

L'autonomie du droit des contrats administratifs à la lumière de l'évolution récente

(Par Césaire KPENONHOUN, Maître-assistant en Droit public, Enseignant-chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi -UAC/Bénin-)

Problématique : Le droit des contrats administratifs est un droit hybride

Résumé

La mutation du fondement et des critères du contrat par la mise en concurrence qui infléchit la portée de *l'intuitu personae*, la réduction de l'exorbitance en matière d'exécution et les modes alternatifs de règlement des conflits que consacrent les droits interne et communautaire atténuent l'autonomie du droit des contrats administratifs. Toutefois, celle-ci persiste à bien des égards comme en témoigne l'internationalisation de pans entiers du régime juridique des contrats de droit public qui administrative également en retour, des règles du droit privé.

Expressions clés : contrats administratifs, autonomie essentielle, autonomie accidentelle, publicisation de règles du droit privé, privatisation et internationalisation du droit administratif.

Plan

I/ Les remises en cause subies par l'autonomie

A/ Un droit des contrats saisi par la logique du droit privé

- 1°) Les critères du contrat à l'aune de l'autonomie de la volonté
- 2°) L'extension du droit de la concurrence au régime des contrats

B/ Une atténuation normative du régime des contrats

- 1°) L'influence de la législation communautaire
- 2°) La privatisation de règles contractuelles en droit interne

II/ Les résistances observées au niveau de l'autonomie

A/ Un apport certain des sources du droit des contrats

- 1°) L'ancrage constitutionnel de règles contractuelles
- 2°) L'internationalisation de règles contractuelles

B/ Un aménagement spécial du contentieux contractuel

- 1°) La publicisation intense de règles du droit privé
- 2°) Le renouvellement du contentieux administratif

Introduction

Fondation et piliers vacillent, l'édifice résiste cependant. L'autonomie du droit des contrats administratifs subit des perturbations, notamment sous l'influence conjuguée du droit privé¹ et du droit communautaire.² Elle traverse ainsi un moment de profondes réformes ou de purification, mais pas de putréfaction.

En effet, la doctrine classique conçoit quasi unanimement³ le contrat administratif comme un acte juridique bilatéral conclu entre personnes publiques ou par une personne publique et un particulier en vue de la réalisation d'une mission d'intérêt général. Ainsi défini, « *la loi qualifie expressément certains contrats d'administratifs (...). Lorsque ce n'est pas le cas, c'est la jurisprudence qui dégage les critères d'identification du caractère administratif ou non d'un contrat passé par l'administration* ». ⁴ Il en découle trois centres d'intérêt.

Primo, mis à part le contrat par détermination de la loi,⁵ il existe trois critères jurisprudentiels d'identification d'un contrat administratif : un critère organique⁶ et deux critères matériels qui s'alternent, à savoir le service public⁷ et la clause exorbitante de droit commun.⁸

La combinaison des sources législative et jurisprudentielle donne lieu à une grande variété de contrats administratifs, d'où la nécessité de procéder à leur typologie sans prétendre à l'exhaustivité. A

¹ Voir Babacar GUEYE, « Le nouveau Code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », *Revue Droit sénégalais*, novembre 2008, n° 7, pp. 257-280. Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 21^e édit., 2015, p. 299 et s.

² Voir directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ; directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

³ Voir Demba SY, *Droit administratif*, Dakar, L'Harmattan, 2^e édit., 2014, pp.319-320 ; Gilles LEBRETON, *Droit administratif général*, Paris, Edit. Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 8^e édit., 2015, p.301 et s.

⁴ Voir Frédéric COLIN, *L'essentiel du droit public économique*, Paris, Gualino. Lextenso éditions, Coll. Les Carrés, 2^e édit., 2014, p.50.

⁵ Voir Code béninois des marchés publics et des délégations de service public du 7 août 2009.

⁶ Conformément à l'article 8 du Code des Obligations de l'Administration-COA- au Sénégal, seules les conventions auxquelles au moins une personne morale de droit public est partie sont susceptibles d'être des contrats administratifs. Voir aussi TC 21 mars 1983, *UAP, AJDA* 1983, p. 356, concl. LABTOULLE).

Un contrat entre particuliers est donc par nature un contrat de droit privé (Voir N° 21/CA du Bénin du 02 mai 2002, *Ainèkpo ALINTINSOU c/ M.D.R.A.C.*, www.juricaf.org (consulté le 18 octobre 2016) ; TC, 3 mars 1969, *Société INTERLAIT, Rec.*, p.682, *AJDA* 1969, p.307 ; *RDP* 1969, p.695.

Cependant un contrat passé entre deux particuliers peut être un contrat administratif par détermination de la loi (voir par exemple en France le décret-loi du 17 juin 1938, devenu l'article L2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). En outre la jurisprudence admet qu'un tel contrat est administratif lorsque l'un des particuliers a agi pour le compte d'une personne publique sur la base d'un mandat explicite (TC 16 mai 1983, *Cie Toulousaine de transport, Rec.*, p.778) ou implicite (CE, Sect. 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région Montpellieraine, Rec.*, p. 326 ; TC 8 juillet 1963, *Société entreprise PEYROT, GAJA*, 20^e édit., 2015. La jurisprudence *PEYROT* est intervenue dans le domaine de la construction des routes et a connu un rayonnement tel que le TC l'a jugée une exception trop importante au critère organique en y mettant un terme (voir TC 9 mars 2015, *Mme R c/ Sté autoroute du Sud de France, AJDA* 2015, p.481, obs. PASTOR).

⁷ Le critère du service public se rapporte à la participation du cocontractant à l'exécution même du service public (CE Sect., 20 avril 1956, *Epoux BERTIN, GAJA*, op.cit.), et au contrat perçu comme un moyen d'exécution du service public par l'administration elle-même (voir CE 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c/ consorts GRIMOUARD, GAJA*, op.cit.).

⁸ L'exorbitance consiste en la rupture de l'égalité contractuelle au profit de l'un des cocontractants, en l'octroi au cocontractant de l'administration des prérogatives à l'égard des tiers, en l'inclusion d'une règle spécifique au régime juridique des contrats administratifs dans un but d'intérêt général qui a manifestement inspiré la stipulation (article 15 du COA au Sénégal). Les deux premiers critères se rapportent aux clauses exorbitantes (voir du côté français, le raisonnement mené *a contrario* par le juge administratif dans l'arrêt -CE 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges, GAJA*, op.cit.) Les troisième et quatrième critères relèvent du régime exorbitant préexistant à la passation du contrat (voir par exemple du côté français CE, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec.*, p.48 ; TC 13 octobre 2014, *SA Axa France, IARD*, n° 3963).

titre indicatif on peut citer les marchés publics (MP),⁹ la délégation de service public (DSP),¹⁰ les contrats de partenariat public-privé (PPP)¹¹ qui sont des contrats de la commande publique¹² et les contrats qui n'en relèvent pas¹³ dans la mesure où à leur égard l'administration n'achète rien ou ne confie aucune tâche particulière au cocontractant.¹⁴ Aussi, en dehors des contrats innomés¹⁵ qu'il revient à la jurisprudence administrative de qualifier au cas par cas, existe-t-il des contrats d'achat dont le régime juridique diffère de celui des contrats de la commande publique.¹⁶ Au lieu d'un contrat, l'on a donc affaire à des contrats administratifs.

Par conséquent, de façon traditionnelle, lorsqu'une personne publique signe, à titre onéreux ou non, un acte bilatéral avec une autre personne publique ou avec un particulier, ou quand un tel acte est signé entre deux particuliers dont l'un au moins agit pour le compte d'une administration publique en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, l'on est en présence d'un contrat administratif de plein droit en vertu de dispositions législatives ou, à défaut, le contrat est administratif sur la base de critères jurisprudentiels.

Secundo, le législateur¹⁷ ou le juge¹⁸ dégage aussi des contrats de droit privé de l'administration. Ajoutés aux contrats de droit public, l'on obtient les contrats de l'administration.¹⁹ Les uns relèvent notamment du droit privé et les autres d'un régime exorbitant de droit commun, ce qui laisse susciter un intérêt théorique, voire des controverses doctrinales d'un intérêt récurrent.

Tertio en effet, il a été déduit de son caractère exorbitant, l'autonomie ou la spécificité, à

⁹ « Les marchés publics sont des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux par une autorité contractante avec des entités privées ou publiques pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » (voir article 1^{er}-22 du décret n° 2008 - 173 du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso).

¹⁰ La délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service ; elle comprend les régies intéressées, les affermages ainsi que les concessions de service public, qu'elle inclue ou non l'exécution d'un ouvrage (article 3, § 19 du Code béninois des marchés publics et des délégations de service public du 7 août 2009).

¹¹ En vertu de l'article 10 du COA au Sénégal du 19 juillet 1965, « constitue un contrat de partenariat, le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée.

La durée du contrat de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de leur financement. Le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performances qui lui sont assignés ». Mais l'exorbitance est aussi synonyme de sujétions pesant sur l'administration (voir Fabrice MELLERAY (dir), *L'exorbitance du droit administratif en question*, Paris, LGDJ, 2004, p.6.

¹² Au vu « de son contenu, le droit de la commande publique pose un socle commun de règles applicables aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat public-privé » (Voir Seynabou SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 28 novembre 2015, p.70).

¹³ On note l'offre de concours qui consiste en un don en nature ou en espèces dans le but d'orienter une action administrative conformément à la volonté du cocontractant, les contrats d'emprunt public d'Etat, les contrats de recherche, les contrats portant occupation du domaine public, les subventions faisant l'objet d'un contrat, le contrat administratif de travail, etc. et les contrats innomés qu'il revient à la jurisprudence administrative de qualifier au cas par cas, etc. (Voir Demba SY, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 328-329).

¹⁴ Les contrats d'achat et de vente, de location, à objet social, et de louage de services sont d'autres catégories de contrats spéciaux (voir Remi ROUQUETTE, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration, *AJDA*, 20 juillet-20 août 1995, p.483.

¹⁵ Voir l'ouvrage précité de Demba SY, pp. 328 et s.

¹⁶ Voir infra, II-A-2.

¹⁷ Voir Ibrahim David SALAMI, *Droit administratif*, Cotonou, Editions CeDAT, 2015, p.125.

¹⁸ Voir CE, 31 juillet 1912, *Société Granits Porphyroïdes des Vosges*, *GAJA*, op.cit.

¹⁹ Voir Charles EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *JCP* 1949, n° 742 et 751.

savoir une certaine indépendance du droit applicable au contrat administratif de celui régissant les contrats entre particuliers.²⁰ Mais l'autonomie ou la spécificité ne signifie pas nécessairement le rejet du Code civil par la juridiction administrative. Même quand celle-ci met en application des dispositions du droit privé, de son propre chef, c'est-à-dire sans en être tenue, il y a encore une manifestation de l'autonomie du droit des contrats administratifs.²¹ Toutefois, dans l'entendement de la doctrine, les notions d'autonomie et de spécificité ne recouvrent pas forcément la même signification. Une partie de celle-ci les nuance tandis que l'autre partie les confond.

L'argumentation des premiers auteurs tient au fait que « *coexistent au sein du droit administratif, des règles propres à celui-ci, sans équivalent dans le droit privé, mais aussi des règles ou constructions librement transposées du droit privé pour être adaptées à l'action publique. De la première catégorie sont toutes les prérogatives de coercition dont l'administration dispose à l'égard des particuliers ; exprimées par l'emploi de l'acte administratif unilatéral (AAU) elles contrastent totalement avec les techniques du droit privé dominées par le principe de l'égalité des volontés et de la technique contractuelle* ». ²²

Seulement, dans le domaine contractuel, la règle de droit administratif qui a son équivalent en droit privé en diffère plus ou moins profondément, et les différences de régime qui sont fondées sur des justifications rationnelles doivent être distinguées de celles qui peuvent résulter de pures divergences entre les jurisprudences administrative et judiciaire, et qui constituent un particularisme simplement « *accidentel* ». ²³ Dans le cas contraire, l'autonomie du droit administratif conduit vraisemblablement à une spécificité, à un particularisme marqué du droit applicable aux contrats administratifs en lui conférant « *une autonomie essentielle* ». ²⁴

Analysant ainsi l'autonomie en rapport avec les deux variétés d'actes juridiques, les auteurs concernés débouchent sur la conclusion que l'A.A.U. est autonome tandis que le droit des contrats administratifs est un droit spécifique. ²⁵ Il bénéficie d'une *autonomie essentielle*. Inversement, la seconde partie de la doctrine ne fait pas une nuance entre autonomie et spécificité. ²⁶ Le droit administratif et par voie de conséquence le droit des contrats administratifs serait un droit autonome au même titre que l'A.A.U. Ce qui renouvèlera les débats à une époque où de façon pratique, les contrats administratifs occupent de plus en plus une place privilégiée dans la conduite des affaires publiques. En effet, les contrats administratifs absorbent une part assez importante des deniers publics. Par exemple au Sénégal, en 2013, les crédits votés pour l'investissement et le fonctionnement de l'Administration centrale s'élèvent à 1.064.006.760.421 FCFA. Ce montant a évolué en 2014 où les crédits votés pour le fonctionnement et l'investissement s'élèvent respectivement à 606.788.783.822 FCFA et à 684.996.192.169 CFA, soit une autorisation d'engagement de dépenses de 1.291.784.975.991 CFA. Les autorisations de dépenses avaient été exécutées à hauteur de 88 % au titre des seuls marchés publics. ²⁷ En outre, des contrats entiers peuvent être initiés au moyen d'une offre spontanée, et financés par les particuliers dans le domaine des contrats de partenariat public-privé. ²⁸ Ainsi se

²⁰ Voir Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, Parsi, LGDJ, Lextenso édition, 21^e édit., 2015, pp. 297.

²¹ Voir André de LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1^{ère} édit., n° 6, cité par Jean WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges en l'honneur de Jacques GHESTIN*, 2014, p.965.

²² Yves GAUDEMET, « Le critère du droit administratif : une question nécessaire, une réponse impossible », in *Florilèges du droit public, Recueil de Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre BOVIN*, Paris, Edit. La Mémoire du droit, 2012, p.6.

²³ Voir Georges VEDEL, *Note sous TC*, 26 mai 1954, *Moritz*, *JCP* 1954, II, 8334.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Voir Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, op.cit., pp. 30-32.

²⁶ « *En dépit des affirmations idéologiquement orientées des partisans de l'unité du droit contractuel, la science du droit des contrats administratifs s'est largement bâtie en dehors de toute influence du droit civil des obligations* ». (Voir Benoît PLEXIS, *L'utilisation du droit privé dans l'élaboration du droit administratif*, édit. Panthéon-Assas, 2003, p. 734 et s.; Jean-Maire BRETON, « Propos impromptus », 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.33).

²⁷ Voir http://www.armp.sn/image/armp_rapport_annuel_%20122013.pdf (consulté le 19 août 2016).

²⁸ Voir point 6.1.3 du décret n° 2014-349 du 2 juin 2014 portant approbation de la note de cadrage des Projets en PPP en République du Bénin.

justifie-t-il que les citoyens s'intéressent de plus en plus à la réalisation des contrats administratifs, non seulement pour des raisons d'ordre social, mais également pour des questions de transparence, de performance ou de bonne gouvernance,²⁹ que le régime juridique des contrats soit qualifié d'un régime juridique autonome tout court ou d'une *autonomie essentielle*, ou que l'on prêche ou non³⁰ pour la privatisation pure et simple du droit des contrats administratifs.

De toute manière, si tant était que les contrats administratifs sont menacés de reniement,³¹ comment se fait-il qu'ils prennent autant d'ampleurs, que l'on parle globalement des contrats de l'administration qui est une expression qui traduit la coexistence des contrats de droit privé de l'administration avec les contrats administratifs dont le régime juridique ne cesse d'être actualisé³² ou amplifié³³? En effet, au moment où il examinait la question dans son contexte classique, un docteur³⁴ avait par exemple démontré que l'exorbitance du droit administratif et par suite celle du droit des contrats administratifs devrait être plus atténuée en France qu'au Sénégal parce que la construction de l'Etat qui nécessite un renforcement des prérogatives de la puissance publique paraît plus élaborée dans les Etats occidentaux que dans ceux de l'Afrique noire francophone. Ressort-il néanmoins de pareils propos qu'une étude afférente au droit des contrats administratifs consisterait à reprendre les termes des débats menés au siècle passé, en défendant littéralement son autonomie? Le cas échéant, le droit des contrats administratifs aurait été pris pour un droit stationnaire. On en aurait ignoré les *"bases constitutionnelles"*³⁵ de la fin du XXe siècle dont il doit être le reflet. En définitive, quelle appréciation doit-on pouvoir alors effectuer en toute objectivité du droit des contrats administratifs : continue-t-il d'être ou non un droit autonome? De toute façon, les principes et règles de droit qui s'appliquent aux contrats administratifs font état d'un régime juridique hybride.

Il en est d'autant plus ainsi qu'il existe encore autant de règles dérogatoires au droit commun qui régissent les contrats administratifs que l'on enregistre et qui font l'objet d'une altération. Il en sera rendu compte à partir des expériences sénégalaise et burkinabé que la revue de littérature disponible a permis de cibler, et aussi à partir du Bénin où se mène la présente recherche. En outre, ces Etats appartenant tous à l'UEMOA qui concourt pour une bonne part à la réglementation des contrats administratifs notamment à partir du tournant des années 2000, en s'inspirant du droit français,³⁶ l'argumentation adoptée sera également comparatiste. Le droit français permettra d'enrichir le droit africain ou des Etats francophones sous étude, de le compléter ou de lui servir au besoin une source d'inspiration pour d'éventuelles perspectives. Les démarches comparative et comparatiste seront conduites à l'aune du droit qui régit la détermination, la passation, l'exécution et le contentieux³⁷ mais aussi la préparation³⁸ des contrats administratifs, pour examiner la pertinence des différentes

²⁹ Voir Babacar GUEYE, « Le nouveau Code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », op.cit.

³⁰ « La consécration de l'économie du marché et la mondialisation semblent amorcer le déclin, à l'instar du droit administratif, du contrat administratif. (Voir Joseph DJOBGENOU, *Droit des obligations. Deuxième année de Licence.*, UAC, 2012-2013, p.21). Voir en sens inverse, Ibrahim David SALAMI, *Droit administratif*, op. cit.

³¹ « La consécration de l'économie du marché et la mondialisation semblent amorcer le déclin, à l'instar du droit administratif, du contrat administratif. (Voir Joseph DJOBGENOU, *Droit des obligations. Deuxième année de Licence.*, op.cit., p.21). Voir en sens inverse, Ibrahim David SALAMI, *Droit administratif*, op. cit.

³² Il existait en 1996 un Code des marchés publics (voir l'Ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des marchés publics en République du Bénin). Il a été abrogé par un Code des marchés publics et des DSP du 7 août 2009.

³³ Le PPP était par exemple régi par un décret n° 2014-349 du 2 juin 2014 portant approbation de la note de cadrage des Projets en PPP en République du Bénin. Mais récemment il a fait l'objet d'une loi n° 2016-24 du 24 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin. La mise en application de celle-ci est suspendue pour un motif de non exercice du contrôle de constitutionnalité *a priori* par le Gouvernement (voir décision DCC n°17-39 du 23 février 2017).

³⁴ Voir B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif. L'exemple du Sénégal*, Thèse, Doctorat d'Etat, Orléans, 1983, pp. 122-123.

³⁵ Voir Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p.3.

³⁶ Voir Sény Mahamadou OUEDRAOGO, « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *Revue burkinabé de Droit*, 2013, p.164.

³⁷ Voir Thomas BIDJA NKOTTO, *Les contrats de l'administration au Cameroun*, Université de Lille, Agence nationale de reproduction des Thèses, 2000.

³⁸ Voir Demba SY, *Droit administratif*, op. cit.

tendances qu'on vient d'annoncer. Comme on le sait déjà, l'une d'elles paraît favorable à la disparition de *l'autonomie essentielle*, et une autre tendance semble adhérer à son maintien. Mais une dernière tendance, médiane, qui est celle de notre réflexion exposera les résistances observées au niveau de l'autonomie (I) des règles contractuelles face à sa privatisation (II). Mais pour une raison de cohérence, l'accent sera mis au prime abord sur les remises en cause que l'autonomie a subies (I).

