

LE CONTRÔLE DE LA VALIDITÉ DES CONTRATS ADMINISTRATIFS ET LES POUVOIRS DU JUGE

Hilaire AKEREKORO

*Maître de conférences.
Agrégé de droit public (CAMES).
Directeur du Centre du Droit de l'Etat
et des Droits des Personnes en Afrique (CeDEP).
Université d'Abomey-Calavi (Bénin).*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- DES POUVOIRS DU JUGE ETENDUS

A- Les nouvelles tendances jurisprudentielles

B- Les leçons théoriques et doctrinales

II- DES POUVOIRS SOUMIS A CONTRAINTE

A- La prise en compte des droits du cocontractant

B- La contrainte de la raison impérieuse d'intérêt général

CONCLUSION

RESUME

Les pouvoirs du juge sont mis en oeuvre dans le contentieux administratif contractuel. Pour ne pas alourdir la réflexion, sont exclus de l'étude, les contrats administratifs tels que ceux qui portent emprunt public à l'Etat, ceux relatifs au domaine public, etc. Seuls sont visés les contrats de la commande publique. L'approche étudiée est contentieuse et donc purement jurisprudentielle. Elle s'appuie sur les droits africains, mais elle fait une incursion en comparaison verticale pour convoquer à l'analyse le contentieux administratif contractuel dans les droits non africains, notamment le droit français.

Mots clés de l'étude

Contrôle, validité, contrats administratifs, pouvoirs du juge, contentieux administratif contractuel.

ABSTRACT

The powers of the judge are implemented in contractual administrative litigation. In order not to overwhelm the reflection, are excluded from the study, administrative contracts such as those which carry public borrowing from the State, those relating to the public domain, etc. Only public order contracts are concerned. The approach studied is contentious and therefore purely jurisprudential. It is based on African rights, but it makes a foray into vertical comparison to bring into analysis contractual administrative litigation in non-African law, notably French law.

Keywords

Control, validity, administrative contracts, powers of the judge, contractual administrative litigation.

ABSTRACTO

Las facultades del juez se implementan en los litigios administrativos contractuales. Para no abrumar la reflexión, quedan excluidos del estudio los contratos administrativos como los que conllevan empréstitos públicos del Estado, los relativos al dominio público, etc. Solo se cubren los contratos de orden público. El enfoque estudiado es polémico y, por tanto, puramente jurisprudencial. Se basa en los derechos africanos, pero hace una incursión en la comparación vertical para analizar los litigios administrativos contractuales en el derecho no africano, especialmente el derecho francés.

Estudiar palabras clave

Control, vigencia, contratos administrativos, atribuciones del juez, litigio administrativo contractual.

INTRODUCTION

Dans les sociétés contemporaines, l'ampleur du phénomène de la contractualisation de l'action publique, notamment grâce au montage contractuel simple¹ comme complexe² augmente le rôle du juge eu égard aux problèmes et aux différends qui peuvent en découler. Sous ce rapport, le thème de l'étude, tel que formulé, vise à conjoindre. En réalité, il s'agit d'apporter la lumière sur les pouvoirs que le juge administratif met en oeuvre dans le cadre du contrôle de la validité des contrats administratifs. Pour ce faire, les notions à élucider sont constituées de : contrôle, validité, contrats administratifs et pouvoirs du juge.

En droit, le contrôle est une fonction de vérification, de surveillance ou d'examen (de légalité ou non) qu'exerce une autorité administrative ou juridictionnelle compétente. Son efficacité dépend des moyens disponibles et de l'indépendance de l'autorité chargée de l'effectuer. Quant à la validité, elle s'entend d'une exigence, d'une qualité attachée à un acte pour qu'il n'encourt pas l'annulation ou la nullité, notamment par le juge qualifié. La validité des actes qui sont en jeu ici est celle des contrats administratifs.

Notion consubstantielle au droit administratif général comme spécial, les contrats administratifs font partie intégrante des contrats publics et sont l'expression de l'autorité de l'Etat. Ils le sont par la présence d'au moins une personne publique (critère organique), par l'existence de prérogatives exorbitantes de droit commun reconnues à l'Administration ou à une personne privée dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de service public (critère matériel) ou encore par détermination législative ou jurisprudentielle. Ils peuvent être signés entre deux ou plusieurs personnes publiques³, ou encore entre une ou des personnes publiques et une ou plusieurs personnes privées, celles-ci constituant les cocontractants de celles-là⁴. Les contrats administratifs constituent des moyens juridiques d'action de l'Administration et sont une part entière de la catégorie générale des actes de l'Administration. Ils n'épuisent pas lesdits actes qui regroupent, en outre, les actes administratifs unilatéraux, les décisions d'espèce⁵ et les actes administratifs unilatéraux négociés⁶.

