément du coût afin d'examiner son utilité et approcher au plus près la réalité de l'enrichissement du débiteur. Le juge doit enfin vérifier l'assentiment donné par l'enrichi, lequel est généralement l'administration, à la réalisation des travaux, à la prestation de services, ou à la livraison de fournitures, voire à toute autre dépense.

¹²⁵ Article 139.

¹²⁶ Articles 232 et 223.

¹²⁷ Article 186.

¹²⁸ Article 91.

¹²⁹ T.A. de Pointe Noire, 23 juin 2015, Société Planète 2000 c/ Hôpital Général de Loandjili.



2- Une hésitation résultant de l'assentiment implicite de l'administration

En Afrique noire francophone, la jurisprudence administrative a évolué et reste nuancée sur la question de l'enrichissement sans cause. L'indemnisation des travaux supplémentaires spontanément entrepris par le cocontractant de l'administration seraient contraire aux règles de la comptabilité publique. Cette condition propre au droit administratif s'explique par l'idée que l'administration ne peut s'enrichir et engager les deniers publics contre son gré. Il ne peut y avoir d'autres dépenses publiques que celles qui ont été régulièrement votées et approuvées, qui ont été explicitement prévues et créditées. L'administration doit connaître et contrôler en permanence toute forme d'intervention dans les affaires qui relèvent de sa compétence.

Dans ce contexte, la condition de l'assentiment de l'administration se pose avec difficulté dès lors que l'enrichissement sans cause suppose que l'enrichi ait donné son consentement à son enrichissement en l'absence d'un contrat écrit. Le juge administratif hésite de constater que l'appauvri a pu légitimement se sentir fondé à effectuer une dépense au profit de l'enrichi. Selon le rapporteur public Bernard Dacosta, « *les dépenses doivent avoir été engagées avec l'assentiment, au moins tacite de l'administration. Mais s'agissant des contrats annulés ou déclarés nuls, cette condition est, par définition, remplie* ¹³⁰ ».

Dans les États sous étude, l'on constate que le juge administratif ne cherche pas à découvrir l'assentiment à travers les stipulations du contrat annulé ou écarté, dans la délibération de l'autorité délibérante autorisant la signature du contrat. Dans l'affaire BLX-Congo contre Ville de Nkayi, la Cour suprême n'a pas recherché l'assentiment en ce sens : « *la confirmation verbale de M. Babakila Félicien, ancien Maire de Nkayi et l'entreprise BLX-Congo pour un travail de formation du personnel et de développement d'un logiciel de gestion informatisée du personnel et de traitement de salaires des agents ne constitue pas une preuve suffisante de l'existence d'un contrat administratif* ¹³¹ ». Ici, le juge administratif ne s'assure pas que les dépenses ont été utiles au quasi-contractant de l'appauvri. Cela signifie que l'action en enrichissement sans cause ne permettra au créancier d'être indemnisé de ses charges qui ont profité à l'administration ¹³².

L'on s'étonnera du raisonnement du juge dès lors que l'assentiment peut être exprès, par exemple l'ordre de réaliser des travaux sans conclure de contrat ¹³³ ou tacite par la tolérance de certains travaux ¹³⁴. Dans la pratique des prestations supplémentaires non prévues au contrat, l'assentiment ne peut être implicite que dans l'hypothèse où les prestations étaient impliquées nécessairement par la bonne exécution du service et que l'enrichi ne s'est pas opposé à leur exécution. Pour les autres prestations supplémentaires, le consentement de l'enrichi doit avoir été donné explicitement ¹³⁵. Si l'administration n'a pas manifesté son assentiment, le cocontractant qui commence les travaux agit à ses risques et périls, aucun droit à indemnité ne

¹³⁰ B. DACOSTA, concl. Sous CE, sect., 10 avril 2008, société Jean Claude DECAUX et département des Alpes Maritimes, n°244950, 284607 ; JCP Adm. 2008, p.26.

¹³¹ C.S. Ch. Adm., 12 août 2021, Société BLX-Congo c/Ville de Nkayi.

¹³² Sénégal, Cour suprême, 27 mai 2021, 34-21.

¹³³ P. MOUDOUDOU, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Presses universitaires de Brazzaville, 2019, pp.207-208.

¹³⁴ CS/CA, jugement n°139/04-05 du 27 juillet 2005, société SOTRACOME c/. État du Cameroun.

¹³⁵ Jugement N°50/CS/CA du 1er février 1985, AMSECOM AMSECONCOM C/ Etat du Cameroun ; Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM.



pourra lui être reconnu. Le juge administratif devra s'assurer que les dépenses ont été utiles au quasi-contractant de l'appauvri. Cela signifie que l'action en enrichissement sans cause ne permettra au créancier d'être indemnisé de ses charges que dans la mesure et à la hauteur de ce qu'elles ont profité à l'administration¹³⁶. Toutefois, les hésitations de la jurisprudence administrative ne pourront pas faire obstacle à l'application de l'enrichissement sans cause.

II- L'APPLICATION FUGACE DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Comme on a déjà pu le constater, l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité avec laquelle il s'était engagé, objet de cette étude. L'application de l'enrichissement sans cause en Afrique nous amène à constater les conséquences de l'annulation d'un marché public sur le plan indemnitaire pour le cocontractant de l'administration¹³⁷. La nullité sanctionne un vice ou une irrégularité dans la formation ou la passation des contrats de marchés publics¹³⁸. Son effet est rétroactif, c'est-à-dire qu'une fois la nullité prononcée les parties doivent revenir à la situation initiale¹³⁹. Si l'enrichissement sans cause n'est pas d'ordre public, lorsque le contrat a été résilié ou annulé, le quasi-cocontractant peut présenter une demande d'indemnisation sur les fondements quasi-contractuels (A). Cette indemnisation présente toutefois des difficultés pratiques, en raison de la faute commise par le cocontractant de l'administration qui a accepté d'exécuter un marché public irrégulier (B).