I/ Les remises en cause subies par l'autonomie

Le « *droit de tout le monde* »³⁹ opère une forte transformation des relations contractuelles qui existent entre l'administration et ses partenaires. En effet, lorsque deux règles de droit sont autonomes, le moyen tiré de ce que l'une ne respecte pas l'autre est un moyen inopérant,⁴⁰ un moyen inutile ou sans effet. Il ne revient donc pas au droit privé de s'imposer de son propre chef, notamment au juge administratif. Celui-ci ne l'applique qu'à volonté. Mais le fait est que la logique qui gouverne les contrats entre particuliers envahit d'une manière latente et progressive l'esprit des contrats de droit public de sorte que les sources du droit des contrats administratifs s'en prévalent à la faveur d'une opinion favorable pour les normativiser, et donc pour les imposer à l'administration contractante et au juge administratif. A partir de cet instant, avant de démontrer que l'on assiste à une atténuation normative de l'autonomie du droit des contrats (B), il importe d'étudier au préalable que l'on est en présence d'un droit autonome saisi par la logique du droit privé (A).

A/ Un droit autonome saisi par la logique du droit privé

Le droit privé est fait de notions, de principes et de règles qui régissent en principe les relations entre les particuliers.⁴¹ Ceux-ci sont guidés par la logique ou l'esprit économique, de profit ou *de lucre*.⁴² C'est un droit qui est fondé sur l'autonomie de la volonté des parties qui intègre le droit de la concurrence au régime des contrats de droit privé.⁴³ De ce fait, l'irruption du droit privé dans le champ d'application du droit des contrats administratifs ne peut être exposée en marge de la volonté des parties et du droit de la concurrence. Et les grandes subdivisions des contrats administratifs faisant appel aux critères de leur définition et à leur réglementation, l'extension du droit de la concurrence au régime des contrats (2) administratifs sera précédée des développements qui étudieront les critères (de détermination) du contrat à l'aune de l'autonomie de la volonté (1).

1°) Les critères du contrat à l'aune de l'autonomie de la volonté

L'évolution d'un droit est fille de la transformation de son fondement.⁴⁴ Pour cette raison, la mutation des règles spécifiques qui s'appliquent aux contrats administratifs aura pour passage obligé l'évolution de son fondement. En droit, il en existe deux catégories : une première catégorie concerne le fondement conceptuel formé de « *principes simples et essentiels, du raisonnement à partir duquel le droit public (dans ses différentes disciplines) trouve une construction cohérente* ». Une seconde catégorie traite des « *bases matérielles, assises matérielles par lesquelles le droit public s'impose et*

³⁹ Voir George VEDEL, *Droit administratif*, Préface à la 7^e édition.

⁴⁰ Voir René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, édité. Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 12^e édition, 2006, p.793.

⁴¹ Voir Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, op.cit., p. 30 et s.

⁴² Voir Salif. 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*, op.cit., p.94.

⁴³ Voir Mbissane NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse, UGB de Saint-Louis, juin 2007, p. 223.

⁴⁴ Voir Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913. (Réédition: Paris, La mémoire du droit, 1999, 285 p.).

trouve le moyen de se développer sur un territoire».⁴⁵ Ramené au droit administratif et plus précisément au droit des contrats administratifs, le fondement conceptuel est de l'ordre des idées. Il a une signification *métajuridique*,⁴⁶ philosophique. Il dénote d'une *idéologie*⁴⁷ qui irrigue le droit des contrats administratifs. Il s'agit de la notion d'intérêt général.⁴⁸ En outre, l'existence de critères est importante pour fixer le champ d'application d'un droit administratif autonome par rapport au droit privé.⁴⁹ En matière contractuelle, l'intérêt général et les critères d'identification du contrat ont été rappelés dans l'introduction du présent travail. Il s'agit du critère organique et des critères matériels dont le service public et la clause exorbitante de droit commun. De leur affaiblissement dépend celui du particularisme⁵⁰ du droit des contrats administratifs.

Aussi, comme on l'invoquait, le droit privé est-t-il mu par un esprit, en l'occurrence par le principe de l'autonomie de la volonté.⁵¹ Conformément à ce principe, l'homme étant né libre, il ne peut s'obliger que par sa propre volonté.⁵² En dérivent, les principes de l'égalité des parties et de la liberté contractuelle. En vertu de ce dernier principe, l'homme est libre de passer ou de ne pas passer un contrat,⁵³ de choisir librement son cocontractant, et de déterminer librement les clauses du contrat⁵⁴ ; il rythme avec la force obligatoire du contrat. Conformément à l'article 1134 du Code civil, ce deuxième principe signifie que les conventions légalement signées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Ainsi, un contrat s'impose au juge⁵⁵ ; enfin, on note l'effet relatif des contrats. En vertu de l'article 1165 du Code civil « *les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties* ». S'inspirant de ces différents principes qui fondent le consentement des parties et leur égalité en droit civil, les sources du droit des contrats administratifs prônent de plus en plus l'égalité entre l'administration et ses cocontractants. Pour ce faire au Bénin, une révision unilatérale par l'administration, à la baisse, du prix d'une location abritant l'Arrondissement d'Akodéha dans le Département du Mono avait été annulée⁵⁶ à bon droit. La modification unilatérale doit intervenir pour une raison d'intérêt général et elle ne porte pas sur le prix du contrat.⁵⁷ Ainsi, lorsque le consentement est donné par erreur, ou extorqué par le dol ou par la violence, cela entraîne la nullité du contrat.⁵⁸ Aussi un contrat dont la cause est illicite est-il nul et de nul effet.⁵⁹

⁴⁵ Voir Florence GALETTI, *Les transformations du droit public africain francophone: entre étatismes et libéralisation*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 74.

⁴⁶ Voir DOSSOUMON (Samson), *Fonctions du contrôle juridictionnel de l'Administration dans les pays en voie de développement (cas des pays francophones d'Afrique noire)*, Thèse, Doctorat en Droit, Orléans, 1983, p. 102.

⁴⁷ Voir Léon DUGUIT, *RDPA*, 1907, p.407, cité par Gilles LIBRETON, *Droit administratif*, p.13.

⁴⁸ Voir Salif. YONABA, article précité sur le concept « *d'intérêt général* », *op.cit.*

⁴⁹ Voir Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit.*

⁵⁰ Voir Jacques CILLOSSE, « La réforme administrative et la question du droit », *AJDA*, janvier 1989, p.3.

⁵¹ L'exposé des emprunts qu'effectue le droit privé au régime des contrats administratifs s'appuiera ici sur le Code civil français qui n'est pas sans inspirer les législateurs communautaires africains -OHADA et UEMOA- (voir Adolphe MINKOA SHE, « Le Code civil des Français, un modèle dans les pays d'Afrique francophone », *op.cit.*

⁵² Voir Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Tome 4, 30^e édit., n° 16.

⁵³ De la même manière qu'un particulier, une autorité adjudicatrice peut refuser de conclure un contrat si après dépouillement aucune des offres ne lui donne satisfaction (voir article 101 du décret (burkinabé) n°2008-173 du 16 avril 2008 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public).

⁵⁴ La liberté de détermination du contenu d'un contrat administratif se traduit par les différents types de cahiers des charges (voir article 112 du Code béninois des marchés public et des délégations de service public.)

⁵⁵ Influencé par la théorie civiliste de la nullité de plein droit qui est assimilable à l'inexistence juridique, et qui consiste à constater l'invalidité d'un contrat et à en tirer les conséquences, le juge administratif s'était confiné dans un rôle passif (voir CE 14 décembre 1988, *EPA St-Quentin-en-Yvelines* ; voir aussi CAA Paris, 5 juillet 2007, Commune de Levallois-Perret, req. N° 07PA00560, cité par Laurent RICHET, « Les mutations de la théorie des nullités des contrats administratifs », p.199. Mais cette jurisprudence a évolué et le juge administratif est devenu beaucoup plus actif (voir infra, II-B-2).

⁵⁶ Voir N° 15/CA du 27 juillet 1995, *Michel BAMENOU c/MF*, *Rec CS Bénin*, pp.111-116.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Voir par exemple TA Paris 21 avril 1971, *Ville de Paris*, *AJDA* 1972, p. 164, note Godfrin. Il s'agit dans le cas d'espèce d'un dol.

⁵⁹ Dans les conclusions de l'affaire Michaux, Mr. THEIS déclarait : « *Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet, c'est-à-dire qu'il est nul. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appliquée compte tenu des principes propres à l'organisation et au*

En outre, l'article 6 du Code civil (français) déclare nulles et de nuls effets, les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pareillement la liberté contractuelle des personnes publiques ne devrait pas porter sur toute matière, à peine de nullité.⁶⁰ La formation du contrat par correspondance,⁶¹ du contrat tacite⁶² et de la promesse de contrat⁶³ sont d'autres exemples de l'apport du droit privé à l'élaboration du droit des contrats administratifs. Par le passé, les différents emprunts qu'on vient de répertorier sont librement transposés par le juge administratif et sont intégrés de ce fait au *droit privé des contrats administratifs*.⁶⁴ On parlait de *publicisation⁶⁵ de règles du droit privé*. Mais de nos jours, le droit privé des contrats de droit public est interprété dans un sens favorable à l'inféodation du droit administratif par le droit privé, ou dans un sens qui rapproche les deux droits.⁶⁶ Plus exactement, les parties à un contrat de droit public seraient appelés à jouer sur un même registre. En amont, le principe de l'autonomie de la volonté prône le recul de *l'intuitu personae* à la phase de la préparation des contrats pour permettre aux opérateurs économiques d'agir à volonté et sans être victimes d'une discrimination. En aval, le principe accuse au nom du principe de l'égalité, les prérogatives de la puissance publique en matière d'exécution en permettant à un cocontractant d'opposer l'exception d'inexécution à l'administration, et de faire recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. Concrètement, la modification et la résiliation unilatérales d'un contrat administratif sont mises à rude épreuve en même temps que la théorie de l'imprévision et le contentieux administratif applicable aux contrats de droit public.

Les principes du droit privé qui sont exposés ci-dessus paraissent attractifs à des normes supérieures qui s'en serviront pour privatiser en partie, les critères de détermination des contrats administratifs, notamment au regard de la liberté contractuelle et de l'égalité entre cocontractants qui constituent le sous-bassement de l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi, sans qu'il soit encore nécessaire de statuer sur les interférences qui existent, en l'occurrence entre le droit privé et la législation communautaire au sujet de la redéfinition des contrats administratifs, les développements seront toutefois articulés autour de normes communautaires pour tenter de rendre compte du cheminement par lequel le principe de l'autonomie de la volonté qui est atypique à un contrat de droit privé est parvenu à influencer le régime juridique classique des contrats administratifs qui est un régime empreint de prérogatives exorbitantes de droit commun. Il convient de reconnaître que l'itinéraire sera assez long parce qu'il remonte à l'héritage colonial.

En effet, sur la base de ce qui précède, les termes en lesquels la législation de l'UEMOA conçoit le critère organique servira en quelque sorte d'épigraphe à la réflexion qui sera conduite ici. En effet, les articles 4 et 5 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 s'appliquent respectivement aux « *autorités contractantes personnes morales de droit public* » et aux « *autorités contractantes personnes morales de droit privé* ». Il existe dorénavant un dédoublement du critère organique. D'une part, on a les pouvoirs adjudicateurs qui sont les personnes publiques proprement dites. D'autre part, il existe des entités adjudicatrices. En vertu de l'article 5 de la directive de l'UEMOA du 9 décembre 2005 celles-ci désignent les personnes morales de droit privé qui agissent « *pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation financière publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public* ». La jonction des deux catégories d'adjudicateurs débouche sur un ensemble bipartite : les organismes adjudicateurs.⁶⁷

fonctionnement des services publics. » Et au Conseil d'Etat de statuer : « *...l'obligation contractée par la Société requérante envers l'Administration pour être admise à importer ses marchandises reposait sur une cause illicite* ». (Voir CE 29 janvier 1947, *Michaux*, RDP 1949, p. 70, concl. THEIS, note WALINE).

⁶⁰ Voir CE, 23 mai 1958, *Amoudruz*, Rec., p.302 ; Ibrahim D. SALAMI, *Droit administratif*, p. Xi.

⁶¹ CE 29 janvier 1954, *Comptoir unique d'achat de légumes*, Rec., p66.

⁶² CE 4 janvier 1952, *Compagnie nouvelle de Pétrole*, Rec., p.211.

⁶³ CE 27 avril 1949, *Syndicats des Lotis exploités de Proche fontaine*, Rec., p.181.

⁶⁴ M.J. LAMARQUE, *Recherche sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, LGDJ, 1960, p. 165., cité par Babacar KANTE, Thèse précitée, p.74.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Voir Jean WALINE, Mais l'originalité persiste à bien des égards (voir infra II-B-1).

⁶⁷ Voir Pierre DEVOLVE, « Les contrats de la commande publique », *RFDA*, op.cit., p.202.

Ce qui ne serait que l'expression d'une *déliquescence des repères classiques*⁶⁸ du droit des contrats administratifs. Pour cause, une jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin qui avait donné une définition assez extensive du critère organique en 1997 paraissait discutable. On pourrait se permettre de la reprendre en intégralité malgré son abondance. « *Considérant que s'il est vrai que la SONACOP,⁶⁹ en tant que Société d'Etat, ne fait que des actes de commerce, il n'est pas exclu, qu'assistée de personne morale de droit public, le ministère du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme et de la Direction de l'Urbanisme et de l'Habitat, elle conclut un contrat de droit administratif, notamment dans le cas d'espèce, un marché de travaux publics ; considérant en effet que nombreux sont les éléments qui militent en faveur de cette thèse :*

-le marché a été conclu avec un particulier par la SONACOP, Société d'Etat, maître de l'ouvrage, le ministère du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme (ministère de tutelle), et de la Direction de l'Urbanisme et de l'Habitat (maître de l'ouvrage délégué). L'une des parties au contrat est donc une personne morale de droit public ;

- son objet est la construction par un particulier du siège de la SONACOP qui est un travail public exercé à des fins d'utilité publique. Les parties audit contrat ont manifesté leur volonté de se soustraire au droit commun, en adoptant un cahier des charges contenant des clauses qui y dérogent et qui répondent à des préoccupations d'intérêt général. Considérant que... l'existence de ses clauses dérogatoires du droit commun est perçue par la doctrine et la jurisprudence comme constituant le critère décisif du contrat administratif, qu'il s'en suit que les conditions de réalisation du marché de travaux publics sont ainsi réunies, et que l'Entreprise MABB est en droit d'engager la procédure devant la Chambre administrative. »⁷⁰ Pourtant, de tels contrats deviennent conformément à l'article 5 de la directive de l'UEMOA du 9 décembre 2005, des contrats administratifs par détermination de la loi, non pas en raison de leur objet, mais en fonction de l'entité adjudicatrice qui les conclut. Quelle explication peut-on tenter d'en donner ?

Initialement en effet, et donc en France, le service public répondait du critère organique. Les deux notions étaient confondues. C'était une activité d'intérêt général gérée par une personne publique.⁷¹ Cette définition, organique, a été reprise par exemple par la doctrine sénégalaise.⁷² Par ricochet, les contrats que l'Administration passait en vue de sa réalisation étaient des contrats administratifs.⁷³

Mais eu égard à la crise qu'il a traversée,⁷⁴ le service public est perçu par la suite comme « *une activité d'intérêt général gérée par une personne privée avec des prérogatives de puissance publique sous le contrôle de l'administration* ». ⁷⁵ L'association entre service public et prérogative de puissance publique provoqua l'extension du critère organique.⁷⁶ Les personnes publiques ne sont plus les seuls prestataires de service public. Elles y concourent avec des particuliers, notamment par voie contractuelle. En vertu de l'article 10 nouveau du COA au Sénégal, un contrat est administratif lorsque la participation du cocontractant au service public est réalisée au moyen d'une délégation de service

⁶⁸ Voir Salomon BILONG, « La crise du droit administratif au Cameroun », Rev. Juridique et Politique 2011, n°1, p.48.

⁶⁹ Par SONACOP, il faut entendre la Société nationale des corps pétroliers.

⁷⁰ Voir N° 22/CA du 24 octobre 1997, *Entreprise M.A.B.B.c/ Ministre du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme*, Rec CS Bénin, p. 158.

⁷¹ Voir Léon DUGUIT, *RDP* 1907, p.417, cité par Gilles LIBRETON, *Droit administratif*, op. cit., p.

⁷² Voir Demba SY, *Droit administratif*, pp. 262-263.

⁷³ Voir CE 6 février 1903, *Terrier* (contrat de destruction des animaux nuisibles, notamment les vipères) ; CE 4 mars 1910, *Théorond* (contrat accordant le privilège exclusif au requérant de mettre en fourrière les chiens errants et les bêtes mortes non revendiquées par leurs propriétaires). Voir pour les deux arrêts *GAJA*, op.cit.

⁷⁴ Arrêt back d'Elocka et CE ass. 13 mars 1938, *Caisse primaire* « Aide et protection », *GAJA*, op.cit.

⁷⁵ Ibidem. Voir aussi CE ass. 13 mars 1938, *Caisse primaire* « Aide et protection », *GAJA*, op.cit. Dans cet arrêt, il y a eu la gestion d'un service public sans que ce ne soit à l'occasion d'une concession de service public.

⁷⁶ Voir Salomon BILONG, « La crise du droit administratif au Cameroun », op.cit., p.53.

public ou d'un contrat de partenariat public-privé (PPP) qui constituent une manière directe et permanente pour le cocontractant de participer à l'exécution d'un service public. En clair, les deux types de contrats sont des contrats administratifs. Est-ce à dire qu'en dehors de la DSP et des contrats de PPP, le critère de service public ne constitue plus un critère jurisprudentiel de qualification d'un contrat administratif ? En effet, «rien n'empêche le juge, en dehors de ces cas (DSP et PPP), de se référer à la participation du cocontractant à l'exécution du service public»⁷⁷ dans la mesure où les contrats ne sont pas administratifs « par détermination de la loi », celle-ci ne faisant que constater une réalité qui eut, de toute façon, été reconnue par la jurisprudence.⁷⁸ En revanche, les contrats qu'un délégataire de service public ou un partenaire à un contrat de partenariat public privé aura à signer avec d'autres particuliers en vue de la réalisation de la mission qui lui est assignée seront en principe des contrats de droit privé.⁷⁹ Par ricochet, les marchés publics ne devaient être signés que par les personnes publiques elles-mêmes.⁸⁰

Aussi, en vertu d'une autre dimension de la crise du service public, la prestation de services publics par une personne publique pourra-t-elle être à l'origine d'un contrat de droit privé si telle est la volonté de la personne publique qui l'accomplira, à moins que le contrat visé comprenne une clause exorbitante de droit commun.⁸¹ Celle-ci manifeste l'existence entre son titulaire et les tiers, d'un rapport d'autorité et non d'égalité.⁸² Le monopole⁸³ en est un exemple. Ce qui donna dans ce dernier cas qui intéresse l'argumentation pour l'instant, une impulsion à *l'intuitu personae* qui caractérise certains contrats administratifs (DSP) en les rendant inégalitaires tout en compromettant la liberté contractuelle de nombre d'opérateurs économiques.

Ainsi, à l'issue de la deuxième définition, le service public et la clause exorbitante de droit commun sont devenus des critères matériels, alternatifs, dont l'association avec le critère organique permet à la jurisprudence de déterminer la nature administrative ou non d'un contrat passé par une personne publique. Cette deuxième définition correspond au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal à la période des années 1990 où le libéralisme économique a commencé par s'implanter dans les Etats d'Afrique noire francophone.⁸⁴

Cependant, avec le temps, le service public est devenu « une activité d'intérêt général gérée par une personne privée sans prérogatives de puissance publique, mais sous le contrôle renforcé de l'administration ». ⁸⁵ Les termes assez vagues dont fait état l'article 11 du COA au Sénégal en disposant que le service public désigne « toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général », devraient pouvoir faire l'objet d'une interprétation englobant ou élastique.⁸⁶

⁷⁷ Voir Demba SY, *Droit administratif*, op. cit., p. 325. Voir dans le même sens, CE 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, GAJA, op.cit.