Comme tous les actes juridiques, les contrats administratifs peuvent être contestés au contentieux devant le juge étatique ou arbitral compétent. Le juge qui nous intéresse ici est

¹ La simplicité des montages contractuels tient au classique, notamment par les contrats courants de l'Administration tels que les contrats d'achats de fournitures (marchés de fournitures) ou de construction de routes (marchés de travaux).

² La complexité des montages contractuels concerne les contrats relatifs aux grands travaux publics (construction d'échangeurs, d'*express roads*, de bâtiments devant abriter les grands services publics et entreprises nationales), aux ports et aux aéroports, aux grands contrats d'exploitation minière, pétrolière et gazière, aux constructions des gratte-ciel et des centrales d'énergie électrique, aux contrats tenant à la gestion des risques climatiques, environnementaux, informatiques ou numériques et spatiaux.

³ Conseil d'Etat français, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* : convention du 10 octobre 1986 signée entre les maires des communes de Béziers et de Villeneuve-lès-Béziers en France.

⁴ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin, Arrêt du 16 novembre 2000, Affaire n° 068/CA du Répertoire, *AGBO-PANZO Daniel c/ Ministère des finances et de l'économie* : requête introductive d'instance du 16 août 2000 par laquelle Maître Saïdou AGBANTOU, Avocat près la Cour d'Appel de Cotonou, Conseil de AGBO-PANZO Daniel, a introduit un recours en annulation pour excès de pouvoir contre l'arrêté n° 420/MFE/DC/SGM/DGID/DDET du 28 avril 2000 portant résiliation de bail emphytéotique inscrit dans la zone industrielle de Cotonou.

⁵ AKEREKORO Hilaire, « L'encadrement juridique du pouvoir réglementaire de l'Administration en Afrique francophone », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives (RBSJA)*, n° 32, 2014, p. 52.

⁶ DEAU Richard, *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Thèse de doctorat, Université d'Angers, 2006.

celui administratif en tant qu'il est chargé de connaître, entre autres, des litiges contractuels impliquant l'Administration, bras séculier de l'Etat, notamment les litiges de plein contentieux mettant en cause une personne morale de droit public.

Pour ce faire et dans le cadre de la connaissance de ces litiges au contentieux administratif contractuel, le juge administratif est doté de pouvoirs. Ceux-ci se rapportent à son office et désignent l'ensemble des capacités et des prérogatives qu'il est censé mettre en oeuvre pour trancher le cas qui lui est soumis. A cette fin, il doit être saisi de recours juridictionnels appropriés, notamment celui qui a trait à la contestation de la validité des contrats administratifs. Longtemps appelé « *recours en déclaration de nullité* » ou « *action en nullité* », cette voie de recours est désormais qualifiée par le Conseil d'Etat français de « *recours en contestation de validité du contrat* »⁷. La validité des contrats administratifs⁸ autorise une réflexion sur les éléments de cette validité. Autrement dit, que faut-il pour qu'un contrat administratif soit valide ? Ou encore qu'est-ce qu'il faut contester s'agissant de la validité des contrats administratifs ? Pour la clarté de l'analyse, il est bon de distinguer entre le précontrat administratif, le contrat administratif et le postcontrat administratif. En matière contractuelle, les recours pré et post contractuels ne sont pas intégrés à l'étude, car ils surviennent avant (référés précontractuels introduits avant la passation du contrat pour garantir le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, voire des principes d'égalité et de transparence dans la commande publique) et après (recours formés à la fin des relations contractuelles et après l'exécution du contrat). A la vérité, les conditions de validité d'un contrat supposent que sa formation respecte certaines exigences légales et/ou jurisprudentielles que sont le consentement des parties⁹ qui doit être exempt de vice (erreur, dol et violence) ; la capacité et la compétence¹⁰ ; l'objet (doit présenter un caractère certain et licite) et la cause qui doit aussi être licite. Cependant, il est cohérent de distinguer, pour un contrat administratif, les conditions de validité du contrat lui-même et celles de validité de ses mesures d'exécution.