A- Une application nécessaire consécutive à l'annulation du contrat

L'application de l'enrichissement sans cause fait suite à l'annulation du contrat résultant d'une faute de la personne publique contractante, elle est souvent complétée par une action en responsabilité délictuelle. Cette action a pour objet la réparation du dommage imputable à la faute de la personne publique. La combinaison des responsabilités quasi-contractuelles permet d'établir la primauté accordée à la responsabilité quasi-contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle, dans l'hypothèse où l'indemnité à laquelle un ancien cocontractant a droit sur le terrain quasi-contractuel. La responsabilité délictuelle présente en effet un caractère résiduel ou subsidiaire (1). Toutefois, il convient de préciser les difficultés de la victime à démontrer un lien de causalité entre la faute invoquée et le préjudice subi (2).

¹³⁶ Sénégal, Cour suprême, 27 mai 2021, 34-21.

¹³⁷ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 22 mars 2000, 96/98-ADM

¹³⁸ D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, coll. « Bibliothèque de droit public », 1991, pp.484-486.

¹³⁹ Ibidem.



1- L'articulation entre la responsabilité quasi-contractuelle et la responsabilité délictuelle sur l'indemnisation

L'application des règles gouvernant le cumul des actions en responsabilité quasi-contractuelle et quasi-délictuelle, en cas d'annulation du contrat, démontre que le juge doit combiner ces deux éléments contradictoires, voire complémentaires. L'enrichissement sans cause est le plus souvent le fruit d'un comportement fautif de l'administration, même si cette faute peut être réciproque. Cette faute est souvent complétée par une action en responsabilité quasi-délictuelle, qui a pour objet la réparation du dommage imputable à la faute de la personne publique¹⁴⁰. La faute peut ainsi résulter d'un vice de procédure¹⁴¹, c'est-à-dire un contrat passé de gré à gré qui aurait dû faire l'objet d'une adjudication ; d'un vice de forme, c'est-à-dire, le fait de conclure un contrat verbal alors que la forme écrite s'imposait ; d'un vice de compétence ou le fait d'évincer un candidat¹⁴². Toutefois, il convient de préciser que si toute illégalité est fautive, toute illégalité n'ouvre pas droit à réparation. L'indemnisation de l'appauvri n'étant, au titre de l'action *de in rem verso* que partielle, celle-ci peut être complétée dans un souci d'équité, par une action en responsabilité quasi-délictuelle en cas de faute commise par l'administration. L'indemnisation consécutive à la nullité d'un contrat de marché public se divise donc en deux causes juridiques distinctes. Les dépenses engagées au cours de l'exécution du contrat seront indemnisées au titre de la responsabilité quasi-contractuelle, alors que le préjudice subi, qui comprend les dépenses non utiles engagées ainsi que le gain manqué, le sera sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle.

Dans les pays sous étude, la jurisprudence administrative a consacré depuis de longue date de manière timorée la combinaison des responsabilités quasi-contractuelle et quasi-délictuelle en cas de nullité ou de résiliation du contrat¹⁴³. Le cocontractant de l'administration, ici l'appauvri est fondé à réclamer le remboursement des dépenses utiles engagées par le biais de la théorie de l'enrichissement sans cause¹⁴⁴, et dans l'hypothèse où une faute a été commise lors de la conclusion du contrat irrégulier. Cette combinaison des responsabilités vaut également dans le cadre de la contestation de la validité du contrat. L'indemnisation du cocontractant de l'administration en cas d'annulation ou de résiliation du contrat administratif résultant de la responsabilité quasi-contractuelle et quasi-délictuelle n'est pas une question inédite.

Dès 1986, par sa décision la Cour suprême Malgache a admis que le cocontractant de l'administration peut obtenir une indemnisation des dépenses qui ont été utiles à l'administration en ces termes : « *qu'indéniablement il y a enrichissement sans cause dans la mesure où lesdits travaux ont bien profité au Firaïsana; que dans ces conditions, il y a lieu de dédommager l'Entreprise requérante* ». Les dépenses doivent avoir été utiles, assenties et sans cause¹⁴⁵. Cette théorie permet de saisir le juge administratif pour solliciter l'indemnisation des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit du pouvoir adjudicateur. Cette prise en

¹⁴⁰ P. BOURDON, *Le contentieux de la nullité du contrat administratif*, préc. p.123.

¹⁴¹ Mali, Cour suprême, 20 février 2020, 117, disponible sur www.juricaf.org.

¹⁴² T.A. de Brazzaville, 2 mars 2017, MOUAYA Guy c/Caisse Congolaise d'Amortissement ; TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, société SOGAMI c/ l'Etat congolais.

¹⁴³ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.



compte de la nullité des prestations ou des travaux est particulièrement visible lorsque le juge apprécie *in concreto* et au cas par cas les dépenses engagées par la société.

En outre, la Cour suprême rappelle que l'entreprise qui est le cocontractant de l'administration dont le contrat est annulé ne peut de ce fait, poursuivre sa responsabilité contractuelle, peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses prévues au contrat qui ont été utiles à la personne publique (*Firaisana*) envers laquelle elle s'était engagée. Toutefois, il convient de préciser que l'indemnisation n'est possible que si les dépenses ont été engagées avec l'accord, tacite ou non, de la collectivité¹⁴⁶. En outre, si ces deux responsabilités n'ont pas le même objet, l'une ayant pour objet l'indemnisation des dépenses utiles engagées, l'autre le préjudice consécutif à la conclusion d'un contrat irrégulier, une certaine hiérarchie guide leur articulation. La responsabilité quasi-délictuelle présente en effet un caractère résiduel ou subsidiaire selon la doctrine¹⁴⁷. Elle ne sera applicable qu'à la condition que l'indemnisation reçue au titre de la responsabilité quasi-contractuelle n'excède pas la rémunération que le cocontractant aurait dû percevoir si le contrat avait été exécuté normalement.

