

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :
UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :
Aiad SHWEKAT
Le Samedi 4 juin 2016

Titre :
**Les droits et les obligations des parties au contrat
administratif dans les droits français et libyen
Etude comparative**

École doctorale et discipline: ED SJP Science Politique

Unité de recherche : IMH

Jury :

M. Raphaël ROMI	Professeur à l'Université de Nantes ,(président)
Mme. Florence LERIQUE	Maître de conférences, Université de Bordeaux IV Montesquieu (rapporteur)
Mme Marie-France VERDIER	Maître de conférences, Université de Bordeaux IV Montesquieu (rapporteur)
M. Stéphane BAUMONT	Maître de conférences, Université de Toulouse I Capitole (Directeur de thèse)

*« Ce n'est pas parce que c'est difficile qu'on n'ose pas,
c'est parce qu'on n'ose pas que tout devient difficile ».*

Sénèque

Remerciements

Je remercie en tout premier lieu mon directeur de thèse, Monsieur Stéphane BAUMONT qui a accepté de diriger cette thèse et m'a entouré de ses conseils judicieux ; le soutien qu'il m'a apporté tout au long de cette recherche, sa gentillesse et ses qualités humaines m'ont grandement aidé dans cette épreuve longue et difficile.

Je remercie également tous les membres du jury qui ont consenti à prendre sur leur temps pour étudier et commenter ma thèse, et se sont déplacés pour ce moment important et irremplaçable dans ma vie.

Une pensée particulière va à Janine Bocage qui m'a aidé au niveau linguistique et dans la correction de cette thèse ; et à Monsieur Christian Biget pour son soutien sympathique et son aide dans la pratique de la langue française.

Dédicace

A mes parents,

A ma femme,

A mes enfants

Liste des abréviations

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
BJDCP	Bulletin juridique des contrats publics
CAA	Cour administrative d'appel
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCG	Cahier des clauses générales
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Confère
CMP	Revue Contrats et Marchés publics
Comm	Commentaire
Concl	Conclusions
Ed.	Edition
Fasc	Fascicule
JCP	Juris-classeur périodique
JCPA	Juris-classeur périodique administratif
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°	Numéro
Op.cit.	Ouvrage déjà cité
p.	Page
PUF	Presse Universitaire Française
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
RDP	Revue de Droit Public
Req	Requête
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
S.	Sirey
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

Sommaire

Introduction générale

Chapitre Préliminaire : La notion de contrat administratif

Section 1 : Le concept de contrat administratif

Section 2 : Les critères distinctifs du contrat administratif

Partie I : Les pouvoirs de l'administration face à son cocontractant

Chapitre 1 : Le pouvoir de contrôle et de modification

Section 1 : Le pouvoir de contrôle

Section 2 : Le pouvoir de modification unilatérale

Chapitre 2 : Le pouvoir de sanction

Section 1 : Les règles générales régissant les sanctions administratives

Section 2 : Les types de sanctions édictées par l'administration contre son cocontractant

Partie II : Les droits et les obligations du cocontractant

Chapitre 1 : Les droits du cocontractant

Section 1 : Le respect du contrat par l'administration

Section 2 : L'équilibre financier du contrat

Chapitre 2 : Les obligations du cocontractant

Section 1 : L'obligation d'exécuter personnellement

Section 2 : L'obligation d'exécuter dans la durée déterminée

Conclusion générale

Introduction générale

Dans l'exercice de ses multiples activités et pour remplir les devoirs qui lui incombent et qui s'accroissent sans cesse, l'administration recourt à différents moyens juridiques pour assurer le fonctionnement des services publics dans la régularité et la continuité¹. Ces moyens sont les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs. Si les actes administratifs, qui sont le produit de la volonté unilatérale de l'administration, constituent le moyen de droit public privilégié dont s'arme l'administration pour mener à bien ses missions et pour générer des obligations à la charge des particuliers qui s'y soumettent, ils ne permettent pas de satisfaire toutes les exigences de l'administration car la compétence qu'elle détient pour exercer un tel pouvoir est souvent limitée. Par ailleurs, ce procédé ne suffit pas à lui seul à répondre au besoin pressant qu'ont les services publics d'une collaboration des individus et des sociétés avec l'autorité publique dans la conduite de ses activités. Voilà pourquoi l'administration recourt souvent, à l'occasion de la gestion de ces services, aux méthodes conventionnelles lorsqu'elle estime qu'elles sont mieux adaptées à la réalisation de ses objectifs. Cela fait naître entre elle et les particuliers un accord ou un contrat qui définit pour les deux partenaires des droits et des obligations réciproques. Lorsqu'elle conclut un contrat, l'administration peut aussi bien recourir au droit privé qu'au droit public et, dans ce dernier cas, elle ne se place pas avec son cocontractant sur un pied d'égalité car, en tant que gardienne du service public, elle s'octroie des privilèges qui sont consignés dans le contrat.

La voie contractuelle est donc le moyen principal par lequel les hommes réalisent leurs intérêts, l'échange des marchandises et des services propres à satisfaire leurs besoins². Et, du fait de ce rôle central joué par le contrat dans la vie économique, il était nécessaire qu'il fût organisé dans tous ses aspects afin que chacune des parties puisse connaître ses droits et obligations³. Cela a conduit à l'élaboration des lois régissant le contrat civil. Puis, lorsque l'Etat gendarme a débordé de ses missions pour participer à la vie économique, le besoin s'est fait sentir d'une législation propre aux contrats qu'il était appelé à conclure, et auxquels il était partie, ce qui a donné naissance dans le système juridique de certains Etats à l'idée de contrat administratif.

Dans le contrat administratif, il n'était pas concevable que l'administration se ravale au rang de son cocontractant. Elle ne vise en effet, au travers de ce contrat, qu'à garantir le fonctionnement du service public avec la continuité et la régularité qu'exige l'intérêt de ses usagers. L'idée de privilèges reconnus à l'administration dans le cadre du contrat administratif est née de cette exigence. C'est l'une des idées principales sur lesquelles s'articulera notre recherche. Depuis son apparition, le droit administratif a consacré les privilèges que détient l'administration dans l'exercice de ses différentes activités, c'est-à-dire des missions qui lui sont dévolues. Elle peut, dans le cadre de ses fonctions, faire usage des moyens que le droit met à la disposition des individus dans les relations qu'ils entretiennent les uns avec les autres. Mais la complexité de la vie administrative moderne, l'élargissement du champ d'intervention

¹ GAUDEMMENT Y., Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaires, RDP, 2010, p. 315.

² POINTIER J.M., Contrat et culture, RFDA, 2014, p. 649.

³ RICCI J.C., Le contrat au service des politiques publiques, Rapport des synthèses, RFDA, 2014, p. 652.

de l'Etat et l'apparition de règles spécifiques aux services publics, sont autant de facteurs qui ont incité le législateur dans nombre de pays à considérer que les règles du droit privé, si elles conviennent aux relations entre individus égaux, sont très souvent impropres à régir les relations dans lesquelles l'administration est partie prenante. Elle a en charge en effet l'intérêt général qui prévaut sur l'intérêt privé. Cette option s'est constituée d'abord un cadre d'organisation en France qui s'est ensuite étendu à de nombreux autres Etats, dont la Libye. Elle se matérialise par le fait que des règles qui n'ont pas d'équivalent dans les relations entre les particuliers vont être élaborées pour l'administration, auxquelles elle aura recours non pas en toutes circonstances mais uniquement lorsqu'elle estimera que l'intérêt général requiert d'écarter l'application des règles de droit commun.

Le contrat administratif constitue à cet égard l'un des thèmes les plus sensibles du droit administratif que nous aborderons sous l'angle des principaux droits et obligations qu'il fait naître pour les parties. La problématique que nous retiendrons est celle des pouvoirs de l'administration qui sont autant de droits qui lui sont reconnus mais qui représentent en fait des privilèges qui n'ont pas d'équivalent dans les contrats de droit privé. L'administration contracte avec les tiers mais tous les contrats qu'elle conclut n'ont pas le même degré d'importance. Ils diffèrent ainsi par leur mode de conclusion car lorsque l'administration s'y engage à titre de contractant ordinaire, ils ne sont rien d'autre que des contrats de droit commun dont elle ne retire pas les prérogatives de puissance publique que les lois et règlements lui attribuent. En revanche, lorsqu'elle s'engage dans le lien contractuel en sa qualité de personne de droit public, elle bénéficie de droits et de pouvoirs exorbitants, tout à fait étrangers aux contrats de droit privé. Ces droits et obligations sont les principaux effets produits par le contrat administratif. Dans ce cadre, nous évoquerons les droits qui reviennent à l'administration et les obligations qui lui incomberont. Et, dans la mesure où le contrat administratif se noue entre deux parties, nous aurons à aborder également les droits et obligations du cocontractant de l'administration.

La question essentielle est ici de savoir si les droits et obligations nés du contrat administratif sont distribués entre les deux parties d'une façon égale, ou si, au contraire, l'une des deux parties sera mise en position de force par rapport à l'autre, dans la mesure où elle bénéficierait de pouvoirs plus étendus. L'administration a-t-elle les mêmes obligations que son cocontractant? Les mêmes droits? Qu'est-ce qui justifie de reconnaître plus de droits à l'une des deux parties? Quels sont les droits et pouvoirs les plus marquants dont l'administration dispose à l'égard de son cocontractant? Quelles sont les obligations qui sont mises à sa charge? Comment l'administration exerce-t-elle son contrôle sur l'exécution du contrat et quels sont les moyens dont elle dispose en la matière? L'une des parties dispose-t-elle, à l'exclusion de l'autre, du pouvoir de modification du contrat? L'une des parties a-t-elle le droit d'infliger à l'autre des sanctions ou bien s'agit-il d'une compétence dévolue au seul juge qui statue sur le contentieux du contrat administratif? Quels sont, par ailleurs, les droits du cocontractant de l'administration? Quelles sont ses obligations? Comment les législateurs français et libyen conçoivent-ils ces droits et obligations? Quel est le rôle joué par les jurisprudences administratives française et libyenne dans la consécration de ces droits et obligations? Quelles sont les opinions de la doctrine française et arabe sur cette question?

C'est à l'ensemble de ces problématiques, et à d'autres encore, que nous tenterons d'apporter des réponses à partir d'une lecture des arrêts du Conseil d'Etat français et de la Cour suprême libyenne.

L'intérêt de notre recherche consiste dans la nécessité de connaître chacune des parties au contrat administratif, ses droits et obligations telles que les conçoivent les droits français et libyen. En effet, la connaissance des droits et obligations des parties permet de savoir ce qu'il résulterait pour chacune d'entre elles de leur non respect. C'est un sujet qui a aussi une importance sur le plan pratique car il permet de faire ressortir les résultats que l'on peut obtenir par le procédé du contrat administratif, en termes de projets mis en chantier par l'administration par le recours à des règles objectives et impartiales, pour favoriser un regain d'épanouissement de l'Etat, ce qui est plus crucial en Libye au regard des évolutions les plus récentes qui y affectent l'Etat. Il ne fait pas de doute par exemple que la reconstruction du pays, avec ce qu'elle exigera d'encouragements à la coopération des sociétés locales et étrangères, sera l'occasion d'éprouver le procédé du contrat administratif en tant que moyen d'attirer les investisseurs. On comprend que pour les nombreuses sociétés françaises qui souhaitent participer à l'investissement en Libye, il est préférable qu'elles puissent être informées des droits et obligations que la législation libyenne organise pour mieux se prémunir contre des surprises que pourraient leur réserver la conclusion et le déroulement du lien contractuel.

Quant à la raison pour laquelle nous avons choisi une approche de cette question par la comparaison entre les droits français et libyen, elle découle de notre volonté d'appréhender l'évolution qu'a connue la France et de tirer profit de cette expérience, sachant que le droit français est considéré comme la source historique de la plupart des droits arabes, et principalement du droit libyen. La France est un pays avancé dans tous les domaines et aucune société ne peut se passer d'un système juridique fort organisant toutes les relations qui se nouent entre les individus et entre ces derniers et l'Etat. On ne peut davantage préserver le bien public sans une législation rigoureuse réglant son administration. Le point de départ de la présente recherche fut une question qui nous est venue à l'esprit et qui nous a poussé à nous demander comment l'Etat français avait pu contrôler les fonds publics affectés aux contrats administratifs, en même temps qu'une autre question étroitement corrélée à la première : comment la France a-t-elle réalisé, tous domaines confondus, de tels acquis de civilisation? Nous avons déjà la certitude qu'une législation forte et maîtrisée entraine pour beaucoup dans cette réussite, s'accompagnant d'un respect de la légalité érigé au rang de culture chez les gouvernants. C'est ce qui nous a encouragé à nous plonger dans l'étude du droit français pour y rechercher tout ce qu'il était possible d'y puiser d'utile pour la Libye dont l'expérience n'est pas aussi riche en la matière. Plus particulièrement, cette étude s'intéressera à l'expérience que l'on peut retirer de l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

En contrepartie, le lecteur français, et notamment celui qui s'intéresse aux questions relatives aux contrats administratifs, trouvera dans ce travail des éléments qui éclairent la connaissance de la loi et de la jurisprudence libyennes, notamment dans les règlements relatifs aux contrats administratifs et dans les arrêts de la Cour suprême. Il ne fait pas de doute que les sociétés françaises joueront un rôle de premier plan dans la reconstruction de la Libye et qu'il

ne leur sera pas de ce fait indifférent de se familiariser avec les arcanes du droit libyen avant de s'engager auprès de l'administration de ce pays. Une bonne connaissance des droits et obligations de chaque partie au contrat permet à la relation contractuelle d'évoluer selon les prévisions et sans heurts, ce qui est le vœu des parties à tout contrat.

Mais il n'échappe à personne que, lorsque le chercheur s'engage dans une étude comparée, il rencontre des difficultés pour recueillir certaines informations concernant les législations françaises, très nombreuses en la matière, mais que le chercheur étranger a du mal à appréhender pour des raisons qui tiennent à la langue. Tout le monde sait que la Libye n'est pas un pays francophone mais nous avons eu à cœur de faire la meilleure utilisation possible des sources françaises. *A contrario*, nous nous sommes heurtés, du côté du droit libyen, au peu de références existant. La doctrine en la matière est rare d'autant que les auteurs libyens n'ont que très peu abordé la question y consacrant des travaux très succincts ou l'abordant dans le cadre de recherches et d'ouvrages généraux qui ne sont guère nombreux. Nous avons donc dû avoir recours à des références égyptiennes qui se sont intéressées à ce sujet au point de vue du droit libyen, sachant que la défection de la doctrine libyenne appauvrit grandement la recherche sur cette question.

A ces difficultés s'ajoutent celles qui résultent de la situation actuelle en Libye où sévissent la guerre et les impasses financières auxquelles fait face l'Etat. L'étudiant libyen ne peut qu'en subir les conséquences et éprouver du mal à achever le travail dans le délai fixé. Les guerres civiles engagées sur le territoire libyen ne peuvent manquer de l'affecter sur le plan psychologique et nuire à son rendement intellectuel. Notre vœu le plus cher est donc que ce drame prenne fin au plus vite et que la sécurité et la stabilité soient de retour dans les meilleurs délais.

A la lumière de ces considérations, nous allons présenter les axes principaux de cette recherche consacrée aux droits et obligations des parties au contrat administratif.

Nous commencerons par une présentation du contrat administratif en le définissant et en dégagant ses critères distinctifs. D'un point de vue méthodologique, il convient en effet, avant tout développement, de définir ce contrat et d'examiner ses éléments et ses composantes. Au départ, la doctrine s'était divisée sur la définition du contrat administratif⁴. La jurisprudence française a tranché ce débat en déterminant les principes essentiels régissant les contrats administratifs dont elle a énoncé les critères distinctifs, ceux qui font d'un contrat un contrat administratif et dont l'absence a pour conséquence une déqualification du contrat administratif. La doctrine s'est saisie de cette élaboration et en a appliqué les critères dans la définition qu'elle a donné du contrat administratif. La question demeure cependant l'objet de controverses, le critère du contrat administratif étant toujours discuté : quel est le critère distinctif du contrat administratif et comment peut-on savoir que tel contrat est administratif et tel autre civil? La difficulté vient de ce que l'administration recourt aux deux types de contrat pour satisfaire les exigences de l'intérêt général et faire l'acquisition des biens

⁴ JURVILLIERS-ZUCCARO Elisabeth, Le tiers en droit administratif, Thèse, Université de Nancy 2, 2010, p. 310, Et voir également, AMILHAT Mathias, L'influence du droit de l'Union européenne sur la notion de contrat administratif, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 81.

nécessaires au fonctionnement de ses services publics. Les contrats de l'administration ne sont pas d'une seule et même nature, celle-ci diffère selon qu'elle emprunte les procédés du droit public ou du droit privé pour les conclure. Parmi les contrats de l'administration, il est indispensable de distinguer entre les contrats administratifs et les contrats civils dont les régimes juridiques diffèrent. Qualifier un contrat d'administratif implique que le contentieux auquel il peut donner lieu relève de la compétence de la juridiction administrative avec pour conséquence l'application des règles du droit administratif qui est sans aucun doute marqué par une indéniable autonomie. De la même manière, le fait de qualifier un contrat de l'administration de contrat de droit privé aura pour conséquence de soumettre son contentieux à la compétence des juridictions de droit commun qui lui appliqueront le droit civil.