Tous les contrats administratifs ne sont pas étudiés ici. Seuls sont privilégiés par l'étude les contrats de la commande publique, notamment les marchés publics et les partenariats public-privé (PPP) en raison de leur importance pour l'économie nationale et les finances publiques. Dans l'espace, sont concernés les contrats de la commande publique signés par l'Etat et ceux des collectivités territoriales décentralisées. Pour ne pas alourdir la réflexion, sont ainsi exclus de l'étude, les contrats administratifs tels que ceux qui portent emprunt public à l'Etat, ceux relatifs à l'occupation du domaine public¹¹, etc.

⁷ Conseil d'Etat français, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*.

⁸ CLERC Ludivine, *La validité des contrats administratifs*, Thèse de droit, Université d'Avignon, 2007.

⁹ Lorsque le consentement est vicié, il est courant d'évoquer les vices du consentement que sont l'erreur, la violence, le dol, etc.

¹⁰ La validité d'un contrat nécessite un consentement qui doit être donné par une personne ayant la capacité et qui n'est pas frappée par une interdiction ou que celle-ci ne soit pas rédhibitoire. S'agissant d'une personne morale, cette capacité est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet prescrit par les statuts et aux actes qui leur sont accessoires ; elle doit être représentée de façon valable. Pour les personnes publiques, il s'agit de compétence.

¹¹ Cf. entre autres : Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 57 du 13 décembre 2018, Affaire *BA c/ Etat du Sénégal* : « Aux termes de l'article 39 du code du domaine de l'État, l'administration ne peut résilier un bail emphytéotique sans indemnité que pour inexécution par le preneur de ses obligations et trois mois après une mise en demeure ». - Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 34 du 29 août 2019, Affaire *Société SAUDI BINLADEN GROUP c/ Etat du Sénégal* : « Selon l'article 39 du code du domaine de l'État, l'administration ne peut résilier un bail emphytéotique que pour un motif tiré de l'inexécution par le preneur de ses obligations et

L'approche étudiée est contentieuse et donc purement jurisprudentielle. Elle s'appuie sur les droits africains¹², mais elle fait une incursion en comparaison verticale pour convoquer à l'analyse le contentieux administratif contractuel dans les droits non africains, notamment le droit français¹³. S'agissant des pouvoirs du juge, font-ils l'objet d'une restriction ou d'une extension, voire d'innovations ? Comportent-ils des contraintes ? La démonstration qui suit prend en considération l'évolution des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif contractuel quant à la validité des contrats administratifs. Elle s'intéresse aussi aux limites de ces pouvoirs. C'est pourquoi, elle traite successivement des pouvoirs du juge étendus (I), mais des pouvoirs soumis à contrainte (II).

I- DES POUVOIRS DU JUGE ETENDUS

Traditionnellement, seules les parties ayant signé un contrat administratif pouvaient en contester directement la validité devant le juge du contrat. Les tiers au contrat ne pouvaient contester que les actes « détachables » du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, à sa préparation ou qui l'ont rendu possible¹⁴. Dans ces hypothèses, le pouvoir classique du juge consiste à annuler l'acte détachable illégal¹⁵, mais rarement le contrat lui-même. Au fil des nouveautés jurisprudentielles, ce pouvoir classique d'annulation du juge du contrat a connu une évolution. Ainsi, l'extension des pouvoirs du juge révèle de nouvelles tendances jurisprudentielles (A) lesquelles permettent de dégager des leçons théoriques et doctrinales (B).

après mise en demeure. Ne satisfait pas aux formalités dudit texte, l'arrêt ministériel qui prononce une résiliation alors que le défaut de mise en valeur constaté est constitutif au fait de tiers ».

¹² Loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin et ses décrets d'application. - Loi n° 2016-24 du 28 juin 2017 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin et ses décrets d'application. - Loi n° 020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso et son décret d'application. - Loi n° 2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun modifiée. - Loi n° 2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali. - Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics en République Démocratique du Congo. - Loi n° 2021-01 du 22 février 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé au Sénégal. - Loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public au Togo et ses décrets d'application. - Décret n° 2016-641/PRN/PM du 1^{er} décembre 2016 portant Code des Marchés Publics et des délégations de service public au Niger.

¹³ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique en France. - Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du Code de la commande publique en France.

¹⁴ Conseil d'Etat français, 4 août 1905, *Martin*.