Dans les pays sous étude, ces règles constamment réaffirmées sous l'emprise du contentieux de la nullité des contrats administratifs¹⁴⁸, sont en toute logique, transposables dans le cadre du recours en contestation de validité du contrat. Par une décision du 23 juin 2015, société Planète 2000 c/Hôpital Général de Loandjili¹⁴⁹, le tribunal administratif de Pointe Noire a en effet jugé que : « *l'administration contractante ne peut procéder à la résiliation unilatérale avant terme du contrat que pour des motifs alternatifs d'intérêt général ou de faute imputable à son cocontractant chaque fois que la résiliation de plein droit pour force majeure ou disparition du cocontractant ne peut jouer ; cette indemnité due par l'administration cocontractante pour exercice illégal de son pouvoir de résiliation, doit être destinée non seulement à compenser le manque à gagner, mais aussi, à rembourser les dépenses réellement engagées et éventuellement, à réparer l'atteinte à la réputation découlant de la résiliation illégale* ».

Comme l'observe le juge administratif malgache : « *Que dans le cas d'espèce, ce préjudice englobe le *damnum emergens*, les pertes subies, c'est-à-dire les frais et dépenses de toutes nature que l'entrepreneur n'a pu récupérer, d'une part et le *lucrum cessans*, le manque à gagner, c'est-à-dire le bénéfice que l'entrepreneur eut réalisé si les travaux qu'il n'a pas exécutés avaient été réalisés par lui, d'autre part* »¹⁵⁰. Encore, le juge administratif africain a admis le caractère résiduel de la responsabilité quasi-délictuelle. Par cet arrêt, il affirme que le juge peut se placer sur le terrain quasi-délictuel uniquement si l'indemnité attribuée sur le fondement quasi-contractuel est inférieure à la rémunération à laquelle le cocontractant lésé aurait eu droit en application des stipulations contractuelles. Si le contrat a été résilié ou annulé

¹⁴⁶ CS/CA, jugement, n° 50 du 1er février 1985, AMSECOM/AMSECOM C/Etat du Cameroun.

¹⁴⁷ CS/CA, jugement, n° 50 du 1er février 1985, AMSECOM/AMSECOM C/Etat du Cameroun ; W. MOUNOM MBOM, *La résiliation des marchés publics au Cameroun*, These, Université de Yaoundé 2, année 2018, p. 10.

¹⁴⁸ CE, section., 20 octobre 2000, Société Citécable est, n°196553 : Rec. p.457.

¹⁴⁹ T.A. de Pointe Noire, 23 juin 2015, société Planète 2000 c/Hôpital Général de Loandjili.

¹⁵⁰ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 22 mars 2000, 96/98-ADM.



en raison d'une faute de l'administration, l'entreprise requérante peut prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute¹⁵¹.

Nous constatons dans le corps des arrêts étudiés que l'enrichissement sans cause n'est pas d'ordre public¹⁵² dans les pays africains sous étude, dès lors qu'il tend au rétablissement d'un équilibre économique entre l'administration publique et l'entreprise qui a engagée des travaux sans contrat au profit de l'administration¹⁵³. Le préjudice subi par l'entreprise pourrait parfaitement être réparé sur le seul fondement de la faute commise par l'administration contractante qui a conclu un contrat illégal ou qui a commandé des prestations sans contrat. A titre illustratif, en 2000, le juge supérieur camerounais a condamné l'État du Cameroun à payer à la société Les entreprises Le Paysan la somme de 10 000 000 de francs CFA pour la faute de l'État du Cameroun¹⁵⁴. Encore, le juge devra vérifier qu'il n'existe aucune cause à l'appauvrissement du créancier qui réclame une indemnité. La responsabilité quasi-contractuelle prime sur la responsabilité quasi-délictuelle dans les pays francophones sous étude. Toutefois, cette indemnité se heurte à des limites dans la pratique qui résultent en partie de l'absence du lien de causalité.

2- Les difficultés d'établissement du lien de causalité entre la faute de l'administration et le manque à gagner

Comme nous l'avons exposé, le préjudice subi par l'appauvri à cause de la nullité du contrat administratif comprend les dépenses non utiles engagées ainsi que le gain manqué, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle. Dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant de l'administration peut prétendre, en sus des dépenses utiles remboursées au titre de l'enrichissement sans cause, à la réparation du dommage imputable à cette faute. La responsabilité quasi délictuelle de l'administration ne peut être engagée que si celle-ci a commis une faute et que cette faute a causé à son cocontractant un préjudice. La faute peut résulter d'un vice de procédure¹⁵⁵, contrat passé de gré à gré qui aurait dû faire l'objet d'une procédure d'adjudication, d'un vice de forme, c'est-à-dire, fait de conclure un contrat verbal alors que la forme écrite s'imposait¹⁵⁶ ou d'un vice de compétence. Ainsi, le

¹⁵¹ Arrêt n° 30/CA du 03 mai 2007, Affaire, n°376973 : BATTOSSI Léonard c/ État béninois, disponible sur www.juricaf.org; Arrêt n°74-10/CA du 25 mars 1977, Affaire : De MEDEIROS Richard c/ État béninois (Ministère de l'Éducation Nationale - IPN), disponible sur www.juricaf.org.