Les deux catégories de contrats diffèrent donc par le droit qui leur est applicable et la juridiction dont leur contentieux relève, ce qui exige que la nature de chaque contrat que conclut l'administration doit être définie. La question est d'autant plus importante dans des Etats comme la France qui ont une double juridiction⁵, la juridiction administrative y étant séparée de la juridiction de droit commun et appliquant les règles du droit public et non pas celles du droit privé. La recherche du critère distinctif du contrat administratif est du reste nécessaire même dans les Etats qui ont une unité de juridiction mais appliquent le principe de l'autonomie du droit public par rapport au droit privé. On peut considérer que dans ces pays la définition d'un critère du contrat administratif revêt une importance encore plus grande pour déterminer le droit applicable. En effet, s'il n'y a pas à s'interroger, dans ces Etats, sur le juge compétent, il importe de déterminer le droit applicable au contrat administratif en fonction du critère qui lui a été défini au préalable. C'est dans ces termes que se pose le problème en Libye.

Cette question de la spécificité du contrat administratif trouve son fondement dans la jurisprudence et ce qu'elle suppose de souplesse et d'évolution. On ne peut donc parler d'un

⁵ La France se situe à l'avant-garde des Etats qui ont adopté la dualité de juridiction. La fonction juridictionnelle y est répartie entre la juridiction de droit commun, qui statue sur les contentieux naissant entre les individus et entre les individus et l'administration lorsque celle-ci se dépouille des habits de la puissance publique, et la juridiction administrative qui est compétente dans l'examen du contentieux administratif. Cette dualité est naturelle dans la mesure où l'activité de l'administration vouée à l'intérêt général ne saurait relever des règles qui s'appliquent à l'activité privée. L'administration doit s'armer de pouvoirs qui la mettent dans une position supérieure à celle des individus pour pouvoir leur imposer sa volonté. Cette dualité de juridiction est l'héritage de l'histoire politique et constitutionnelle française. Les fondateurs du système ont considéré que la meilleure acception de la séparation des pouvoirs impliquait leur indépendance réciproque. Au plan historique, ce fut une réaction au pouvoir détenu dans l'ancien régime par les tribunaux qui interféraient dans les affaires de l'administration.

Le législateur libyen n'a pas retenu la dualité de juridiction. Il s'est contenté d'un système dans lequel les chambres administratives existent au niveau des cours d'appel civiles, en vertu de l'article 1 de la loi n° 88 de l'année 1971 relative à la justice administrative qui dispose : « Il est créé dans chaque cour d'appel civile une ou plusieurs chambres administratives qui seront constituées, en vertu d'un arrêt de l'assemblée générale de la cour, de trois conseillers, et un représentant du ministère public siégeant à leurs audiences ». Ces chambres appliquent les règles du droit public lorsque le litige est relatif au contrat administratif. Le système juridictionnel libyen est donc mixte, comportant des éléments d'unité et de dualité avec une dualité des droits applicables. Il s'apparente au système anglo-saxon du fait qu'il n'existe pas de tribunaux administratifs indépendants, tout en empruntant certains traits au système français, notamment la dualité des droits, puisque les chambres administratives appliquent au contentieux administratif le droit public. Ce système est donc qualifié de système d'unité de juridiction avec dualité des droits. Cf. sur cette question KHALIFA Abdelhamid et CHELMANI Hamed, *L'expiration des contrats administratifs*, Alexandrie, Egypte, 2013, p. 7.

critère unique défini une bonne fois pour toutes depuis l'apparition des contrats administratifs mais plutôt de critères nombreux ayant un caractère évolutif. Ces critères sont les mêmes mais ils se sont perfectionnés petit à petit, se renouvelant pour s'adapter aux évolutions économiques, sociales et juridiques. C'est ainsi que les éléments pris initialement en compte par le juge pour conférer au contrat son caractère administratif demeurent constants mais ont subi des modifications pour s'adapter avec les circonstances nouvelles. Par exemple, le critère actuel du service public en France n'est plus celui que le juge a posé dans l'arrêt Théron⁶. De même, les clauses exorbitantes ne sont plus celles qui sont énoncées dans le contrat. Au terme de l'évolution qui s'est produite, on déduit désormais le caractère administratif du contrat de clauses exorbitantes extérieures aux énoncés du contrat.

L'administration publique dispose dans le cadre des contrats administratifs de larges pouvoirs qui constituent autant de droits qu'elle détient vis-à-vis de son cocontractant. Ce sont des pouvoirs divers qui lui sont dévolus afin qu'elle les utilise pour réaliser l'intérêt général, et s'assurer d'une bonne exécution de ses obligations par le cocontractant⁷, de telle sorte que le service public auquel se rattache le contrat fonctionne au mieux. Parmi ces pouvoirs, citons celui de contrôle et de direction. En tant que partie au contrat administratif, elle jouit de prérogatives de puissance publique pour contrôler cette exécution, et ce contrôle s'élargit, selon une opinion répandue, à la direction du cocontractant car, en supervisant l'exécution du contrat, elle exerce une surveillance sur le cocontractant qui lui permet de s'assurer qu'il se conforme aux clauses prévues au contrat. Elle peut également orienter les actes d'exécution et dicter les procédés les plus aptes à leur meilleur déroulement, dans ce même souci de garantir le bon fonctionnement du service.

Il faut cependant relever que ce pouvoir de contrôle de l'administration n'est pas absolu et qu'il ne doit pas être entaché d'abus. Il lui est accordé, en vue de la réalisation d'un but déterminé, de garantir la continuité et la régularité du service et s'il advient qu'elle le mette au service d'un autre but elle commet un détournement de pouvoir et la décision qu'elle aura prise sera entachée d'illégalité. Ce qui veut dire qu'elle accorde au cocontractant des garanties contre l'abus qu'elle pourrait faire de son pouvoir en le mettant au service d'un but étranger à l'intérêt général.

D'autre part, le contrôle s'effectue par étapes successives, en commençant par l'étape préliminaire qui précède la conclusion du contrat et au cours de laquelle elle prend les précautions qui s'impose, avant de passer à celle de la conclusion du contrat et enfin à celle du contrôle de l'exécution du contrat pendant laquelle elle veille à la bonne réalisation des prestations convenues.

Outre le pouvoir de contrôle, l'administration détient celui de modifier le contrat administratif, pouvoir crucial dans la mesure où ce n'est pas dans un domaine non réglementé par le contrat qu'elle intervient, mais dans le champ des obligations expressément arrêtées par la convention qu'elle va modifier dans le sens de leur aggravation ou de leur allègement.

⁶ CE 4 mars 1910, Théron, RDP, 1910, p. 249, Note JEZE, S. 1911.3.17, Conclusions PICHAT, Note Hauriou.

⁷ ECKERT G., Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, CMP, 2010, étude 9.

Ce pouvoir de modification signifie qu'elle a la latitude de réviser ses contrats unilatéralement pour les conformer à la représentation qu'elle se fait de l'intérêt général. C'est un pouvoir qui n'a pas son pareil dans les contrats de droit privé, un privilège dévolu à l'administration et qui entre dans ses prérogatives de puissance publique. Il est l'un des critères de distinction entre les contrats de droit public et les contrats de droit privé dans lesquels il n'est pas concevable qu'un tel pouvoir unilatéral puisse exister.

De même que le pouvoir de contrôle, ce pouvoir de modification n'est pas absolu. Il est restreint par des conditions de mise en œuvre dont la première est que la modification doit servir l'intérêt général. Selon que le contrat est un marché de fourniture, un marché de travaux public ou un contrat de concession, l'administration peut plus ou moins y aggraver ou y alléger les obligations de son cocontractant, dans les limites de ce qui est prévu au contrat ou selon les dispositions contenues dans les lois et règlements. C'est un pouvoir qui empêche de lier les mains de l'administration dans son rôle de garante de l'intérêt général. Mais la limite de l'exercice consiste dans l'interdiction faite à l'administration de provoquer par les modifications qu'elle édicte une mutation de la nature des obligations du cocontractant, ce qui se traduit par l'obligation qui lui est faite dans la mise en œuvre de son pouvoir de modification de respecter des proportions imposées par les lois et règlements.

La modification peut porter sur les voies et moyens de l'exécution tels qu'ils sont convenus. L'administration peut ordonner à son cocontractant de les modifier ou de changer les matériaux ou les conditions d'exécution prévus, si elle considère qu'il en existe de plus modernes et plus performants mieux adaptés au service public.

A ces deux pouvoirs de contrôle et de modification, s'ajoute le pouvoir dont jouit l'administration d'édicter des sanctions contre son cocontractant. C'est une des prérogatives les plus singulières qui lui sont accordées. Le lien entre le contrat administratif et le service public est tel que la moindre défaillance dans l'exécution, qui pourrait consister en une omission, la non-exécution de travaux dans les délais, une cession du contrat à un tiers sans l'accord de l'administration, entre autres manquements imputables au cocontractant, ne serait pas seulement préjudiciable à l'administration mais nuirait au service public. Les sanctions encourues doivent donc être plus sévères que celles qui s'appliquent aux manquements aux obligations du contrat civil. Dans le contrat civil, les sanctions viennent réparer les fautes contractuelles et indemniser la partie lésée pour que soit rétabli l'équilibre financier du contrat, alors que dans les contrats administratifs, elles visent, en plus de cet objectif, à garantir le bon fonctionnement de l'établissement public.

Les sanctions que l'administration peut édicter sont nombreuses, adaptées à la nature de chaque manquement constaté. Elles vont de la pénalité de retard, lorsque le cocontractant s'affranchit du délai d'exécution prévu, à la résiliation du contrat réservée à un manquement grave qu'il aurait commis.

Il va sans dire que face à ces pouvoirs larges dont dispose l'administration et qui sont des droits qu'elle détient dans le cadre du contrat, son cocontractant se voit reconnaître des droits qui viennent s'ajouter à ses obligations. Le contrat administratif étant la rencontre de deux volontés, il a une force obligatoire qui s'impose aux deux parties. L'administration a des

obligations auxquelles elle ne peut manquer sans que le cocontractant ne puisse saisir le juge pour qu'il la sanctionne. L'effet essentiel de la force obligatoire du contrat est de faire naître des obligations pour les deux parties qui engagent leur responsabilité contractuelle.

La conclusion du contrat administratif produit un ensemble d'effets à l'égard des parties dans la mesure où il fait naître pour elles des droits et obligations mutuels. Les droits de l'administration sont autant d'obligations pour son cocontractant et réciproquement. L'administration participe à la constitution des obligations que le contrat lui dicte, elle doit donc les respecter pour permettre à l'autre partie d'exécuter les siennes propres de la manière qui favorise le mieux le bon fonctionnement du service public, qui fait l'objet du contrat.

Comme la première partie de notre recherche sera consacrée aux pouvoirs de l'administration et à ses droits, il conviendra d'aborder dans la deuxième partie les droits et obligations de l'autre partie. Dans la mesure où le cocontractant de l'administration tire ses droits du contrat administratif, l'administration doit les respecter, en particulier son droit à une rémunération qui est le mobile majeur qui l'a incité à contracter. A cet égard, l'équilibre financier du contrat est l'une des conditions primordiales de réalisation des droits du cocontractant car l'idée centrale qui domine la problématique des droits du cocontractant est que celui-ci n'est poussé à contracter que par la recherche du gain. Ses droits sont donc d'abord d'ordre pécuniaire et sont représentés par la contrepartie financière qu'il percevra en vertu du contrat, qu'il s'agisse de redevances ou de prix payés pour les marchandises qu'il fournit, les travaux qu'il effectue ou les prestations qu'il délivre, sans oublier les autres droits qui naissent en sa faveur en vertu du contrat ou des lois qui régissent le fonctionnement du service public.

Le cocontractant peut d'autre part subir un préjudice du fait de l'utilisation par l'administration des pouvoirs qu'elle détient, des droits peuvent naître pour lui en conséquence d'événements imprévisibles survenant en cours d'exécution, qui n'étaient pas envisagés lors de la conclusion du contrat et qui sont susceptibles de peser économiquement sur le cocontractant d'une manière excessive. Elles exigent une intervention en vue de restituer au contrat son équilibre financier initial.

En contrepartie des droits dont il bénéficie, le cocontractant est soumis à de nombreuses obligations. Pour l'essentiel, ce sont des obligations qui ne diffèrent guère de celles qui sont imposées à tout cocontractant. Il doit remplir les obligations prescrites par les clauses du contrat mais aussi par les règles qui régissent ces clauses. Parmi les plus importantes obligations du cocontractant avec l'administration, il convient de signaler celle d'exécuter personnellement le contrat qu'il ne peut céder que dans des conditions précisément définies, qu'il s'agisse d'une cession totale ou partielle du contrat, celle qu'on dénomme sous-traitance. Une autre obligation essentielle est celle d'exécuter dans les délais fixés, et c'est la notion de durée d'exécution qui est ici mise en évidence, avec l'importance particulière qu'elle revêt dans la théorie du contrat administratif. Le respect de la durée d'exécution du contrat administratif est la traduction effective de la règle du fonctionnement régulier et continu du service public afin d'assurer sans interruption les prestations qu'il fournit aux usagers. La fixation de cette durée diffère selon la nature et le type de contrat administratif concerné, en

particulier selon que ce contrat est un contrat de concession ou un marché de fourniture ou de travaux publics.

C'est l'ensemble de ces points que nous allons étudier : les pouvoirs de l'administration et les droits et obligations de son cocontractant, tels que définis par les lois et la jurisprudence, en France et en Libye.

Chapitre Préliminaire : La notion de contrat administratif

Les contrats administratifs revêtent une grande importance dans le fonctionnement des établissements publics et la réalisation des affaires dont ces établissements sont chargés.

Pour donner une idée claire du concept de « contrat administratif », nous devons commencer par le définir.

Sans aucun doute, ce type de contrat est différent des autres contrats, dont on peut citer l'exemple du contrat civil que certains confondent avec le contrat administratif. Pour éliminer toute confusion, il est indispensable de définir le contrat administratif, ses principes, ses constituants et ses caractéristiques spécifiques.

Par la suite, nous allons jeter un regard sur l'origine de ce concept, en France et en Libye. Grâce à une étude diachronique comparative de l'évolution du concept des contrats administratifs en France et en Libye, nous essaierons de profiter de l'expérience française remarquable, dans le domaine du droit public en général et dans celui des contrats administratifs, en particulier.

Nous allons évoquer également, dans ce chapitre, les caractéristiques distinctives du contrat administratif en le comparant aux autres contrats -les contrats civils, précisément-. Dans cette étude, nous allons nous intéresser au concept et aux critères spécifiques du contrat administratif aussi bien, dans la loi française que dans la loi libyenne en nous référant aux avis des juristes et aux normes judiciaires dans les deux pays. Puisque la loi française est considérée, historiquement, comme la source de la plupart des lois régissant le monde arabe, nous allons comparer les législations libyennes aux législations françaises.

Ainsi, l'étude de ce chapitre sera développée suivant deux sections :

Section 1 : Le concept de contrat administratif

Section 2 : Les critères distinctifs du contrat administratif

Section 1 : Le concept de contrat administratif

Il est évident que les moyens permettant à l'administration de réaliser ses objectifs sont, d'une part, les décisions administratives prises par l'administration elle-même et prescrites aux individus, et d'autre part, les contrats administratifs où l'administration pour accomplir ses finalités, se trouve obligée d'unir sa volonté à une ou plusieurs autres volontés. Un contrat résulte de cette union. Le contrat en question n'est valide qu'au moment où il ya un accord entre la volonté de l'administration et d'autres volontés individuelles ou communes entre des assemblées législatives appartenant à des hommes de droit public ou privé.

Pour mettre en évidence le concept de contrat administratif, nous devons le définir et présenter ses principes, ses constituants et ses caractéristiques spécifiques.

Puisque notre étude repose sur une comparaison entre la loi française et la loi libyenne, nous allons, donc, dans une première partie, présenter la définition du contrat administratif selon les avis des juristes et des normes judiciaires, ainsi que du point de vue du législateur, dans les deux pays.

Puis, nous consacrerons la deuxième partie à la création du contrat administratif en Libye et en France. D'ailleurs, c'est au Conseil d'Etat français que nous devons la découverte de ce concept récent, à savoir le contrat administratif ainsi que d'autres sujets tels que la décision administrative.

A ce stade-là, notre étude sera scindée en deux sous-sections :

Sous-section 1 : La définition du contrat administratif

Sous-section 2 : La création du contrat administratif

Sous-section 1 : La définition du contrat administratif

Les juristes n'ont pas réussi à donner une définition précise de la loi administrative. La jurisprudence administrative, en France et en Libye, a essayé de résoudre cet amalgame en déterminant les principes des contrats administratifs.

De ce fait, nous allons définir le contrat administratif dans la loi française et évoquer la contribution du législateur français à l'élaboration de cette définition sans oublier le rôle joué par la jurisprudence administrative représentée par le Conseil d'Etat français, à ce propos. Bien évidemment, nous allons, aussi, évoquer les avis des juristes français concernant la définition du contrat administratif. Tout cela sera étudié dans une 1^{ère} subdivision (A).

Par la suite, dans une 2^{ème} subdivision (B), nous définirons le contrat administratif selon la loi libyenne en nous référant aux législations libyennes et aux normes judiciaires déclarées à ce propos. Nous mentionnerons, à chaque fois, les points de convergence et de divergence entre les lois des deux pays.