¹⁵ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin, Arrêt du 10 novembre 2009, Affaire n° 01/CA du Répertoire, *Société ATB International c/ Commission nationale de régulation des marchés publics (CNRMP)*. Cité par AKEREKORO Hilaire, « Le contentieux juridictionnel de la commande publique. L'exemple des marchés publics dans la jurisprudence de la Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin », in *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série "Droit et science politique", *Revue scientifique publiée par l'Université de Parakou*, Volume 2, numéro 2, p. 76, note 47. - Conseil d'Etat du Sénégal, Arrêt n° 0032 du 29 octobre 1997, Affaire *Société SUD COMMUNICATION c/ Etat du Sénégal*. - Conseil d'Etat du Sénégal, Arrêt n° 0008 du 27 avril 2000, Affaire *El Hadji DIOP et Jack HENDERSON c/ Etat du Sénégal* : « Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre l'acte détachable du contrat. Tel n'est pas le cas, lorsque l'acte est pris dans le cadre de l'exécution d'un contrat, et le recours doit être déclaré irrecevable pour exception de recours parallèle ». - Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 67 du 13 décembre 2012, Affaire *Al Firdaws Services (Maîtres Ba & Tandian) c/ Autorité de Régulation des Marchés Publics « A.R.M.P » (Son Directeur)*.

A- Les nouvelles tendances jurisprudentielles

Le déploiement des nouveaux pouvoirs du juge dans le contrôle de la validité des contrats administratifs en général, de ceux de la commande publique en particulier, s'est fait au fil du temps. Il a connu une évolution remarquable en droit comparé, notamment en jurisprudence administrative française et ce, en plusieurs étapes dont les unes concernent les parties contractantes, les autres les tiers au contrat.

Primo et s'agissant des parties contractantes, c'est-à-dire l'Administration et son cocontractant (personne publique ou personne privée), leurs recours peuvent concerner les conditions de formation du contrat comme le contenu de ce dernier. A cette fin, la partie diligente saisit le juge du contrat d'un recours de plein contentieux. Ce recours vise à contester la validité du contrat et peut soulever des irrégularités ou des illégalités ou encore des vices d'une particulière gravité entachant ledit contrat eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Dès lors, le juge du contrat met en oeuvre ses nouveaux pouvoirs.

Le juge prend en compte l'illégalité commise et l'objectif de stabilité des relations contractuelles pour exercer deux nouveaux pouvoirs : le premier est de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible (sous réserve de mesures de régularisation prise par la personne publique ou convenues d'accord parties avec son cocontractant) ; le second est de prononcer la résiliation du contrat (résiliation par le juge et non par les parties, notamment le cocontractant¹⁶ de l'Administration), cette résiliation visant à mettre fin aux relations contractuelles avec les effets de droit, à savoir que le contrat prend fin pour l'avenir. Dans ces conditions, un contrat de la commande publique illicite ne peut pas servir de base à la solution du juge administratif, juge du contrat. En l'espèce, il doit l'écarter et s'il s'agit du juge administratif suprême, il doit annuler l'arrêt des juridictions administratives inférieures ayant commis une erreur de droit¹⁷ ou une erreur de qualification juridique¹⁸.

Le juge du contrat peut aussi être saisi, au moyen d'un recours de plein contentieux, d'une contestation touchant à la validité de la résiliation d'un contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Ici, la résiliation n'est pas le fait du juge, mais d'une partie au contrat¹⁹. Dans ce cas, les pouvoirs du juge sont différents de ceux qui sont développés plus

¹⁶ Conseil d'Etat français, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location* : Contrat conclu entre le Musée des civilisations de l'Europe et de la méditerranée (MUCEM), service à compétence nationale du ministère de la culture et de la communication de France et la Société Grenke location.

¹⁷ Conseil d'Etat français, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* : annulation de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille saisie après le jugement du Tribunal administratif de Montpellier lui même saisi par la commune de Béziers.

¹⁸ Conseil d'Etat français, 27 février 2015, *Commune de Béziers*.