¹⁵² La notion d'ordre public dans le cadre de cette étude désigne le moyen que le juge administratif doit relever d'office.

¹⁵³ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM ; B. DACOSTA, concl. Sous CE, sect., 10 avril 2008, société Jean-Claude DECAUX et département des Alpes Maritimes, n°244950, 284439, 284607 ; JCP Adm.2008, p.26.

¹⁵⁴ Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Cameroun, Les établissements Paysan c/ Etat du Cameroun, 27 juillet 2000.

¹⁵⁵ Sénégal, Cour suprême, 12 avril 2012, 20 ; Sénégal, Cour suprême, 09 avril 2015, 36 ; Sénégal, Cour suprême, 22 mars 2012, 18 ; Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin, société ARTICO 80 c/ État béninois, 18 février 1999 et société ARTICO 80 SA, Le Syndic de liquidation et cinq autres c/ État béninois, 20 avril 2017 : condamnations pécuniaires de l'État béninois en l'espèce pour fautes contractuelles respectivement à la somme de 3 000.000.000 de francs CFA et 700 000 000 de francs CFA.

¹⁵⁶ Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Cameroun, Les établissements Paysan c/ Etat du Cameroun, 27 juillet 2000 ; Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM ; TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.



préjudice indemnisable couvre aussi bien les gains manqués que les dépenses déclarées « non utiles » au titre de l'enrichissement sans cause. La jurisprudence connaît différentes expressions pour désigner le *lucrum cessans indemnisable*¹⁵⁷. L'indemnité quasi-délictuelle revient, dans la plupart des cas, à octroyer au prestataire la perte des profits non réalisés à cause de l'annulation du contrat ou, autrement dit, à restituer au créancier le montant de son appauvrissement virtuel sans égard à l'enrichissement du débiteur. Il s'agit du bénéfice qui n'a pas été indemnisé au titre de l'enrichissement sans cause¹⁵⁸. Une perte de gains ne saurait donc être confondue avec « une perte de chiffre d'affaires ». Le chiffre d'affaires correspond à l'ensemble des facturations de biens et de services émis par l'entrepreneur au cours d'un exercice comptable. Ainsi, selon le juge malgache, une telle perte englobe, potentiellement, le préjudice subi par la non-réalisation d'autres opérations telles que l'obtention d'autres marchés. Or, c'est par rapport à la faute ayant conduit à la nullité du contrat qu'est déterminé le champ de l'indemnisation.

En effet, le juge administratif admet effectivement l'indemnisation du manque à gagner en matière de responsabilité extra-contractuelle du fait de la faute de l'administration lorsque le lien de causalité entre la faute et le dommage est démontré¹⁵⁹. Le préjudice doit revêtir un caractère certain, qui pouvait être « déduite implicitement de la jurisprudence sur la perte de chance du concurrent évincé » et que le juge administratif est venu exiger explicitement au sujet du titulaire du contrat annulé¹⁶⁰. La jurisprudence révèle des traits communs aux hypothèses de la résiliation et de l'éviction irrégulière, dans laquelle le juge administratif détermine également le manque à gagner en fonction du bénéfice net qu'aurait procuré le contrat et non de la marge brute, dont il convient de déduire les charges que le candidat aurait supportées pour son exécution et certains frais généraux.

Ainsi, dans les pays africains sous étude, le juge administratif n'admet que très restrictivement la faute de l'administration. Dans les décisions de justice analysées nous constatons que le maître de l'ouvrage peut inciter l'opérateur économique à une exécution prématurée des travaux¹⁶¹. Dans le cas où le contrat n'a pas été conclu l'opérateur économique peut avoir droit, sur le fondement de l'enrichissement sans cause à une indemnité, à la condition que le maître d'ouvrage est donné son consentement au commencement des travaux. Mais la responsabilité de l'administration peut aussi être engagée pour faute s'il a incité son cocontractant à entreprendre des diligences qui in fine ne sont pas suivies de la conclusion d'un contrat¹⁶².

La responsabilité quasi délictuelle de l'administration ne peut être engagée que si son cocontractant a subi un préjudice résultant de sa faute. Elle n'est engagée que dans la mesure du préjudice subi. Le dommage correspond à la privation de la rémunération à laquelle pouvait prétendre le cocontractant en application des clauses du contrat. Par la suite, bien que nul, le contrat servira de référence pour déterminer le montant du préjudice à indemniser. La mise en œuvre de la responsabilité quasi délictuelle de l'administration n'intervient qu'à titre

¹⁵⁷ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 22 mars 2000, 96/98-ADM.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ CE, 6 oct. 2017, n° 395268, Société CEGELEC : JCP A 2017.

¹⁶¹ Madagascar, Cour suprême, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM.

¹⁶² TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.



subsidiaire. Selon la jurisprudence dans les pays sous étude, afin de démontrer les conséquences indemnитaires résultant de la nullité du contrat, on s'appuiera donc sur le terrain cette fois-ci du plafond de l'indemnisation, la faute du cocontractant de l'administration et de l'absence du lien de causalité. Le juge administratif vérifie néanmoins que l'indemnisation versée par l'administration ne dépasse pas le préjudice effectivement subi par son cocontractant¹⁶³. En tout état de cause, le cumul des indemnités au titre de l'enrichissement sans cause et de la faute de l'administration n'excèdera jamais la somme qui aurait été payée au cocontractant en application des stipulations du contrat. Tout d'abord, l'indemnité extra-contractuelle totale ne peut excéder une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée. Notons que le juge administratif africain admet le caractère résiduel de l'indemnité quasi-délictuelle qui ne trouve à s'appliquer que si l'application privilégiée de la responsabilité quasi-contractuelle n'a pu permettre d'atteindre le plafond contractuel¹⁶⁴. En tout état de cause, il existe un plafond : l'indemnité à laquelle le cocontractant a droit sur un terrain quasi-contractuelle ne doit pas lui assurer une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procuré. Pour l'évaluation de ce plafond, le juge administratif prend en compte l'ensemble de la rémunération à laquelle l'entrepreneur aurait eu droit en exécution du contrat en incluant le montant des éventuels avenants et le cas échéant, les dépenses exposées au titre des travaux prescrits par le maître d'ouvrage. L'évaluation de la limite extracontractuelle doit donc prendre en considération non seulement les dispositions du contrat, mais aussi tous les faits et actes contractuels.