A : La définition du contrat administratif selon la loi française

Il est préférable tout d'abord, de présenter une définition du contrat en général. Il s'agit d'un accord entre deux ou plusieurs volontés dans le but de créer un statut juridique bien déterminé. Cet accord peut prendre la forme d'un engagement visant la transmission, la modification ou la suspension d'un fait⁸. La loi civile française définit le contrat, dans l'article 1101 du Code civil, en disant que « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Certains juristes français admettent cette définition ainsi que celle présentée par les professeurs, G. MARTY et P. RAYNAUD qui donnent une définition

⁸GUETTIER Christophe. Droit des contrats administratifs, 3^{ème} éd., Thémis-droit PUF, Paris, 2011, p. 74.

simplifiée du contrat lequel consiste, selon eux⁹, en un accord engageant plusieurs individus¹⁰. Par opposition aux juristes de droit privé qui admettent cette définition du contrat¹¹, les juristes du droit public n'arrivent pas à se mettre d'accord sur une définition exacte dudit contrat. Le juriste Léon DUGUIT suggère que le contrat consiste en un accord entre deux personnes où l'une engage l'autre pour son propre profit¹². Cette définition est très limitée par rapport à celle donnée par les juristes de droit privé. De plus, le contrat ne peut être considéré comme tel que dans le cas où en résulte un accord des centres d'intérêt entre un prêteur et un emprunteur, dépendant l'un de l'autre.

Certains juristes influencés par la définition de DUGUIT admettent une définition encore plus limitée. L. ROLLAND¹³, à titre d'exemple, dénie le rapport entre le contrat et l'accord des deux volontés. J. RIVERO¹⁴ va encore plus loin dans sa définition où il voit que tout accord n'est pas obligatoirement un contrat. Quant aux juristes de droit public comme M. WELINE¹⁵ ils admettent la définition vaste du droit administratif proposée par les juristes de droit privé.

Pour sa part, André DE LAUBADERE pense que le contrat administratif est un accord de deux volontés en vue d'établir des statuts juridiques personnels¹⁶.

A notre sens, la définition de DE LAUBADERE est la meilleure. D'une part, il a élargi la définition donnée par DUGUIT qui réduit le contrat à un accord entre un prêteur et un emprunteur autour des statuts personnels. D'autre part, il a restreint les définitions admises par les juristes de droit privé qui considèrent que tout accord exigeant des engagements est un contrat. Alors, admettons que le contrat, en général, est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue d'établir un certain statut juridique.

Il faut, néanmoins mentionner que les définitions données par les hommes de droit public et les hommes de droit privé sont plus ou moins proches. C'est seulement, le contenu du contrat, les engagements qui en découlent et les principes régissant ce contrat qui sont sujet à divergence.

Les personnes de droit privé sont libres de choisir le procédé de ratification d'un contrat. Quant à l'administration, elle dépend du législateur, ce qui nous conduit à évoquer les procédés et les modèles de ratification des contrats administratifs. Puisque la nature de ces derniers exige l'établissement d'un système juridique qui leur est propre, il est évident que ces

⁹CARBONNIER Jean. Droit civil, les obligations, 11^{ème} éd., PUF, Paris, 1982, p 42.

¹⁰MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre. Traité de droit civil. 1^{ère} éd., S, Paris, 1962, p. 25-26.

¹¹ Pour plus d'informations autour de la distinction entre le contrat administratif et le contrat civil, voir KALFLECHE Grégory. Des marchés publics à la commande publique l'évolution du droit des marchés publics, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2004, p 389 et ss.

¹²DUGUIT Léon. Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd., Paris, 1927, p. 384.

¹³ROLLAND Louis. Précis de droit administratif, 9^{ème} éd., 1947, p. 62.

¹⁴RIVERO Jean. Droit administratif, 9^{ème} éd., 1980, p 92.

¹⁵WELINE Marcel. La situation juridique de l'utilisateur d'un service public, 1933, p. 237.

¹⁶De LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLLE Pierre. Traité des contrats administratifs, 2^{ème} éd., 1983, p. 29.

contrats seront appliqués différemment des méthodes employées dans l'application des autres contrats de droit privé.

Ces points seront développés dans notre étude en vue de ressortir ce qui distingue l'application du contrat administratif des autres actions juridiques.

Après cette brève présentation générale du contrat dans la loi française, nous irons droit à l'objet de notre étude, lequel est la présentation du contrat administratif selon les normes judiciaires, les avis des juristes et à travers le rôle du législateur français.

A ce titre, le Conseil d'Etat français a défini dans son arrêt du 12 décembre 1930, que le contrat administratif est le contrat qu'une personne morale publique ratifie afin de gérer un établissement public, de l'organiser ou le diriger, en prenant en compte les lois du droit public qui diffèrent de celles du droit privé.

Le Conseil d'Etat français a mentionné, dans un autre arrêt, une définition proche de celle que nous venons d'exposer. Il s'agit des contrats ratifiés par une personne morale dans le but de gérer un établissement public. Cette personne doit témoigner d'une disposition à prendre en considération les règles du droit public en notant dans le contrat les conditions qui diffèrent de celles du droit privé ou en permettant à la personne liée par un contrat avec l'administration, de participer directement à la direction de l'établissement public¹⁷.

Ainsi, le Conseil d'Etat français a donné une définition claire et nette du contrat administratif. C'est ce qu'a prouvé la Cour française des conflits dans certains jugements dont on peut citer celui du 7 juillet 1980 à propos de l'affaire de la société d'investissement touristique, située dans la région de Haute Maurienne. On peut aussi citer la loi du 21 mars 1983, où ladite Cour insiste sur le fait que le contrat administratif établi entre deux personnes publiques a, de prime abord, la nature de contrat administratif. C'est ce que le Conseil d'Etat français a confirmé dans l'arrêt publié le 11 mai 1990¹⁸.

Dans le décret du 7 janvier 2004, la version récente de la loi française sur les contrats administratifs, définit ces derniers comme des contrats conclus par des personnes publiques et des personnes privées par le biais de personnes morales publiques, dans le but de répondre à des besoins dans les domaines de travaux, de fournitures et de services¹⁹. Bien que l'Assemblée de l'Etat français et la loi des contrats publics aient donné une définition des contrats administratifs, certains juristes ont essayé eux aussi, de définir le contrat administratif. On peut citer De LAUBADERE qui a défini le contrat comme l'accord de deux volontés en vue de faire un engagement. Cette définition rejette l'idée que tout accord est un contrat. De LAUBADERE nie le caractère contractuel dans les comportements personnels réalisés par l'administration malgré leur aspect contractuel²⁰. Quant à Laurent RICHER, il pense que le contrat administratif est une sorte d'accord de deux volontés visant l'instauration

¹⁷ CE 19 mai 1963, Chambre sociale, coopérative agricole, la prospérité fermière, Recueil Lebon, p. 289. Et CE 20 mars 1996 ; Commune de Saint-Céré, Recueil Lebon, p. 87.

¹⁸MARIE Christine, Droit administratif, Galino éditeur, Paris, 2005, p. 315.

¹⁹Décret N° 2004-15 du 7 janvier 2004, Code administratif, Dalloz, 29^{ème} éd., 2006, p. 2165.

²⁰ De LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, T. 2, LGDJ, Paris, 1984, p. 125.

d'un statut juridique précis, la réalisation et la modulation d'un engagement. Ce contrat est conclu par l'administration dans le but d'organiser ou de gérer un service public. Les conditions que renferme ce contrat diffèrent de celles exigées par les contrats de droit privé²¹.

D'autres juristes voient que le contrat administratif est le contrat passé par des administrations publiques avec les appareils ou les individus qui en dépendent. Les conditions que renferme ce contrat diffèrent de celles présentées dans les contrats civils ou commerciaux. En effet, dans ce contrat, l'administration note les droits et les engagements du contractant pour assurer la gestion des services publics²².

Il apparaît que la plupart des définitions juridiques du contrat administratif convergent vers la définition donnée par le Conseil d'Etat français et mentionnée dans les pages précédentes. Ainsi, la jurisprudence administrative a joué un rôle important dans la conceptualisation du contrat administratif. Nous verrons ultérieurement comment la loi libyenne s'est inspirée des législations de la Cour française et des opinions des juristes français. Malgré la différence des causalités (les causes de l'apparition de la jurisprudence administrative en France, étaient des causes historiques et politiques), il est évident que le législateur libyen a adopté la même définition donnée par le Conseil d'Etat français, définition considérée comme la source historique de la plupart des lois arabes.

Pourtant, la différence est évidente entre la France et la Libye au niveau du système législatif. La Libye adopte un système basé sur l'unicité de la jurisprudence et la dualité de la loi, quant à la France elle adopte la dualité de la jurisprudence et de la loi grâce à la présence des Cours administratives privées et indépendantes dirigées par le Conseil d'Etat français et des Cours civiles occupées des affaires civiles. Cependant, en Libye, il n'y a qu'une seule jurisprudence ayant la Cour suprême à sa tête. La jurisprudence n'y est pas indépendante comme c'est le cas en France. Vu la présence des départements de jurisprudence administrative au sein des Cours administratives, il est difficile de reconnaître les législations liées à la jurisprudence administrative. Nous allons développer ce point dans le paragraphe suivant consacré à la loi libyenne.

B : La définition du contrat administratif selon la loi libyenne

Le législateur libyen n'a pas pris la peine de donner une définition au contrat comme cela a été le cas en France, où le législateur a défini ce contrat dans l'article 1101 du Code civil français comme mentionné précédemment. Le législateur libyen s'est contenté de désigner les principes du contrat dans les articles 89 à 163 et a laissé libre cours aux tentatives judiciaires et jurisprudentielles si rares dans ce domaine. Parmi les juristes en code civil

²¹RICHER Laurent. Droit des contrats administratifs, 8^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2012, p. 17. Et DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, Droit administratif, 11^{ème} éd., S, 2009, p. 438.

²²LONG Marceau, WEIL Prosper, DELVOLLE Pierre, GENEROIS Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 156.

libyen, le docteur Mohamed El-BADAWI qui a défini le contrat comme étant l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de réaliser des effets légaux²³.

Il est donc à noter que ces tentatives de définition, si rares, convergent vers les définitions de contrat déjà données par la jurisprudence et le législateur français.

Sans entrer dans les détails du contrat, nous allons directement définir le contrat administratif selon la loi libyenne. Le législateur libyen a donné une définition exacte du contrat administratif dans le règlement des contrats du même type promulgué en 1980 et les règlements suivants. Nous allons nous concentrer sur la définition la plus récente, parue dans le règlement promulgué par le Comité Populaire Général, dénommé auparavant « Conseil des ministres », le 5 juillet 2007 dans sa décision N° 563, toujours appliquée à ce jour. Il est noté, dans l'article 3 de ce règlement que « le contrat administratif est tout contrat conclu par l'un des membres cités dans l'article précédent²⁴ dans le but de diriger, de développer ou de réaliser un projet de développement ou de budget, ou de présenter des conseils techniques, ou d'assumer constamment la continuité du service public.

Le contrat doit comporter des conditions exceptionnelles qui le distinguent des autres contrats civils et qui visent à assurer l'intérêt général.

Les contrats ci-après peuvent être considérés comme des contrats administratifs, s'ils remplissent les conditions précitées :

- a) Les contrats de travaux publics
- b) Les contrats de fournitures et les contrats d'installation
- c) Les contrats pour l'entretien et le fonctionnement des projets et des équipements publics
- d) Les contrats de gestion de différents types pour les services publics et les installations industrielles ou le tourisme et d'autres
- e) Les contrats de vente, les affaires jugées comme inutiles
- f) Les contrats pour l'utilisation des bureaux de consultation
- g) Les contrats pour la mise en œuvre de projets non financés par la trésorerie publique ».

La définition présentée dans ce règlement est compatible avec celle introduite dans le règlement du 5 août 2005 selon la décision N°132 promulguée en 2005. Ce règlement n'a en fait rien apporté de nouveau à propos de la définition du contrat administratif. Les conditions insérées dans le règlement des contrats administratifs (tels que le fait que l'un des contractants

²³ AL-BADAWI Mohammed. La théorie générale des obligations, première partie, Les sources de l'engagement, 4^{ème} éd., Benghazi, Libye, 2003, p. 26.

²⁴ On parle ici de l'article 2 de la réglementation en vigueur qui déclare « Les dispositions du présent règlement sur les contrats administratifs conclus par les parties et les unités administratives ainsi que les contrats conclus pour la mise en œuvre de projets de développement financés par le budget général, quel que soit le point du contrat, et le Comité populaire général (Conseil des ministres) dans l'intérêt public, à l'exception de certains domaines et projets de l'application du présent règlement ».

doit être une personne publique, le contrat doit porter sur un établissement public et les conditions que renferme ce contrat diffèrent de celles introduites dans les contrats de droit privé), ont été confirmées par la Cour suprême libyenne dans son arrêt du 20 juin 1970 au sujet du conflit résultant de la réalisation de deux contrats conclus par le Ministère du travail et des Affaires sociales avec des sociétés étrangères afin de transporter des pèlerins libyens en Terre sainte, par voie maritime. L'arrêt énonçait : « les deux contrats se rapportent à un établissement public, à savoir garantir aux pèlerins libyens d'accomplir le devoir sacré. De plus, les conditions que renferment ces deux contrats sont des conditions différentes de celles comprises dans les contrats de droit privé. Ces conditions se présentaient comme suit : le Ministère du travail et des Affaires sociales a le droit de s'assurer que les bateaux (sur le plan matériel) soient parfaitement prêts à transporter les pèlerins dans des conditions favorables. Le contractant avec l'administration doit employer un nombre supérieur à deux cents Libyens sur chaque bateau, à chaque saison, pour les former dans le domaine de la navigation et tout ce qui se rapporte aux activités maritimes. Le Ministère du travail et des Affaires sociales a le droit de décider de la date du départ et du retour de chaque groupe. Au cas où le contractant porterait préjudice à l'un des règlements du contrat ou dénoncerait l'un de ses engagements, le gouvernement aurait le droit de résilier le contrat et de réquisitionner l'assurance sans avoir donné aucun avertissement ni prendre aucune autre mesure. De ce fait, les deux contrats cités plus haut répondent aux conditions exceptionnelles du contrat administratif »²⁵.

Le département de la jurisprudence administrative à la Cour d'appel de Benghazi exige les mêmes conditions précitées, pour qualifier un contrat d'« administratif ». Dans la réclamation N°17 de la 2^{ème} année juridique, lors de l'audience du 24 juin 1974, il est dit : « Le contrat administratif est celui où l'un des contractants est une personne publique, qui est liée à un service public et qui renferme des conditions différentes de celles présentes dans la loi privée ».

Ainsi la Cour et le législateur libyens se sont mis d'accord sur les conditions du contrat administratif. Cependant, il convient de noter que la jurisprudence n'a quasiment rien ajouté à ce propos car elle s'est satisfaite de ce que le législateur et la loi ont expliqué.

Les rares avis des jurisconsultes libyens autour du contrat administratif se sont inspirés des avis des jurisconsultes égyptiens, au motif que le droit libyen s'est appuyé sur le droit égyptien qui s'est lui-même inspiré du droit français.

Malgré la difficulté de la recherche dans ce domaine, à travers notre lecture des législations publiées au sujet du contrat administratif, nous pouvons définir ce dernier comme étant tout contrat passé par l'administration ou des personnes morales dans la continuité du service public, selon des conditions différentes de celles mentionnées dans les contrats de droit privé, en prenant en considération les lois du droit public.

Ainsi, la définition du contrat administratif, selon la loi libyenne, nous rappelle celle donnée par la loi française qui exige trois conditions essentielles : la première imposant à

²⁵ Jugement de la Cour suprême de Libye du 20 juin 1970, recours administratif 4/17, Revue de la Cour suprême, 1^{ère} éd., Tripoli, Libye, p. 52.

l'administration d'être l'un des contractants ; pour la seconde, le sujet du contrat doit être lié au service public ; quant à la troisième, les clauses que renferme un contrat administratif doivent être des clauses exceptionnelles, différentes de celles présentes dans les contrats de droit privé.

De ce fait, nous avons défini le contrat administratif aussi bien du point de vue de la France que de celui de la Libye à travers certaines législations et décrets déclarés à ce propos dans chacun des deux pays respectivement par le Conseil d'Etat français et la Cour suprême libyenne.

Les décrets promulgués par le Conseil d'Etat français et la Cour suprême libyenne convergent vers une même définition du contrat administratif en dépit d'un décalage historique entre les deux pays. Les causes de l'apparition de la jurisprudence administrative en France sont de sources historiques et politiques. Ce schéma n'est pas le même en Libye.

Nous allons étudier, dans le paragraphe suivant, la création du contrat administratif en France et en Libye.

Sous-section 2 : La création du contrat administratif

L'idée des contrats administratifs est récente, elle ne date que du XX^{ème} siècle malgré l'ancienneté de l'Etat français. Mais puisque la France est la source de la plupart des lois régissant le monde il est indispensable d'étudier, dans une première subdivision, la création du contrat administratif en France pour ensuite établir une étude comparative entre la France et la Libye. Et nous consacrerons une deuxième subdivision à la création du contrat administratif en Libye.

A : La création du contrat administratif en France

Le principe de séparation des pouvoirs, l'un des fruits de la Révolution française, a été salué par l'ensemble des pays. La tyrannie des Parlements, avant la Révolution et leur intervention injuste dans les affaires de l'administration forment les raisons de la naissance de l'idée du contrat administratif. Dès lors, s'est imposé la dualité de la jurisprudence c'est-à-dire la séparation entre les différends administratifs, où l'administration est impliquée, et les différends civils entre les individus. Les différends administratifs seront dès lors soumis au Conseil de l'Etat et aux conseils provinciaux spécialisés²⁶. Ce critère formel a été éliminé car il est incompatible avec la logique. C'est pour cela qu'on a dû soumettre certains différends impliquant l'administration à la magistrature normale. Il faut d'abord, pour identifier le différend administratif, prendre en considération l'objectif du travail. Si le travail vise un profit public, il sera considéré comme un travail administratif. Le différend portant sur ce travail sera considéré comme un différend administratif soumis, uniquement à des Cours administratives²⁷.