⁷⁸ Voir René CHAPUS cité par Fabrice GARTNER, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA*, 2006, dossier n° 19-20.

⁷⁹ Voir TC 26 juin 1989, *SA Cie générale d'entreprise de chauffage*, D 1990, SC, p.191, observations X. PRETOT. Le Tribunal des Conflits décide que l'arrêt est « une règle de valeur législative ».

⁸⁰ Voir article 2 de l'ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

⁸¹ Voir le raisonnement a contrario mené par le juge administratif dans CE 31 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA, op.cit.

⁸² Voir *infra*, II-A-1.

⁸³ Voir CE 4 mars 1910, *Théorond*, GAJA, op.cit. ; Voir CE Sect. 13 janvier 1961, *Magnier*, RDP 1961, p.155, concl. FOURNIER.

⁸⁴ Voir les Thèses précédemment citées de Adamou ISSOUFOU et de Seybou SAMB.

⁸⁵ Voir CE Sect. 22 février 2007, *APREI*, AJDA 2007, p.793. L'évolution a été amorcée depuis CE 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, AJDA 1990, p.820, concl. Pochard.

⁸⁶ Voir en sens inverse, Demba SY, *Droit administratif précité*, p.263. L'auteur qui est d'une grande notoriété a noté qu'au Sénégal, « on semble faire prévaloir le critère organique ». Toutefois, il a reconnu par ailleurs que « le service public peut être défini soit organiquement, soit matériellement », Ibidem.

La troisième définition a le mérite de s'adapter à l'évolution du service public. La diversité de définitions n'est donc pas le *signe d'une dégénérescence, mais d'un approfondissement de la notion de service public*.⁸⁷ Seulement, elle altère le critère organique au regard de la définition des contrats administratifs. Ce critère est appelé à s'appliquer à la fois aux personnes publiques et aux particuliers qui accomplissent une mission de service public.

De même, en occultant le critère d'exorbitance, la dernière définition en date suppose que les particuliers qui gèrent un service public ne bénéficieront plus de privilèges, dont le monopole⁸⁸ dans le cas d'espèce. Il en résulte deux centres d'intérêt. D'une part, les contrats qu'ils auront à signer avec l'Etat les mettraient sur un pied d'égalité avec celui-ci comme si l'on était en droit privé. En sus, d'autres particuliers seront des soumissionnaires à un tel contrat. D'autre part, il en résulterait une éclosion en droit administratif, de la liberté contractuelle propre au droit privé. Partant, la passation des contrats administratifs sera progressivement assortie de la publicité et de mise en concurrence dans un sens favorable à la liberté des opérateurs économiques de pouvoir contracter avec les organismes adjudicateurs. On assista ainsi à un éclatement du critère organique et à une atténuation de l'ampleur des autres critères (du contrat administratif) qui en dépendent.

Le renforcement de l'intervention des particuliers dans le secteur public ne prive pas donc l'administration des « *activités de plus grand service* »⁸⁹ que les contrats administratifs concourent pour une bonne part à réaliser. Mais la présence des opérateurs économiques qui réclament de plus en plus avec succès à être protégés contre la toute puissance étatique a fait également évoluer le fondement unique qu'est l'intérêt général pour y adjoindre un intérêt fondé sur le profit. Chacun de ces intérêts s'accroche à un bénéficiaire déterminé : les personnes morales de droit public pour l'intérêt général, et les sujets de droit privé pour l'intérêt économique. L'activité privée d'intérêt général⁹⁰ sous-tend donc un intérêt économique ainsi que la liberté contractuelle et l'égalité entre cocontractants.

Dit autrement, lorsque les deux intérêts (général et économique ou privé) s'associent au sein d'un contrat administratif, on voit apparaître « *un troisième type d'activité, à mi-chemin d'une activité de service public et d'une activité purement privée, « une activité privée d'intérêt général* » »⁹¹ On dirait une activité mixte, gouvernée à la fois par l'esprit *de lucre* et l'esprit de service public. En guise d'illustration, cette définition de la commande publique est significative au regard de l'évolution du critère organique : « *Un contrat de la commande publique est 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.* »⁹² Dès lors, les personnes publiques et les particuliers gérant un service public sont tous appelés à passer des contrats qui sont de droit public. Les contrats de la commande publique étant les plus significatifs au regard des deniers publics et de la politique d'investissements publics, une distinction est intervenue entre eux et les autres contrats de droit public qui ne sont pas des commandes publiques ou qui ne sont pas soumis au même régime juridique que les contrats de la commande publique⁹³ auxquels les entrepreneurs

⁸⁷ Voir Gilles LIBRETON, *Droit administratif*, op.cit., p.136.

⁸⁸ La réduction de la clause exorbitante sera plus visible au vu de l'argumentation qui suivra (voir *infra*, I-A-2).

⁸⁹ « *Les activités de plus grand service* » ont pour objet de fournir des prestations aux administrés (les fonctions régaliennes- défense, police administrative, justice, recettes fiscales- et les prestations-construction d'autoroutes, enseignement, santé, etc.-). Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^e édit., 2001, pp.582 et s.

⁹⁰ Voir CE ass. 13 mars 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, GAJA, op.cit.

⁹¹ Voir p. 131 de l'ouvrage de Gilles LIBRETON qu'on vient de citer.

⁹² Voir Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse de Doctorat, Université Paris 2, 2004, 2 vol., p. 476.

⁹³ Se référer à l'introduction de la présente réflexion.

doivent être associés sans un esprit de discrimination comme en témoigne le recul de *l'intuitu personae*. C'est de cette façon qu'en mettant les critères de détermination des contrats administratifs au centre des analyses, l'on débouche sur la réincarnation du droit civil dans le droit des contrats administratifs dont il élargit les organismes adjudicateurs, démultiplie les intérêts au moyen de l'activité privée d'intérêt général, tout en infectant la prérogative de puissance publique que constitue le monopole, au profit de la liberté contractuelle et de l'égalité entre les parties. Ainsi, dans le prolongement de l'arrêt *Monpeut*⁹⁴ qui consacre le service public d'édition d'un A.A.U. par un particulier gérant un service public,⁹⁵ on en vient aussi aux contrats administratifs passés par les personnes privées gérant un service public comme le résume l'article 5 de la directive de l'UEMOA du 9 décembre 2005 cité dans les propos préliminaires de la présente sous-partie. Par voie de conséquence, la définition du contrat administratif est destinée à prendre en considération aussi bien l'intérêt général que l'intérêt des particuliers, pour les faire fédérer au moyen de l'autonomie de la volonté. Celle-ci servira à renforcer un lien de parenté qui était résiduel, entre la mise en concurrence et le droit des contrats administratifs.

2°) L'extension du droit de la concurrence au régime des contrats

A l'entame, il y a lieu de rappeler que la concomitance d'intérêts dont on parle de plus en plus, mais non pas une substitution d'un intérêt à l'autre, infère que « *si aujourd'hui le thème de la performance se trouve à l'ordre du jour, il s'agit de comprendre que cette idée se décline de manière variable suivant la perspective dans laquelle l'on se place : le profit pour le secteur privé et le « bien ou mieux-être » des administrés dans le secteur public* ». ⁹⁶ Il est donc indéniable que les enjeux d'un contrat administratif s'articulent à la fois autour de l'intérêt général qui n'épargne pas les entrepreneurs⁹⁷ et les intérêts économiques de ces derniers. Partant, comme précédemment, le cheminement par lequel le droit de la concurrence a pu également s'insérer dans le droit des contrats administratifs sera noué autour d'une disposition dont la teneur suit ; dans « *l'application de la législation communautaire de la concurrence, la notion d'entreprise se définit comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision...* ». ⁹⁸ Les dispositions qui ont été citées suscitent trois observations.

En effet, il est vrai que la réglementation qu'on vient de reprendre ne se rapporte pas directement au domaine du contrat administratif. Mais en réalité, il a fallu que le droit administratif soit d'abord réceptif dans son ensemble au droit de la concurrence pour que celui-ci s'applique aux contrats administratifs, et le service public à caractère industriel et commercial (SIPC) en constituerait la porte d'entrée. L'application du droit de la concurrence aux contrats administratifs remonterait à la crise du service public, notamment à l'arrêt du *Bac d'Eloka*.⁹⁹ Depuis cet arrêt, le droit de la concurrence sommeillerait en quelque sorte dans le secteur public et se serait éveillé à la faveur d'un *puissant courant d'opinion*.¹⁰⁰ En effet, pour certains auteurs, très tôt, la solution de l'arrêt du *Bac*

⁹⁴ Voir CE Ass. 31 juillet 1942, *Monpeurt*, GJA, op.cit.

⁹⁵ Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p.590.

⁹⁶ Voir Salif YONABA, « Que reste-t-il du « concept d'intérêt général » dans la vie politique et administrative sur le continent africain ? », op.cit., p.95.

⁹⁷ « *Aucun intérêt public ne s'attacherait au maintien de la sécurité dans les villes et villages, et sur toutes les routes, si habitants et voyageurs n'avaient pas eux-mêmes intérêt à ce que cette sécurité leur soit assurée. On ne saurait donc ériger une barrière entre l'intérêt public et intérêt privé pour la seule raison que cette opposition n'existe pas.* » (Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, T1, op cit., p.583).

⁹⁸ Annexe n° 1 au Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine : notes interprétatives de certaines notions.

⁹⁹ Voir TC 21 janvier 1921, *Sté commerciale de l'Ouest Africain*, GAJA, op.cit.

¹⁰⁰ Voir François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », *Recueil DALLOZ- SIREY*, 12^e Cahier-Chronique, 1989, p.67.

d'Eloka avait été récupérée par la doctrine du service public. De ce fait, la cohérence de pensée qui présidait à cet arrêt s'en est trouvée ruinée.¹⁰¹ « *Au demeurant, la philosophie qui préside au nouveau droit de la concurrence n'est nouvelle ni dans son principe, ni dans sa mise en œuvre. Elle constituait déjà le sous-bassement de l'arrêt du Bac d'Eloka et trouve aujourd'hui son application dans le droit communautaire.* »¹⁰² Ainsi, contrairement aux législations nationales,¹⁰³ la réglementation communautaire dénie la nature « *d'activités de plus grand service* »¹⁰⁴ aux SPIC. Le « *critère de commercialité* »¹⁰⁵ l'emporte sur celui d'activité d'intérêt général des SPIC. Le droit de la concurrence est alors d'applicabilité en droit administratif comme il avait été annoncé.¹⁰⁶ Ainsi, s'il était vrai que les EPIC passaient au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal des contrats administratifs¹⁰⁷ avant l'intervention de la réglementation communautaire qui ne leur dénie pas de conclure également des contrats administratifs, c'était, dans le premier cas, en raison de ce que les SPIC sont des « *activités de plus grand service* » tandis que dans le second cas, la législation communautaire considère les SPIC comme des « *activités de plus grand profit* ». Par conséquent, comme il avait été démontré,¹⁰⁸ le critère organique s'est dilaté et le contrat administratif n'est plus l'apanage des seules personnes morales de droit public¹⁰⁹ comme par le passé.¹¹⁰

En outre, l'Annexe n° 1 au Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA s'est profondément inspirée d'une ordonnance française du 1^{er} décembre 1986 relative au droit de la concurrence. Ce qui sera à l'origine du recours que l'on fait au droit comparé. L'article 53 de l'ordonnance française affirme : « *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques* ». Comme on le voit, le principe étant ainsi énoncé, la France dont le système juridique inspire fortement celui du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal, voire les normes communautaires de l'UEMOA ou de

¹⁰¹ Voir Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, p. 1059.

¹⁰² Voir François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », *Recueil DALLOZ-SIREY*, 12^e Cahier- Chronique, 1989, pp.68.

¹⁰³ Le législateur sénégalais fait une distinction entre les SPIC et les sociétés d'Etat (voir loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, *J.O.* En vertu de ladite loi, le SPIC relevait du secteur public comme au Bénin (voir N° 34/CA du 08 août 2002, *Agossou Noël VIADENOU c/ Ministre du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme*, www.juricaf.org (consulté le 18 juillet 2016) ou au Burkina Faso (la loi n° 025-99 du 16 novembre 1999 portant réglementation générale des sociétés à capitaux publics au Burkina Faso excluait l'EPIC (*JOBF* du 30 décembre 1999, p. 2898). Mais au Burkina Faso, le SPIC est transformé en une entreprise publique dotée de la personnalité morale de droit privé au Burkina Faso (voir loi n° 39-98/AN du 30 juillet 1998 portant règlement des établissements publics de l'Etat à caractère administratif).

¹⁰⁴ 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 grand service* » ou des services publics, sans distinction entre SPA et SPIC (Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 15^e édit., 2001, pp.582 et s.

¹⁰⁵ Voir Gabriel ECKERT, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg III, 1994.

¹⁰⁶ Voir Annexe n° 1 au Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA précédemment citée.

¹⁰⁷ Voir du côté du Sénégal, la loi n° 90-07 du 26 juin 1990 précitée, *J.O* n° 5358 du 07 juillet 1990, pp. 325-330 ; article 2 de l'ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des marchés publics en République du Bénin ; voir aussi du côté de la Côte d'Ivoire, l'arrêté n° 188 du 02 août 2006 portant fixation des seuils de passation, de validation et d'approbation dans la procédure des marchés publics (abrogé), art.3. Le seuil de passation était de 30 millions pour les SAP et de 40 millions pour les SPIC. Celui-ci passait quand même des contrats administratifs. (Voir http://www.dmp.finances.gouv.ci/pdf/arrete_sur_les_seuils_version_finale.pdf consulté le 18 septembre 2016).

¹⁰⁸ Voir *supra*, I-A-1.

¹⁰⁹ Voir *supra*, note n°76 de bas de page, la définition de la commande publique qui a été empruntée à Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, op.cit. ; voir Pierre DEVOLVE, « Les contrats de la commande publique », op.cit.

¹¹⁰ Voir article 2 de l'ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

l'OHADA,¹¹¹ en a fait la toute première application dans le domaine contractuel.¹¹² En effet, un contrat de gérance liait la Ville de Pamiers à une Société de distribution d'eau, la S. A. E. D. Pour la modernisation de son réseau de distribution d'eau, la Ville entreprit de modifier le contrat de gérance pour en faire un contrat d'affermage. Mais la S.A.E.D. s'opposa à la remise en cause de son contrat de gérance pour laquelle elle entrevoyait juste quelques aménagements. La Ville de Pamiers la met en demeure soit de présenter un projet d'affermage, soit de renoncer au service de distribution de l'eau. Avec son refus insistant de revenir sur le contrat de gérance, la Ville confia la distribution de l'eau à la Société Lyonnaise des Eaux (S.L.E.) et résilia le contrat de gérance de la S.A.E.D. Le recours dont le juge judiciaire avait connaissance en appel, à la suite du Conseil de la concurrence,¹¹³ posait trois problèmes auxquels l'arrêt rendu a répondu favorablement. Sa recevabilité supposait que d'une part, la passation d'un contrat d'affermage pût être considérée comme une activité de production, de distribution ou de services, et d'autre part, le juge judiciaire jouissait de la compétence d'en connaître. Son succès au fond préjugait que l'acte portant résiliation du contrat de gérance ou de sa transformation en un contrat d'affermage pût être qualifié pratiques anticoncurrentielles. Approuvant la position de la cour d'appel, un auteur avait écrit : « Rien dans les termes de l'ordonnance ne suggère en effet qu'il faille en exclure les actes qui, situés en amont de l'activité, déterminent son organisation et y inclure uniquement ceux qui, en aval, relèvent de son exécution matérielle. »¹¹⁴ En effet, pour la cour d'appel, les contrats de concession ne sont pas des mesures d'organisation du service public ; la Ville de Pamiers aurait exercé une action sur le marché. En outre, même si c'était maladroitement¹¹⁵ qu'à l'occasion dudit arrêt la cour d'appel admettait que les AAU étaient à l'origine de pratiques anticoncurrentielles, rien n'autorise à présager cependant qu'ils ne puissent à jamais être une source de telles pratiques¹¹⁶ à l'occasion d'une modification ou d'une résiliation unilatérales de liens contractuels.

Il va sans dire que *l'unité du droit de la concurrence* prône une mise en application sans discrimination aucune entre personnes publiques et privées.¹¹⁷ Plusieurs arguments ont été avancés. L'exigence de rapidité inhérente au contentieux de la concurrence s'oppose à l'existence de recours incidents, et le respect du bloc de compétence évite de voir se développer deux droits distincts de la concurrence, susceptibles de se contredire. De même, les particuliers seront préservés contre tout sentiment de frustration, le principe du contradictoire paraissant plus établi en droit privé qu'en droit des contrats administratifs aux yeux de ces derniers. En plus, la frontière entre le secteur public et le secteur privé est devenue singulièrement mouvante et appellerait l'application d'un droit unique. Enfin, l'égalité de traitement est une question *d'équité et de logique* en droit de la concurrence.¹¹⁸

Ainsi analysé, l'esprit du droit de la concurrence implique que le droit des contrats administratifs soit basé sur l'égalité des parties pour que le contrat de droit public cesse d'être un contrat d'adhésion.¹¹⁹ On pourrait souligner à ce sujet que le contrat entre deux personnes publiques

¹¹¹ Voir *Thèse* précitée de Amadou ISSOUFOU.

¹¹² Voir Cour d'appel (Paris) 1^{ère} Ch.30 juin 1988, *Affaire SAEDE c/ Ville de Pamiers*, 88.I.R.211 ; BOCC 1988, p.187. Voir en sens inverse, TC 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, rapporté par Ibrahim David SALAMI, *Droit administratif*, op.cit., p.136.

¹¹³ Voir Maurice DRAGO, « Le Conseil de concurrence », *J.C.P.* 1987.I.3300. Le Conseil est devenu une Autorité de la concurrence.

¹¹⁴ Voir François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, article précédemment cité, p.71.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Probablement, en marge des contrats administratifs, l'exemple d'un maire français qui avait autorisé l'ouverture du débit de boissons de sa belle famille tout en ordonnant au même moment la fermeture de tous les autres débits au motif qu'il préservait l'ordre public paraissait édifiant de ce qu'une mesure administrative soit constitutive d'abus de position dominante. Voir CE Sect. 23 mars 1979, *Commune de Bouchemaine, Rec.*, p. 127.

¹¹⁷ Voir Mbissane NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse, UGB de Saint-Louis, juin 2007, p. 223.

¹¹⁸ Voir François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, article précité, p.71.

¹¹⁹ Au sujet du contrat d'adhésion, Jean WALINE s'est appuyé entre autres sur les contrats d'assurance pour démontrer que, que ce soit en droit public ou en droit privé, l'on en rencontre. A propos du principe de l'égalité et, par delà l'autonomie de la volonté des parties, il affirmait aussi que, que ce soit en droit privé ou en droit public, l'égalité des parties à un contrat se réalise en dernier ressort sous l'autorité de la loi. Il y a dans les deux disciplines, non point une différence de nature, mais seulement de degré. Il s'est inspiré de Raymond CARRE

étant fondé sur l'égalité des parties,¹²⁰ et les particuliers étant de plus en plus nombreux à devenir aussi des entités adjudicatrices, le bon sens exhorterait qu'il y ait une égalité de traitement entre les organismes adjudicateurs¹²¹ et les cocontractants. Déjà, comme on le sait, l'égalité suppose également que les soumissionnaires soient traités sur un pied d'égalité, ce qui infère un recul de *l'intuitu personae*¹²² et l'avancée de la liberté contractuelle.