En dernier lieu, le point le plus délicat pour l'indemnisation de l'entrepreneur appauvri, est l'établissement du lien de causalité entre la faute et le préjudice dont on demande réparation. L'administration a certes commis une faute mais faut-il encore que le manque à gagner de la société privée soit la conséquence directe de la faute commise par l'administration. En d'autres termes existe-t-il un lien direct de cause à effet entre l'annulation du marché et la poursuite du cocontractant de l'administration de l'exécution du marché ? *Nemo audirtur turpitudinem allengans* : c'est bien le comportement de la société Decaux¹⁶⁵, en acceptant un marché dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité, qui est la cause essentielle de son préjudice. Notons que la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration est souvent limitée, voir supprimée par la faute du cocontractant qui n'est que rarement excusable pour avoir ignoré l'illégalité qui est la cause essentielle de son préjudice¹⁶⁶.

L'indemnisation est subordonnée à la démonstration du caractère certain du préjudice allégué et à celle du lien entre le préjudice et la faute de la personne publique contractante. Pour obtenir réparation, l'appauvri doit prouver la faute contractuelle commise par l'administration, c'est-à-dire démontrer la relation de cause à effet qui existe entre la faute commise et le préjudice subi. Cependant, la jurisprudence malgache¹⁶⁷ offre des exemples du lien indirect entre l'appauvri et l'enrichi. Dans les pays africains sous étude, la jurisprudence ne fait pas explicitement référence au caractère direct des liens unissant l'administration et les entrepreneurs du secteur privé, la reconnaissance du lien de causalité est implicite puisqu'en se fondant sur la réparation du

¹⁶³ Madagascar, Cour suprême, Chambre administrative, 31 mai 2000, 44/93-ADM.

¹⁶⁴ P. BOURDON, *Le contentieux de la nullité du contrat administratif*, préc. Pp. 136-139.

¹⁶⁵ CE, 10 avril 2008, n°244950, Sté D éaux, p.151.

¹⁶⁶ TGI, 5^{ème} Cabinet d'instruction, Ord. R.1.091/04, RP.846/06 du 10 février 2006, p.5.

¹⁶⁷ Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 22 mars 2000, 96/98-ADM.



préjudice, le juge administratif démontre bien le lien de causalité. Toutefois, il convient de préciser qu'il n'est pas nécessaire que l'un soit la cause directe de l'autre, même indirecte, la corrélation suffit à fonder l'action de *in rem verso*¹⁶⁸. Ainsi, c'est bien la seule indemnité quasi-délictuelle qui peut être limitée en raison de la faute quasi-délictuelle de l'ex-cocontractant.

B-Une application limitée de l'enrichissement sans cause tirée de l'indemnisation du cocontractant

L'indemnité quasi-délictuelle peut être limitée du fait de l'implication du créancier dans la faute quasi-délictuelle du débiteur. La jurisprudence tire les conséquences, sur le plan indemnitaire, de l'annulation d'un marché public et plus précisément de la faute du cocontractant sur son indemnisation lorsqu'il n'est pas étranger à l'annulation du contrat. La responsabilité de la personne publique recherchée sur le fondement de la faute qu'elle a commise lors de la formation du contrat implique que le juge examine si le préjudice invoqué doit être supporté en totalité ou en partie par la collectivité. Réciproquement, l'entreprise ne peut pas obtenir la réparation de son manque à gagner dont l'origine se situe dans sa faute. Si le cocontractant dont le contrat est entaché de nullité peut donc obtenir davantage que l'indemnisation des seules dépenses, la faute commise par le cocontractant vient logiquement limiter la part de la responsabilité laissée à la charge de l'administration (1). Par ailleurs, la faute du cocontractant peut conduire le juge à lui refuser toute indemnisation en rupture d'égalité devant les charges publiques (2).

1- La faute du cocontractant limite son droit à réparation du préjudice

Dans le droit de la commande publique, l'existence d'un quasi-contrat est révélée lorsque des prestations ont été réalisées soit en prévision de la signature d'un contrat, soit en exécution d'un contrat nul ou annulé¹⁶⁹. Comme nous l'avons exposé, la faute l'appauvri a été considérée dans les pays africains sous étude comme un obstacle à l'exercice d'une action de *in rem verso* à l'encontre de l'administration. L'administration congolaise par exemple dans ses relations contractuelles avec son cocontractant ne l'indemnise pas toujours sur le fondement de la responsabilité quasi contractuelle ou contractuelle lorsque ce dernier a commis une faute. Le juge administratif congolais recours au juge pénal pour punir la faute du cocontractant¹⁷⁰. Dans l'affaire SGEC-Congo, lorsque le juge répressif congolais a jugé que l'inexécution d'un marché public constituait un abus de confiance et un détournement des deniers publics¹⁷¹. Depuis cette décision, l'on constate que le juge administratif considère que l'administration n'est pas tenue d'indemniser son cocontractant, c'est-à-dire des fautes de ce dernier.