²⁶BADAOUÏ Saroit. Le fait du prince dans les contrats administratifs, Thèse, Paris, 1955, p. 12.

²⁷BERNARD P. Des contrats entre l'Etat et les particuliers, Thèse, Poitiers, 1951, p. 18.

Cependant, comme le critère portant sur l'objectif du travail manque de précision, on a dû recourir à un autre critère portant sur la distinction entre les tâches du pouvoir et celles de l'administration. Cette théorie s'est développée au XIX^{ème} siècle jusqu'à son élaboration définitive qu'on doit au juriste LAFERRIERE qui la présente ainsi dans son livre *Traité de la jurisprudence administrative*²⁸. Cette théorie était largement saluée par la jurisprudence et la magistrature au XX^{ème} siècle. Cependant, la législature n'a pas suivi la règle qui dit que les contrats conclus par l'administration en tant que personne normale relèvent des responsabilités de la jurisprudence normale. En fait, il ya des textes législateurs qui permettent aux Cours administratives de traiter les contrats passés par l'administration en négligeant le fait qu'elle ait agi en tant que personne normale ou selon le pouvoir public qu'elle a. La spécialité administrative était désignée par la loi. C'est ce que nous verrons ultérieurement.

Ainsi, les contrats administratifs n'étaient pas soumis à un seul juge. Certains relevaient des responsabilités de la jurisprudence administrative, d'autres sont restés soumis aux Cours normales. C'était alors, jusqu'au XX^{ème} siècle, une question de spécialité laquelle était désignée par le législateur. Ainsi, le contrat était considéré administratif lorsque le législateur, en vertu d'un texte de loi, attribuait ce contrat à des Cours administratives. C'est pour cela que cette période a été reconnue comme la période du contrat administratif déterminée par la loi.

Le Conseil d'Etat français a pris en considération plusieurs textes de loi pour décider d'attribuer à certains contrats de l'administration, le caractère ou la spécificité d'« administratifs ». Il s'est référé aux codes du 17 juillet 1790. Il n'était possible d'imposer une dette au trésor public que grâce à un décret accordé par l'Assemblée nationale. Puisque la loi du 26 septembre 1793 dit que les dettes de l'Etat doivent être payées selon une procédure administrative, le Conseil d'Etat français a décidé que la partie administrative est seule responsable de ce qui se rapporte à la dette de l'Etat. De ce fait, les contrats du crédit public sont, selon la loi, des contrats administratifs²⁹. Parmi les textes pris en considération par le Conseil d'Etat dans l'attribution du caractère administratif à un contrat donné, on peut citer la loi du 17 juin 1938 au sujet du contrat portant sur un travail public. Citons, de surcroît, l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse de la 8^{ème} année qui se prononce sur tous les différends occasionnés par les conseils provinciaux au moment où le sujet des travaux publics n'était pas attesté par la loi. La jurisprudence a dû alors identifier le concept des travaux publics. Il s'agit de tout contrat renfermant un élément des travaux publics. Par la suite, on a élargi le domaine de la spécialité des conseils provinciaux puisqu'ils étaient dès lors concernés par les contrats portant sur les travaux publics, les contrats d'adhésion à un projet public et les privilèges de la propriété de la rue³⁰. Dans l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse les travaux publics gérés par l'administration étaient considérés de la même manière que les travaux publics gérés par les organismes locaux. De ce fait, les contrats conclus par ces derniers relèvent de la spécialité de la jurisprudence administrative.

²⁸LAFERRIERE Edouard. *Traité de jurisprudence administrative*. 2^{ème} éd., 1896, p. 123.

²⁹GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Op.cit, p. 82.

³⁰BADAoui Saroit. *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, Op.cit, p. 13.

Le décret du 11 juin 1806 était parmi les textes législateurs fondamentaux qui étaient considérés par le Conseil d'Etat pour attribuer le caractère administratif aux contrats.

L'article 13 de ce décret affirme que le Conseil d'Etat est chargé de la responsabilité de la jurisprudence administrative qui consiste à statuer sur les différends liés aux contrats d'import, passés par l'administration. Ainsi, ces contrats ne relèvent plus de la responsabilité des Cours normales. Quant aux contrats administratifs conclus par les organismes locaux ils sont demeurés du ressort de ces Cours selon le principe de séparation entre les responsabilités du pouvoir et celles de l'administration normale.

On ne peut établir cette distinction que dans le cas où les organismes locaux sont considérés comme des personnes publiques dont les contrats sont soumis aux principes du droit privé.

En effet, les organismes locaux sont considérés comme des associations privées dirigeant des établissements privés et ne visent aucun profit public³¹. Cependant, ce point de vue doit être remis en question car les pouvoirs locaux sont des pouvoirs publics et leurs contrats doivent être soumis aux Cours spécialisées pour les contrats des pouvoirs centraux.

Certaines circonstances ont imposé aux organismes administratifs le fait de mentionner dans leurs contrats, des règles spécifiques différentes de celles reconnues dans les contrats de droit privé. Suivre ces règles dans le domaine des différends portant sur les contrats de l'administration, entre dès lors dans l'usage administratif. Ces règles étaient appliquées, petit à petit, par la jurisprudence administrative même si les contractants ne l'ont pas noté franchement. Les contrats passés par des établissements administratifs, des organismes locaux ou par le pouvoir central doivent être soumis à une seule loi et à des règles spécifiques communes même si on doit négliger certains textes de loi³².

De ce fait, la théorie de la séparation entre les responsabilités du pouvoir et celles de l'administration normale a abouti à des conséquences illogiques. Il était indispensable de trouver un autre fondement pour cette spécialité juridique. La jurisprudence a pris pour fondement l'idée de l'établissement public qui était considéré comme critère distinctif de la spécialité administrative au milieu du XIX^{ème} siècle dans le jugement prononcé par ROCHILD, le 6 décembre 1855, concernant le domaine des réclamations en responsabilité administrative non contractuelle. Par la suite, le critère de service public était définitivement confirmé dans le jugement prononcé par BLANCO à la Cour française des conflits judiciaires, le 8 février 1873³³.

Pourtant, le critère du service public ne fut pris en considération dans le domaine des contrats administratifs qu'au début du XX^{ème} siècle parce que la jurisprudence tenait à la théorie de la séparation des responsabilités entre le pouvoir et l'administration normale et n'attribuait le caractère « administratif » qu'aux contrats qui relevaient, selon la loi, de la

³¹GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, Op.cit., p. 82.

³²BADAOUI Saroit. Le fait du prince dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 14.

³³LEE Sunwoo, Etude sur le contrat administratif, contribution à une étude de droit comparé de la Corée et de la France, Thèse, Paris, 2005, p. 106.

spécialité de la jurisprudence administrative. Le fait de considérer le critère de service public dans le domaine des contrats a été reporté à la fin du XX^{ème} siècle car les lacunes de l'ancien critère n'étaient pas manifestes vu la multiplicité des textes législatifs qui décident la spécialisation de la jurisprudence en quelques contrats administratifs. Il était ainsi facile de frauder ces textes qui pouvaient par ailleurs renfermer les contrats les plus importants conclus par l'administration.

C'est grâce au jugement de TERRIER, prononcé le 6 février 1903 selon le décret du commissaire ROMIEU, que le Conseil d'Etat a pris en considération pour la première fois le critère de service public. Lors de ce jugement, le Conseil d'Etat français a décidé de considérer de la même manière les contrats du pouvoir central (l'Etat) et les contrats des organismes locaux.

A partir de ce moment-là, le Conseil d'Etat français a décidé de ne pas se référer aux textes législateurs pour qualifier un contrat d'« administratif » mais de se baser sur la nature du contrat. Donc, le contrat est « administratif » et relevant des responsabilités de la jurisprudence administrative s'il porte sur la gestion ou l'organisation d'un établissement public. La règle sera alors, comme le disait ROMIEU dans le rapport qu'il a rédigé à propos de ce jugement, tout ce qui se rapporte à l'organisation ou à la gestion d'un établissement public national ou local sera considéré comme administratif et relèvera des responsabilités de la jurisprudence administrative indépendamment du fait que l'administration a pris en charge une des responsabilités du pouvoir³⁴.

Depuis lors, on a renoncé à la théorie séparant les activités du pouvoir des activités de l'administration normale et on l'a remplacée par le concept du contrat administratif qui l'est par nature. D'autre part, ce qui distingue les contrats administratifs des contrats civils passés par l'administration est basé sur le rapport de ROMIEU ou l'absence de ce rapport à la gestion d'un établissement public indépendamment des textes de loi se rapportant à l'organisation des règles de la compétence juridique³⁵. Cependant, ce critère n'est pas suffisant -comme nous allons le voir ultérieurement - pour donner à un contrat la qualification « administrative » étant donné sa relation à un service public. Il faut, en plus, que l'administration ajoute à son propos la démarche de droit public car un contrat lié à un service public n'est pas obligatoirement un contrat administratif puisque l'administration peut faire un contrat selon la démarche du droit privé et se comporter avec les individus comme un individu normal et non pas en tant que personne publique. Dans ce cas, les conflits qui naîtraient entre l'administration et les autres individus peuvent être soumis à la jurisprudence normale et pas à la jurisprudence administrative.

³⁴CE 6 février 1903, conclusions ROMIEU, note HOURIOU, voir également Maurice HOURIOU, la jurisprudence administrative, T. 2, 1904, Dalloz, p. 447.

³⁵CE 31 juillet 1912, Société des granits des Vosges, conclusion Léon BLUM, Recueil Lebon, p. 909.

B : La création du contrat administratif en Libye

Après cet aperçu sur la création du contrat administratif en France, nous allons évoquer dans notre étude comparative, la création du contrat administratif en Libye où les conditions historiques, politiques et sociales de sa parution diffèrent.

Comme nous l'avons noté précédemment, les contrats ne sont pas soumis à un seul système juridique. Certains relèvent des contrats de droit privé et sont soumis au code du droit privé, d'autres, relèvent des contrats administratifs soumis au code du droit public. Il faut noter qu'il existe une différence fondamentale entre ces deux genres de contrats pour ce qui se rapporte aux privilèges et contraintes du traitement administratif. La théorie du contrat administratif est récente en Libye. Elle doit son apparition à l'expérience de la France dans ce domaine.

Le législateur libyen a noté, le 10 novembre 1953 dans la loi de la Cour suprême, que celle-ci est considérée comme un organisme de jurisprudence administrative spécialisée dans les différends concernant les contrats de concessions, les contrats de travaux publics et de fournitures qui s'établissent entre le gouvernement et un autre contractant au cas où ni le contrat ni la loi ne présente aucune opposition³⁶.

C'est le cas en France où il s'agit de deux parties juridiques indépendantes : une partie juridique normale et une partie juridique administrative. Le législateur libyen, quant à lui, a adopté le système de l'unicité de la jurisprudence où l'on trouve des départements de droit administratif. Le même législateur n'a pas adopté le système de la dualité de la jurisprudence comme au sein des Cours d'appel civiles, selon l'article 1 de la loi N° 88 de 1971, concernant la jurisprudence administrative. Le texte souligne qu'« il faut créer dans chaque Cour des Cours d'appel civiles, un ou plusieurs départements de jurisprudence administrative suite à l'autorisation du Conseil général de la Cour qui rassemble trois conseillers. Il suffit qu'un des membres du Parquet soit présent aux audiences de ces départements ». Ces départements forment les Cours de 1^{er} degré de la jurisprudence administrative. Les jugements qui en découlent seront transmis à la Cour suprême. Ces départements appliquent les règles de droit public à chaque fois que le différend porte sur un contrat administratif. Par ailleurs, le législateur libyen a adopté un système mixte régi par l'unicité de la jurisprudence et la dualité de la loi. Ce système rejoint alors, d'une part, le système anglo-saxon au niveau du principe de l'unicité de la jurisprudence vu l'absence des Cours administratives indépendantes des Cours civiles ; d'autre part, il rejoint le système français au niveau de la dualité de la loi puisque les départements de la jurisprudence administrative appliquent les règles de droit public sur les différends administratifs spécialisés. La jurisprudence a fini par dénommer ce système adopté par le législateur libyen « le système de l'unicité de la jurisprudence et la dualité de la loi »³⁷.

³⁶ALJUBRANI Khalifa, *La juridiction administrative libyenne et le contrôle des travaux de l'administration*, 1^{ère}éd. Benghazi, Libye, 2005, p. 234.

³⁷Ibid. p. 235.

En Libye, les contrats administratifs sont organisés dans des règlements, dont, en premier lieu, le règlement des appels d'offres publié le 4 avril 1964, qui règle les contrats des travaux publics, de fournitures et de transport, les contrats de vente et des choses jugées comme inutiles. Ce règlement a été annulé en 1973 par le décret N°79 publié par le Ministère du Trésor public à propos de la publication du règlement des appels d'offre en Libye qui a introduit plusieurs détails en rapport avec les méthodes d'échanges et de dépenses entre autres, sans évoquer une définition ou une identification exacte du contrat administratif. Ce décret a été suivi jusqu'à ce que le Comité général populaire (le Conseil des ministres, actuellement) ait publié en 1980 un règlement des contrats administratifs où il a présenté la définition du contrat administratif et de ses éléments. Il a également désigné certains contrats de construction de travaux publics, les contrats administratifs de fournitures, les contrats d'installation d'usines, les contrats d'entretien et d'embauche pour les projets des établissements publics, les contrats administratifs portant sur les installations industrielles et touristiques, les contrats de transport et en dernier lieu, les contrats sur les objets dont on décide de se débarrasser³⁸. Ces contrats ont été évoqués ultérieurement dans les décrets N° 813 publié en 1994 par le Comité général populaire, N° 263 publié en 2000 par le même Comité, N° 8 de 2004, N° 132 de 2005 et, enfin le décret N° 563 des contrats administratifs (actuellement appliqué) publié en 2007. Ce dernier règlement renferme une organisation définitive et complète de tous les contrats administratifs en Libye.

Une personne attentive à ce qui se passe en Libye peut remarquer l'abondance –surtout pendant ces dernières années- des règlements publiés par le Comité général populaire à propos des contrats administratifs. Tous les deux ans, on remarque la parution d'un nouveau règlement qui annule le précédent. Ce fait influence le processus contractuel en Libye car la nature de certains contrats administratifs exige, pour être appliquée sans aucun problème, la stabilité législative. Aussi, nous espérons que le législateur libyen évite, à l'avenir, cette abondance législative pour assurer la stabilité des processus contractuels de l'Etat libyen, d'autant que depuis les événements de 2011 les Libyens tentent de fonder un Etat paisible et stable sur tous les plans.

Ces règlements revêtent une force imposante dans la mesure où ils sont considérés comme l'une des sources de la légitimité administrative en Libye. Le juge doit les prendre en considération et appliquer les règles qu'ils renferment au cas des différends liés à un contrat administratif, puisque le législateur libyen n'a prononcé jusqu'à nos jours aucune loi sur la façon de conclure les contrats administratifs et les effets qui en découlent. Toutes les Cours libyenne sont appliqués et appliquent ces règlements, à chaque fois qu'il est question d'un différend concernant un contrat administratif. Pour sa part, la Cour suprême a appliqué ces règlements dans le cas des différends qui lui étaient soumis ; par exemple lors du jugement du 17 décembre 1994, elle s'est référée aux « articles 109-146 du règlement des contrats administratifs, et à l'article 29 du contrat N°23/75 entre la partie appelante et l'intimé, pour décider que la partie contractante a le droit de modifier le contrat par ajout ou par suppression dans les limites convenues dans le contrat sans que le contractant ait le droit de modifier les prix quand cela est possible alors que les faits du recours indiquent que les travaux

³⁸ ABD AL-HAMEED Muftha, CHLMANI Hamad, L'expiration des contrats administratifs, Op.cit, p. 6.

supplémentaires exécutés par l'intimé sur demande de l'appelant ne dépassent pas le taux de 25% convenu dans le contrat, ce qui implique que la demande d'augmentation des prix ne se justifie pas »³⁹.

Les décisions prononcées par la Cour suprême libyenne peuvent s'imposer à toutes les autres Cours qui lui sont inférieures selon l'article 31 de la loi N°6 de 1982 qui concerne la réorganisation de la Cour suprême et dicte que « tous les principes pris en compte par la Cour suprême dans ses jugements doivent s'imposer à toutes les autres Cours et aux établissements de la Libye ».

A travers l'étude de la loi de 1953 sur l'institution de la Cour suprême et la loi N°88 de 1971 portant sur la jurisprudence administrative, nous constatons que le législateur libyen a désigné, en vertu d'un texte de loi, certains contrats administratifs dont on peut citer : les contrats de concessions, les contrats de travaux publics et les contrats de fournitures. Ce qui précède était publié dans l'article 4 de la loi N°88 de 1971 sur la jurisprudence administrative qui dicte au département de la Cour administrative de « prendre en considération, lors des différends privés, les contrats de concessions, ceux des travaux publics et ceux des fournitures ». Or, la Cour suprême libyenne n'était pas satisfaite de cette désignation. Et si l'on se réfère au critère judiciaire adopté par la jurisprudence française, celle-ci exige certaines conditions pour qualifier un contrat d'« administratif ». Il faut que l'administration soit l'un des contractants, que le contrat administratif porte sur un service public et que ledit contrat renferme des conditions exceptionnelles étrangères aux contrats de droit privé. Toutes ces conditions seront développées dans la deuxième section de ce chapitre.