¹⁹ Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Arrêt n° 35 du 25 mai 2005, *Affaire Etat de Côte d'Ivoire c/ GUEI Mamadou* : en l'espèce, l'Etat de Côte d'Ivoire a résilié deux marchés n° 1999 020 624 et 1999 020 625 conclu, le 22 novembre 1999, avec Monsieur GUEI Dominique Chef de l'Entreprise GTS, en vue de la réhabilitation de l'INIPA, pour cause d'abandon des travaux. Mais, Monsieur GUEI Dominique, soutenant qu'il a réalisé les travaux de réhabilitation, sollicite une expertise judiciaire desdits travaux afin d'obtenir paiement du prix convenu. Ses conclusions indemnitaires n'ont pas prospéré car il n'a pas épuisé les voies de recours amiables conformément au Code des marchés publics de la Côte d'Ivoire. Sur la question en droit comparé français, cf. Conseil d'Etat français, 27 février 2015, *Commune de Béziers* : « *Considérant qu'une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités*

haut. Le juge du contrat a alors le pouvoir d'apprécier la régularité ou le bien-fondé de la mesure de résiliation. Si le requérant introduit des conclusions à finalité indemnitaire et si le juge du contrat fait droit à sa demande, le juge du contrat a le pouvoir de décider que le requérant a droit à indemnité. Cette solution jurisprudentielle est désormais établie en jurisprudence administrative comparée, puisque le Conseil d'Etat français a pu juger : « (...) *Le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles* »²⁰.

Secundo et pour ce qui est des tiers au contrat administratif en général, à ceux de la commande publique en particulier, la tendance actuelle, en jurisprudence administrative comparée, est l'ouverture à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif de la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat. Il s'agit là d'un revirement de jurisprudence, car pendant longtemps, cette possibilité était réservée aux parties au contrat et aux concurrents évincés lors de sa passation.

Deux innovations sont importantes à souligner ici. D'une part, les candidats évincés lors de la procédure de passation, catégorie particulière de tiers, se sont vus ouvrir des voies de contestation directe du contrat²¹. D'autre part, par sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*²², le Conseil d'Etat français décide d'ouvrir le recours direct contre le contrat à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Ces tiers peuvent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, y compris en faisant valoir, devant le juge du contrat, l'illégalité des actes « *détachables* » du contrat. Dans ces différents cas, les pouvoirs du juge sont les mêmes : décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, inviter les parties à le régulariser, ou encore décider de résilier le contrat à compter d'une date fixée par lui. C'est seulement dans les cas où le contrat a un contenu illicite, ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité, que le juge, après avoir vérifié que sa décision ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, en prononce l'annulation totale. Il peut, dans certains cas, condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours qui a subi un préjudice ou encore, et lorsqu'il est saisi en procédure d'urgence à cette fin, accorder ou refuser, compte tenu des circonstances de l'espèce, le sursis à l'exécution d'un contrat de marché public²³.

de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause ; qu'en revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation ».

²⁰ Conseil d'Etat français, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*.

²¹ Conseil d'Etat français, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*.

²² Conseil d'Etat français, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*.

²³ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin, Arrêt du 20 septembre 2018, Affaire n° 202/CA, *X Ad c/ Entreprise LOGIC - Préfet de l'Ab - Maire de Pehunco* : « *En l'absence de moyens sérieux et de preuves sur le caractère irréparable du préjudice qui pourrait résulter de l'application du contrat, il n'y a pas lieu d'ordonner un sursis à l'exécution du marché* » ; « *Considérant cependant que les moyens relevés par le requérant ne paraissent pas suffisamment sérieux pour motiver le sursis à l'exécution d'un marché public ; Que de plus, aucun élément au dossier ne prouve le caractère irréparable du préjudice qu'il pourrait subir du fait de l'exécution du marché par l'entreprise à laquelle il été attribué* ». En l'espèce, le recours du Directeur de la

Quelles leçons théoriques et doctrinales faut-il tirer de ces nouveaux pouvoirs du juge administratif officiant en plein contentieux contractuel ?

B- Les leçons théoriques et doctrinales

En contentieux administratif contractuel, les nouveaux pouvoirs du juge appellent des leçons théoriques et doctrinales. D'une part, ces leçons concernent les principes qui guident le juge du contrat dans son office ; d'autre part, elles se rapportent à la classification doctrinale du contentieux de la validité du contrat administratif.