¹⁶⁸ Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Cameroun, Les établissements Paysan c/ Etat du Cameroun, 27 juillet 2000 ; Cour suprême de Madagascar, Chambre administrative, 23 avril 1986, 76/83-ADM ; TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, Entreprise SOGAMI C./ État congolais.

¹⁶⁹ F. MODERNE, Les quasi-contrats administratifs, op.cit., n°110.

¹⁷⁰ TGI, 5^{ème} Cabinet d'instruction, Ord. R.1.091/04, RP.846/06 du 10 février 2006, p.5 ; Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin, SODECIB International SA c/ état béninois représenté par l'AJT, 11 janvier 2018.

¹⁷¹ Ibidem.



Toutefois, il convient de préciser que tous les juges administratifs ne s'en tenaient pas à ce raisonnement. Dans les pays africains sous étude, de nombreux exemples jurisprudentiels montrent que le juge administratif a souvent opté pour un partage de responsabilité¹⁷². En l'espèce, les éventuelles fautes commises par le cocontractant de l'administration peuvent conduire à un partage de responsabilité. La faute de l'appauvri peut exonérer partiellement voire totalement la personne publique de sa responsabilité quasi-délictuelle. Et, il convient surtout de citer l'affaire SODECIB International SA, où le juge de la Cour Suprême du bénin a retenu le partage de responsabilité entre l'État du bénin et la société SODECIB International SA en ces termes :

« *L'État du bénin condamné à payer à la société pour le développement du commerce, de l'industrie et du Bâtiment (SODECIB International), la somme de de quatre cent trente-sept millions (437 000 000) de francs à titre de dommages-intérêts, pour toutes causes de préjudices confondus ; (...) La société SODECIB International SA est condamnée à payer à l'État béninois, la somme de cent quatre-vingt-sept millions (187 000 000) représentant les redevances impayées des deux mille un (2001 et deux mille deux (2002) et les intérêts de droit pour compter de l'année deux mille un¹⁷³».*

Dans une autre affaire, la société ARTICO 80 SA, Le Syndic de liquidation et cinq autres c/ État béninois, du 20 avril 2017, la Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin a prononcé des condamnations pécuniaires à l'égard de l'État béninois et ses cocontractants, en l'espèce pour fautes contractuelles respectivement à la somme de 3 000.000.000 de francs CFA et 700 000 000 de francs CFA¹⁷⁴. En cas de manœuvres frauduleuses de l'appauvri, la responsabilité quasi contractuelle de la collectivité publique ne peut être engagée et l'appauvri ne peut prétendre à aucune indemnité. Nous constatons que la faute grave du cocontractant prive ce dernier du droit d'obtenir l'indemnisation de la perte du bénéfice attendu du contrat déclaré nul.

Le juge béninois offre un bel exemple en concluant à un partage de responsabilité contractuelle en condamnant à la fois l'administration et son cocontractant lorsque chacune des deux parties a commis une faute. Toutefois, il convient de préciser que l'entreprise ne peut pas obtenir la réparation de son manque à gagner dont l'origine se situe dans sa faute. Par conséquent, la personne publique qui met fin au contrat indemnise la perte des profits non réalisés à cause de la résiliation ou de l'annulation du contrat. Le juge administratif peut conclure à un partage de responsabilité en condamnant à la fois l'administration et son cocontractant lorsque chacune des deux parties a commis une faute quasi-contractuelle consistant dans le manquement aux obligations contractuelles ou dans la violation réciproques desdites obligations. Ainsi, dans une affaire rendue en 2018 et portant sur un contrat de concession de postes de péage, la chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin a jugé que l'État, de même que le concessionnaire qui ont méconnu leurs obligations réciproques nées du contrat, entraînent la condamnation des deux parties pour les préjudices subis par l'une et l'autre¹⁷⁵. La responsabilité

¹⁷² Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin, SODECIB International SA c/ état béninois représenté par l'AJT, 11 janvier 2018.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin, société ARTICO 80 SA, Le Syndic de liquidation et cinq autres c/ État béninois, 20 avril 2017.

¹⁷⁵ Chambre administrative de la Cour suprême de la République du Bénin du 11 janvier 2018, op.cit.



sans faute d'un contractant envers un tiers peut, en second lieu, être engagée, hors cas des travaux publics, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques¹⁷⁶.

En définitive, sauf s'il y a eu intention délibérée de tromper, la faute, l'imprudence ou la négligence commise antérieurement à la signature du marché ne prive pas la société appauvrie de son recours sur le fondement de l'enrichissement sans cause dès l'instant où les dépenses ont été engagées avec l'assentiment de la collectivité. Cette solution a certes le mérite d'éviter un remboursement automatique de ses dépenses mais elle conduit inévitablement à la mise en jeu d'une responsabilité quasi-contractuelle à deux vitesses : une ligne jurisprudentielle qui tient compte de la faute de l'appauvri pour exclure l'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause en cas d'absence ou de vice du consentement de la collectivité et une autre ligne jurisprudentielle qui ne tient pas compte de la faute de l'appauvri, couverte par l'assentiment de la collectivité, pour accepter l'indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause.

2- Le défaut de paiement des prestations réalisées caractérise une rupture d'égalité devant les charges publiques

La responsabilité extra-contractuelle sans faute repose généralement sur le principe d'égalité devant les charges publiques¹⁷⁷. Le principe d'égalité devant les charges publiques fonde un régime de responsabilité sans faute quand une mesure légalement prise cause un préjudice anormal et spécial, ce qui est expressément distingué de l'enrichissement sans cause, par exemple en cas d'abandon d'un projet d'ouvrage public¹⁷⁸. Une rupture d'égalité devant les charges publiques caractérise la situation de l'entreprise qui a supporté les dépenses afférentes à la réalisation de prestations nécessaires à l'accomplissement de services publics, sans percevoir une contrepartie financière. En l'absence d'un contrat permettant d'établir la créance du prestataire, la collectivité publique n'a pu accepter de payer le prix du service rendu qui lui a été facturé.