Enfin, les transformations qui viennent d'être présentées se répercutent nécessairement sur l'exécution des contrats administratifs. On assiste à l'insertion dans les contrats de clauses de révision du prix.¹²³ Il en résulte une altération de la théorie de l'imprévision. En sus, l'exemple du Contrat relatif au Programme de Vérification interne (PVI) Nouvelle Génération au Bénin qui porte sur le contrôle des recettes douanières en vue de leur renforcement peut être rapporté. L'article 48 dudit contrat stipule *in fine* : « toute modification que l'une des parties souhaite apporter au texte du (...) contrat est proposée à l'autre partie pour être examinée avec soin. Les parties s'efforcent de parvenir à une solution acceptable, et le cas échéant, la modification proposée peut faire l'objet d'un avenant », faute de quoi les parties peuvent recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits (conciliation, homologation ou arbitrage). Le contrat PVI avait été à l'origine d'une sentence arbitrale rendue au tort du Gouvernement béninois.¹²⁴ Dans la même lancée et pour enrichir le raisonnement au moyen du droit comparé, le Conseil d'Etat français a admis pour une première fois que le cocontractant oppose l'exception d'inexécution à la puissance publique.¹²⁵ Les prérogatives de la personne publique seront ainsi atténuées dans la mesure où les législations sur les contrats administratifs seront élaborées en tenant dûment compte des différents mécanismes qu'on vient d'exposer ci-dessus.

B/ Une atténuation normative du régime des contrats

Alors que depuis les arrêts Nicolo et Perreux¹²⁶ le processus de la prévalence des normes communautaires sur le droit interne, notamment sur la loi et sur les actes administratifs a connu son couronnement, et qu'au même moment on notera l'ampleur de la législation de l'UEMOA¹²⁷ en matière contractuelle, un auteur a tout de même écrit : « Les contrats administratifs, depuis leur identification jusqu'à leur contentieux sont régis par les dispositions du COA »¹²⁸ au Sénégal. Paradoxe sur les normes communautaires ou complémentarité entre elles et les dispositions nationales régissant les contrats administratifs ? En effet, à y regarder de près, on se rend compte dans l'ensemble

De MALBERG, *La formation du droit par degré*, n°56, et de Jacques GHESTIN, « La formation du contrat », in *Traité de droit civil*, 3^e édit., n° 36. ; Jean WALINE, « La théorie générale du contrat administratif en droit civil et en droit administratif », op.cit., pp.965-981.

¹²⁰ Voir Demba 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.

¹²¹ Les organismes adjudicateurs comprennent les pouvoirs adjudicateurs (les personnes de droit public) et les entités adjudicatrices (personnes morales de droit privé qui sont créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial). Voir Pierre DEVOLVE, « Les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2016, p. 303).

¹²² Voir Aurélien ANTOINE, « *L'intuitu personae* dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, septembre-octobre 2011, n°5, p.1879.

¹²³ Voir *infra*, I-B-1.

¹²⁴ Voir C.C.J.A., Sentence arbitrale du 13 mai 2014, *Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin* (www.ohada.com/2758/arbitrage-ccja) (consulté le 10 décembre 2016).

¹²⁵ Voir CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, rapporté par Urbain NGAMPIO-OBELE-BELE, *Les évolutions jurisprudentielles relatives aux contrats administratifs*, inédit, p.13.

¹²⁶ Voir CE. Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* p.190, concl. FRYDMAN) ; CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme PERREUX*, *AJDA* 2009, p.2385, chron. LIEBER et BOTTEGHUI).

¹²⁷ Le Traité de l'Union monétaire ouest-africaine-UEMOA- a été signé le 10 janvier 1994 à Dakar. Il est entré en vigueur le 1er août 1994. L'Union qui comprenait sept membres au départ (le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo) a connu l'adhésion de la Guinée- Bissau en 1997.

¹²⁸ Voir Moustapha NGAIDE, « La loi 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant le Code des obligations de l'Administration ou le renouveau du droit des contrats administratifs au Sénégal ? », *Rev. Droit sénégalais*, novembre 2007, n°6, p.107.

que par l'effet de la transposition, on note la privatisation de règles contractuelles en droit interne (2) corrélativement à l'influence de la législation communautaire (1).

1°) L'influence de la législation communautaire

Le moment est venu de démontrer que les règles juridiques communautaires se sont appuyées sur le droit de la concurrence pour déployer un important arsenal normatif dont l'effet réducteur de l'autonomie du droit des contrats administratifs sera manifeste. En effet, dans les années 1980 comme dans les années 2010, l'intérêt général est malmené par les acteurs de la vie politique et par les administrateurs,¹²⁹ et le domaine des contrats administratifs dont au premier rang les marchés publics, en est un goulot d'étranglement.¹³⁰ Il n'est pas outrancier d'avancer que la réglementation des contrats administratifs rappelle la caricature d'une pêche sans butin : *du vide entouré par un fil*.¹³¹ Or, les contrats administratifs absorbent une part assez importante des deniers publics.¹³² Le besoin s'était alors fait sentir de lutter contre la corruption en garantissant la publicité et la mise en concurrence dans le domaine des contrats administratifs.¹³³

Il en a résulté l'adoption du Code communautaire de la concurrence. En relation directe avec les marchés publics et les délégations de service public, le Code comprend trois règlements adoptés le 23 mai 2002.¹³⁴ Les règlements n'épargnent aucune étape d'élaboration des contrats administratifs : détermination, publicité, mise en concurrence ou la passation et son contrôle, exécution, et règlement des litiges contractuels.

Pour ce qui est de la détermination du contrat administratif, il ne paraît pas opportun de revenir sur l'altération des critères alternatifs (service public et clauses exorbitantes de droit commun) et sur le redimensionnement des organismes adjudicateurs. Il s'agira plutôt d'en tirer les conséquences sur les

¹²⁹ Voir YONABA, « Que reste-t-il du concept « d'intérêt général » dans la vie politique et administrative sur le continent africain », op.cit, p.92.

¹³⁰ L'essor pris par certaines pratiques déviantes comme le recours aux marchés par ententes directe ou de gré à gré, le fractionnement des marchés, les surfacturations, les livraisons fictives ou partielles, le règlement des factures sans livraison, l'accumulation des arriérés de paiement, l'inefficacité des mécanismes de contrôle et / ou de sanction,¹³⁰ en sont des manifestations (voir Adamou ISSOUFOU, Thèse précitée, p. 22.)

¹³¹ Voir Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Paris, édit. Dalloz, 2^e édit., 2002, p. 156.

¹³² Voir *supra*, l'introduction de la présente réflexion.

¹³³ Une Conférence s'est tenue du 30 au 3 décembre 1998 à Abidjan sur la réforme des marchés publics en Afrique, sous l'égide de la Banque mondiale (BM) et de la Banque africaine de Développement (BAD) avec la participation de 33 Etats africains, de la Chambre de Commerce internationale (CCI), du Programme des Nations-Unies pour le Développement (PNUD), de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), de la Conférence des Nations-Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) et de la BM elle-même. A l'occasion de la Conférence, les Etats étaient conviés à engager une réforme de leurs procédures de passation des marchés publics. La Déclaration de Paris du 2 mars 2005 sur l'efficacité de l'aide s'inscrit dans la même logique. Les Conférence et Déclaration ont été relayées par des réglementations de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) dont l'article 76 porte déjà sur la mise en concurrence sur le marché de l'Union. Cet article a été complété par les articles 88 à 90. Au vu des ces trois derniers articles les pratiques anticoncurrentielles peuvent être à la fois imputables aux particuliers qu'aux personnes publiques. Pour cette raison, les articles ainsi ciblés mandatent le Conseil des ministres de l'Union pour élaborer les textes juridiques définissant et précisant les procédures applicables aux pratiques anticoncurrentielles. Au demeurant, les articles 88 à 90 du Traité confèrent compétence à la Commission et à la Cour de justice pour veiller à l'application des règles de la concurrence. L'UEMOA a adopté une charte de transparence et d'éthique des marchés publics. En outre, elle avait élaboré la directive n° 01/ 2000/ CM/ UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres (de l'UEMOA) et par suite, les Directives n° 4 et 5 /CM /UEMOA du 9 décembre 2005. Les directives se sont inspirées de la loi-type de la Conférence des Nations-Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI) adoptée en 1994 par la Résolution 49/54 du 9 décembre 1994. La loi-type tient lieu d'une référence internationale de réforme du droit des marchés publics. En tant que telle, elle vise à garantir la transparence, la bonne utilisation des deniers publics, l'équité et l'efficacité des marchés publics.

¹³⁴ On note les règlements n° 02/2002/CM/UEMOA relatifs aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, n° 03/2002/CM/UEMOA portant sur les procédures applicables aux ententes et abus de position dominante, et n° 04/2002/CM/UEMOA sur les aides d'Etat et sur les modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité (Voir www.uemoa.int (rubrique actes) et le Journal officiel de l'Union en ligne (www.izf.net)).

autres phases de l'existence d'un contrat administratif. Concernant la publicité, l'article 27 alinéa 1 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et de DSP du 9 décembre 2005 impose aux Etats membres d'établir des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sur le fondement de leur programme d'activité. Conformément à l'alinéa 2 du même article, les plans sont révisables. Ils sont approuvés par les entités nationales compétentes, et doivent être cohérents avec les crédits qui leur sont alloués. Les plans sont communiqués aux entités administratives nationales et communautaires chargées du contrôle des marchés publics qui en assurent la publicité, à peine de nullité. La publicité commence dès l'étape du plan, donc bien avant l'engagement de la procédure de passation proprement dite. Aussi la création d'institutions de régulation des marchés publics et de DSP sur laquelle nous reviendrons au sous-titre suivant est-elle liée à la volonté affichée du législateur communautaire de lutter contre la violation du principe de l'égalité qui est une caractéristique fondamentale du droit de la concurrence. Tout morcellement de commandes en violation du plan annuel de passation des marchés publics constitue une pratique frauduleuse (alinéa 3 de l'article 27 de ladite directive) ou anticoncurrentielle.

En fonction de l'article 28 de la directive, l'appel d'offres ouvert est la règle; le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics. Le gré à gré ou l'entente directe et l'appel d'offres restreint ne peuvent donc intervenir qu'à titre exceptionnel. Pour l'efficacité du contrôle de la procédure de passation, les Etats membres sont invités à mettre en œuvre des procédures et mécanismes garantissant la séparation et l'indépendance des fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et de DSP.¹³⁵ Le contrôle de la procédure de passation des contrats administratifs est par exemple à l'origine des référés précontractuel (contrôle de la régularité des formalités de publicité et mise en concurrence) et contractuel (vérification de la régularité des offres après la publication de l'avis de notification du contrat) en droit de l'Union européenne.¹³⁶ L'analyse prémonitoire d'un *alignement du régime de la concession sur celui des marchés publics*¹³⁷ intègre ainsi le droit positif de l'UEMOA. Le principe fondateur de la passation de la DSP, *l'intuitu personae* a alors connu une paralysie, une mutation.¹³⁸

Quant à l'exécution des contrats administratifs, le principe d'égalité est aussi d'une application presque sans restriction, notamment en matière de contrats miniers.¹³⁹ Il est vrai, le Code minier communautaire prévoit ainsi la sécurité juridique¹⁴⁰ du cocontractant. Toujours est-il que le pouvoir de modification unilatérale est plus ou moins anéanti par la réglementation communautaire qui se veut *anti-autonomiste*¹⁴¹ au regard du droit des contrats administratifs. On dirait du nuage sur le principe fondamental et classique du droit des contrats administratifs : l'aléa administratif qu'est le fait du prince. De même, « *les marchés sont conclus à prix ferme ou à prix révisable* ». ¹⁴² Dans ces conditions

¹³⁵ Voir article précité de Babacar Gueye.

¹³⁶ Voir Gilles LEBRETON, *Droit administratif*, op.cit., pp.311-312.

¹³⁷ Voir Laurent RICHER, «Que reste-t-il de la délégation de service public?», *AJDA* 2007, p. 2225.

¹³⁸ Voir Michel GUIBAL, «Droit public des contrats et concurrence, le style européen», *op. cit.* p. 164 ; Patrick SITBON, «Choix du délégataire: que reste-t-il de l'intuitu personae?», *Contrats publics*, n° 100, juin 2010, pp. 121-123. On est revenu sur les deux types de référés (voir II-A-2).

¹³⁹ « *La stabilité du régime fiscal et douanier prévu dans la réglementation en vigueur au sein de l'Union est garantie aux titulaires de titres miniers pendant la période de validité de leurs titres. Pendant cette période les règles d'assiette et de liquidation des impôts, droits et taxes prévus par la réglementation en vigueur demeurent telles qu'elles existent à la date de délivrance desdits titres miniers et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit n'est applicable au titulaire ou bénéficiaire pendant cette période* ».(Voir article 17 du Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de L'UEMOA.).

¹⁴⁰ Marion UBAUD-BERGERON, « Sécurité juridique et contrats administratifs », *RDPSP en France et à l'Étranger*, 1^{er} mai 2016, n° 3, P. 779.

¹⁴¹ L'expression est empruntée à Benoît PLEXIS, *L'utilisation du droit privé dans l'élaboration du droit administratif*, op.cit., p.374.

¹⁴² Le prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié en cours d'exécution du marché à raison des variations des conditions économiques.

Les marchés ne sont conclus à prix ferme que lorsque l'évolution prévisible des conditions économiques n'expose ni le titulaire du marché, ni l'autorité contractante à des aléas importants. Le prix ferme est actualisable entre la date limite de remise des offres et la date de notification du marché.

que restera-t-il de l'aléa économique ou de la théorie de l'imprévision et de celle des sujétions imprévues qui constituent de même des principes sacrosaints du droit des contrats administratifs¹⁴³ ?

Au surplus, l'article 2, alinéa 2, de l'Acte uniforme d'Arbitrage (AUA) de l'OHADA énonce que «...les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage¹⁴⁴ sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre la validité de la convention d'arbitrage ». L'article 1^{er} du Traité fondateur de l'OHADA encourage le « recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Or, en droit public l'arbitrage est honni.¹⁴⁵ Il constitue un désaveu de la justice étatique.¹⁴⁶ « L'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitrages, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi ».¹⁴⁷ Théoriquement, la clause compromissoire n'est régulière qu'en matière commerciale.¹⁴⁸ Toutefois, le Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de L'UEMOA prévoit la possibilité de compromettre en tant que faculté mise à la disposition des parties au contrat. Le cas échéant, ce sera la renonciation par l'administration à son privilège de juridiction.¹⁴⁹ Car, le contentieux administratif désigne « l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit un acte de puissance publique émané de l'administration, soit un acte de gestion des services publics déféré à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales ».¹⁵⁰

Mais, s'il est à noter qu'en matière minière la faculté pour les personnes publiques de compromettre est expressément formée par le législateur communautaire, tel n'est pas le cas au regard du Traité de l'OHADA. Il a juste prévu en son article 21 que tout « différend d'ordre contractuel » peut être soumis à un tribunal arbitral. Aussi les directives n°4 et n°5 de l'UEMOA du 9 décembre 2005 n'évoquent-elles *pas express verbis* le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends lorsque l'administration fait usage de prérogatives de puissance publique ou recourt à une gestion publique. Cependant, le litige qui a opposé la Société Bénin Control SA à l'Etat béninois dans le cadre du Contrat PVI de Nouvelle Génération à été connu de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage -CCJA¹⁵¹ - (de l'OHADA). C'est dire que les réglementations nationales ne tarderont pas à prendre la relève de la législation communautaire¹⁵² dans le dévoiement de la spécificité du droit des contrats administratifs.

2°) La privatisation de règles contractuelles en droit interne

Les articles 93 alinéa 1^{er} et 14 alinéa 1^{er} des directives n° 4 et 5 de l'UEMOA du 9 décembre 2005 prévoient que les Etats membres prendront toutes les dispositions législatives, réglementaires et

Le prix est révisable lorsqu'il peut être modifié durant l'exécution des prestations aux conditions de révision expressément prévues par le marché en vertu d'une clause de révision du prix stipulée au marché par application des indices de prix officiels nationaux et, le cas échéant, étrangers » (article 80, alinéas 3, 4 et 5 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005).

¹⁴³ Voir la réponse à cette question infra, II-B-2.

¹⁴⁴ « Dans « son sens traditionnel auquel se réfère le Code de Procédure civile (...) l'arbitrage constitue une procédure par laquelle les parties en litige conviennent de soumettre leur différend à un arbitre et s'engagent à accepter la sentence arbitrale et à la considérer comme obligatoire » (Jean-Bertrand AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 20 novembre 2001, p.917 ; Gilles Le CHATELIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *AJDA* du 20 juin 1996, pp. 99-100.

¹⁴⁵ Elise LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2012, p. 606.

¹⁴⁶ Voir Jean RIVERO, « Personne morale de droit public et arbitrage », *Rev. Arbitrage*, 1973, p. 263.

¹⁴⁷ Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 2, p. 152.

¹⁴⁸ Voir article précité de D. Abdou Aziz KEBE, p. 23.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Voir Edouard LAFERRIERE, *Traité précité*, p.9.

¹⁵¹ Voir C.C.J.A., Sentence arbitrale du 13 mai 2014, *Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin*, op.cit.

¹⁵² Les Etats membres disposent après la mise en vigueur des directives de l'UEMOA, d'un délai de deux (2) ans pour s'y conformer. (Voir articles 93 alinéa 1^{er} et 14 alinéa 1^{er} des directives relatives à la passation, à l'exécution et au règlement, et au contrôle et à la régulation des marchés publics et de DSP).

administratives nécessaires pour se conformer à celles-ci. Pour autant, les directives doivent être conformes à la Constitution des différents Etats dont le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal pour pouvoir être transposées ou être traduites dans les droits nationaux. Il en ressort que le constituant concourra aussi à la réduction de l'autonomie du droit des contrats administratifs et après la Constitution, les autres sources internes du droit des contrats administratifs, écrites ou non, joueront la plus grande partition à l'aune des différentes étapes d'élaboration des contrats de droit public.

En effet, l'article 146 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose : « *Si la Cour constitutionnelle saisie par le président de la République ou par le président de l'Assemblée nationale a déclaré qu'un engagement international¹⁵³ comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de la ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.* »¹⁵⁴ Par conséquent, alors qu'elles comportent des articles qui se situent à l'antipode de l'autonomie du droit des contrats administratifs, les directives n°4 et 5 de l'UEMOA ne contredisent pas néanmoins la Constitution. Par ricochet, la Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré que sont « *conformes à la Constitution, toutes les dispositions de la loi 2009-02 du 7 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin votée par l'Assemblée nationale le 26 janvier 2009.* »¹⁵⁵ A fortiori, ce ne sont pas les décrets burkinabé n°2008-173 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public, modifié par le décret n° 2013-1148 du 12 décembre 2013, et sénégalais n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics, moins encore le décret 2014-349 du 2 juin 2014 portant approbation de la note de cadrage des projets de partenariat public-privé en République du Bénin¹⁵⁶ qui vont contredire la Constitution de ces Etats.¹⁵⁷ On peut alors affirmer, au vu des dispositions constitutionnelles et des jurisprudences constitutionnelles qui viennent d'être rappelées qu'il ne fait pas de doute que le constituant béninois, à l'instar d'autres d'Afrique francophone, a « préparé un terrain juridique propice à l'intégration ». ¹⁵⁸ A titre de comparaison, en France par exemple, le Conseil constitutionnel avait admis que les pratiques anticoncurrentielles des établissements publics soient sanctionnées.¹⁵⁹ En outre, une Société d'Economie mixte locale (SEML), donc créée par une collectivité décentralisée doit respecter les dispositions relatives à la procédure de publicité et de mise en concurrence précédant l'attribution d'une délégation de service public. De ce fait, la loi dite « Sapin » qui avait prévu d'exclure de son champ d'application les SEML, fut considérée comme contraire à la Constitution.¹⁶⁰

Pour son efficacité, le contrôle de la procédure de passation des contrats a été institutionnalisé. En effet, il convient de rappeler que l'UEMOA avait imposé aux Etats membres de se doter de

¹⁵³ L'engagement international inclut le niveau communautaire (voir CE sénégalais, 31 août 1994, *Prosper Guena NTICHEN c/ Université Cheikh Anta DIOP*, Bull. 1993-1997, n° 38, p.85).

¹⁵⁴ Voir dans le même sens l'article 150 de la Constitution burkinabé du 11 juin 1991, modifié par l'article 1^{er} de la Loi constitutionnelle n°003-2000/AN du 11 avril 2000 et l'article 97 de la Constitution sénégalaise du 21 janvier 2000. Par exemple, voir aussi l'article 170 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2011.