Dans la rubrique des principes qui guident le juge du contrat, il faut en souligner trois. D'abord, la conciliation du principe de la légalité, auquel est soumise l'action administrative, avec la préoccupation de stabilité des relations contractuelles. La prise en compte d'une telle conciliation entre les principes de légalité, de sécurité juridique et d'effectivité des recours explique que les contentieux de la commande publique soient portés devant le juge administratif. Ensuite, la protection de l'égalité non seulement des parties au contrat, mais aussi des concurrents évincés et des tiers. Dans ce sens, les contrats de la commande publique sont des contrats particuliers en ce qu'ils ne sont pas seulement, selon la formule civiliste, la « *loi des parties* » contractantes, mais aussi des moyens nécessaires d'exécution des services publics ou ayant pour objet direct la gestion et la réalisation de ces services, et donc pouvant intéresser des personnes non parties à ces contrats. Enfin, l'application de la règle selon laquelle le contrat dispose pour l'avenir et son incidence contentieuse. En raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, la nouvelle voie de recours ouverte par la décision du Conseil d'État ne pourra être exercée par les tiers qui n'en bénéficiaient pas auparavant que contre les contrats signés à compter de la date de cette décision (à savoir le 4 avril 2014).

Concernant la classification doctrinale du contentieux de la validité du contrat administratif, il faut commencer par souligner la typologie binaire des conditions de validité des contrats administratifs, avant de mettre en lumière la classification du contentieux de leur validité.

D'un côté, les conditions dont il s'agit sont relatives à la validité objective et à celle subjective. Dans la validité objective, les irrégularités pouvant vicier le contrat administratif et relevant des moyens d'ordre public peuvent être : la conclusion de contrat dans une matière interdite ; l'insertion de clauses incompatibles avec l'intérêt général dans le contrat ; l'incompétence de l'autorité signataire du contrat ; la signature prématurée du contrat par un maire avant la délibération de l'organe délibérant de la collectivité territoriale décentralisée (ce qui constitue un vice de procédure) ainsi que l'a jugé la Cour Suprême du Sénégal en 2018 : « *Viole les dispositions de l'article 14 du code général des collectivités locales, un contrat de prestation de services conclu par le maire d'une commune sans autorisation du conseil municipal* »²⁴, etc. Dans la validité subjective, les vices pouvant entacher le contrat

Société E.C.B.E. M par lequel il a saisi la Haute Juridiction aux fins de sursis à l'exécution du contrat de marché public n° 63-2/03/T-2016-KFW/MCP-SG-SAF-ST-SPRMP du 05 avril 2017 est jugé non fondé et rejeté.

²⁴ Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 32 du 09 mai 2018, Affaire *Préfet du département de Ziguinchor c/ Commune de Ziguinchor* : « *Considérant que, suivant contrat de prestation de services n° 0002/CZ/Cab du 29 janvier 2018, transmis le 21 mars 2018 au préfet du département de Ziguinchor, le maire de la commune de Ziguinchor a nommé Ab Ac Aa en qualité de « conseiller technique en charge des affaires financières du*

administratif sont l'erreur, le dol et la violence.

De l'autre et sur le plan doctrinal, l'exercice des pouvoirs du juge conduit à distinguer deux types majeurs du contentieux de la validité des contrats administratifs, en l'occurrence ceux de la commande publique. D'un côté, il y a le contentieux direct de la validité par voie d'action dirigée par l'une des parties contre le contrat lui-même ; de l'autre, il faut mentionner le contentieux indirect de la validité par voie d'exception lequel survient quand à l'occasion d'un contentieux portant sur l'exécution du contrat, l'une des parties soutient que le contrat dont l'exécution est demandée est entachée d'un vice qui doit conduire à l'écarter.

En dépit de ces avancées notables, les pouvoirs du juge sont soumis à certaines contraintes.

II- DES POUVOIRS SOUMIS A CONTRAINTE

Malgré le développement des pouvoirs du juge dans le contentieux administratif contractuel, ces pouvoirs se heurtent à des contraintes. Les droits du cocontractant de l'Administration militent en faveur de cette analyse (A). A cette première contrainte, il faut ajouter une seconde relative à la raison impérieuse d'intérêt général (B).

A- La prise en compte des droits du cocontractant

Vu le déséquilibre entre les parties qui caractérise les signataires des contrats administratifs en général, ceux de la commande publique en particulier, il faut bien protéger le cocontractant de l'Administration face à celle-ci. L'entrepreneur dont le contrat est annulé par le juge du référé contractuel peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement des dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Les fautes commises par le cocontractant ou par l'administration sont prises en compte par le juge²⁵.

maire » ; Qu'après avoir saisi le maire, par lettre du 6 avril 2018 restée sans réponse, aux fins de rectifier le vice entachant la procédure, le préfet a déféré le contrat à la Cour suprême en développant un moyen », celui tiré de la violation de la loi. Ledit contrat est annulé pour violation de la loi et pour vice de procédure.