Après cette étude historique du concept des contrats administratifs en France et en Libye, nous notons que la France a de loin devancé la Libye en ce domaine. Il est à noter, aussi, que le législateur libyen s'est conformé à son homologue français dans le domaine des contrats administratifs surtout en ce qui concerne les conditions nécessaires pour qualifier un contrat d'« administratif ». Or, la différence entre les deux pays réside dans le fait que le législateur libyen-comme nous l'avons déjà évoqué- adopte le système de l'unicité de la jurisprudence et la dualité de la loi. En d'autres termes, il y a des Cours uniques en Libye, chargées des différends survenus entre les parties au conflit mais, il n'y a pas de jurisprudence administrative indépendante. Il existe des départements de jurisprudence administrative au sein des Cours d'appel civiles selon l'article 1 de la loi N°88 de 1971 à propos des règlements de la jurisprudence. En revanche, la loi française a compté sur le dualisme et la jurisprudence en instituant des Cours administratives privées et indépendantes, spécialisées dans les problèmes administratifs, loin des Cours normales et ce, dans le but de garantir l'indépendance de l'administratif par rapport aux Cours normales dans leur opposition aux particuliers.

³⁹Jugement émis par la Cour Suprême de Libye, 17 décembre 1994, appel N° 40/44, année judiciaire N° 30, Revue de la Cour Suprême, N°1, p. 112.

Nous espérons qu'après la révolution libyenne, le législateur suive l'exemple français et institue des Cours administratives privées et indépendantes des Cours normales et traite les différends administratifs en donnant à l'administration la position d'un des contractants. Cela pour bénéficier de l'expérience française dans ce domaine et rendre l'administration indépendante face aux particuliers.

Section 2 : les critères distinctifs du contrat administratif

Les contrats avec les particuliers passés par l'administration lors de la direction et la gestion des services publics, sont distincts. Ressortent ceux qui sont qualifiés d'« administratifs » où l'administration est considérée par la loi comme un pouvoir public jouissant des droits et privilèges dont la partie à laquelle elle est liée par un contrat ne peut pas jouir.

Il y a également, les contrats conclus par l'administration en tant que personne normale, c'est-à-dire les contrats où l'administration se situera au même rang que les individus. Ces contrats sont des contrats civils normaux qui ne peuvent pas être intégrés dans le domaine de la jurisprudence administrative ni ne peuvent être considérés comme des contrats administratifs bien que l'administration soit l'un des contractants. C'est pour cela qu'il est important de penser à établir un critère bien déterminé pour distinguer les contrats civils de l'administration, des contrats administratifs conclus par la même administration. De ce fait, il faut déterminer le système juridique responsable de ces contrats : soit, selon les règles de droit privé, soit selon celles de droit public. Il faut aussi désigner la partie juridique spécialisée dans les conflits issus de ces contrats. En fait, les contrats civils conclus par l'administration sont du ressort de la jurisprudence normale, alors que les contrats administratifs dépendent, eux, de la jurisprudence administrative. Donc, le législateur attribue le caractère administratif à tel ou tel contrat selon le texte de loi. Pour cela, nous allons étudier dans une première sous-section, le critère juridique du contrat administratif. A noter que parfois, la jurisprudence intervient pour combler les vides du texte législateur, en étudiant selon des conditions bien déterminées la nature juridique du contrat. Toutefois, la jurisprudence exige la présence de certaines conditions. Si ces conditions sont réunies, nous nous trouvons alors face à un contrat administratif. *A contrario*, si ces conditions ne sont pas disponibles, il ne s'agira que d'un contrat normal. Il s'avère ainsi nécessaire d'étudier, dans une deuxième sous-section, le critère juridique du contrat administratif.

Tout cela sera développé dans une étude comparative entre la loi française et la loi libyenne. Nous allons, aussi, évoquer les points de vue des jurisconsultes, les lois de la jurisprudence et les législations publiées à ce propos. Cette étude se déroulera comme suit :

Sous-section 1 : Le critère juridique du contrat administratif

Sous-section 2 : Le critère judiciaire du contrat administratif

Sous-section 1 : le critère juridique du contrat administratif

Selon ce critère, le législateur attribue le caractère administratif à certains contrats pour les faire figurer de façon explicite dans ses textes et charge la jurisprudence administrative des conflits qui découlent de ces contrats. D'aucuns⁴⁰ désignent ces contrats par l'appellation de « contrats administratifs déterminés par la loi ». Ce concept provient de l'intégration des différends liés à un des contrats dans le cadre de la jurisprudence administrative. De ce fait, comme nous l'avons fait dans la première section de cette étude, nous allons aborder le critère juridique suivant deux subdivisions. En premier lieu, nous traiterons le critère juridique du contrat administratif en France, à travers l'étude des lois principales évoquées par le législateur français dans le domaine des contrats administratifs.

En second lieu, nous développerons le critère juridique du contrat administratif en Libye, à travers les principales législations libyennes publiées à ce propos et en les comparant aux législations françaises afin de profiter de l'expérience de ces dernières, plus ancienne en ce domaine.

A. Le critère juridique du contrat administratif en France

Nous avons vu, lors de l'étude consacrée à la création des contrats administratifs en France, que la spécialisation de la jurisprudence administrative, quant à la résolution des conflits issus des contrats de l'administration, n'était pas publique au début. Seuls certains contrats ont été intégrés dans la spécialité des Comités provinciaux (Cours administratives, actuellement), ou dans la spécialité du Conseil d'Etat. Puis que ce dernier applique les règles du droit public, les contrats qui lui sont soumis sont considérés comme des contrats administratifs déterminés par la loi⁴¹. C'est ce qui a porté le législateur français à considérer les contrats des travaux publics, les contrats de vente des fonds immobiliers de l'Etat et les contrats de gestion de l'argent public⁴².

L'article 4 du décret du 28 Pluviôse parle de la spécialisation des Comités provinciaux dans les conflits qui peuvent naître entre l'entrepreneur de travaux publics et l'administration, et de leur rapport avec l'application des règles du contrat qui les engage. De ce fait, tous les conflits produits dans le cadre des travaux publics sont du ressort des Comités provinciaux.

Or, le sujet des travaux publics n'était pas résolu par la loi. Donc, la jurisprudence a dû intervenir pour déterminer ce qui relève des travaux publics⁴³.

Parmi les contrats cités par le législateur français dans un décret privé où la spécialité juridique liée à ces contrats était confié au Conseil d'Etat français, on peut citer les contrats de fournitures, mentionnés dans le décret du 11 juin 1806. L'article 13 de ce décret a noté que le Conseil d'Etat représente la jurisprudence administrative et doit résoudre les conflits liés aux

⁴⁰YOLKA Philippe, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 2013, p. 47.

⁴¹MAURIN André, Droit administratif, 9^{ème} éd, S., 2014, p 82.

⁴²RICCI Jean-Claude. Droit administratif général. 2^{ème} éd., Hachette, Paris, 2006, p. 213.

⁴³BADAoui Saroit, Le fait du prince dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 13.

contrats de fournitures passés par l'administration. La loi liée aux contrats d'emprunt public a été promulguée le 17 juin 1790 et la loi publiée le 26 septembre 1793 a intégré le règlement des conflits nés autour des contrats d'emprunt public conclus par l'Etat concernant les tâches du Conseil d'Etat. Le législateur français a noté que les contrats qui renferment une implication au domaine public font partie des contrats administratifs déterminés par la loi, selon le décret publié le 17 juin 1938 qui souligne la spécialisation du juge administratif dans les conflits portant sur l'application des contrats administratifs et qui intègrent une implication au domaine public⁴⁴.

Dans la récente législation, à travers le décret publié le 7 mars 2001 et appliqué le 8 septembre de la même année⁴⁵, et celui publié le 7 janvier 2004 à propos des contrats publics, le législateur français considère que les contrats administratifs sont des contrats désignés par la loi. Dans le cadre de la jurisprudence, le Conseil d'Etat français a noté, dans le décret publié le 6 décembre 2002, que les textes de loi déterminent la nature juridique de tous les contrats que les personnes publiques peuvent conclure. De surcroît, on peut manipuler, selon les normes jurisprudentielles et judiciaires, les critères judiciaires et légaux des contrats conclus par ces personnes avec leurs contractants⁴⁶.

Nous pouvons donc déduire que, grâce à ce critère, il sera facile de distinguer les contrats administratifs des contrats civils en recourant au texte de loi qui est une source confirmée. Cependant, la jurisprudence administrative va intervenir en attribuant à certains contrats non cités par le législateur, le caractère administratif parce qu'il était difficile de citer tous les contrats administratifs dans des textes législateurs. Nous allons développer dans notre étude la norme judiciaire du contrat administratif. Malgré l'évidence de la distinction établie par le législateur français entre les contrats administratifs et les contrats civils certains juristes ont voulu présenter leur point de vue à ce propos, surtout parce qu'il ya des éléments et des fondements communs entre les deux contrats tels que consentement, cause et lieu, parmi d'autres constituants. Deux courants de pensée se sont formés concernant l'indépendance de la théorie du contrat administratif : le professeur DUGUIT était le chef de file du premier courant. Il pensait qu'il n'ya pas de différence fondamentale entre le contrat administratif et le contrat civil puisque les deux présentent les mêmes constituants fondamentaux. Aussi, il n'y a aucune distinction entre les contrats administratifs et les contrats établis entre les particuliers. La différence réside seulement au niveau de la spécialité judiciaire.

Les conflits liés à des contrats administratifs par l'administration en tant que pouvoir public, en vue de gérer et de diriger un service public, seront soumis à la jurisprudence administrative⁴⁷.

Les précurseurs du second courant, les professeurs JEZE⁴⁸ et DELAUBADERE⁴⁹ s'opposent au chef de file du premier courant. Ils trouvent que le système judiciaire de la

⁴⁴LEE Sunwoo, Etude sur le contrat administratif, thèse, Op.cit. p. 110.

⁴⁵CHAPUS René, Droit administratif général, T. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1185.

⁴⁶CE 6 décembre 2002, Revue de droit administratif, Paris, 2003, p. 291.

⁴⁷DUGUIT Léon, Traité de droit constitutionnel, Op.cit. p. 44.

jurisprudence administrative est un système privé et indépendant du système de droit privé eu égard à la différence qui réside entre les deux systèmes au niveau des sources légales fondamentales. De plus, les contrats administratifs se détachent des contrats de droit privé au niveau du système des différends et des règles fondamentales. Cette distinction est conditionnée par l'intérêt général vers lequel tendent les contrats administratifs. En étudiant les deux courants, nous ne pouvons que nous abstenir d'adhérer au premier, bien qu'il présente une certaine vérité, laquelle est la présence de plusieurs points communs entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé. Or, cette concordance ne peut occulter l'existence d'un système légal particulier gérant le contrat administratif. Ce système légal s'oppose à l'idée qui ne fait pas la distinction entre les contrats conclus entre les particuliers et l'administration parce que cette dernière, en qualité de responsable de la gestion des services publics doit jouir des droits et prérogatives dont aucun autre contrat ne peut bénéficier.

C'est ce qui se rapporte au critère juridique du contrat administratif en France. Nous avons étudié certaines législations qui ont désigné quelques contrats d'administration tels que le contrat de travaux publics présenté par le législateur français dans l'article 1 du décret publié le 7 juin 2004 à propos des contrats généraux considérés comme des contrats portant sur la réalisation de tout ce qui se rapporte à l'architecture et l'ingénierie, pour répondre à la demande de la personne publique à la tête d'un travail. Parmi les contrats cités par le législateur on trouve également les contrats de l'État pour la vente de biens et les contrats de gestion de l'argent public⁵⁰.

B. Le critère juridique du contrat administratif en Libye

Nous pouvons dire que le législateur libyen a édicté des contrats spécifiques qu'il a considérés comme « administratifs » en vertu d'un texte de loi. Malgré le côté récent de la loi libyenne, le texte est entré en vigueur selon deux étapes : la première est celle qui a précédé la loi N°88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative ; quant à la deuxième, elle a suivi cette loi. Dans la première étape, la Cour suprême assurait la fonction de Cour d'appel dans les affaires non administratives en vertu de la loi de sa création promulguée le 10 novembre 1953 et qui stipule dans l'article 24 que « La Cour de droit administratif statue dans les conflits en rapport avec les contrats de concession, ceux des travaux publics et les contrats de fournitures qui s'établissent entre le gouvernement et l'autre partie du contrat, sauf si le contrat ou la loi stipulent une différence ».

En vertu de ce texte, le législateur libyen a légué la tâche de statuer sur les conflits qui surviennent à propos des trois contrats administratifs cités, à la Cour suprême puisqu'elle représente la Cour de droit administratif et ce, si le texte expresse pour la partie qui a à charge de statuer sur les conflits qui en découlent ou si le texte ne précise pas une partie, autre que la Cour suprême qui s'en charge étant donné qu'il est permis à la loi ou au texte de déroger à

⁴⁸ JEZE Gaston, Principes généraux du droit administratif, T. 3, Dalloz, Paris, 1934, p. 299.

⁴⁹ DE LAUBADERE André, Traité élémentaire du droit administratif, 6^{ème} éd., LGDJ, Paris, p. 999.

⁵⁰ VELLEJ Serge. Droit administratif, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 84.

cette tâche en énonçant le choix d'une autre partie pour statuer sur le conflit à la place de la Cour suprême⁵¹.

En conséquence, le législateur libyen aura établi des contrats précis qu'il a considérés comme des contrats administratifs en vertu d'un texte de loi et qui sont des contrats de concession, des contrats de travaux publics, ou des contrats de fournitures. Vu l'importance des trois contrats, nous allons les définir comme suit, ainsi que l'édictent la loi, la justice et la jurisprudence:

1) Le contrat de concession. L'article 667 du code civil libyen définit ainsi le contrat de concession : « contrat dont le but est de diriger un service public ayant une spécificité économique entre une ou plusieurs personnes publiques et un individu ou une Société qui exploitera ce service pendant un temps déterminé ».

2) Le contrat de travaux publics. La Cour suprême libyenne a défini ce contrat après l'édition du verdict du 26 janvier 1983 comme étant un « contrat d'entreprise entre une ou des personnes publiques et un individu ou une Société, en vertu duquel l'entrepreneur s'engage à réaliser une construction, une restauration ou une maintenance dans un établissement au profit de la personne morale contre un prix fixé dans le contrat »⁵².

3) Le contrat de fournitures. Il s'agit d'« un accord entre une personne morale de la loi de Droit public et un individu ou une Société qui s'engagent, en vertu de cet accord, à importer une matière transportable nécessaire à un établissement contre une somme fixée dans le contrat »⁵³.

En conséquence, on peut conclure que le législateur libyen, à ses débuts, a suivi les pas de son homologue français en édictant des contrats précis qu'il considère comme des contrats administratifs par détermination de la loi. Ceci concerne la première étape qui a précédé la loi N°88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative, tandis que durant la seconde étape qui a suivi la promulgation de cette loi et ce, aussitôt après sa parution, des départements de jurisprudence administrative ont été créés au sein des Cours d'appel civiles, en tant que Cours de premier degré dans la jurisprudence administrative.

Leur appel se fait devant la Cour suprême réglant les conflits qui débouchent des contrats administratifs. Cette loi a cité des contrats précis dans son article 4 qui stipule que « le département de jurisprudence administrative doit statuer sur les conflits spéciaux avec des contrats de concession, de travaux publics et de fournitures ».

Il est clair que le législateur libyen n'a pas changé la voie qu'il a déjà empruntée dans la loi de la création de la Cour suprême, concernant la spécificité de la jurisprudence administrative dans le domaine des conflits des contrats administratifs puisque cette

⁵¹ABDELHAMID Muftah. Achèvement du contrat administratif dans la législation libyenne, Alexandrie, Egypte, 2007, p. 47

⁵² Cour suprême libyenne, 26 janvier 1983, investiture administrative N° 24/28, Revue de la Cour suprême, N° 4, p. 36.

⁵³CHALMANI Hamad, Les privilèges du pouvoir général dans le contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2007, p. 29

spécificité se limite toujours à trois contrats qu'elle a exclusivement précisés et qui sont les contrats de concession, de travaux publics et de fournitures. Ainsi cette loi n'a rien de nouveau par rapport à celle qui la précède sauf en ce concerne les degrés d'actions en justice qui avaient selon la loi de la création de la Cour suprême promulguée le 10 novembre 1953, un premier degré, à savoir entamer une action en justice devant la Cour suprême lorsqu'il y a un conflit concernant un contrat administratif et un second degré comme Cour de première instance. Après la loi administrative N°88 de 1977, les degrés d'action en justice ont augmenté d'un autre degré puisque les deux parties du contrat peuvent aller devant les départements de droit administratif, dans les Cours d'appel civiles de deuxième degré. Pour ce qui est du texte sur les contrats administratifs, rien n'a été mentionné à propos de nouveaux contrats, mais ce texte a confirmé les trois contrats cités dans la loi précédente.