¹⁵⁵ Voir Cour const. Bénin, décision DCC-09-082 su 6 août 2009 relative au contrôle de constitutionnalité du Code des marchés publics et de DSP, Rec. des Décisions et Avis, 2009, vol. 2, pp. 414-415 ; du côté du Burkina Faso, la loi n° 020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé, et au Sénégal, la loi n° 05-2014 du 10 février 2014 relative aux contrats de partenariat et la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant COA modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006.

¹⁵⁶ Une loi n° 2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin est adoptée par l'Assemblée nationale et est en instance de contrôle de constitutionnalité. Elle n'est donc pas encore promulguée.

¹⁵⁷ Voir Louis FAVOREU, Thierry S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Sirey, Coll. Droit public, 1992, p.8.

¹⁵⁸ Voir Alioune SALL, « Le droit international dans les nouvelles Constitutions africaines », *RJPIC* 1997, n° 1 p. 352.

¹⁵⁹ Voir décision 88-D-27 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la messagerie-groupage, B.O.C.C. 30 juin 1988, p.172. Appréciant cette décision, des observateurs ont noté qu'« il serait fait application de la même solution aux agissements analogues de services gérés directement par l'Etat ou les collectivités locales ». (François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », op.cit., p.70. Mais voir en sens inverse (II-A-1).

¹⁶⁰ Voir Cons. Const. DC n°92-316 du 20 janvier 1993, citée par Laurent RICHER, « Constitution, contrat et commande publique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/4 - n° 37, p. 37 et s.

mécanismes de contrôle.¹⁶¹ A ce sujet, l'article 30 de la loi du 30 juin 2006 modifiant le Code des obligations de l'administration au Sénégal énonce : «*Une structure administrative spécialement mise en place assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics, de délégations de service public et contrats de partenariat, les missions de collecte et diffusion d'informations sur l'attribution et les conditions d'exécution de ces marchés et contrats ainsi que le conseil aux autorités contractantes et à leurs agents*». En relation avec ce texte de loi du 30 juin 2006, un décret n° 2007-547 du 25 avril 2007 a créé la Direction centrale des Marchés publics (DCMP). Elle est chargée d'un contrôle *a priori*.¹⁶² L'arrêté ministériel n° 9286 du 3 octobre 2007 portant organisation et fonctionnement de la Direction centrale des Marchés publics crée entre autres, la Division du contrôle et des visas qui a spécialement en charge la mission de contrôle proprement dite.¹⁶³ En outre, il est créé auprès des autorités contractantes une cellule de contrôle des marchés publics.¹⁶⁴ Les opérations de passation des marchés, depuis la phase de la planification jusqu'à leur attribution sont soumises à la Cellule. L'émergence des différentes institutions fait du contrôle *a priori* une fonction à part entière, distincte de celle de régulation. Celle-ci s'applique au système ou à l'ambiance générale qui caractérise la réalisation des contrats administratifs.

Dans cet ordre d'idées, l'article 15 du Code béninois des marchés publics prévoit la création d'une Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP).¹⁶⁵ Elle est rattachée à la présidence de la République. Il assurera parmi d'autres fonctions, le contrôle *a posteriori* des procédures de passation des marchés publics et des DSP lorsqu'un contrôle *a priori* n'aura pas été exercé (article 11 alinéa 7, 3° tiret). Les différentes institutions veillent au respect de la publicité et de la mise en concurrence, ce qui infléchit le cours de l'*intuitu personae*. En effet, en vertu de l'article 58 du décret n° 2008-17 du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso,¹⁶⁶ l'appel d'offre ouvert est la procédure de droit commun.

¹⁶¹ Voir l'article 4 de la directive 05/2005 du 9 décembre 2005.

¹⁶² Voir Adama MBOUP, «Direction centrale des marchés publics, un instrument du contrôle *a priori* des procédures», *Revue des marchés publics*, mai 2011, n° 2, pp. 14-15.

¹⁶³ Au Bénin, le Code des marchés publics et de DSP prévoit la création d'une Direction nationale de Contrôle des Marchés publics placée sous la tutelle du ministre en charge des finances. La Direction procède à la validation des dossiers avant le lancement de l'appel d'offre, accorde les autorisations et dérogations nécessaires aux autorités contractantes, valide le rapport d'analyse comparative des propositions et du procès-verbal d'attribution provisoire du marché par la commission de passation, examine juridiquement et techniquement le dossier du marché avant son approbation et peut demander des éclaircissements à l'autorité contractante, procède à la validation des projets d'avenants, assiste techniquement les autorités contractantes et contrôle l'activité des Directions départementales de contrôle des marchés publics (voir article 11) . Au Burkina Faso, le décret du 16 avril 2008 relatif aux marchés publics et aux délégations de service public a érigé en son article 1^{er}, la Direction centrale des marchés publics en une Direction Générale des Marchés Publics (DGMP). La Direction a compétence pour émettre des avis, pour donner des autorisations et des dérogations qui sont prévues par la réglementation sur les marchés publics.

¹⁶⁴ Le Code béninois des marchés publics et des DSP crée une Cellule de contrôle des marchés publics (CCMP) en son article 12 ; voir au Sénégal l'arrêté n° 00865 du 22 janvier 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement des Cellules de passation des marchés des autorités contractantes. L'arrêté est pris en application des articles 35 et 141 du Code des marchés publics ; le Burkina Faso pour sa part, dispose de spécialistes de passation des marchés publics qui sont des délégués de la DGMP lorsque le seuil du marché est inférieur à 200 millions de francs CFA (voir article 2 de l'arrêté n° 2010-028/ MEF/ CAB/ du 8 février 2010 portant fixation du seuil de délégation d'attributions entre le Directeur des marchés publics et les spécialistes en passation des marchés, *Revue des marchés publics du Burkina Faso*, éd. Spéciale février 2010).

¹⁶⁵ Voir décret n°2010-496 du 26 novembre 2010 portant organisation, attribution et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, in *M. P. Chérifatou SEIBOU, Passation des marchés publics dans la Commune de Ouidah, du droit au fait : quelles limites ?*, Master II en AGT, ENAM-UAC, 2016, p.49 ; du côté du Burkina Faso, voir décret n° 2014-554 du 27 juin 2014 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique *J.O, op.cit.* ; décret sénégalais n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), *J.O* du 2 juin 2007, pp. 2938-2947.

¹⁶⁶ Voir en ce qui concerne le Bénin, l'article 28 du Code des marchés publics ; article 60 alinéa 3 du Code des marchés publics au Sénégal. L'appel d'offres ouvert est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères préalablement

Ainsi présentée, la législation sur les contrats administratifs, en l'occurrence celle relative aux contrats de la commande publique a donné lieu à une mise en application conséquente, c'est-à-dire allant dans le sens de la réduction de l'autonomie du droit des contrats administratifs. En effet, au Sénégal, l'article 67-5 du Code des marchés publics exige que les offres soient étudiées sur la base de trois plis. Pour ce faire, l'autorité contractante qui en a reçu trois dont l'un constitue un désistement n'est pas fondé à procéder à leur ouverture.¹⁶⁷ Au Burkina Faso, la question a été posée de savoir si une offre qui est économiquement plus avantageuse que les spécifications techniques du dossier d'appel d'offres doit être rejetée. Le Comité de règlement des différends (CRD) de l'ARMP a répondu positivement¹⁶⁸ à la question. Est ainsi annulée la décision portant attribution d'un marché où le soumissionnaire a fourni des échantillons de thé de 50 grammes en lieu et place des 36 grammes que contient le dossier d'appel d'offres. Dit autrement, la régularité d'un pli s'apprécie en relation avec le dossier d'appel d'offres, mais non pas en rapport avec l'avantage que l'administration y tirera,¹⁶⁹ et qui pourrait, on peut l'imaginer, être une entente inavouée, donc une pratique anticoncurrentielle entre l'administration et le soumissionnaire considéré. Au Bénin, la Société ABT international SARL¹⁷⁰ a contesté avec succès l'attribution d'un marché à un soumissionnaire. En effet, le dossier de la Société a été rejeté par la Commission de dépouillement des offres. Le rejet a été confirmé par la Commission nationale de régulation des marchés publics (CNRMP).¹⁷¹ Il lui a été reproché de n'avoir pas fourni les originaux des pièces constitutives de son offre. Or au regard de l'ordonnance¹⁷² relative aux marchés publics à l'époque, les photocopies certifiées conformes aux originaux suffisaient pour constituer un dossier de soumission. Saisi de l'affaire, le juge de l'administration avait fait droit au recours de la Société ATB International SARL.

Dans le domaine de l'exécution des contrats administratifs, il a été mentionné que la tendance est à l'émergence du principe de l'égalité des parties.¹⁷³ Cependant, au vu des principes traditionnels qui gouvernent l'exécution d'un contrat administratif, l'acte portant modification est un A.A.U. et relève des prérogatives exorbitantes de droit commun.¹⁷⁴ On pourrait alors avancer que la législation nationale est également anti-autonomiste par endroits dans les Etats qui font l'objet de la présente réflexion.

Au demeurant, la procédure de conciliation¹⁷⁵ prévue à l'article 49 du Contrat PVI ayant échoué, le même article *in fine* impose aux parties de décider « de saisir la juridiction arbitrale pour le règlement de leur litige conformément aux dispositions du traité de l'OHADA qui régissent la

portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres (article 58 du décret burkinabé n° 2008-17 du 16 avril 2008 portant réglementation des marchés publics et des DSP).

¹⁶⁷ Voir ARMP du Sénégal, décision n° 356/13/ARMP/CRD du 20 novembre 2013 du CRD statuant en commission litiges sur le recours introduit par la Société SONAM contestant l'attribution provisoire du marché relatif à la couverture des risques pour la gestion 2013 au profit de la RTS http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=746:decision-nd-35613armprcd-du-20-novembre-2013&Itemid=778 (consulté le 30 août 2016).

¹⁵² Voir ARMP du Burkina Faso, décision n° 2013-305/ARMP/CRD, 28 mai 2013 sur recours de E.G.F SARL (lots 01 et 04) et de l'entreprise CO.GEA INTERNATIONAL (lot 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n° 2013- 000019/MESS/SG/DAF pour l'acquisition de vivres au profit des cantines scolaires du secondaire.

(http://www.armp.bf/images/stories/docs/DECISION_CRD/CRD_JUIN_2013/CONTESTATION/decision_305_armp_crd_28_05_2013.pdf (consulté le 30 août 2016).

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Voir CA CS (Bénin), 10 décembre 2009, *Société ATB International c/ CNRMP* (inédit).

¹⁷¹ Voir décision de la DMP du 4 novembre 2005, visée par CA CS (Bénin), *Société ATB International c/ CNRMP*, ibidem.

¹⁷² Voir l'article 29 de l'Ordonnance n°96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des marchés publics en République du Bénin (abrogée par le Code des marchés publics et des DSP du 7 août 2009).

¹⁷³ Voir supra, I-A-2.

¹⁷⁴ Voir N° 76/CA du 10 août 2006, *Société Ouvrière du Bâtiment et Travaux Publics (SOBA-TP) c/ MCAT - AJT PCC*, www.juricaf.org (consulté le 16 septembre 2016) ; article 109 du COA au Sénégal ; ou encore CE 2 février 1983, *Transports publics urbains et régionaux*, Rec., p.33 ; RDP 1984, p.212.

¹⁷⁵ Le règlement amiable ou la conciliation est synonyme de résolution des litiges relatifs à l'exécution des contrats administratifs par l'organe de règlement des différends au sein des organes de régulation » (Voir Seynabou SEMB, Thèse précitée, p.654).

matière ». C'était à l'occasion du Contrat PVI que l'Etat béninois avait perdu le procès devant le Tribunal arbitral de la C.C.J.A.¹⁷⁶ Toutefois, aux termes de l'article 25 de l'AUA, le recours en annulation contre l'acte arbitral est du ressort « *du juge compétent dans l'Etat Partie* » dont la décision est « *susceptible de pourvoi en cassation devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage* ». ¹⁷⁷ Au même moment, l'article 146 alinéa 9 du Code béninois des marchés publics prévoit que « *les décisions de l'autorité de régulation des marchés publics peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel (...)* ». Le juge compétent pouvant être le juge judiciaire, une juridiction arbitrale de l'OHADA ou le juge administratif, il ne serait pas insensé d'observer que l'office de ce dernier paraîsse certes menacé, mais il n'est pas voué à la disparition. Pour preuve, une pareille disposition, expression d'une compétence concurrente entre les ordres de juridictions dans le domaine du contentieux des contrats administratifs, figure aussi à l'article 139 du Code des marchés publics au Sénégal. La puissance publique n'est donc pas totalement dépouillée de son privilège de juridiction. Au contraire le particularisme qui caractérise le droit des contrats administratifs résiste à bien des égards aux invasions qu'il subit de la part des principes et de la logique du droit privé qui sont consacrés par la législation communautaire de l'OHADA et notamment par celle de l'UEMOA ou par le droit positif béninois, burkinabé ou sénégalais.

II/ Les résistances observées au niveau de l'autonomie

A l'issue d'un développement assez critique qu'un auteur africain avait presque linéairement consacré au *déclin du droit administratif* dont une bonne partie se rapporte au droit des contrats administratifs,¹⁷⁸ l'observateur concerné ne pouvait pas s'empêcher d'en arriver cependant, avec l'appui de plusieurs d'autres chercheurs avertis qu'il a cités, à une conclusion aussi rude, laborieuse ou indécise : « *Il est possible de se demander si ce n'est pas le droit administratif, loin d'un déclin aussi annoncé, qui s'adapte aux transformations de l'Etat. La cohabitation entre droit communautaire et droit administratif semble être inéluctable. Elle est facilitée ou imposée par la constitutionnalisation des différentes matières juridiques¹⁷⁹ et du droit administratif en particulier.¹⁸⁰ C'est sans doute par des « habits neufs »¹⁸¹ que le droit administratif (...) pourra s'adapter face au mouvement de modernisation des administrations publiques* ». ¹⁸² Bien que le droit des contrats administratifs demeure un droit prétorien dans l'absolu, le tissage des « *habits neufs* » ou de ténacité ne fit pas seulement appel à un réaménagement du contentieux contractuel (B) dans son ensemble, mais tient aussi à un apport certain de ses sources (A).

A/ Un apport certain des sources du droit des contrats

« *Il ne fait pas de doute, le droit constitutionnel et le droit communautaire contribueront l'un et l'autre fortement à la définition des équilibres fondamentaux* »¹⁸³ de l'autonomie du droit des contrats administratifs. Il en découle qu'en dehors des *bases constitutionnelles du droit administratif*, l'on assiste en quelque sorte à un rajout : les bases communautaires du droit administratif ou du droit

¹⁷⁶ Voir C.C.J.A. Ass. Plén. 15 octobre 2015, *Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin*, (www.ohada.com/2758/arbitrage-ccja) (consulté le 10 décembre 2016).

¹⁷⁷ Voir en sens inverse, TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français, RFDA*, 2007, p. 285 ; TC, 17 mai 2010, n° C3754, *Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. SAUGSTAD*, JCP 2010, n° 21.

¹⁷⁸ Voir Abdou Aziz D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Ibidem*, pp.19-27.

¹⁷⁹ Voir Louis FAVOREU, « la constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à Roland Drago : l'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 39.

¹⁸⁰ Louis FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit administratif » in *Mélanges Epaminondas SPILIOTOPOULOS*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 453- 459, pp.97-113.

¹⁸¹ Voir Jean LESSI et Louis. Dutheillet de LAMOTHE, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA* 2014, p. 2180.

¹⁸² Voir Abdou Aziz D. KEBE, article précité. Le diagnostic que ce dernier a effectué ne vaut pas seulement pour le Sénégal. Il inclut les autres Etats membres de l'UEMOA comme le Bénin et le Burkina Faso.

¹⁸³ Voir Jean-Bertrand AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *op.cit.*, pp. 2 et 11.

des contrats administratifs. En parlant des sources, l'on s'intéresse donc aux sources externes, notamment au droit constitutionnel et à la réglementation communautaire. Leur présence se fait de plus en plus sentir¹⁸⁴ dans le domaine du droit des contrats administratifs. Pour ce faire et en considération de la hiérarchie des normes juridiques, l'étude afférente à l'internationalisation de règles contractuelles (2) sera précédée de celle portant sur l'ancrage constitutionnel de telles règles (1).

1°) L'ancrage constitutionnel de règles contractuelles

L'ancrage ou le réajustement constitutionnel de l'autonomie est à la fois l'œuvre du constituant lui-même et de la jurisprudence constitutionnelle, notamment dans ce dernier cas à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi. En effet, il avait été démontré que l'arbitrabilité du contentieux des contrats administratifs constitue une entorse à l'autonomie du droit des contrats administratifs en ce sens que la puissance publique perd en partie son privilège de juridiction, et est soumise par ricochet à des règles de droit qui ne sont plus nécessairement exorbitantes de droit commun. Toutefois, si au même moment, l'existence de la juridiction administrative venait à avoir une base constitutionnelle, il ira de soi que l'émergence des normes communautaires n'équivaille pas à une abrogation des institutions spécialisées dans le domaine des litiges liés aux contrats administratifs. Elles sont à la limite concurrencées, mais ne sont pas vouées à la disparition. Ce n'est donc pas fortuit quand l'article 131 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose en son alinéa 1^{er} que « *la Cour suprême est la plus haute juridiction de l'État en matière administrative (...).* » Cela paraît d'autant plus vraisemblable que l'alinéa 3 du même article affirme : « *Les décisions de la Cour suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions.* »¹⁸⁵ Au Burkina Faso, « *le Conseil d'Etat constitue un ordre de juridiction différent de l'ordre judiciaire* (article 126-2 de la Constitution). Aux termes de l'article 27 alinéa 1^{er} de la Constitution, il « *est la juridiction supérieure de l'ordre administratif* ». Le Sénégal avait créé un Conseil d'Etat¹⁸⁶ en 1992 avant de le supprimer en 2008.¹⁸⁷ Néanmoins, en vertu de l'article 92 alinéa 3 *in fine* de la Constitution du 21 janvier 2001, « *la Cour suprême connaît, par la voie du recours en cassation, des décisions des Cours et Tribunaux relatives aux contentieux administratifs* ». L'unité de juridiction est maintenue. En revanche, il existe une séparation des contentieux administratifs et judiciaires.

La portée de la constitutionnalisation de la juridiction administrative dans les Etats qui viennent d'être ciblés peut être mieux appréciée par comparaison à sa consécration récente en droit français par le Conseil constitutionnel. En effet, ce n'est qu'en 1980 que le juge constitutionnel¹⁸⁸ s'est fondé sur une loi du 24 mai 1872 pour affirmer que l'indépendance, donc l'existence de la juridiction administrative est au nombre des « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », et qu'elle a ainsi une valeur constitutionnelle.¹⁸⁹ A la suite du Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant dérivé a intégré la juridiction administrative au texte de la Constitution. L'article 61-1 alinéa 1 énonce : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation dans un délai déterminé* ». Le Conseil constitutionnel en a explicitement déduit que la Constitution reconnaît deux ordres de juridictions, judiciaire et administratif.¹⁹⁰

Mieux, il convient de noter en guise d'un rapprochement que la Constitution nigérienne du 25 novembre 2011 est allée plus loin dans l'ancrage constitutionnel du droit des contrats administratifs.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Mais la Cour constitutionnelle ne se sentirait pas liée par les arrêts de la Cour suprême lorsqu'ils violent les droits fondamentaux de la personne humaine (voir décision DCC 09-087 du 13 août 2009, *Rec. des avis et des décisions*, 2009, vol. 2, p. 432 et s.).

¹⁸⁶ Voir El Hadji MBODJ, « Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *EDJA*, avril-juin 1995, n° 25, p.17.

¹⁸⁷ Voir loi n° 92-24 du 7 août 2008, citée par Demba SY, *Droit administratif*, op.cit., p.138.

¹⁸⁸ Voir Con. Cons. décision n°80-119 DC, 22 juillet 1980, *Constitutionnalité des lois de validation*, *GDCC*, 16^e édit., p.122 et s.

¹⁸⁹ Voir Gilles LIBRETON, *Droit administratif*, op.cit., p.17.

¹⁹⁰ Voir décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *RFDA* 2010, p.1.