²⁵ Conseil d'Etat français, 6 octobre 2017, *Société Cegelec Perpignan* : en l'espèce, en 2011, le centre hospitalier de Narbonne a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la construction d'un centre de gérontologie (étude des phénomènes de vieillissement et des problèmes particuliers aux personnes âgées). A l'issue de la consultation, le lot n° 8 de ce marché " CVC - plomberies - paillasse humides " a été attribué à la société CEGELEC Sud-ouest, aux droits de laquelle est depuis venue la société CEGELEC Perpignan. Toutefois, à la demande de la société Spie Sud-ouest, concurrent évincé, le juge du référé contractuel du tribunal administratif de Montpellier a prononcé l'annulation de ce marché, par une ordonnance du 7 juillet 2011 devenue définitive ; que le centre hospitalier de Narbonne a lancé un nouvel appel d'offres auquel la société CEGELEC Sud-ouest s'est de nouveau portée candidate, mais au terme duquel elle n'a pas été retenue ; que la société CEGELEC Sud-ouest a demandé au centre hospitalier de l'indemniser des préjudices qu'elle estimait avoir subis en raison de l'annulation par le juge du référé contractuel du marché dont elle était titulaire ; que, saisi par la société, le tribunal administratif de Montpellier a, par un jugement du 10 décembre 2013, condamné le centre hospitalier de Narbonne. Sur appel du centre hospitalier de Narbonne, la cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 12 octobre 2015, contre lequel la société CEGELEC Perpignan se pourvoit en cassation, ramené à 12 470 euros la condamnation prononcée et réformé le jugement en ce qu'il avait de contraire. Pour le Conseil d'Etat français, « *Considérant (...) que dans le cas où le contrat est écarté en raison d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; (...) que, saisi d'une demande d'indemnité sur ce fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice*

Ce principe reste d'actualité même si le Conseil d'État français rappelle qu'il dispose du pouvoir d'interférer dans le cadre de l'exécution d'un marché public lorsque la personne publique ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle et qu'elle se trouve dans une situation d'urgence. À ce titre, le juge administratif a le pouvoir de prendre, à titre provisoire, toute mesure nécessaire à assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement. Cette hypothèse n'est pas celle de l'équilibre financier du contrat administratif²⁶.

Mais, l'exercice des pouvoirs du juge ne peut non plus porter une atteinte grave et manifestement illégale aux droits du cocontractant de l'Administration, notamment le droit à la propriété, la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre. Dans de nombreux Etats contemporains, ces droits et libertés sont fondamentaux, c'est-à-dire, qu'ils sont garantis au plus haut degré dans l'ordre juridique et ne peuvent pas être facilement affaiblis ni par le pouvoir législatif, ni par celui judiciaire.

En effet, la logique de l'économie de marché, les exigences de l'ouverture de l'économie au secteur privé productif et l'encouragement de l'investissement privé²⁷ commandent que le juge du contrat ne puisse pas décourager les partenaires privés de l'Administration dans leur élan et leur bonne volonté d'accompagner celle-ci dans la satisfaction de l'intérêt général. Par exemple, statuant au contentieux de la validité d'un contrat de marché public passé entre l'Administration et son cocontractant, le juge du contrat doit garder présent à l'esprit qu'une décision d'annulation totale du contrat peut emporter de graves conséquences pour le cocontractant de l'Administration qu'une décision de résiliation dudit contrat.

De même, en cas de condamnations pécuniaires, le cocontractant de l'Administration peut avoir du mal à reprendre ses activités économiques ; ce qui peut porter un coup à la jouissance de sa liberté d'entreprendre et à son droit à la propriété. Il va sans dire que si ce cocontractant doit payer des indemnités à l'Etat alors que par ailleurs il doit purger des dettes, il ne peut que difficilement investir à nouveau dans l'économie.