Dans une autre démarche le législateur libyen a élargi la liste des contrats administratifs déterminés par le texte en promulguant les règles des contrats administratifs. La première règle fut celle de 1980 dont l'article 1 a déterminé la limite de sa validité en disant: « les jugements de ces règlements intérieurs sont applicables aux contrats de travaux publics, de fournitures, de transports et autres contrats administratifs passés par le Comité populaire, les Comités populaires généraux spécifiques et les Comités populaires dans les communes et d'autres arrondissements administratifs, de même qu'ils sont applicables aux contrats conclus par les organismes et les institutions générales et d'autres tels que les unités administratives autosuffisantes et ce, à propos de tout ce qui n'est pas spécifié dans un texte de loi concernant les règles observées dans ces arrondissements par le Comité populaire général » ; après quoi, vont se succéder les promulgations de règles des contrats administratifs en Libye pour en arriver à la règle des contrats administratifs en vigueur actuellement, édictée par le Comité populaire général (le Conseil des ministres) dans sa décision N° 563 de 2007, et qui indique à son tour la limite de sa validité dans son deuxième article : les jugements de ces règles « s'appliquent sur les contrats administratifs conclus par les régions et les unités administratives et aussi sur les contrats conclus pour réaliser les projets de développement financés par la trésorerie publique.

En vue de l'intérêt général, il est possible au Comité populaire général de faire exception et de ne pas appliquer les lois de ces règles sur certaines régions ».

Ce règlement a, également dans son troisième article défini le contrat administratif. Il est à remarquer que cette définition s'applique à d'autres contrats hormis ceux des concessions, des travaux publics et des fournitures cités dans la création de la Cour suprême et la loi N°88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative puisque cet article a ajouté à cette règle - complétant les précédentes - les contrats de maintenance et d'emploi pour les projets et les services publics, les contrats administratifs de tous types pour les services publics et les entreprises industrielles ou autres, comme il a ajouté les contrats de vente de produits qu'on a décidé de supprimer, les contrats d'occupation de bureaux de consultations et les contrats d'exécution des projets non financés par la trésorerie générale.

Le législateur libyen, de ce fait, et à travers les lois qu'il a édictées au sujet des contrats administratifs, à commencer par la loi de la création de la Cour suprême en 1953,

passant par la loi au sujet de la juridiction administrative N°88 de 1971, pour arriver aux règlements administratifs des contrats de ce type successifs qu'il a promulgués en 2007, on peut dire que ce législateur a déterminé des contrats en les considérant comme administratifs par détermination de la loi et ce, en laissant l'objet du contrat au ressort de la juridiction administrative.

Malgré tout, la Cour suprême libyenne ne s'est pas restreinte à cette précision quand elle a décidé au sujet de certains de ses jugements que le critère du contrat administratif est sa relation avec l'un des services publics et qu'il doit répondre à des conditions inhabituelles par rapport aux contrats du droit privé ; et parmi ces jugements on peut citer celui du 20 juillet 1970 puisqu'il considère le contrat de transport des pèlerins comme un contrat administratif dans la mesure où il comporte des conditions exceptionnelles imposées par l'administration pour assurer la tranquillité et la sécurité des pèlerins. En conséquence, c'est le département de la juridiction administrative au sein de la Cour suprême qui doit se pencher sur ce contrat⁵⁴.

Un juriste libyen estime qu'il aurait mieux valu pour le législateur de ne pas restreindre la compétence de la juridiction administrative à quelques contrats précis et limités mais, que ledit législateur aurait dû plutôt élargir cette compétence pour englober tout contrat administratif de même nature selon les spécificités des contrats administratifs et non par détermination de la loi⁵⁵.

En observant les lois promulguées par le législateur français et le législateur libyen en ce concerne les contrats administratifs selon détermination de la loi, on remarque qu'ils étaient d'accord pour déterminer la loi qui octroie au contrat la qualité d'« administratif » et ce, en faisant que sa spécialisation de juridiction administrative soit fixée dans le contrat.

La loi française ces dernières années, surtout après la promulgation du décret N° 15 de janvier 2004 concernant les marchés publics, penche plutôt vers le critère juridique des contrats administratifs en les limitant par des textes précis et en confiant leur spécialisation à la juridiction administrative. Les contrats administratifs en France, dans leur majorité, sont devenus des contrats administratifs par détermination de la loi et ce, pour éviter les contradictions dans l'adaptation des contrats administratifs, pour unifier leurs systèmes légaux et pour essayer d'empêcher la juridiction de fixer les critères du contrat administratif, mais—comme nous le verrons ultérieurement— dans la pratique, il est difficile d'adapter les contrats administratifs à ce critère.

Par contre, la loi libyenne, comme on l'a dit, a signalé dans les textes de loi, des contrats bien spécifiques qu'elle considère comme contrats administratifs déterminés par la loi, par conséquent la jurisprudence ne peut pas agir contre ces contrats. Hormis ces derniers, en ce qui concerne les autres, la jurisprudence peut intervenir pour combler les lacunes de la loi. Ainsi, le droit libyen tend vers la direction judiciaire ; nous traiterons ce point plus avant.

⁵⁴ Jugement de la Cour suprême libyenne, promulgué le 20 juin 1970, Op.cit. p. 52

⁵⁵ALJABRANI Khalifa, La juridiction administrative libyenne et le contrôle des travaux de l'administration. Op.cit. p. 232.

Cette limitation par la loi, des contrats administratifs s'est confrontée à plusieurs critiques en raison du fait que la nature de quelques contrats ne convient pas à l'adaptation qu'en donne le législateur ; en revanche, si cette adaptation convient à la nature du contrat et à son contenu, la limitation du législateur devient probante et en harmonie avec la pratique ⁵⁶.

Il est obligatoire pour le législateur, en adaptant un comportement administratif, de prendre en considération la conjoncture dans laquelle s'est faite l'adaptation, les circonstances qui ont amené à ce comportement, son but et autre circonstance qui l'entourent pour donner à ce contrat l'adaptation légale adéquate.

Parmi les critiques adressées au critère juridique, il en est une se rapportant au fait qu'il soustrait quelques contrats administratifs à la responsabilité de la juridiction administrative en dépit de leur nature administrative et ce, uniquement parce que le législateur ne les a pas franchement cités dans les textes de loi.

Face à ces critiques, la juridiction administrative s'est attachée à combler les lacunes de la législation et ce, en donnant une définition large aux contrats administratifs et en imposant son contrôle - comme on le verra ultérieurement- sur des contrats administratifs qui ne pouvaient être contrôlés s'ils s'étaient engagés à suivre le texte à la lettre et la définition limitée des contrats administratifs cités dans les textes de la législation.

Ainsi, tout ce qui précède sera le point de départ de l'étude du critère judiciaire des contrats administratifs pour connaître les conditions sur lesquelles la juridiction s'est basée pour déterminer les contrats administratifs et ce qui les différencie des autres contrats ; cela sera étudié en détail dans la sous-section 2.

Sous-section 2 : Le critère judiciaire du contrat administratif

Les jugements de la juridiction administrative ont participé à fixer les règles théoriques du contrat administratif dans ce qu'il comporte de principes légaux en harmonie avec la nature du rôle constructeur de cette juridiction dans le domaine du droit administratif ; grâce à la juridiction française et spécialement au Conseil d'Etat, le contrat administratif a évolué pour devenir ce qu'il est actuellement surtout en ce qui concerne ses critères distinctifs. Le rôle du Conseil d'Etat et celui du Tribunal des conflits est probant dans l'amélioration du contrat administratif pour rendre ce dernier en harmonie avec les évolutions sociales, économiques et juridiques.

La juridiction libyenne se conforme à son homologue français dans ce domaine en dépit du manque d'expérience de la première face à la seconde parce que la justice libyenne n'en est qu'à ses débuts et un laps de temps assez conséquent sépare les deux. En outre, il n'y a pas de juridiction administrative indépendante à proprement parler en Libye, toutefois les jugements des juridictions administratives libyennes ont contribué d'une manière efficace à

⁵⁶ RADHI Mazen. Rôle des conditions exceptionnelles dans la différenciation du contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2002, p. 36

l'évolution du critère du contrat administratif et à la création d'une théorie générale des contrats administratifs en Libye.

Il apparaît que les juridictions administratives, en France comme en Libye, sont d'accord sur des conditions qui une fois réunies font que le contrat est considéré comme administratif sans passer par un texte de loi émis par le législateur. La juridiction s'est penchée sur ces conditions à travers les lois, notamment en vertu de l'arrêt du Conseil d'Etat français qui a défini les contrats administratifs comme étant des contrats conclus avec une personne morale générale dirigeant un service public et là apparaît l'intention de l'administration de s'en tenir aux lois du droit public en indiquant dans lesdits contrats des conditions inhabituelles dans le droit privé⁵⁷.

La juridiction administrative libyenne s'est calquée sur la française et a posé des conditions du contrat administratif analogues à celles figurant dans la définition du Conseil d'Etat français qui a mis un critère général applicable pour connaître si le contrat est administratif ou pas. Ainsi la Cour suprême libyenne a décidé dans son jugement promulgué le 13 novembre 1983 que « la compétence de la juridiction administrative pour trancher les conflits se rapportant aux contrats de fournitures, stipule que ces contrats doivent répondre aux ordonnances du législateur énoncées dans l'article 4 de la loi N° 88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative pour être considérés comme contrats administratifs, cela veut dire que l'un des contractants à ce contrat doit être une personne morale et en relation avec un service public, et que l'intention de l'administration doit tendre par ce contrat, à suivre le ton du droit public.

Si manque l'une des trois spécificités qui caractérisent les contrats administratifs, cela annule sa nature de contrat administratif de fournitures et exclut le conflit de la compétence de la juridiction administrative »⁵⁸.

De ce fait, et à travers les arrêts du Conseil d'Etat français et des jugements de la juridiction administrative libyenne, on peut résumer les conditions essentielles des contrats d'administration comme suit :

- Que l'un des contractants appartienne à l'administration publique
- Que le contrat se rapporte à un service public
- Que le contrat émane de l'administration en tant que pouvoir public et ce, en faisant inclure dans le contrat des conditions exceptionnelles, inhabituelles dans les contrats de droit privé.

Quand toutes ces conditions sont réunies on peut alors dire qu'on est face à un contrat administratif selon le critère judiciaire et cela va nous mener, dans cette sous-section, à analyser dans le détail ces conditions suivant les trois points ci-après :

⁵⁷ CE du 19 mai 1963, Op.cit. p.289

⁵⁸Jugement de la Cour suprême libyenne, promulgué le 13 novembre 1983, invective administrative N°16/27, année judiciaire N° 21, Revue de la Cour suprême. 1^{ère} éd., 1984. p.35

A. Que l'un des contractants appartienne à l'administration publique

Le principe général, qu'un jurisconsulte et que la juridiction ont confirmé, est que l'un des contractants de ce contrat soit une personne du droit public⁵⁹. De ce fait, le contrat où l'un des contractants n'est pas une personne du droit public ne peut être considéré, en aucun cas, comme un contrat administratif. Et dans un souci d'équilibre, le second contractant au contrat doit être une personne morale publique ou privée et ce dernier point est une condition *sine qua non* immuable et obligatoire pour conférer la qualité d'« administratif » au contrat. En vertu de quoi, le contrat passé entre deux personnes du droit privé est un contrat civil qui est du ressort de la juridiction civile quel que soit son contenu, et l'Etat représente les personnes morales à travers les individus qui œuvrent dans les départements, les villes et les campagnes⁶⁰.

Mais il faut savoir que les contrats que conclut l'administration ne sont pas tous des contrats administratifs car la seule présence de l'administration ne confère pas la qualité d'« administratif » au contrat, si les deux autres conditions citées par la loi ne lui sont pas assorties, c'est-à-dire que le contrat doit être en rapport avec un service public et qu'il doit comporter des conditions exceptionnelles non usitées dans les contrats du droit privé.

Le Conseil d'Etat français a décidé, le 21 juillet 1972, que dans l'objet du conflit qui lui a été conféré quant à l'application de contrats passés selon le droit privé entre une entreprise d'économie mixte et une société de contribution, ces contrats ne sont pas soumis à la juridiction administrative⁶¹.

La Cour suprême libyenne a suivi la même voie que le Conseil d'Etat français à ce sujet dans son jugement rendu le 28 novembre 2004 quand elle a jugé que « l'une des conditions du contrat administratif, quel que soit son type, est qu'il soit établi au nom d'une personne de droit public et puisque le contrat, sujet du conflit en question, ne réunit pas cette condition car il était au nom de la Société Libya Arabian Airlines, laquelle n'est pas une personne de droit public selon la loi de sa création N° 5 de 1975, il n'entre pas de ce fait dans le cadre du contrat administratif et sort de la compétence de la juridiction administrative et ses spécificités ne sont pas prises en compte pour régler le conflit puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat administratif »⁶².

Le Conseil d'Etat français a insisté dans son arrêt promulgué le 11 mai 1990 pour que le contrat conclu entre deux personnes publiques puisse prendre la qualité administrative⁶³.

Cela va exclure les contrats de droit privé même s'ils réalisent un intérêt général ; toutefois des exceptions sont possibles, dans des cas précis analogues aux contrats passé au

⁵⁹PEISER Gustave, Droit administratif général, 26^{ème} éd, Dalloz, 2014, p 82.

⁶⁰DUPUIS Georges, GUEDON Marie-Josée, CHRETIEN Patrice, Droit administratif, 6^{ème} éd., 1998, p. 387.

⁶¹CE 21 juillet 1972, Entreprise Sociale Sud, Recueil Lebon, p.562

⁶²Jugement de la Cour suprême libyenne promulgué le 28 novembre 2004, invective administrative N°19 de 1^{ère} année judiciaire 48, jugement non publié.

⁶³ CE 11 mai 1990, Cf. ROUAULT Marie-Christine, Droit administratif, Gualino, Paris, 2005. p. 310

nom de l'administration et pour son compte, la juridiction administrative française a jugé que les contrats conclus entre des personnes de droit privé sont considérés comme « administratifs » s'il apparaît que l'un des contractants a conclu le contrat au nom de l'administration et à son compte et si les autres conditions sont réunies comme le fait que le contrat soit en rapport avec un service public et qu'il comprenne des conditions exceptionnelles ; c'est dans cet esprit que le Tribunal français de conflits a mené l'une de ses actions en justice en rapport avec un contrat passé par une des entreprises économiques mixtes engagée pour des travaux publics avec l'entreprise PEYROT et qui n'avait pas réuni la condition que l'administration soit l'un des contractants. Le jugement disait que la construction de routes publiques entre dans la catégorie de « travaux publics » et appartient de ce fait à l'Etat ; le contrat est réalisé traditionnellement par l'exploitation directe alors que les contrats conclus par le responsable des travaux en vue de les réaliser se soumettent aux règles de droit public et par conséquent, il en sera de même pour les contrats conclus par le responsable des travaux pour construire des autoroutes comme cela est spécifié dans la loi du 18 avril 1955 qui a légiféré sur un système concernant les autoroutes sans qu'il y ait lieu de spécifier une quelconque différence entre elles, qu'elles soient réalisées normalement, directement par l'Etat, ou exceptionnellement par quelqu'un qui s'engage à gérer ce cas au profit de l'Etat qu'il s'agisse d'une personne morale, de personnes du droit public ou d'une entreprise économique mixte en dépit de la qualité de personne privée qui caractérise cette entreprise ; quelles que soient les modes de construction des autoroutes, les contrats passés avec les entrepreneurs par le biais de l'administration ont la nature de travaux publics⁶⁴.

L'avis du Tribunal des conflits voit que la décision de l'administration, lorsqu'elle s'engage à construire une autoroute par le biais d'un entrepreneur, même s'il s'agit d'une personne de droit privé, n'a pas d'incidence sur la nature du contrat administratif lorsque l'un des contractants est une entreprise économique mixte⁶⁵.

Mais le professeur WALINE pense que considérer ce contrat comme un contrat administratif a pour fondement l'intérêt général lié à l'exécution parfaite des travaux publics qui exige que ceux-ci soient réalisés selon le système des contrats de travaux publics⁶⁶.

Pourtant nous avons la certitude que le Tribunal des conflits quand il a proposé de considérer ces contrats en qualité de travaux publics, cela revient à des considérations spéciales, concernant l'importance de ces travaux réalisés et à travers lesquels la Cour a voulu permettre à celui qui s'y est engagé de profiter de certains privilèges nécessaires à une réalisation optimale, objet même du contrat de ces travaux que l'administration gère habituellement.

Le Tribunal des conflits a également confirmé la même direction que celle suivie pour l'affaire PEYROT menée suivant un jugement promulgué le 12 novembre 1984 au sujet d'une société d'économie mixte pour l'exécution du tunnel Sainte-Marie contre la société TUNNEX

⁶⁴TC 8 juillet 1963. Entreprise Peyrot, RDP, 1963, p. 787.

⁶⁵LACHAUME Jean-François, A la recherche de critère du contrat administratif, 1971, p. 18.

⁶⁶WALINE Marcel, Précis de droit administratif, Paris, 1970, p. 192-193.

et où il a affirmé ce qui est annoncé dans l'affaire PEYROT et qu'il s'est basé sur les mêmes considérations⁶⁷.

D'un autre côté, le Tribunal français des conflits a décrété dans son jugement du 17 décembre 2001 que l'association qui ne gère ses affaires ni au nom ni pour le compte du pouvoir administratif, même si son projet relève du domaine public, est considérée comme personne de droit privé et pour cela ses contrats sont estimés contrats normaux et non contrats administratifs⁶⁸.