En effet, l'article 150 de la Constitution instaure que « *les contrats de prospection et d'exploitation des ressources naturelles et du sous-sol ainsi que les revenus versés à l'État, désagrégés, société par société, sont intégralement publiés au Journal officiel de la République* ». Quant à l'article 151, il prescrit : « *l'État s'assure de la mise en œuvre effective des contrats d'exploration et d'exploitation octroyés.* » Il s'est ainsi opéré au Niger, une évolution relative à la constitutionnalisation des contrats de partenariats publics-privés.¹⁹¹ Le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal devraient pouvoir s'en inspirer. Parallèlement, et à titre d'illustration en rapport avec le droit français, saisi d'un recours contre la loi d'habilitation sur le fondement de laquelle l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le PPP a été prise, le Conseil constitutionnel français avait admis la validité du PPP compte tenu de son régime dérogatoire qui en fait un contrat subsidiaire auquel les personnes publiques ne peuvent recourir que pour les projets complexes.¹⁹² Contrairement au juge constitutionnel français, la Constitution du Niger fait des contrats de PPP un principe à l'instar de la législation du Bénin, du Burkina Faso ou du Sénégal.¹⁹³

Raisonnablement, le constituant et le juge constitutionnel africains, notamment des Etats dont traite le présent travail ne sont pas des *anti-autonomistes*. Ils s'efforcent de trouver une ligne médiane entre l'autonomie essentielle ou les spécificités des règles de droit public et les règles de droit privé applicables aux contrats administratifs en adoptant une démarche nuancée comme le décrit si bien cet auteur : « *Saisi par le Président de la République du traité OHADA signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, la Cour constitutionnelle du Bénin a considéré que ce traité d'intégration ne contenait aucune clause contraire à la Constitution, se fondant sur une approche souple de la souveraineté de l'État.*¹⁹⁴ *En effet, si elle reconnaît que certaines stipulations (compétences reconnues à la Cour commune de justice et d'arbitrage, dessaisissement de certaines institutions nationales, etc.) constituent un abandon partiel de souveraineté* », la Cour affirme par ailleurs « *qu'il n'en résulte pas cependant un changement de statut international du Bénin en tant qu'État souverain et indépendant* ».¹⁹⁵ Au même auteur d'ajouter que la position de la Cour constitutionnelle béninoise rejoint, à certains égards, celles adoptées d'une part, par le Conseil constitutionnel sénégalais et d'autre part, par la Cour suprême de justice de la République démocratique du Congo. Pour le premier, le préambule de la Constitution fonde d'éventuels abandons de souveraineté,¹⁹⁶ et en tout état de cause le traité OHADA s'assimile « *non pas à un abandon de souveraineté, mais [à] une limitation de compétences qu'implique tout engagement unilatéral* ». ¹⁹⁷ Quant à la seconde, elle a jugé – se fondant sur l'article 217 de la Constitution¹⁹⁸ – que les stipulations conventionnelles incriminées doivent être analysées comme « *des clauses de transfert de compétences et de limitation de souveraineté des États membres au profit de l'OHADA* ». ¹⁹⁹ Or, en matière contractuelle, l'arbitrage est gouverné par l'AUA et par la CCJA qui relèvent tous deux de l'OHADA. De ce fait, il est soutenable qu'il existe un fondement constitutionnel de consolidation de l'autonomie du droit des contrats administratifs qu'il importe de préserver.

Pour tirer quelques éléments d'analyse du droit comparé, il importe par exemple de noter que

¹⁹¹ Voir Abraham GADJI, « L'économie dans les Constitutions d'Etats d'Afrique francophone », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, L'Harmattan, 2014, p.801 et s.

¹⁹² Voir décision DCC du 26 juin 2003, *Simplification du droit*, JO. 3 juillet 2003.

¹⁹³ Voir *infra*, II-A-2.

¹⁹⁴ Voir Décision DCC 19-94 du 30 juin 1994, *Président de la République*, rapportée par Alain ONDOUA, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe » (inédit).

¹⁹⁵ Ibidem, Considérant n° 8.

¹⁹⁶ Le passage pertinent du préambule de la Constitution sénégalaise de 2001 prévoit que : « *la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'Unité africaine* ».

¹⁹⁷ Voir Conseil constitutionnel sénégalais, 16 décembre 1993 : *Recueil Pénant*, n° 827, mai-août 1998, pp. 225-234, note Alioune SALL.

¹⁹⁸ Aux termes de l'article 217 de la Constitution de 2006 : « *La RDC peut conclure des traités ou accords d'association ou de communauté comportant un abandon partiel de souveraineté en vue de promouvoir l'Unité africaine* ».

¹⁹⁹ Voir Cour suprême de justice de RDC, décision n° R.CONST.112/TSR, 5 février 2010, comm. Marcel WETSH'OKONDA KOSO, www.la-constitution-en-afrique.org/8-categorie-10195444.html, citée par Alain ONDOUA, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe », op.cit.,

c'est le juge constitutionnel français qui avait utilisé pour la première fois la notion de commande publique.²⁰⁰ D'après la même juridiction, le concédant est libre de déterminer avec le concessionnaire la durée du contrat. Partant, l'article 40 de la loi anticorruption du 29 janvier 1993 qui entendait limiter la durée de la concession à la période nécessaire à « *l'amortissement des installations mises en place* » a été interprété d'une manière très souple²⁰¹ Certes, la loi du 2 février 1995 est revenue à la charge, mais elle dispose néanmoins que, sauf exception, « *dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans* », ²⁰² ce qui n'est pas négligeable, une concession n'étant pas assimilable à un bail emphytéotique administratif. Aussi pour protéger la propriété publique en vue du respect de l'intérêt général, le Conseil constitutionnel français a-t-il prohibé les clauses contractuelles portant occupation du domaine public pour une durée excessive,²⁰³ tout en exigeant la présence de clauses respectant le principe de la continuité du service public.²⁰⁴

Dans le même ordre d'idées, afférent au droit comparé, le Conseil constitutionnel français a conforté la position du Conseil d'Etat français. Il s'est aligné sur la jurisprudence de celui-ci, liée aux prérogatives relatives à l'exécution des contrats de droit public. Les clauses exorbitantes sont au nombre de quatre : le pouvoir de direction et de contrôle, le pouvoir de modification unilatérale, le pouvoir de résiliation unilatérale et le pouvoir de sanction.²⁰⁵ L'arrêt *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes qui a décidé qu'un contrat peut prévoir les prérogatives concernées tout comme l'administration peut en bénéficier de plein droit, c'est-à-dire en dehors de tout texte juridique, les qualifie de « règles générales applicables aux contrats »²⁰⁶ à la suite du Conseil constitutionnel qui les considère comme étant des « principes ».²⁰⁷ Pourvu que l'exercice des prérogatives soit naturellement mu par un motif d'intérêt général²⁰⁸. Le cas échéant, « *le devoir du cocontractant de s'acquitter de ses obligations contractuelles est strict : il continue à s'imposer même lorsque l'administration cesse de son côté de respecter les siennes. Le cocontractant n'a en effet aucun pouvoir d'action unilatérale. Face à une faute de l'administration, il n'a pas le droit de riposter par une mesure de rétorsion. Il ne peut que saisir le juge administratif de sa réclamation* ».²⁰⁹*

En plus, pour le juge constitutionnel français, « *figurent au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », à valeur constitutionnelle, le principe (assorti d'exceptions) selon lequel « *relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique* », par les autorités administratives.²¹⁰ Un commentateur notera qu'« *est ainsi constitué, autour de la notion de puissance publique, autrement dit de la gestion publique, un noyau dur du droit administratif auquel même le législateur ne peut en principe porter atteinte* », ce qui constitue un atout pour le contentieux des actes détachables en contentieux contractuel²¹¹ en ce qu'il incombe uniquement à la juridiction administrative. A juste titre, après le Conseil constitutionnel, le Tribunal des Conflits a décidé que « *l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix*

²⁰⁰ Voir Cons. Cons. 23 juin 2003 décision n° 2003-473 DC, op.cit.

²⁰¹ Voir Conseil constitutionnel décision DCC 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, RFDA, 1993, p.902, note POYAUD.

²⁰² Voir CGCL, article L. 1411-2 ; Philippe TERNEYRE, «La durée des contrats », RFDA, 2016, n° 2, p.277.

²⁰³ Voir décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 (Loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public), rapportée par Laurent RICHER, « Constitution, contrat et commande publique », op.cit., pp. 37 à 48.

²⁰⁴ Voir décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure – à propos du crédit-bail, citée par Philippe TERNEYRE, ibidem.

²⁰⁵ Voir CE 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, AJDA 1976, p.632 ; Cons. const., 18 janvier 1985, *Loi Chevènement* », cité par Gille LIBRETON, ouvrage précité, p.314.

²⁰⁶ Voir CE 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, AJDA, 2010, p.2076.

²⁰⁷ Voir Cons. const., 18 janvier 1985, *Loi Chevènement* », précité.

²⁰⁸ Pour un approfondissement de la portée des clauses exorbitantes relativement à l'exécution des contrats en vue de la sauvegarde de l'intérêt général, voir *infra*, II-B-2.

²⁰⁹ Voir CE 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, AJDA 1976, p.632 ;

²¹⁰ Voir Cons. Const. 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, GDCC, p.216 et s. Voir *infra*, II-B pour d'autres décisions du Conseil constitutionnel français dans le domaine contractuel.

²¹¹ Voir *infra*, II-B-2.

et de la concurrence n'a pas pour effet de soumettre au contrôle du Conseil (devenue Autorité) de la concurrence et à la Cour d'appel de Paris, les actes de passation des marchés publics qui sont des actes administratifs et non des activités de production, de distribution et de service ». ²¹² Ce n'est donc pas seulement le droit des contrats administratifs qui se conforme à ses sources, mais celles-ci s'adaptent aussi à l'intérêt général qui est une tradition séculaire qui fonde *la capacité du discours constitutionnel à peser sur le cours du jeu économique et social* ²¹³ en rapport avec le droit communautaire.

2°) L'internationalisation de règles contractuelles

Pour s'en tenir à une jurisprudence du Conseil d'Etat sénégalais, l'internationalisation vise fondamentalement la réglementation communautaire ²¹⁴ relative aux contrats administratifs. Sur cette base, avoir encore à rappeler qu'en érigeant l'appel d'offres ouvert en une procédure de droit commun de passation des contrats de la commande publique pour faire de l'appel d'offre restreint ou de l'entente directe des procédures exceptionnelles, constitue une manière pour le droit communautaire de s'administrativiser, ²¹⁵ relève de l'évidence. Il en est de même de la planification ou de la budgétisation des contrats de la commande publique dont les contrats de PPP qui intègrent les objectifs stratégiques de développement et les exigences de la législation communautaire de l'UEMOA. ²¹⁶ S'y ajoutent le respect des règles de la comptabilité publique, la rédaction des différents types de cahiers des charges ²¹⁷ qui caractérisent les contrats de droit public. Ces différentes règles qui sont des exigences de la législation communautaire n'existent pas au regard des contrats de droit privé signés entre particuliers. Aussi la conclusion d'une gamme assez variée de contrats administratifs est-elle soustraite des règles de publicité et de mise en concurrence. ²¹⁸ Qualifiés d'exceptions, ces contrats administratifs sont si nombreux qu'il serait plus objectif d'avancer qu'ils concurrencent le reste des contrats administratifs qui sont soumis à la publicité et à la mise en concurrence. ²¹⁹ En outre, on peut

²¹² Voir TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, rapporté par Ibrahim D. SALAMI, *Droit administratif*, op.cit., p.136.

²¹³ Voir Matthieu CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *RDP*, 2016, n° 2, p.14.

²¹⁴ Voir CE sénégalais, 31 août 1994, *Prosper Guena NTICHEN c/ Université Cheikh Anta DIOP*, op.cit. p.85.

²¹⁵ A titre de comparaison, le dialogue compétitif relève par exemple du droit de l'UE. Il consiste à engager une discussion entre plusieurs entrepreneurs économiques sur le choix des solutions les plus adaptées aux préoccupations de la personne publique, quitte à celle-ci d'évaluer et de comparer les différentes solutions en rapport avec les questions de performance pour faire droit à celle qui paraît la plus appropriée (voir directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

²¹⁶ Voir articles 17 et 43 de la directive n°6 2009 / CM / UEMOA du 26 juin 2009 portant loi de finances au sein de l'UEMOA ; Seni Mahamdou OUEDRAOGO, *Le contrat de partenariat public-privé au Burkina Faso, Ouagadougou*, UO2, Mémento, 1^{ère} édit., 2015.

²¹⁷ A tous ces égards (budgétisation des contrats, le respect des règles de la comptabilité publique et la portée des cahiers des charges), voir respectivement articles 6, 9 et 12 du Code sénégalais des marchés publics ; articles 110 et 112 du Code béninois des marchés publics et des DSP ; articles 55, 56 et 76-78 du décret relatif à la réglementation des marchés publics et des DSP au Burkina Faso.

²¹⁸ En effet, il y a un « *pouvoir souverain (de la puissance publique) pour modifier, voire résilier, moyennant compensation un contrat conclu avec des particuliers (...), ainsi le veut la prééminence des intérêts supérieurs de l'Etat sur les obligations contractuelles* » (voir CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran c/ Grèce*, B n° 301).

²¹⁹ En cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de cas de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité compétente n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de la nécessité », elle peut avoir recours à un marché de gré à gré (article 49, 4^e tiret du Code béninois des marchés publics et des DSP, article 76 du Code sénégalais des marchés publics et les articles 71 et 188 du décret portant réglementation des marchés publics et des DSP au Burkina Faso). En outre, ces différents Codes des marchés publics et des DSP ne s'appliquent pas aux marchés de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles lorsqu'il concerne des besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité (article 7 Code béninois ou article 188 du décret burkinabé). Voir aussi Florian LUNDITCH, « Recherche sur la dimension non concurrentielle de l'achat public ou "101 raisons de ne pas mettre en concurrence les candidats à

avancer que le règlement amiable, propre à la procédure administrative contentieuse²²⁰ est désormais communautarisé. En effet, avant la saisine d'une juridiction donnée, qui peut être arbitrale,²²¹ les candidats évincés à l'occasion d'un appel d'offres doivent d'abord adresser leur plainte à une autorité administrative.²²² Le recours administratif préalable n'est donc plus l'apanage du contentieux administratif au plan national, mais il intègre également la réglementation communautaire sur les contrats de la commande publique.

Par exemple, comme il avait été souligné, en droit comparé le référé précontractuel était transposé par le jurislature français dans le souci de renforcer le jeu de la libre concurrence en matière de passation des contrats administratifs. Aussi, le référé précontractuel a-t-il une origine communautaire en Europe. Il procède des directives communautaires « *Recours* ». ²²³ Sur la base de celles-ci, les candidats évincés jouissent d'une voie de recours qui permet de prévenir les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats administratifs ayant pour « *objet l'exécution de travaux, la livraison de fourniture ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou la délégation d'un service public* ». ²²⁴ Mais la saisine de ce dernier est conditionnée par l'exercice d'un recours administratif préalable, notamment un recours gracieux. Il est saisi dans les dix jours suivant un recours infructueux que le candidat évincé aurait adressé à l'autorité adjudicatrice. ²²⁵ Or, en droit interne, le recours administratif n'est pas de tout temps apprécié. En raison de sa nature administrative, il ne paraîtrait pas opportun qu'il transparaisse dans une procédure administrative contentieuse juridictionnelle. ²²⁶ En revanche, qu'il soit admis en droit communautaire comme un préalable à la phase juridictionnelle proprement dite, ne puisse qu'être analysé dans le sens de sa revitalisation. Ainsi, le droit des contrats administratifs n'est plus seulement communautarisé, il tend à être internationalisé.

Le raisonnement qui précède vaut pour le sursis à exécution ou pour le référé contractuel. On peut affirmer qu'un tel référé existe en droit des contrats administratifs au Bénin d'autant qu'il est assimilable au sursis à exécution. L'argumentation prendra concomitamment sa source dans le droit béninois et le droit comparé, à savoir français ou européen. En effet, il s'agit en l'espèce d'une décision attribuant la location-gérance du complexe cimentier d'Onigbolo à l'adjudicataire provisoire. Le requérant a sollicité qu'il soit sursis à l'octroi du contrat à l'adjudicataire, et sans qu'aucun texte l'ait prévu en matière contractuelle, la Chambre administrative de la Cour suprême a fait droit à la requête en sursis à exécution qui lui a été adressée. ²²⁷ De la même façon, le référé contractuel intervient après la signature du contrat qui en fait l'objet. Il est instauré en France par une ordonnance du 7 mai 2009 relative aux directives « *Recours* ». Le recours y afférent est introduit dans les 30 jours qui suivent la publication de l'avis portant notification d'un marché concerné. Il est ouvert au préfet ²²⁸ et aux candidats évincés qui n'ont pas engagé un référé précontractuel. La décision du juge intervient dans un délai d'un mois. Il dispose entre autres prérogatives (résiliation du contrat, réduction de sa durée, pénalités financières), du pouvoir de suspendre l'exécution du contrat. En d'autres termes, le

la commande publique, et quelques autres », in Yves LUCHAIRE (dir), *Actes du Colloque « Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle »* des 5 et 6 mai 2004, Centre d'études en service public, Centre de Formation des Elus locaux et Etablissements publics d'Aix-en-Provence, 2006, p.141 et s.

²²⁰ Voir CS (Burkina Faso), 26 juin 1998, *Délégués syndicaux et du personnel c/ Brakina Bobo-Dioulasso*, cité par Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : droit administratif, Ouagadougou*, UO 2, Coll. Précis de Droit burkinabé, 2^e édit., décembre 2013, p. 206 et s.

²²¹ Voir l'article 139 du Code des marchés publics et également l'article 139 du COA au Sénégal.

²²² Voir Seynabou SEMB, Thèse précitée, p.654.

²²³ Directives 89 / 665 du 21 décembre 1989 et 92/13 du 25 février 1992, modifiées par la directives 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

²²⁴ Voir article L.551-1 du Code de Justice administrative (CJA) en France.

²²⁵ Voir Pierre - Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso Editions, Coll. Domat Droit public, 20^e édit., 2015-2016, pp. 429-433.

²²⁶ Voir Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, Thèse, Doctorat d'Etat, Orléans, 1983, 426 p, dactylographiées.

²²⁷ Voir N° 26/ CA (Bénin) du 22 octobre 1998, *Groupe MYC International (SARL) c/ FCBC-Etat béninois*, Rec. CS, pp. 198-202. (Consulté le 18 juillet 2016).

²²⁸ Voir Pierre - Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, op.cit.

référé contractuel constitue une éclosion du sursis à exécution au niveau communautaire. Il est défendable de mener un tel raisonnement. Habituellement en effet, les conditions de réalisation du sursis à exécution sont de deux ordres : la forte présomption d'illégalité qui plane sur un acte administratif, et la réparation presque impossible du préjudice invoqué par le requérant. Par conséquent, le sursis à exécution ne prospère pas outre mesure en plein contentieux ou dans le domaine économique parce qu'il revient au demandeur de démontrer (chose difficile à effectuer) l'insolvabilité de l'Etat.²²⁹ La vérification du critère d'irréparabilité pose donc problème en règle générale. Lorsque le sursis à exécution est accordé, la mise en application de l'acte administratif incriminé est paralysé tout comme l'est la conclusion d'un contrat assorti d'un référé contractuel fructueux dont l'exercice n'incombe pas seulement aux soumissionnaires évincés, mais également au préfet. De ce point de vue, la source du déféré préfectoral s'est renforcée. Elle n'a plus seulement une origine nationale. Mais il est également renforcé au plan communautaire ou international. C'est pourquoi il avait été annoncé que la législation communautaire valorise à certains égards, le droit des contrats administratifs.

Relativement à l'exécution des contrats administratifs, à partir du moment où le champ de la réglementation de l'UEMOA ou de l'OHADA se limite aux contrats de la commande publique, il va sans dire que d'une façon indirecte, les normes communautaires ne rejettent pas l'application du régime juridique classique aux autres contrats administratifs qui ont été répertoriés dans l'introduction du présent travail.²³⁰ L'autonomie du droit des contrats administratifs est donc réduite, mais pas totalement anéantie par la réglementation de l'UEMOA ou de l'OHADA.