Ces analyses permettent de souligner, dans le cadre de l'Etat de droit, la nécessité pour le juge administratif de prendre à coeur la protection des libertés économiques du cocontractant de l'Administration. A la vérité, les préoccupations des droits de l'homme en général, celles relatives aux droits économiques en particulier, ne sont pas totalement absentes du contentieux administratif contractuel. Si les libertés économiques ne sont pas directement en jeu dans un contrat administratif; notamment dans un contrat de la commande publique, elles peuvent souffrir des conséquences d'une décision de justice rendue dans un tel contentieux.

allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice ».

²⁶ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Bénin, Arrêt du 29 juin 2011, Affaire n° 40/CA du Répertoire, *Les Entreprises Grand K c/ Préfet de l'Atlantique*.

²⁷ Cf. par exemple, Loi n° 2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin.

Ici, la crédibilité et l'efficacité de l'office du juge du contrat demandent plus d'attention de la part de ce dernier. Autrement dit, le juge du contrat doit avoir aujourd'hui plus qu'hier une bonne compréhension des droits de l'homme en général, des droits économiques en particulier. Dans le contentieux administratif contractuel, le juge du contrat peut bien suavegarder les libertés économiques du cocontractant de l'Administration sans pour autant verser dans un favoritisme juridictionnel creux. Tout dépend des enjeux du contrat administratif dont la contestation de la validité lui est soumise. Tout aussi importants sont les moyens développés par les parties contractantes, notamment le partenaire privé de l'Administration. C'est à l'aune de la qualité de ses décisions, de l'effectivité et de la célérité dans leur exécution que le juge administratif, juge du contrat, pourra apporter sa contribution à garantir les droits du cocontractant dans le contentieux administratif contractuel.

S'y ajoute une seconde contrainte, celle de la raison impérieuse d'intérêt général.

B- La contrainte de la raison impérieuse d'intérêt général

Les pouvoirs du juge du référé contractuel sont importants. Ils sont fonction de la gravité des manquements aux obligations contractuelles qu'il a pour mission de sanctionner. L'annulation d'un contrat de la commande publique par le juge administratif peut se heurter à une raison impérieuse d'intérêt général. Celle-ci constitue une limite à l'exercice des pouvoirs du juge. Le juge administratif, juge du contrat doit tenir compte des considérations d'intérêt général auxquelles son office ne doit pas porter atteinte.

En théorie générale du droit administratif, l'intérêt général²⁸ constitue avec les libertés publiques, l'ordre public et le service public, des os durs. Considéré par un auteur comme un « *fondement idéologique* »²⁹ de ce droit, l'intérêt général n'est pas les intérêts des particuliers ou encore leur somme. Il s'entend d'une finalité que poursuit l'Administration et que les intérêts particuliers ne peuvent permettre d'atteindre. S'il a « *le mérite de légitimer la plupart des privilèges que le droit administratif reconnaît à l'administration, notamment son pouvoir de commandement* »³⁰, il s'impose aussi au juge administratif, juge du contrat.

Certes, il faut relever que l'intérêt général peut ne pas l'emporter dans certains cas rares, en vertu des exceptions qu'admettent les règles et les principes juridiques. Mais, sa considération commande que le juge administratif puisse rendre des décisions qui ne soient pas fantaisistes ou qui remettent délibérément en cause la poursuite de l'intérêt général par l'Administration. C'est dans ce sens qu'un auteur souligne : « *L'approche démocratique de l'idéologie de l'intérêt général aboutirait à renverser les jurisprudences complaisantes et à rendre leur effectivité aux jurisprudences faussement audacieuses* »³¹.

Dans les hypothèses de prise en compte de l'intérêt général par le juge du contrat, trois possibilités lui sont offertes quant à la décision à rendre en matière de contentieux de validité

²⁸ VERA Bolgar, « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », in *Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)*, vol. 17, n° 2, avril-juin 1965, pp. 329-363.

²⁹ LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2015, p. 18.

³⁰ *Id.*, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 21.

³¹ *Ibidem*, p. 22.

des contrats administratifs. Pour sanctionner le manquement commis par une partie au contrat, il peut soit résilier pour l'avenir seulement le contrat, soit réduire sa durée ou prononcer une pénalité financière.

CONCLUSION

Au total, dans le contrôle de la validité des contrats administratifs, les pouvoirs du juge sont étendus. En la matière, l'apport jurisprudentiel est considérable en droit comparé, notamment en droit français du contentieux administratif contractuel. Toutefois, des contraintes existent et limitent lesdits pouvoirs. Leur prise en compte permet d'encadrer l'office du juge pour éviter des dérapages certains.