Le Conseil d'Etat français s'est également décidé, dans son arrêt du 3 avril 1998, pour privilégier la gestion de la personne morale sur un fait réel, à savoir que ladite personne dans le cadre d'accords conclus à ce sujet avec le gouvernement, a été chargée de missions et d'opérations dont celle de l'application du décret du Conseil de la CEE, et dans le cadre de cette mission la personne morale privée aurait agi pour le compte de l'Etat⁶⁹.

Le législateur français a bien signalé dans l'article 2 du décret de janvier 2004 sur les marchés publics, la possibilité de leur passation par un intermédiaire mandaté par les personnes publiques sans pour autant préciser l'identité du procureur, ce qui ouvre la possibilité de conclure des contrats sous procuration, soit entre les personnes publiques, soit entre les personnes privées⁷⁰.

Plusieurs conditions sont posées par le législateur français et que doit réunir la personne privée qui passe un contrat avec l'administration ; cela est prévu dans la loi sur les marchés publics de 2004, précisément dans les articles 44 et 45 de cette loi. L'article 44 énonce qu'il est interdit aux personnes normales ou morales en état de liquidation judiciaire de conclure ce type de contrat, de même pour les personnes qui ont fait faillite, situation que l'on trouve analogue dans une loi étrangère⁷¹.

Quant à l'article 45, il stipule que pour être candidat au contrat administratif il faut réunir les conditions suivantes :

- 1) Des attestations permettant de mesurer ses aptitudes professionnelles, techniques et financières et dont la liste est fixée par un arrêté du ministre compétent.
- 2) Une copie des jugements lorsque le candidat est en état de redressement judiciaire.
- 3) Une déclaration par laquelle il atteste qu'il n'est pas interdit de concourir pour l'obtention d'un marché public.
- 4) Une déclaration par laquelle il atteste qu'il est en règle sur le plan de ses obligations fiscales et sociales, accompagnée d'une attestation établie par les administrations et

⁶⁷TC 21 novembre 1984, Tunnel du Saint Marie, Recueil Lebon, p. 156.

⁶⁸TC 17 décembre 2001, Recueil Lebon, p.763.

⁶⁹CE 3 avril 1988, Compagnie de garantie, RFDA, Paris, 2002, p.1349.

⁷⁰Décret du 7 janvier 2004, article 2, Code administratif, éd. 2006.

⁷¹ Les personnes normales ou morales doivent apporter la preuve qu'elles sont aptes à entrer dans un contrat administratif, en justifiant la poursuite de leurs activités au cours de la période d'exécution du contrat. Cf. Code administratif, éd. 2006, p. 2227.

organismes compétents, un arrêté du ministre compétent étant pris pour fixer la liste de ces administrations et organismes ainsi que la liste des impôts et cotisations qui peuvent donner lieu à la production d'attestations.

5) Une attestation indiquant que le candidat n'a pas fait l'objet dans les cinq ans qui précèdent la conclusion du marché de condamnations pénales portées au casier judiciaire.

Le juriste Charles DEBBASCH voit que les contrats conclus entre les personnes publiques, quoiqu'éventuels, sont des contrats administratifs. Toutefois cette règle présente des exceptions. Lorsque le contrat passé entre des personnes publiques n'offre aux contractants que des droits spéciaux, ledit contrat est considéré comme un contrat privé. A la lumière de tout cela, les contrats passés entre une personne publique et un service industriel ou commercial sont logiquement soumis aux lois du droit privé et c'est le Code civil qui statuera sur leurs conflits⁷².

En réalité, et eu égard à ce qui a été étudié, c'est la juridiction administrative et non la juridiction normale à qui incombera la tâche de statuer sur les conflits qui se rapportent aux contrats administratifs, et de trancher ; c'est ce qu'a affirmé le Conseil d'Etat français dans l'une de ses lois, à savoir la loi MURCEF du 11 décembre 2001, promulguée pour unifier les conflits des adjudications publiques et soumis à la compétence du juge administratif⁷³.

Après cette étude exhaustive de l'aspect administratif du droit français et de la présence obligatoire de l'administration comme contractant essentiel dans le contrat administratif et ce, en insistant sur les jugements judiciaires et les législations émises en France, il serait nécessaire de donner une idée générale, même brève, de l'aspect administratif de la loi libyenne ainsi que de la présence de l'administration comme contractant essentiel du contrat administratif.

Dans le domaine de la détermination de la partie administrative comme contractant du contrat administratif, l'article 2 du règlement N°563 de 2007 des contrats administratifs libyens encore en vigueur stipule : « les jugements de ce règlement s'appliquent aux contrats administratifs conclus par les régions et les unités administratives et également à tous les contrats conclus pour exécuter les projets de développement financés par le budget public quel que soit le contractant ».

En d'autres termes, le législateur libyen, dans ce règlement, a ajouté les personnes qui ne jouissent pas du caractère juridique en leur donnant le droit de conclure des contrats administratifs après que la juridiction administrative les en a privés en se basant sur le critère organique pour désigner le concept d'administration publique sur les services gérés par l'Etat ou l'une des personnes qui le représente⁷⁴.

Et l'article 17 du même règlement comporte des conditions similaires à celles requises pour le candidat au contrat administratif, dans la loi française précitée de 2004 sur les marchés

⁷²DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric. Droit administratif, Economica, 2004. p. 310.

⁷³CE du 29 juin 2002, Société Mag blunews, Katinal, la revue juridique, 2002.p. 227.

⁷⁴AL MAHCHI Othman. Pouvoir de l'administration dans la ratification du contrat administratif dans le droit libyen, Master 2, Université de Tripoli, 2004, p. 29.

publics, à l'article 45. L'article 17 énonce : « qu' « il est exigé de tout candidat à la passation d'un marché avec une autorité ou une unité administrative qu'il remplisse les conditions suivantes : 1. Que son nom soit inscrit et classé auprès de l'autorité compétente ; 2. Qu'il ne lui soit pas interdit d'entrer en relation d'affaires avec les autorités et unités administratives et qu'il n'ait pas fait l'objet d'une exclusion de toute conclusion de marché avec elle ; 3. Qu'il n'ait pas été condamné pour des faits délictueux mettant en cause la loyauté ou la bonne foi ».

Quant aux services gérés par des personnes morales privées, ils ne sont pas considérés comme services publics même s'ils ont un intérêt général car ils sont soumis aux lois du droit privé et à ce sujet la Cour suprême libyenne a décidé que : « la banque de la république est une institution commerciale qui traite avec les gens dans un but lucratif, et même si son but est le renforcement de l'économie nationale, elle est considérée comme une entreprise libyenne actionnaire en vertu de la loi N°66 de 1970 ; et c'est pour cette raison que ses fonds sont considérés propriété privée de l'Etat ; elle est dotée d'une personnalité juridique de même que son budget est indépendant du budget de l'Etat, par conséquent il n'est pas possible de la considérer comme un service ou une institution publique, mais plutôt comme une personne de droit privé »⁷⁵.

Dans tous les cas, la condition de considérer l'administration comme l'un des contractants incontournable du contrat administratif est une condition première et fait l'unanimité de toutes les législations, des juridictions et des avis des jurisconsultes français et libyens comme on l'a déjà remarqué dans les arrêts du Conseil d'Etat français et dans les jugements de la Cour suprême libyenne. En revanche, si cette condition est isolée, elle ne sera pas suffisante et le contrat ne sera pas considéré comme administratif car il est nécessaire de prendre en considération les deux autres conditions, à savoir que le contrat doit être en rapport avec un service public et comprendre les conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats du droit privé et tout cela fera respectivement l'objet des deux paragraphes suivants.

B. Que le contrat soit en rapport avec un service public

Le service public est une activité de l'Etat ou d'autres personnes publiques réalisée directement ou léguée à d'autres personnes morales privées mais soumises au contrôle de l'Etat et à ses directives ; le tout pour satisfaire des besoins dont le bénéfice ira au profit de l'intérêt général⁷⁶.

L'idée du service public est apparue puis a été peaufinée à partir du dernier quart du XIX^{ème} siècle, devenant ensuite l'idée essentielle sur laquelle se sont basés les arrêts du Conseil d'Etat français et les décisions du Tribunal des conflits. Il s'agissait d'un critère de spécialisation de la juridiction administrative découlant de l'affaire ROTHSCCHILD du 6 septembre 1855, de l'affaire DECOSTER de 1861 et de l'affaire BLANCO du 8 février 1873 ; cette direction a été fortifiée par la théorie de DUGUIT qui a déterminé à travers elle le

⁷⁵ Jugement de la Cour suprême libyenne, invective criminelle, N° 102/20, Revue de la Cour suprême, 10^{ème} année juridique, N°1, p. 102.

⁷⁶CHAPUS René. Droit administratif général, Op.cit.p. 578-579.

fondement du service public ; cela lui a valu une grande renommée dans le domaine du droit administratif qui désormais se base sur le fait que le service public ainsi que ses exigences relèvent du droit administratif⁷⁷.

Dans ce sens, l'Etat tend à atteindre un but précis, à savoir optimiser le rendement des services publics. Il use à ces fins des procédés juridiques du droit public et c'est pour cela que le service public est devenu le fondement même des règles du droit administratif et qu'il faut y avoir recours comme critère distinctif du contrat administratif.

Mais l'évolution de la vie administrative et les grands changements qui ont bousculé les règles à la base de la fondation du service public, avec l'influence de la politique économique assistée, les principes socialistes et l'abus de l'intervention de l'Etat dans l'activité économique et sociale, ainsi que tout ce qui a accompagné cela comme l'apparition de services économiques, sociaux et industriels et de services professionnels, l'ensemble a nourri la controverse à l'encontre du service public dans sa qualité de critère distinctif du contrat administratif. D'aucuns ont déclaré que ce principe à lui seul n'est pas applicable ce qui a poussé à adjoindre un nouvel élément à ce critère, à savoir la prise en compte du droit public étant donné que le service public, bien qu'il soit la condition *sine qua non*, n'est pas apte, à lui seul à déterminer le contrat surtout après l'élargissement du concept qui n'est plus uniquement restreint aux services administratifs mais englobe les services économiques et commerciaux ; de ce fait est apparu le principe du critère double qui réunit les critères du service public et les moyens du droit public⁷⁸.

En 1903, le Conseil d'Etat français a promulgué le célèbre jugement de l'affaire TERRIER. Ce jugement et le rapport du secrétaire d'Etat ROMIEU, sont le point de départ des changements dans les décisions du Conseil d'Etat, dans la mesure où ledit secrétaire a examiné dans son rapport la théorie de l'administration spéciale en tant que critère de la distribution des spécialités entre les juridictions civile et administrative. En effet, l'administration n'est pas obligée de suivre les moyens du droit public dans tout ce qu'elle entreprend et cela est corroboré par le jugement du Conseil d'Etat en juillet 1912 dans l'affaire de la Société de granit, jugement qui a affirmé que dès lors que les fournitures, objet du contrat, se soumettent aux conditions et aux situations dans lesquelles a été exécuté le contrat, ce dernier est considéré comme contrat de droit privé⁷⁹.

Et depuis ce temps, la plupart des juristes se sont mis d'accord sur un fait, à savoir que si l'administration suit les moyens du droit public, ses contrats seront considérés comme administratifs, *a contrario*, si elle suit les moyens se rapprochant de ceux des individus de droit privé, ses contrats seront considérés comme des contrats civils ou commerciaux ce qui met en exergue le concept du critère double en France qui considère le contrat comme administratif si l'administration est l'un de ses contractants et si le contrat est en rapport avec un service public. L'intention de l'administration a penché pour prendre en considération les moyens du droit public ce qui a valorisé le concept des conditions

⁷⁷ DUGUIT Léon. Traité de droit constitutionnel. Op.cit. p. 61-62.

⁷⁸ BADAoui Saroit. Le fait du prince dans les contrats administratifs, Thèse, Op.cit, p. 94-95.
DELVOLVE Pierre, le droit administratif, Op.cit, p.51⁷⁹

exceptionnelles et inhabituelles du droit privé, comme étant le critère principal qui accompagne le service public pour répondre à l'intention de l'administration de suivre les procédures du droit public ; en vertu de la théorie du critère double, le contrat conclu par l'administration, et qui n'a pas de rapport avec le service public, est considéré contrat civil même si les conditions exceptionnelles sont réunies. Le contrat peut aussi être en rapport avec un service public sans réunir les conditions exceptionnelles et ici, il sera considéré comme un contrat du droit privé⁸⁰.

La juridiction du Conseil d'Etat en France a au contraire stipulé sur la nécessité de la condition d'être en rapport avec le service public dans maints jugements parmi lesquels on peut citer celui du 26 septembre 1984 dans l'affaire CORNETTO où il est spécifié que si les contractants s'associent dans l'accomplissement du service public, le contrat est considéré comme administratif⁸¹.

Dans l'affaire des époux Bertin⁸², la juridiction française a jugé en 1956, que la présence du critère du service public était nécessaire et ce, parce que dans le cas cité, le seul principe du service public a été considéré comme suffisant et primordial pour qualifier le contrat d'administratif. Dans cette affaire, le contrat est jugé administratif car son contenu a associé les contractants d'une manière directe dans la réalisation du service public sans que le contrat ne comporte de conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats de droit privé.

Ainsi, les défenseurs de la théorie du service public ont essayé de s'accrocher à leur théorie en se basant sur le jugement cité et en fournissant des arguments qui étayaient cette théorie corroborant son importance comme critère essentiel pour déterminer le contrat administratif.

Toutefois et malgré toutes les critiques adressées à la théorie du service public, il reste toujours l'un des critères essentiels dans la détermination de la nature du contrat administratif sur lesquels se basent la législation et la juridiction pour ancrer le principe de contrat administratif. Pour exemple, le législateur libyen, dans le règlement des contrats administratifs émis par le Comité populaire général (antérieurement Conseil des ministres), par sa décision N°563 de 2007 dans l'article 3, au sujet de la définition du contrat administratif, stipule que le contrat doit exister « pour exécuter un des projets adopté dans le plan du développement ou du budget, ou pour superviser sa réalisation, ou pour présenter une

⁸⁰RIVERO Jean. Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1970, p. 106-107.

⁸¹ CE 26 septembre, 1984, Cornetto, N° 12145.

⁸²On peut résumer les faits de l'affaire comme suit : les époux Bertin ont ratifié un contrat avec l'administration le 24 novembre 1944 pour recevoir et héberger les réfugiés soviétiques en France au moment de la Deuxième Guerre mondiale, et leur fournir des papiers de séjour jusqu'à leur retour dans leur pays. Certains ont considéré que ce type de contrat était un contrat de droit privé car même s'il relève d'un service public, il ne comprend pas de clauses exceptionnelles ; mais le représentant du gouvernement a insisté pour garder la qualité d'administratif au contrat et a mis en garde contre l'Etat qui faillirait à ses engagements de crainte qu'on évoque sa responsabilité sur le plan international. Le Conseil d'Etat a pris en considération son avis et s'est limité au critère de service public même si le contrat ne comprenait pas de clauses inhabituelles du droit privé (pour en savoir plus, voir CE 20 avril 1956. Epoux Bertin, Recueil Lebon, p. 167 et RDP 1956, p. 809

recommandation technique, ou pour l'améliorer, ou pour gérer l'un de ses services publics d'une manière ordonnée et continue ».

La Cour suprême libyenne, quant à elle, a défini le service public dans son jugement du 16 mai 1993 en déclarant « qu'il est toute forme de projet qui agit continuellement et d'une manière ordonnée sous le contrôle de l'Etat pour satisfaire des demandes publiques tout en étant soumis à un système judiciaire déterminé, et si le législateur a stipulé franchement à propos de la nature juridique du projet, il faut s'en tenir au texte de loi, et si le texte est silencieux sur sa nature, il faut revenir à l'ensemble des règles qui la régissent pour la déduire »⁸³.

A travers la définition de la Cour suprême, on peut déterminer les éléments du service public que la juridiction libyenne a fixés et dont les plus importants sont de satisfaire l'intérêt général et présenter des services publics tant matériels que moraux ; ces intérêts généraux doivent revêtir une importance capitale et ne doivent pas être confiés au secteur privé, car ils sont le premier élément du service public que certains nomment l'élément objectif⁸⁴.

Quant au second élément, il s'agit de l'administration, en d'autres termes de l'Etat ou des comités généraux à qui revient de réaliser cette tâche, ou de le faire sous sa supervision. Il ne suffit pas à l'Etat d'avoir le privilège de contrôler ou de poser ses conditions pour la désignation du directeur de projet ou de son limogeage, mais il faut que les comités généraux aient le droit de créer le service ou de l'annuler, et c'est la Société par le biais de ces comités officiels qui décide de l'activité considérée comme service public et la soumet aux jugements des services publics et aux règles administratives.

En ce qui concerne le troisième élément du service public, pour que le projet entre dans ce cadre, la condition qui semble naturelle est de le soumettre à un système particulier qui diffère des règles et des lois du droit privé et qu'on appelle le système juridique des services publics⁸⁵.

Ce sont les éléments les plus importants qui composent le service public et dans la mesure où ils sont tous réunis dans une activité précise, on peut dire qu'on est face à un service public soumis aux jugements du droit administratif ; à l'opposé, s'ils ne se réunissent pas tous ces éléments ou s'ils sont différents, on est face à un projet privé qui n'a aucun rapport avec le droit administratif.