Quant à l'exécution des décisions de justice, la puissance publique bénéficie d'une immunité d'exécution. C'est dire que les voies d'exécution applicables en droit privé ne concernent pas les personnes publiques. L'inexécution d'une décision de justice en matière de contrats administratifs ne saurait donc entraîner une exécution forcée contre la puissance publique. Sont catégoriques à cet effet, les dispositions de l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRV. L'article affiche : « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Or, il s'agit là d'un principe classique en droit administratif.²³¹ Ce faisant, la CCJA « *renouvelle l'exorbitance du droit administratif* ». ²³² La Haute Juridiction estime par ailleurs qu'il s'agit d'un tempérament à l'immunité d'exécution.²³³ Toutefois, l'Etat béninois n'a pas exécuté la sentence arbitrale corrélatrice au Contrat PVI de Nouvelle Génération malgré les injonctions qui sont contenues dans l'exéquat.²³⁴ Mais, il n'a pas fait l'objet d'une exécution forcée.

L'extension des règles du droit administratif n'épargne pas les contrats de travail que passent les institutions communautaires elles-mêmes avec leurs employés, et il ne paraît pas superfétatoire de le rappeler comme on c'en est aussi le cas en droit interne.²³⁵ En effet, le Président de la Commission de l'UEMOA avait mis fin aux fonctions d'un agent pour un motif de stage non satisfaisant. Mais il n'avait pas cru devoir observer la procédure administrative contentieuse non juridictionnelle. La Cour de justice de l'UEMOA²³⁶ a été saisie de l'affaire. Le dossier soulève en dernière analyse une question

²²⁹ « *S'agissant du caractère irréparable, dans la mesure où c'est l'Etat qui est le défendeur dans le présent dossier face au requérant, il serait difficile de soutenir que le préjudice que le demandeur va subir du fait de l'exécution immédiate de la décision de l'Administration sera irréparable ou en tout cas insusceptible d'être réparé par l'attribution d'une indemnité à supporter par l'Etat...* » Le juge avait tenu à rappeler le principe qui gouverne le sursis à exécution dans le domaine contractuel avant d'y apporter une restriction en l'accordant dans l'affaire *Groupe MYC International* (ibidem).

²³⁰ Voir également infra, II-B-2.

²³¹ Voir TC, 8 décembre 1899, Canal de Gignac, *Sirey*, 1900, 3, p. 49, note Hauriou.

²³² Voir article précédemment cité de Abdou D. Aziz KEBE, p.15.

²³³ CCJA, 1ère Ch., n° 043/2005 du 07 juillet 2005, *AZIABLEVI YOVO et autres c/ Société Togo Telecom*, Juriscope.org. 2006.

²³⁴ Voir C.C.J.A. Ass. Plén. 15 octobre 2015, *Société Bénin Control SA c/ Etat du Bénin*, op.cit.

²³⁵ Voir infra, II-B-2.

²³⁶ La Cour de justice de l'UEMOA est créée par l'article 38 du Traité constitutif de l'Union. Elle a été installée le 27 janvier 1995. Elle est devenue fonctionnelle à partir du 20 janvier 1996 (voir Demba SY, « L'activité de la Cour de justice de l'UEMOA » (http://196.1.97.20/viewer.php?c=articles&d=1_activite_de_la_cour_de_justice_de_l_uemoa, consulté le 17 janvier 2017).

de contrôle de proportionnalité en cas de sanction d'un agent. Il est vrai que le juge a fait économie du moyen relatif à l'erreur manifeste d'appréciation. Mais s'il n'y avait pas eu le manquement à une formalité substantielle, il serait amené à examiner le second argument du requérant. Dit autrement, la décision juridictionnelle paraît perfectible. Il était normal que le juge annule la décision du Président de la Commission de l'UEMOA comme il l'avait fait. Mais à un double titre, l'annulation pure et simple ne suffisait pas pour protéger à la fois les intérêts de l'UEMOA et les droits du demandeur. D'une part, l'agent devrait être réintégré. Mais allait-il servir l'UEMOA sans améliorer les lacunes dont il a fait preuve au cours de son stage ? Le juge devrait aller plus loin. Il prescrivait par exemple le renouvellement du stage qu'il aurait réussi à mieux protéger l'intérêt de l'UEMOA. D'autre part, à partir du moment où c'est le non respect d'une formalité substantielle qui a été sanctionnée, il aurait suffi que le Président de la Commission revienne à la charge, en respectant les règles de procédure pour que le plaignant perde le procès en dernière analyse. La meilleure façon de protéger ce dernier consistait à étudier l'erreur manifeste d'appréciation en apportant une main secourable au requérant étant donné que le domaine de la fonction publique fait désormais l'objet d'un contrôle de proportionnalité en droit administratif, même à propos des agents contractuels²³⁷ qui nous concernent dans la présente étude qui est consacrée aux contrats administratifs. Mais, il convient de reconnaître que la Cour de justice de l'UEMOA n'est qu'à ses débuts. Le temps ferait probablement son œuvre. Le cas échéant, le juge communautaire pourrait, les années à venir, contribuer à la transformation du contentieux des sanctions disciplinaires de la fonction publique dans les Etats membres au nombre desquels le Bénin, le Sénégal et le Burkina Faso, en un recours de plein contentieux comme l'évolution avait eu lieu en France.²³⁸

Dans ces conditions, il ne paraîtrait pas inopportun de proposer la création d'une section du contentieux administratif en matière contractuelle au sein de la Cour de justice de l'UEMOA ou de la CCJA. Cela y va de l'intérêt de *l'internationalisation du droit administratif*.²³⁹ De toute manière, comme le note un observateur averti, « *la Cour de justice de l'UEMOA est en train de poser les jalons d'un droit administratif communautaire (...)* Elle est en train de construire un véritable droit communautaire en s'inspirant des solutions du droit administratif en vigueur dans les Etats membres ».²⁴⁰

Mieux, le droit communautaire étant un droit transversal,²⁴¹ les arbitres peuvent recourir à l'équité, au droit privé ou au droit des contrats administratifs. Partant, les normes communautaires et / ou les juridictions communautaires seraient probablement confrontées à la question de la distorsion du champ d'application du droit des contrats administratifs. Il s'agit en effet d'une critique qui démontre qu'à une opération administrative donnée, en l'occurrence un contrat administratif, il arrive des fois que le droit administratif s'applique à une étape de sa réalisation alors que le droit privé régit une autre phase d'existence d'un même contrat. L'auteur en a déduit qu'il y a une dichotomie verticale.²⁴² Pour y remédier, l'on a recours à une technique d'identification du champ d'application du droit des contrats administratifs fondée sur la distinction gestion publique-gestion privée.²⁴³ Le droit

²³⁷ N° 34/CA du 08 août 2002, *Agossou Noël VIADENOU c/ Ministre du Commerce, de l'Artisanat et du Tourisme*, op.cit.

²³⁸ Voir CE Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, rapporté par Frédéric COLIN, *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Paris, Gualino, Lextenso éditions, Coll. Les CARRES, 7^e édit., 2015-2016, p.177.

²³⁹ L'expression est empruntée à Jacques MOREAU, « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Yvon LONSONNARH*, pp.293-301.

²⁴⁰ Voir Demba SY, « L'activité de la Cour de justice de l'UEMOA », op.cit., pp. 337 et 341. On peut affirmer au regard du droit comparé que la juridiction administrative française fait aussi l'objet d'une certaine communautarisation ou européanisation (voir *infra*, II-B-1).

²⁴¹ D'après un auteur, « *la justice communautaire est à la fois une justice administrative (légalité, responsabilité), constitutionnelle (répartition des fonctions, interprétations des textes), internationale (conflits entre sujets de droit international) et régulatrice (unité d'interprétation et d'application du droit communautaire : recours en renvoi préjudiciel en interprétation)* » (voir Demba SY, « L'activité de la Cour de justice de l'UEMOA », op.cit. p.331).

²⁴² Voir Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, op.cit., pp.56-58.

²⁴³ La distinction gestion publique-gestion privée est une méthode de détermination du champ d'application du droit administratif ou du droit des contrats administratifs. La méthode se présente sous deux aspects : une application globale ou synthétique et l'autre qui est une application analytique ou pointilliste. Dans le premier cas si un contrat était passé par un SPA, en cas de litige, le juge serait enclin à appliquer le droit public. Il

communautaire devrait pouvoir s'accommoder une telle méthode pour apprécier au mieux l'étendue du champ d'application du droit des contrats administratifs.

Les spécificités du droit des contrats administratifs influencent davantage les normes communautaires à plus d'un titre, et il ne pouvait en être autrement. En effet, le droit administratif fait appel au service public ou à l'intérêt général. Le même service public fait partie des critères jurisprudentiels de détermination d'un contrat administratif. En outre, le principe de la mutabilité constitue une caractéristique fondamentale du service public. Par ricochet, à force de transformer le régime juridique applicable aux contrats de la commande publique, la réglementation communautaire subit elle-même l'influence du principe de l'adaptabilité. Ainsi peut-on tenter d'analyser la combinaison des dispositions et jurisprudence constitutionnelles avec des normes communautaires en vue de la consolidation des sources du droit des contrats administratifs dans un sens favorable à la préservation nécessaire de l'autonomie du droit des contrats administratifs. Celui-ci opère en retour un changement de paradigme qui le conforte dans son baptême originel et séculaire : *la peau de léopard*.²⁴⁴

B/ Un réaménagement spécial du contentieux contractuel

En droit administratif d'une manière générale et en droit des contrats administratifs en particulier, coexistent des règles propres à celui-ci, sans équivalent en droit privé que le juge ne cesse de remettre sur les rails, mais il existe aussi des règles ou constructions librement transposées par la juridiction administrative, du droit privé pour être adaptées à l'action publique. C'est alors qu'on dit qu'il y a une publicisation²⁴⁵ de règles du droit privé. Or, même quand on parle de contrats de droit privé de l'administration, le droit privé est refondu au contact du droit des contrats administratifs.²⁴⁶ A plus forte raison, la publicisation ne peut que s'accroître lorsque des principes et notions du droit privé sont appliqués aux contrats administratifs. Mieux, elle s'intensifie à l'aune de l'évolution récente du droit des contrats de droit public d'autant plus que le droit privé des contrats administratifs amorce une dimension nouvelle, procédurale. C'est pour en rendre compte, et en fonction aussi de son aspect pédagogique que la présente réflexion se permet de traiter de l'aménagement spécial du contentieux contractuel en y regroupant à la fois le renouvellement du contentieux administratif (2) contractuel proprement dit, ainsi que la publicisation intense de règles du droit privé (1).

1°) La publicisation intense de règles du droit privé

La publicisation de règles du droit privé, ainsi qu'elle a été annoncée, a connu une rénovation ces derniers temps. Elle s'est dédoublée. Il y a l'approche classique qui est en mutation, et la tendance actuelle. La conception traditionnelle de la publicisation de règles du droit privé est allée dans deux sens. L'une est propre à la législation communautaire applicable dans les États sous étude. Elle est discutable. L'autre relève du droit comparé, en l'occurrence du droit européen ou français. Elle semble plus protectrice des spécificités du droit des contrats administratifs et revêt de même une portée didactique. Il serait préférable que le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal s'en inspirent. Une bonne partie des développements prendront donc leur source dans le droit comparé.

Relativement à la publicisation de règles du droit privé telle qu'elle se présentait, il a été rappelé qu'il puisse arriver qu'une juridiction administrative applique exceptionnellement et d'une manière volontaire des règles du droit civil au litige dont il aurait connaissance. C'est alors qu'intervient la publicisation de règles du droit privé, ou *l'enrichissement du droit public par le droit*

s'agirait d'une application du droit administratif à titre de présomption. Il restera à vérifier si la présomption sera ou non irréfragable. Interviendra alors l'application analytique. Elle ne s'en tient plus à l'activité ou à l'opération en cause, mais à la situation litigieuse proprement dite. Le cas échéant, il reviendrait à la juridiction administrative de s'assurer si le litige ne portait pas sur un contrat du droit privé de l'administration étant donné qu'un SPA pouvait aussi en conclure. C'est alors que la présomption sera confirmée ou infirmée. (Pour un approfondissement, voir Demba SY, *Droit administratif*, op.cit., pp.90-94).

²⁴⁴ Voir Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, op.cit. p.53.

²⁴⁵ Voir *supra*, I-A-2.

²⁴⁶ Voir M.J. LAMARQUE, *Recherche sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, LGDJ, 1960, p. 165., cité par Babacar KANTE, Thèse précitée, p.74.

privé.²⁴⁷ C'est par la voie de l'enrichissement que la doctrine classique africaine ou sénégalaise prévoyait la consolidation de l'autonomie essentielle et le recul de *l'autonomie accidentelle*. La doctrine sénégalaise n'est donc ni entièrement autonomiste, ni totalement anti-autonomiste. On pourrait risquer de la qualifier de doctrine néo-autonomiste. Pour revenir brièvement²⁴⁸ sur la place qu'occupait le droit privé des contrats administratifs, il avait été mentionné qu'au même titre qu'en droit privé, le défaut de consentement entraînera la nullité d'un contrat administratif,²⁴⁹ mais sauf si « *la victime préférerait se contenter d'une indemnisation*²⁵⁰ ». ²⁵¹ De ce fait, l'originalité du régime du contrat en droit public réside dans la possibilité d'une confirmation du consentement vicié, au moyen d'une indemnisation de la victime.²⁵² En sus, on peut citer la compétence de l'autorité signataire. Un équilibre est établi entre elle et la capacité en droit privé.²⁵³ Il y a donc effectivement une adaptation.²⁵⁴ Mais au-delà de ce classicisme, l'évolution récente de la privatisation de règles du droit privé tient à une certaine administrativisation des règles de procédure qui régissent les contrats de droit privé.

En effet, en vertu de l'article 25 de l'AUA, le recours en annulation contre l'acte arbitral est adressé au « *au juge compétent dans l'Etat partie* ». Mais la décision que ce dernier rend « *n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage* ». Il en résultera que la spécificité du droit des contrats administratifs et la juridiction administrative seront dévoyées par la réglementation communautaire dans les Etats comme le Bénin, le Burkina Faso ou le Sénégal.

En revanche, le juge administratif français s'est inspiré de la procédure judiciaire pour transposer les modes alternatifs de règlement des conflits.²⁵⁵ Pour le Tribunal français des Conflits, « *l'arbitrage n'a ni pour objet, ni pour effet de modifier la nature des litiges qui demeurent ce qu'ils sont et ne cessent pas d'être régis par les règles juridiques qui leur sont applicables* ». ²⁵⁶ Ainsi quand une « *sentence arbitrale est rendue dans le cadre d'un litige administratif au vu des règles administratives, le juge la considère rendue par une juridiction administrative spéciale* ». ²⁵⁷ Partant « *le Conseil d'Etat est compétent pour connaître d'un recours contre une sentence arbitrale : comme juge d'appel si cette voie est ouverte et que les parties n'y aient pas renoncé, comme juge de cassation dans les autres hypothèses* ». ²⁵⁸ En outre, le juge administratif français a par exemple recours à l'homologation pour trancher certains litiges qui lui sont soumis. « *La demande d'homologation est examinée par une formation collégiale ; le ministère d'avocat n'est nécessaire que lorsque la matière correspondant au litige qui aurait eu lieu sans transaction exige son*

²⁴⁷ Voir Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif. L'exemple du Sénégal*, op.cit.

²⁴⁸ Pour des informations complémentaires, voir *supra*, I-A-2.

²⁴⁹ Voir par exemple TA Paris 21 avril 1971, *Ville de Paris*, AJDA 1972, p. 164, note Godfrin. Il s'agit dans le cas d'espèce d'un dol.

²⁵⁰ Voir CAA Paris, 22 avril 2004, *Société Bouygues*, AJDA 2004, p.1417, conclusion HAÏM ; voir dans le même sens CE 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard*, RFDA 2008, p. 109, note Moderne.

²⁵¹ Gilles LIBRETON, *Droit administratif général*, op.cit., p.304.

²⁵² Ibidem, p.312.

²⁵³ Voir Babacar KANTE, Thèse précitée ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, op.cit.

²⁵⁴ Voir également en droit public, une originalité relative à l'effet relatif des contrats. Sa transposition fait état, d'une manière ou d'une autre, d'une innovation par rapport à l'application qui en est faite en droit privé (voir *infra*, II-B-2).

²⁵⁵ Voir CE, *Rapport Ass. gén.* 4 février 1993, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction et arbitrage en matière administrative*, Paris, *La Documentation française*, 1993 ; CE Ass. Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses et Société CDI 2000*, Rec., p. 433, concl. G. Le CHATELIER ; RFDA 2003, p. 291, concl. G. Le CHATELIER.

²⁵⁶ Voir TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, RFDA, 2007, p. 285.

²⁵⁷ Voir Elise LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2012, p.606.

²⁵⁸ Voir Daniel LABETOULLE, « Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME*, op.cit., 675.

intervention ». ²⁵⁹ De même, le juge administratif peut désigner un expert pour concilier les parties à un contrat administratif. ²⁶⁰

C'est au vu de tout ce qui précède que la présente étude estime que la privatisation de règles de droit privé qui enrichissent le régime juridique des contrats administratifs s'accommode une dimension inédite ; elle est à la fois organique et matérielle. On note une mosaïque d'institutions, privées (l'organe arbitral qui applique en principe des règles de droit privé) et publiques (la juridiction administrative qui s'en tient en règle générale à la mise en œuvre du droit public). On pourrait oser avancer qu'il s'agisse d'une compétence concurrente, d'enchevêtrement, mais sans risque de conflits de décisions. Ainsi, la compétence concurrente, classique, où chaque ordre de juridictions est confiné dans ses règles de procédure pour statuer sur une compétence qu'il détient en commun avec l'autre ordre de juridictions, avec un *risque d'autonomie accidentelle*, serait prise pour une compétence concurrente d'approche parallèle.

Il en découle que contrairement à la position d'un analyste qui croyait que l'exorbitance devrait être plus renforcée ²⁶¹ au Sénégal ou en Afrique qu'en France, c'est plutôt le système juridique de ce dernier Etat qui se révèle plus protecteur de l'intérêt général que la réglementation de l'UEMOA. Probablement le temps ferait son œuvre dans le sens d'une transposition par celle-ci ou par les Etats membres des modes alternatifs de règlement des litiges au lieu de leur transcription qu'on observe actuellement. Il y va aussi de l'intérêt des exercices de commentaire de décisions juridictionnelles en contentieux administratif au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal, car le monisme juridique qui semble se dégager de la réglementation communautaire paraît un peu plus forcé qu'il ne va de soi, qu'il ne reste collé au contexte juridique qui gouverne fondamentalement ²⁶² l'existence des contrats administratifs.

Pour ce qui est de la tendance actuelle de la privatisation de règles de droit privé, il paraît nécessaire de noter que traditionnellement une personne publique peut avoir sa propre société. ²⁶³ Mais, pour en quelque sorte répliquer au secteur privé, l'Etat crée désormais des institutions au sein desquelles les particuliers sont minoritaires, sans que ce soit des sociétés anonymes, des SEM ou des SEML, mais plutôt des personnes publiques (administratives), à savoir les GIP. ²⁶⁴

Ceux-ci sont à l'origine d'une double nouveauté. D'une part, on assiste à une extension d'un type particulier du critère organique ; les GIP peuvent passer des contrats administratifs conformément à l'article 5 de la directive de l'UEMOA du 9 décembre 2005. D'autre part, le mode contractuel de leur création entraîne une inféodation organique et matérielle du droit privé par le droit public. L'apport du juge administratif réside dans la description et la qualification qu'il fait des GIP. Ces derniers sont des personnes morales de droit public dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. Ils relèvent du domaine de la loi. Ils sont créés à l'initiative d'une ou de plusieurs personnes publiques qui peuvent s'associer avec une entreprise publique, des privés gérant un service public et avec des particuliers. Ils mènent en principe des activités d'intérêt général non assorties de gain ou de partage de bénéfice. Ce qui révèle leur caractère administratif. ²⁶⁵ La convention

²⁵⁹ Voir Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Edit. Dalloz, 3^e édit., 2011, p. 1364 ; voir aussi CE avis 4 avril 2005, *Société cabinet JPR Ingénierie, Rec.*, p. 139. Il s'agit aussi dans ce dernier arrêt d'une homologation de transaction.