Cette hypothèse a été confirmée par la jurisprudence dans plusieurs affaires dans les États sous étude. Dans l'affaire Ville de Pointe-Noire contre Les établissements Général Techniques¹⁷⁹, par exemple, le requérant avait en 1998 et 1999 fourni du matériel de bureau pour un montant de 15.250.000 francs CFA, à la Ville Pointe-Noire. L'on constate qu'en dépit de la condamnation de la ville de Pointe-Noire, la dette est restée impayée pendant plusieurs années, alors que la dette a été reconnue par la ville de Pointe-Noire. On peut également évoquer l'affaire MOUAYA Guy contre Caisse congolaise d'Amortissement (CCA) dans laquelle l'État congolais a été condamné pour le non-paiement, sans motif, des travaux publics qui ont

¹⁷⁶ G. Vedel, « Préface », in P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 13.

¹⁷⁷ CE, 30 novembre 1923, Sieur Basilio Couitéas, req. n°38284, 48688, GAJA, pp.253-260.

¹⁷⁸ Cour suprême du Mali, 20 février 2020, 117, <https://juricaf.org/arret/MALI-COURSUPREME-20200220-117>; Cour suprême du Benin, Chambre administrative, 08 octobre 2006, 76 ; <https://juricaf.org/arret/BENIN-COURSUPREME-20061008-76>, voir <https://juricaf.org/arret/BENIN-COURSUPREME-20061008-76>.

¹⁷⁹ T.A. de Pointe-Noire, 20 mai 2019, Ville de Pointe-Noire contre Les établissements Général Techniques.



totalement profités à l'administration¹⁸⁰. Or, Maurice HAURIAU dans son *Précis de droit administratif* examinait, « *diverses hypothèses dans lesquelles, pratiquement, l'opération administrative entraîne au profit de l'Administration un enrichissement sans cause qui justifie une indemnité* », on trouvait, en particulier, les « *dommages permanents résultants de travaux publics* »¹⁸¹.

Au Congo, la rupture devant les charges publiques doit être illustrée par la célèbre affaire dite « Papa Mapassa ». Cette affaire a impliqué l'entrepreneur fictif non-attributaire d'aucun marché. En l'espèce, courant les mois d'octobre, novembre, décembre de l'année 2008 et janvier 2009, le nommé KABA Crépin commerçant, patron des établissements « Papa Mapassa » a mis un stratagème qui lui a permis en un temps très court, aidé et assisté par des cadres et agents du Ministère de la santé et du Trésor public, de percevoir indûment au détriment de l'Etat congolais, la somme d'argent d'un montant de 659. 162.249 FCFA. Ayant constaté que l'obtention des marchés publics à Brazzaville relevait de la gageure, il a résolu de descendre dans les districts où, avec des moyens financiers dont il dit provenir de l'exploitation de deux voitures à usage de taxi, il a commencé à perfectionner quelques hôpitaux situés dans le département des plateaux.

L'homme d'affaires à l'insignifiant capital de 500 000 FCFA, se lance alors à corps perdu dans les travaux d'hercule estimés à des milliards de francs CFA. Aux autorités locales qu'il rencontre, il déclare avoir reçu mandat de l'Etat en vue de réhabiliter et d'équiper des infrastructures sanitaires dans le cadre du budget d'investissement exercice 2008. Les hôpitaux ciblés sont ceux d'Ollombo, Okoyo, Boundji, Nkayi, Abala, Ngania, Gamboma, Djambala et Lekana. Après avoir réalisé quelques travaux qui ont profité à l'administration, il s'est employé à médiatiser l'opération, en prenant langue avec un organe de presse de la place de Brazzaville qui en a fait un reportage digne d'éloges¹⁸². En l'absence d'un contrat écrit, le nommé KABA Crépin pouvait prétendre à une indemnisation du préjudice subi. Pour la mise en œuvre de cette responsabilité, il faut que le préjudice dont il est demandé réparation soit d'une gravité suffisante et présente un caractère spécial. Le préjudice peut résulter de la réalisation d'un risque encouru, dans l'utilisation des méthodes dangereuses¹⁸³, ou encore par la réalisation de travaux publics, mais aussi dans le cadre d'une collaboration occasionnelle à l'exécution d'un service public. En dehors de ces situations de danger qui sont étrangères au préjudice subi par le nommé KABA Crépin, la personne publique pouvait être condamnée à l'indemniser des prestations exécutées et des charges supportées au nom de l'intérêt général, et qui ont occasionné une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Cette égalité sera considérée comme rompue lorsque la victime, en l'espèce l'appauvri justifie d'un préjudice à la fois anormal et spécial. L'anormalité du dommage est une condition bien connue de la mise en œuvre de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges

¹⁸⁰ T.A. de Brazzaville, 2 mars 2017, MOUAYA Guy c/Caisse Congolaise d'Amortissement ; TGI de Sibiti, 18 juillet 2013, société SOGAMI c/ l'Etat congolais.

¹⁸¹ M. HAURIAU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} édition, Sirey, Paris, 1921, pp.382-384.

¹⁸² TGI, 1^{ère} chambre correctionnelle du 25 mars 2009, M.P et l'Etat congolais c/ KABA Crépin, BOZONGO et autres, répertoire n°56 ; CA de Brazzaville, 17 novembre 2009, répertoire n°45, MP. Et l'Etat congolais c/ KABA et autres.

¹⁸³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 10^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, n°1507.



publiques. Cette dernière n'est en effet caractérisée qu'en présence d'un dommage anormal. Selon l'arrêt Couitéas de 1923¹⁸⁴ fondateur de cette responsabilité, lorsque l'État refuse légalement de prêter le concours de la force publique pour faire exécuter une décision de justice, le préjudice qui en résulte « ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge qui incombe normalement à l'intéressé ». Selon Chapus, « il faut que le dommage soit tout à la fois "spécial" et "anormal" », cette dernière condition signifiant qu'il doit atteindre « un certain degré d'importance »¹⁸⁵. Ainsi, la responsabilité extracontractuelle de la personne publique peut être engagée lorsque ses activités ont fait courir un risque spécial et ont engendré des charges anormales caractérisant une rupture d'égalité par rapport aux « inconvénients ordinaires de la vie en société » qu'une personne doit normalement supportés¹⁸⁶. Dans ce cas, la victime n'a nullement à rapporter la preuve du caractère fautif du fait dommageable.

La responsabilité extracontractuelle sans faute au profit du collaborateur occasionnel du service public a été admise afin de réparer les dommages résultant de la réalisation d'un risque. Elle permet ainsi d'indemniser les personnes qui ont subi un dommage en apportant leur concours à l'exécution d'un service public¹⁸⁷. Dans cette hypothèse, il ne s'agit nullement de réparer les dommages résultant d'un enrichissement sans cause, mais de rétablir l'égalité des droits de l'entreprise devant les charges publiques au titre du service rendu à la collectivité. Il faut donc avouer que ces voies de droit dont bénéficient les tiers pour rechercher l'indemnisation d'un préjudice survenu lors de l'exécution d'un contrat administratif constituent bel et bien une spécificité du droit public qui renforce d'autant les droits des tiers victimes d'un manquement contractuel. Toutefois, elles ne nous paraissent pas à même de justifier entièrement le maintien du principe de la relativité de la faute contractuelle. Si l'on s'accorde à penser que « *l'injustice ou l'iniquité qui, en droit privé, pourrait résulter de l'impossibilité d'invoquer l'inexécution d'un contrat auquel on n'est pas partie n'existe pas dans ces hypothèses* »¹⁸⁸, ces hypothèses demeurent limitées et ne permettent pas de combler certaines lacunes de l'état actuel du juge administratif dans les États sous étude en matière de réparation des dommages subis par les entreprises sans contrat administratif. Le droit de réparation des préjudices subis est soumis à certaines conditions qui ne paraissent pas être remplies dans le cas du prestataire qui a accepté de réaliser des prestations sans contrats au profit de l'administration. De plus, dans l'affaire Société Château Construction de 2012, le juge administratif malien rappelle que l'autorité contractante ne peut refuser de payer un acompte dès qu'il y a commencement d'exécution du marché¹⁸⁹.

La jurisprudence administrative ne semble pas évoquer expressément l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique. Pour autant, l'enrichissement n'est pas inexistant. Il existe encore de nombreuses insuffisances, difficultés et obstacles pour le juge administratif

¹⁸⁴ Arrêt Couitéas précité, CE 30 nov. 1923, req. n° 38284, Lebon.

¹⁸⁵ R. CHAPUS, *op.cit.*, n° 1507.

¹⁸⁶ CE, 10 avril 2008, n°244950, société Décaux.

¹⁸⁷ CA de Brazzaville, 17 novembre 2009, répertoire n°45, MP. Et l'Etat congolais c/ KABA et autres.

¹⁸⁸ CE, Sect., 11 juillet 2011, Mme Gilles, n° 339409, publié au recueil Lebon : « la cour n'a pas commis d'erreur de droit en retenant que la qualité de tiers au contrat du [...] de Mme A... faisait obstacle à ce que cette dernière se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle » (cons. 3).

¹⁸⁹ CS, Section. adm. 23 février 2012, Société château construction.



à prendre en compte l'enrichissement sans cause. Le système de règlement des litiges, notamment ceux relatifs aux manquements par rapport aux règles de passation et d'exécution des marchés publics doit être revu et renforcé, afin d'offrir aux candidats évincés et aux titulaires des contrats annulés une protection juridictionnelle basée sur l'enrichissement sans cause. Hormis ces obstacles, l'enrichissement sans cause doit impérativement être considéré comme un quasi-contrat dans le contexte du droit africain, d'autant plus qu'il correspond dans son principe à la conception d'équité « *il est juste d'après le droit naturel que personne ne s'enrichisse au détriment d'autrui* »¹⁹⁰ était une règle d'équité et de justice élémentaire qui a toute sa place dans la tradition africaine. En dépit des difficultés d'application de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique justifiées par le partage de fautes entre le cocontractant et l'administration, la rupture d'égalité devant les charges publiques et l'absence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, le juge administratif doit maintenir un équilibre entre la protection du cocontractant et celle de l'intérêt général et des deniers publics. L'examen de l'application de la responsabilité quasi-contractuelle constitue alors le dernier stade d'analyse de la substitution des responsabilités contractuelles et quasi-délictuelle consécutive à l'existence d'un contrat administratif irrégulier. Cela nous amène à conclure que l'application de la responsabilité quasi-contractuelle est également un élément contribuant à limiter l'application de la responsabilité quasi-délictuelle dans les rapports entre cocontractants. Cette question continue à nourrir la réflexion de ceux qui militent en faveur de la consécration explicite de la théorie de l'enrichissement sans cause dans le droit de la commande publique dans les États sous étude.

¹⁹⁰ BAYLE, L'enrichissement sans cause en droit administratif, 1973, LGDJ, n°25 et s, pp.1-5.