²⁶⁰ Voir CE Sect. 11 février 2005, *Organisme de gestion du cours Sacré-Cœur*, Jean-Claude BONICHOT, Paul CASSIA, Bernard POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, op.cit., pp. 1367 et s.

²⁶¹ Voir Babacar KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif. L'exemple du Sénégal*, op.cit., pp. 122-123.

²⁶² Voir *infra*, B-2.

²⁶³ Le cas échéant, on parlera d'une société d'Etat. Elle peut s'associer majoritairement à des particuliers qui seront minoritaires. C'est le schéma de la société anonyme à participation majoritaire (par exemple près de 96,96 % des parts. (Voir René CHAPUS, *Droit administratif général*, T1, op.cit., pp.360-361). Si la société provenait de personnes privées et de personnes publiques, celles-ci détenant au moins 51 % des parts, on parle de société d'économie mixte (SEM) dont la réglementation est assortie de règles dérogatoires (Voir Gérard CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p.858). Au plan local, on se trouverait en présence d'une société d'économie mixte locale (SEML).

²⁶⁴ Le Doyen Maurice HAURIU se plaignait depuis fort longtemps du caractère hybride d'une association qui avait été prise pour une personne publique, notamment pour un établissement public (voir Note sous TC 4 décembre 1898, *Association syndicale du Canal de Gignac, Rec.* p.731). Mais le phénomène s'intensifie.

²⁶⁵ Les GIP étaient initialement créés en France pour la promotion de la recherche scientifique. Mais ils ont été étendus à d'autres domaines (voir TC 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et Interventions*

portant création des GIP est approuvée par l'Etat. De plus, les personnes publiques, les entreprises publiques ou les particuliers gérant un service public doivent détenir la majorité des voix dans les organes du GIP (assemblée générale, conseil d'administration). Le gouvernement nomme un représentant qualifié de commissaire du gouvernement auprès des GIP. Ce faisceau d'indices a conduit le Tribunal des Conflits à voir dans les structures concernées, des personnes publiques spécifiques,²⁶⁶ ce qui concourt naturellement à une rénovation de l'office du juge des contrats de droit public.

2°) Le renouvellement du contentieux administratif

Le contentieux administratif, entendu dans le sens des litiges qui naissent des actes tant juridiques que matériels de l'administration, et qui sont soumis à la juridiction administrative par application en principe, de règles de forme et de fond qui relèvent du droit administratif,²⁶⁷ a connu un aménagement dans le domaine du recours pour excès de pouvoir (REP) avec la politique jurisprudentielle des actes détachables.²⁶⁸ Mais celle-ci est aujourd'hui en déclin au profit du plein contentieux qui est non seulement maintenu, mais également redimensionné. Toutefois, le REP connaîtra une résurrection sous sa forme classique avec la naissance des différentes autorités administratives indépendantes (A.A.I.) chargé du contrôle et de la régulation de la procédure de passation²⁶⁹ des contrats administratifs, dont le fonctionnement peut être à l'origine de litiges dont connaîtra la juridiction administrative. La question des actes détachable et celle relative au maintien du plein contentieux feront notamment appel au droit comparé. Elles paraissent plus élaborées en France qu'au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal.²⁷⁰

En effet, dans le domaine de la validité d'un contrat administratif, en dehors des emprunts au droit privé, il existe d'autres conditions qui sont exorbitantes de droit commun. L'autorisation de contracter, la décision de signer le contrat ou de l'attribuer, de le renouveler ainsi que l'approbation sont des critères de validité qui n'existent pas en droit privé quand un particulier signe un contrat.²⁷¹ De ce fait, l'effet relatif des contrats n'a véritablement de sens qu'en droit privé.²⁷² Il est contrarié par la notion de bien commun ou d'intérêt général dont la gestion implique, par nature, les tiers. De façon classique, ce fut l'origine du REP ou de l'acte détachable²⁷³ en matière contractuelle. La détachabilité ne concerne pas nécessairement les seuls actes relatifs à la validité d'un contrat administratif comme on le note à la lecture de l'article 89 du Code des marchés publics au Sénégal. Les actes postérieurs, à savoir ceux qui sont afférents à l'exécution d'un contrat administratif en sont également inclus.²⁷⁴ Ouvert initialement aux parties²⁷⁵ et à la suite aux tiers,²⁷⁶ les cocontractants ne sont admis à contester

sociales pour les mal-logés et les sans abris » c/Mme VERDIER, *Rec.*, p. 748 ; *AJDA* 2000, p.465, chron. GUYOMAR et COLIN).

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Voir Raymond ODENT, *Contentieux administratif. Cours à l'Institut d'Etudes politiques de Paris. Les cours de droit*, 1^{er} édit. 3 fasc. 1949- 1950, pp. pp. 67 et s.

²⁶⁸ Voir Bernard-Franck, *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, PUL, Coll. Droit public, 2002, p.138.

²⁶⁹ Voir supra, I-B-2.

²⁷⁰ « *La recevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière de contrat administratif est limitée sur le continent noir. Les limites concernent le champ d'application, l'objet, les effets sur le contrat, les pouvoirs du juge et la qualité du requérant.* » (Marie Epiphane SOHOUEYOU, « La détachabilité en Afrique francophone », *RBSJA* 2013, n° 29, p.143.

²⁷¹ Conformément à l'article 89 du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics au Sénégal, le REP est exerçable contre la « *décision d'attribuer le marché, les conditions de publications des avis, les règles relatives à la participation des candidats aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection des retenus, la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation* ».

²⁷² Voir Laurent RICHET, « Les mutations de la théorie des nullités des contrats administratifs », op.cit.

²⁷³ Voir CE 4 août 1905, *MARTIN, Rec.*, p.749, Concl. ROMIEU, GAJA, op.cit.

²⁷⁴ Voir CA/CS Bénin 25 juin 1976, Claude Paris c/ État béninois (Ministère des Travaux publics) (inédit). Le requérant exploitait le bar et le restaurant de l'aéroport de Cotonou. Le ministre chargé des Travaux publics prononça par arrêté, l'expulsion du sieur PARIS des locaux qu'il occupait. La Chambre administrative a fait droit à son recours.

²⁷⁵ Voir CE 11 décembre 1903, *Commune de Gore, Rec.*, p.70.

les actes relatifs à l'exécution du contrat que si ceux-ci ont une nature réglementaire.²⁷⁷

Mais l'annulation, le cas échéant, de l'acte détachable, n'a qu'un caractère platonique. « *On ne peut être à la fois détachable du contrat au moment du recours et rattaché au contrat au moment de la décision du juge* ». ²⁷⁸ Les propos de l'auteur étant doublés de la nécessité de sauvegarder les relations contractuelles par-delà l'évolution « *saccadée de la jurisprudence française* », ²⁷⁹ la possibilité est offerte aux candidats évincés lors de la passation d'un marché, de contester directement sa validité devant le juge des contrats ou du plein contentieux.²⁸⁰ A la suite de l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation*, le plein contentieux a été ouvert à tout tiers justifiant un intérêt à agir.²⁸¹ Mieux, les tiers, dont notamment le juge administratif,²⁸² est fortement impliqué dans les relations contractuelles plus qu'on ne le note en droit privé. Il y a donc une survivance du plein contentieux en droit administratif en général et dans les Etats africains dont le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal en particulier. Le plein contentieux a donc été maintenu et rendu plus opérationnel. En vertu de l'article 168 du décret 2008-173 du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des DSP au Burkina Faso, « *à défaut d'un règlement amiable devant l'Autorité de régulation des marchés publics, le règlement contentieux peut être recherché soit devant un tribunal arbitral, soit devant la juridiction administrative compétente* ». L'article 139 du COA au Sénégal ne paraît pas dévoyer la juridiction administrative. Il dispose : « *les Tribunaux de première instance sont compétents pour connaître du contentieux des contrats administratifs* ». (...) » Les arrêts BAMENOU TOKO²⁸³ et Société SOBA-TP²⁸⁴ respectivement relatifs à la révision unilatérale du prix d'un contrat et à la modification unilatérale d'un contrat de construction d'un ouvrage public, en l'occurrence un pont dans ce dernier cas, en sont des illustrations. Il y a donc une survivance de la juridiction administrative²⁸⁵ et du plein contentieux en matière contractuelle.

Pour ce qui est de la résurrection du REP, on assiste à son accroissement exponentiel.²⁸⁶ Par exemple au Bénin, une Commission de dépouillements des offres a rejeté le dossier de la Société ATB International SARL.²⁸⁷ Il lui est reproché de n'avoir pas produit les originaux des pièces constitutives du dossier. Le rejet a été confirmé par la Direction des Marchés publics. Or, en fonction du Code des Marchés publics,²⁸⁸ une copie certifiée conforme à l'originale aura suffi pour constituer le dossier. Le requérant en a saisi la Chambre administrative de la Cour suprême qui s'est prononcée en sa faveur. En outre, la Société dite *Consortium d'Etudes et de Réalisations Techniques (CERTEC)* a contesté l'attribution provisoire d'un marché au motif que l'attributaire provisoire ne dispose pas de

²⁷⁶ Voir arrêt Martin précité.

²⁷⁷ Voir René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, Abidjan, édit. CEDA, 2003, Tome 23. *L'action administrative*, p. 610 ; CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayseele*, cité par Frédéric COLIN, *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Paris, édit. Gualino Lextensoéditions, Coll. Les CARRES, 7^e édit., 2015-2016, p.159.

²⁷⁸ Voir Nicolas BOULOUIS, « Les recours autour de la signature », in *Actes du 15^e Colloque de l'AFAC l'Association française des Avocats Conseils auprès des Collectivités territoriales*, Commande publique. *Le contentieux de la passation : comment les gérer ?*, Paris, 2011, p.8. Sur l'évolution de l'acte détachable, voir Gilles DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Pr Michel Guibal*, Vol. 1, Montpellier, CREAM, Pres. de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, pp. 508 et s.

²⁷⁹ L'expression est empruntée à Boubacar BA, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics », *Annales africaines. Nouvelle série*, avril 2015, Volume 1, p.169.

²⁸⁰ Voir CE Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, AJDA, 2007, p.1577.

²⁸¹ CE Ass. 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p.1035.

²⁸² Voir CE Ass. 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, AJDA 2010, p.142 ; CE Sect. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, Rec., p.111.

²⁸³ Voir N° 15/CA du 27 juillet 1995, *Michel BAMENOU c/MF*, Rec CS Bénin, pp.111-116

²⁸⁴ Voir N° 76/CA du 10 août 2006, *Société Ouvrière du Bâtiment et Travaux Publics (SOBA-TP) c/ MCAT - AJT PCC*, op.cit.

²⁸⁵ Voir la Thèse précitée de Seynabou SAMB.

²⁸⁶ Voir par exemple Boubacar BA, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics », op.cit, ou encore les Thèses précitées de Seynabou SAMB et de Adamou ISSOUFOU.

²⁸⁷ Voir N° 01/CA10 décembre 2009, *Société ATB International SARL c/ Commission nationale de régulation des marchés publics* (inédit).

²⁸⁸ Voir article 10 alinéa 1^{er}, 2^e tiret et l'article 29 de l'ordonnance n° 96-04 du 31 janvier 1996 portant Code des Marchés publics en République du Bénin.

ressources humaines qualifiées pour assurer le service après-vente conformément aux indications de l'article 16 des cahiers des charges. Son recours est adressé sans succès au Comité de Règlement des différends (CRD) de l'autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP). Il en a saisi le juge de l'administration qui lui a donné raison.²⁸⁹ Il ne fait pas donc de doute qu'avec l'émergence des organes de régulation et de contrôle de la procédure de passation des marchés public et de DSP, l'on enregistre un renouveau du REP. Il ne paraît pas donc réaliste d'estimer que le droit des contrats administratifs n'est plus du tout un droit spécifique ou autonome. Il garde une bonne partie de son autonomie.

En fonction de la politique de renouvellement du contentieux administratif, à défaut du législateur, le juge pourrait par exemple inclure les facilités essentielles dans les conditions de validité d'un contrat administratif sous peine de nullité. Ce serait une façon de renforcer la loyauté ou la bonne foi, donc l'exorbitance en matière de régulation économique ; en effet, « *alors que la régularisation accompagne généralement la libération économique, elle se traduit abondamment par des limitations de la liberté d'action des entreprises : interdictions et sanctions de pratiques déloyales, obligation de comportement, restriction d'accès au marché...Il convient en effet de favoriser « les nouveaux entrants » afin de rendre la concurrence effective : l'opérateur historique est obligé de mettre ses installations (les « facilités essentielles ») à la disposition des entrepreneurs qui émergent, à un tarif non dissuasif pour eux. Il ne doit pas abuser du service public ou du service universel dont il est chargé pour capter la clientèle. Le temps passant, les rapports entre les concurrents devront se rapprocher de la pratique habituelle du principe d'égalité ».*²⁹⁰ Parce qu'on ne saurait nier qu'il y a dans les relations contractuelles « *des éléments exorbitants d'autant plus que l'Etat se trouve fréquemment en face de situations de monopole et qu'il veut faire de sa politique de l'achat public un élément de sa politique dans le domaine économique, technologique ou social.* »²⁹¹ Il ne se concevrait pas donc que dans les cinquante ou cent ans à venir, des entreprises béninoises, burkinabé ou sénégalaises ne soient pas compétitives à tous les égards dans des domaines comme le bitumage des voies, la gestion des ports ou l'extraction des ressources naturelles, etc. Le régime des contrats administratifs devrait veiller à ériger les facilités essentielles en une exigence sous peine de nullité, à tous le moins les intégrer aux conditions irréversibles de sélection des entrepreneurs étrangers. Les contrats seraient prioritairement accordés à ceux d'entre eux qui accepteraient en contre partie de relever le niveau technique, financier et en équipements d'entreprises nationales ou communautaires. En sus, il pourrait y avoir un renforcement de l'étude des conditions de validité dans les enseignements universitaires relatifs aux contrats administratifs.²⁹²

Il reste que les cocontractants ne peuvent jamais tout prévoir lors de la conclusion d'un contrat. Il serait par voie de conséquence irréaliste de penser à un reflux des théories du fait du prince, de l'imprévision ou des sujétions imprévues.

Au demeurant, et sous réserve de quelques nuances, la définition classique du contrat de droit public qui a été invoquée dans l'introduction du présent travail prévaudrait. Il désignerait un accord de volonté entre personnes publiques, entre l'administration et les particuliers ou entre ceux-ci dans leurs rapports avec les personnes publiques (dimension communautaire), en vue de la réalisation d'un but d'intérêt général et d'intérêt économique, impliquant par voie de conséquence un régime juridique dont l'exorbitance est tempérée du fait de la concurrence du droit privé.

²⁸⁹ Voir CS (Sénégal) 3 juin 2011, Société dite *Consortium d'Etudes et de Réalisations Techniques (CERTEC) c/ CRD de l'ARMP*, cité par Boubacar BA, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics », op.cit., p.173 ; voir dans le même sens CS (Sénégal), 22 août 2013, *Complexe industriel Thiaré GUYE c/ ARMP*, ibidem.

²⁹⁰ Voir Didier TRUCHET, *Droit administratif*, op.cit., 2011, pp 366-367.

²⁹¹ Voir Roland DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Etudes offertes à Jacques FLOUR*, 1979, p.152.

²⁹² Il a été préconisé que les contrats administratifs fassent l'objet d'un enseignement qui, pour être complet, devrait être séparé du cours de droit administratif général (voir Adamou ISSOUFOU, Thèse précitée). Néanmoins, pour la licence, on se contenterait de donner les notions de base aux étudiants. En master, ils se spécialiseront au besoin. Ainsi, au lieu d'un master en marché public qu'on note souvent, il serait préférable de s'en tenir à un master en droit des contrats administratifs (voir Fabrice GARTNER, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », op.cit. L'intéressé dirige un Master 2 professionnel Droit des contrats publics.

Conclusion

« Il souviendra à chacun que la rengaine du droit administratif, qui eut pu, selon certains, conduire cette affaire²⁹³ dans les casiers de la Chambre administrative aux fins, à tout le moins, de réfrigération prolongée, fut chanté dès le départ. Un solide fondamentalisme s'était développé à cet effet, de sorte à faire de chaque Béninois (...) un affidé de droit administratif. Le contrat était enseigné dans les facultés, la sentence prononcée dans les marchés». ²⁹⁴ La réplique était la suivante : « Cette opinion est le parfait reflet d'un esprit civiliste peu préparé à comprendre les subtilités du droit administratif et les prérogatives de puissance publique dans une économie de marché (...) Il ne faut donc pas s'étonner de voir défendre l'idée qu'un marché public, faisant participer une société privée à la mission régaliennne de la douane, soit considéré comme un contrat de droit privé... Il y a lieu en effet de rendre le droit administratif accessible (...) dans la mesure où la vie des administrés est quotidiennement saisie par ce droit régalien ». ²⁹⁵ Il reste à éviter que la guerre de la doctrine au même titre que celle des ordres de juridictions²⁹⁶ ait lieu.

Entre anti-autonomistes et autonomistes du droit des contrats administratifs, s'élève une troisième voix ou voie, celle des néo-autonomistes qui est une ligne médiane. Pour cette tendance, l'exorbitance n'est pas totalement incompatible avec la réglementation communautaire des contrats administratifs ou avec le droit positif des Etats comme le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal. En fait, c'est d'une refondation qu'a besoin la notion de contrat administratif, mais pas d'un « refoulement ». Le temps que les esprits se décentent, et l'on aura l'occasion de s'en raviser. Parce qu' « il va de soi que si tous les acteurs font de « l'intérêt général » cet idéal commun auquel tous les Etats civilisés du monde attachent du prix, le contrat social retrouvera naturellement tout son sens en tant que liant les relations qui unissent l'ensemble des membres de la communauté nationale, tant il est vrai que la paix sociale, le vouloir vivre ensemble ne saurait faire économie de cette valeur noble ». ²⁹⁷

En définitive, l'intérêt national ou régalien, l'intérêt social et l'intérêt économique s'imbriquent les uns dans les autres au moyen d'un mariage sans la moindre possibilité d'un divorce. Peut-être, la transformation du contentieux des contrats administratifs dans son ensemble en un contentieux de pleine juridiction oscillant entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif, avec un recours en appréciation de légalité où le juge des contrats se doterait du pouvoir d'assortir l'exception d'illégalité des conditions dans lesquelles la légalité de l'acte apprécié eut été satisfaite, permettrait de maintenir et d'amplifier les espoirs aussi bien chez les administrativistes qu'au niveau des civilistes et leur suite respective, les *affidés*, dont le salut ne réside pas certainement dans la putréfaction de l'autonomie (du droit des contrats administratifs) qui ne se réaliserait qu'à une seule et laborieuse condition : l'avènement d'une nouvelle société, d'un monde sans Etat. En tout état de cause, tant que l'idée de bien commun ou d'intérêt général ne serait bannie de la vie sociétale, il ne serait pas indéfendable que l'autonomie du droit des contrats administratifs soit perçue comme un apport des Etats francophones dont le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal au patrimoine commun de l'humanité.

²⁹³ L'auteur de la citation fait allusion au Contrat PVI de Nouvelle Génération, op.cit.

²⁹⁴ Voir Joseph DJOGBENOU, *Quotidien Le Matinal* du vendredi 30 mai 2014, p. 13, cité par Ibrahim D. SALAMI, *Droit administratif*, op.cit., p. Xi.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Voir Maxence CHAMBON «Renoncer à une guerre picrocholine : retour sur la controverse jurisprudentielle relative au recours par les personnes publiques à l'arbitrage international », *Rev. Droit Administratif* juillet 2016, n°7, étude 12.

²⁹⁷ Voir Salif YONABA, « Que reste-t-il de la notion d'intérêt général dans la vie politique et administrative sur le continent africain ? », op. cit., pp. 109-110.