La Cour suprême libyenne insiste sur l'obligation de lier le contrat au service public et cela apparaît clairement dans son jugement du 13 novembre 1983 où elle a décidé que « pour qu'un contrat de fournitures conclu par les parties administratives soit administratif, il faut qu'il soit lié à un service public et qu'il comporte les conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats privés ou qu'il comprenne l'intention de l'administration de pencher pour les moyens du droit public car en l'absence de l'une de ces caractéristiques distinctives du contrat

⁸³Jugement de la Cour suprême libyenne du 16 mai 1993, investive administrative N°14/38, judiciaire, Revue de la Cour suprême, N°3 et 4, p. 45.

⁸⁴ACHALMANI Hamad. Privilèges du pouvoir public dans le contrat administratif, Op.cit. p. 47.

⁸⁵ABEDHAMID Khalifa. Critère distinctif du contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2007, p. 88.

administratif, le contrat de fournitures ne sera pas considéré comme tel et ne dépendra pas de la compétence du droit administratif »⁸⁶.

Après cela, les jugements de la Cour suprême libyenne se sont multipliés à ce sujet mais en établissant une comparaison avec la loi française, on remarque que cette dernière dans certains de ses jugements peut se baser sur le service public uniquement comme critère distinctif du contrat administratif comme on l'a déjà remarqué précédemment dans l'affaire des époux Bertin où la loi française a pris le service public comme critère distinctif sans tenir compte de la présence ou non des conditions exceptionnelles dans le contrat ; et là réside la différence entre la juridiction française et la juridiction libyenne laquelle exige pour que le contrat soit administratif qu'il soit lié à un service public, qu'il comprenne les conditions inhabituelles aux contrats du droit privé ; néanmoins ici, la condition *sine qua non* qu'il soit lié à un service public est insuffisante pour distinguer le contrat administratif.

Pour toutes ces raisons- et notamment celle liée à l'insuffisance de la théorie du service public et à l'échec des juristes dans leur tentative de la remettre en valeur comme critère distinctif du contrat administratif - il a fallu se pencher sur un autre système dans ce domaine en mettant en avant le rôle du pouvoir public dans le contrat et en suivant les moyens du droit public. C'est ce qui fera l'objet du prochain paragraphe.

C. Que le contrat comprenne des conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats du droit privé

Le principe de la condition exceptionnelle occupe une place de choix dans la théorie du contrat administratif en vertu de sa grande importance dans la distinction de ce dernier ; elle est aussi la preuve que l'administration ne tient pas compte des moyens du droit public.

Ce principe est apparu suite à la crise du service public et à son incapacité à imposer un critère objectif pour distinguer entre les deux types de contrats de l'administration, ce qui a obligé une partie des juristes à dire que le rôle du pouvoir public est à remettre dans le contrat administratif, qu'il doit comprendre des conditions exceptionnelles inhabituelles au droit privé, propres à mettre en lumière l'intention des contractants de soumettre le contrat au droit public.

Le droit français s'est intéressé au problème, et a fixé le critère du contrat administratif. La juridiction considère un contrat comme administratif s'il est lié à la gestion d'un service public ; hormis cette condition le contrat n'est pas administratif sauf si ses deux contractants exprimaient leur désir d'éloigner le droit civil en adoptant des conditions inhabituelles au droit privé ; la juridiction nomme ces conditions par l'expression : « conditions exceptionnelles inhabituelles au droit civil »⁸⁷.

⁸⁶ Jugement de la Cour suprême libyenne, du 13 novembre 1983, investiture administrative N°6 de l'année juridique 27, Revue de la Cour suprême, 1984, N°1, p. 25.

⁸⁷RIVERO Jean. Précis de droit administratif, Op.cit, p. 111.

La difficulté apparaît si l'on veut déterminer le sens de « condition inhabituelle au droit civil » : est-ce la condition que les contractants n'ont pas l'habitude de mettre dans leurs contrats ? Ou, est-ce que le contrat civil sera nul s'il comprend cette condition ? Il est difficile de donner une réponse précise étant donné que le droit civil prend en compte la liberté contractuelle, principe qui permet aux contractants de faire paraître dans leurs contrats des conditions différentes et permutable d'un contrat à un autre et ce dans les limites fixées par le législateur ; de même que l'habitude de ne pas signaler dans le contrat une condition précise ne veut absolument pas dire que cela s'inscrit dans les conditions exceptionnelles ou que ledit contrat sort des règles du droit civil.

Certains auteurs ont donné des exemples de ces conditions exceptionnelles, dont l'octroi d'indemnités et de prérogatives à l'administration tels que le pouvoir d'annulation unilatérale du contrat et celui de contrôle sur l'autre contractant ; mais toutes ces conditions ne comprennent pas obligatoirement l'octroi de prérogatives, elles mettent plutôt des limites à l'administration même, car si le contrat de droit privé lie deux volontés égales et sert équitablement leurs intérêts au plan juridique, aucune des deux volontés ne peut fixer des limites à l'autre ; l'administration n'est pas totalement libre car l'intérêt général limite sa liberté dans l'atteinte de ses buts et dans les moyens de les atteindre⁸⁸.

Tout cela a rendu difficile la détermination précise de la condition exceptionnelle et la juridiction française a promulgué une série de règles importantes qui prennent en considération les conditions exceptionnelles qualifiant le contrat administratif. Parmi les jugements du Conseil d'Etat dans le domaine des conditions inhabituelles, citons le jugement du 31 mars 1912⁸⁹. La formulation de ce jugement renvoie à sa signification même si cette formulation est brève. Et le jugement n'a pas signalé franchement que le contrat comprend des conditions exceptionnelles mais il a indiqué que ledit contrat comporte une importation de fournitures conformément aux règles que les contractants mentionnent dans leurs contrats. Et par conséquent les conflits qui les opposent ne sont pas du ressort du droit administratif ; on comprend ainsi que le contrat est considéré comme administratif uniquement lorsqu'il inclut des conditions non mentionnées par les contractants dans leurs contrats.

Les jugements judiciaires se sont après cela succédés dans ce sens et ils ont commencé clairement à signaler la présence de conditions exceptionnelles, et le jugement du Conseil d'Etat dans l'affaire des Vosges⁹⁰ marque le point de départ de la théorie des conditions exceptionnelles dans les contrats administratifs ; en effet, le conflit dans cette affaire est lié à l'exécution d'un contrat de fourniture de pierres à la ville de Lille pour aménager des trottoirs. Les détails de ce jugement apparaissent à travers le rapport de Léon BLUM lorsqu'il a signalé le critère des conditions exceptionnelles et c'était la première fois que cette expression était employée pour se généraliser par la suite. Le rapport en question précise qu'il est obligatoire de chercher la nature du contrat en dehors du contractant qui l'a conclu et du but de sa conclusion. Ce rapport a établi des différences entre les contrats des services publics

⁸⁸BKHIT Amrou. Contenu du concept de la condition exceptionnelle dans le contrat administratif, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2009, p. 30.

⁸⁹ CE 31 mars 1912, Société Porphyroïdes des Vosges, Recueil Lebon, p. 909.

⁹⁰CE 31 juillet 1912, Société des granites des Vosges, p.39.

ordinaires et les contrats administratifs. Cette différenciation a pour but l'utilisation ou non des moyens du droit public en mentionnant dans le contrat des conditions exceptionnelles.

Le Conseil d'Etat a rendu son jugement, à savoir que le contrat de fournitures passé entre la ville de Lille et la Société des Vosges au sujet de la fourniture de granite selon les mêmes règles et les conditions auxquelles sont soumis les contrats des individus, n'est pas un contrat administratif mais plutôt un contrat civil ressortant des Cours civiles. Ce contrat ne peut être administratif sauf si ses conditions sont exceptionnelles et administratives⁹¹.

Le Conseil d'Etat français définit la condition exceptionnelle en tant que condition qui sert les droits des deux contractants ou qui les oblige à avoir des engagements de nature différente de ceux qui satisfont la volonté des individus dans le cadre des lois civiles et commerciales⁹². De même, il est possible de considérer cela comme la condition qui se fonde sur l'intérêt général car il suffit par exemple de mentionner, au profit de l'administration qui a le pouvoir de le faire, la condition d'annuler le contrat unilatéralement pour que ce contrat soit de nature administrative⁹³.

Dans un autre jugement du Conseil d'Etat, on décèle que la simple allusion à l'un des cahiers des charges et aux conditions générales suffit pour confirmer la présence de conditions inhabituelles⁹⁴.

Le Tribunal français des conflits a, de façon similaire, tenté de définir les conditions exceptionnelles comme étant des conditions de nature différente de celles qui sont mentionnées dans un contrat analogue du droit civil⁹⁵.

La juridiction française a adopté les mêmes démarches pendant longtemps et il apparaît que la condition exceptionnelle continue de jouer un rôle important, jusqu'à nos jours dans le critère de distinction du contrat administratif puisqu'on remarque que ladite juridiction, notamment dans ses jugements récents, continue à adopter ce critère voire même à le développer pour en faire le critère essentiel distinctif du contrat administratif. Mais sa véritable évolution a débuté le 19 janvier 1973 par la promulgation d'un arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire de la Rivière du Saint où il a fini par considérer que les contrats passés par EDF avec les producteurs consommateurs d'électricité sont des contrats administratifs car ils sont soumis, en vertu d'un texte de loi, à un système inhabituel au droit commun et qui comporte certaines clauses et engagements inhabituels au droit privé tel que l'engagement de ces producteurs de conclure des contrats pour vendre leurs produits en électricité contrairement au principe de liberté contractuelle bien connu dans le droit privé où les producteurs peuvent refuser ou se passer de conclure, sinon on considère qu'ils ont failli à

⁹¹DUGUIT Léon. Traité de droit constitutionnel, Op.cit, p. 39.

⁹²CE 20 octobre, 1950, Steim, Recueil Lebon, p. 505.

⁹³CE 26 février, 1965, Société du vélodrome Parc des Princes, RDP, 1965, p.133. Voir également O. LAFFITTE, Les conséquences de la fin anticipée des contrats publics, CPM, avril, 2015, p. 50.

⁹⁴CE 17 novembre 1967, Rodier de la Brille, Recueil Lebon, p. 428.

⁹⁵TC 19 juin 1952, Recueil Lebon, p. 628.

leurs engagements essentiels vis-à-vis du contrat. De même que par exemple leur engagement à se présenter devant le ministre de l'énergie avant d'entamer toute action en justice⁹⁶.

Les jugements de la juridiction française se sont succédés après l'arrêt du 19 janvier 1973 qui reconnaît la nature administrative à quelques contrats se soumettant à un système inhabituel dans le droit privé et en conséquence le Conseil d'Etat a vu, dans l'un de ses arrêts récents, que la juridiction administrative et non commune statue sur les conflits liés aux contrats administratifs et tranche, puisque le législateur français a promulgué la loi MUCERF du 11 décembre 2001 pour unifier les adjudications publiques ; en conséquence tous les conflits liés aux contrats passés selon la loi des adjudications publiques sont exclusivement du ressort du droit administratif⁹⁷.

Dans un autre jugement, le Conseil d'Etat a décidé que les textes de lois déterminent la nature juridique de tous les contrats conclus par les personnes publiques outre que ces personnes passent de nombreux contrats avec des contractants, ce qui permet de les conditionner aux critères de jurisprudence et juridiques⁹⁸.

Le Tribunal des conflits a de même jugé que les contrats qui n'associent pas le contractant privé qui contracte pour exécuter un service public et qui ne comprennent pas de conditions inhabituelles aux règles générales des contrats, ne sont pas des contrats administratifs et dans un tel cas c'est le juge de droit privé qui tranche dans les conflits⁹⁹.

De là, on peut dire que les contrats administratifs, en France, sont en majorité même indirectement déterminés par un texte de loi, mais en soumettant la majorité des contrats conclus à la loi des adjudications publiques, ils deviennent du ressort du Conseil d'Etat, par conséquent ils gravitent autour de deux axes dont le premier est la détermination *a priori* par le législateur du moyen de la conclusion, le second est la soumission de ce contrat au système exceptionnel.

Celui qui observe la loi française peut remarquer que la loi sur les contrats administratifs a commencé à évoluer sous l'influence de la CEE et note une certaine analogie entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé parce que ce dernier ne prend pas en considération les idées internationales qui séparent le droit administratif du droit privé et appliquent en quasi totalité les recommandations de la CEE d'une manière équitable sur les contrats administratifs et les contrats civils. On peut citer par exemple les Directives européennes du 5 avril 1993, liées aux conditions très strictes des contrats. Mais tout cela n'infirme pas la présence des sommations européennes qui s'appliquent uniquement sur les contrats des parties publiques¹⁰⁰. Ainsi, le critère organique de distinction du contrat administratif ne représente aucune difficulté vis-à-vis de cette distinction car les directives européennes promulguées en 2004 se rapportent aux procédures de passation des contrats

⁹⁶ CE 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de La rivière du Saint, Recueil Lebon, p. 48.

⁹⁷ CE 29 juin 2002, Société Mag Bélinoz Katinal, Revue juridique, 2002, p. 427.

⁹⁸ CE 6 décembre 2002, RFDA 2003, p. 291.

⁹⁹ TC 22 octobre 2001, Commune de Villepinte, Société NRG, Recueil Lebon, 2001, p.748.

¹⁰⁰BEKHIT Amrou. Contenu du principe de condition exceptionnelle dans le droit administratif, Thèse, Op.cit. p. 49.

administratifs et se résument dans le décret N°18 de 2004 concernant l'organisation des procédures de conclusion des contrats de travaux publics, des services et des fournitures ; de même que le décret N°17 de 2004 concernant les directives données aux personnes responsables de la conclusion des contrats de l'eau et de l'énergie, personnes dénommées « pouvoirs contractants » pour tous les Etats et leurs institutions ainsi qu'au représentant de la personne morale générale.

De ce fait, les textes de ces directives ont reflété la nature nationale et internationale des contrats administratifs à travers leur conclusion entre les pays européens, ou ces derniers et les pays du monde entier et cela reste l'une des caractéristiques les plus importantes des contrats administratifs.

En France, la loi sur les marchés publics a subi l'influence des jugements et des directives européennes dont une rectification, celle promulguée en vertu du décret N° 15 de 2004 dans son article 2 qui stipule la possibilité de conclusion par l'Etat de contrats administratifs avec un ou plusieurs pays dans le domaine des travaux publics et des services¹⁰¹.

En conséquence et sous l'égide de la mondialisation, il n'existe pas de difficultés dans la détermination du contrat administratif grâce au critère organique puisqu'il est possible aux nations et aux personnes de droit public ainsi qu'aux personnes de droit privé de passer des contrats administratifs par le biais d'une tutelle explicite ou implicite¹⁰².

Nous avons évoqué plus haut le principe de la condition exceptionnelle selon les jugements de juridiction et du législateur français, il faut à présent connaître l'avis des juristes français à ce sujet et il apparaît que le juriste DELAUBADERE en est le chef de file puisqu'il a défini les conditions exceptionnelles comme étant celles qui fournissent à l'un des contractants des droits et devoirs différents de par leur nature et de par celles que peuvent accepter les contractants dans le domaine des lois civiles et commerciales¹⁰³.

Le professeur René CHAPUS a aussi défini lesdites conditions comme étant nulles dans le droit privé et de ce fait, les individus ne peuvent pas les mentionner dans leurs contrats¹⁰⁴.

Elles ont de même été définies par le professeur WALINE comme étant nulles dans les contrats de droit privé car elles sont en contradiction avec l'ordre public¹⁰⁵.

En suivant les définitions des juristes français à propos de ces conditions exceptionnelles on remarque qu'ils se rejoignent, à savoir que ces conditions sont difficiles à accepter dans les contrats de droit privé et qu'elles sont des conditions exceptionnelles qui doivent figurer uniquement dans les contrats administratifs.

¹⁰¹Voir l'article 2 du décret 15-2004, portant Code des Marchés Publics, journal officiel, 8 janvier 2004.

¹⁰²KESSELER Delphine, Le contrat administratif face à l'électronique du droit de l'internet, Paris, 2002, p. 28.

¹⁰³DELAUBADERE André, Traité de contrat administratif, Op.cit. p.85.

¹⁰⁴CHAPUS René, Responsabilité publique et responsabilité privée, Thèse, Paris, 1954, p. 128.

¹⁰⁵ WALINE Marcel, Précis de droit administratif, Op.cit. p. 499.

Ainsi nous avons exposé une idée générale sur la condition exceptionnelle comme critère de distinction du contrat administratif en France, à travers un aperçu des législations françaises promulguées à cet égard ainsi que des jugements de juridiction et des avis des jurisconsultes. Et, étant donné que cette étude a pour objet la comparaison entre le droit français et le droit libyen, nous avons pensé qu'évoquer le principe de la condition exceptionnelle dans le droit libyen, relève d'une question méthodique de la recherche scientifique ; nous le faisons à travers le suivi des législations et des juridictions libyennes à cet égard.

Le législateur libyen, a stipulé dans l'article 3 du règlement des contrats administratifs de 2007 que le contrat, pour être considéré comme administratif, doit comprendre des conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats de droit privé ; cet article énonce dans sa définition du contrat administratif qu'«on désigne par contrat administratif dans l'application des jugements de règlements, tout contrat conclu par la partie administrative à la condition que ce contrat comprenne des conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats civils et qui visent à réaliser un intérêt général ».

Néanmoins, le législateur libyen, et même s'il a évoqué qu'il est obligatoire que le contrat comprenne la condition exceptionnelle, n'a pas défini cette condition. De même que la juridiction n'a pas défini cette condition exceptionnelle mais elle a jugé sa présence importante pour qu'on considère le contrat comme administratif.

En conséquence, la Cour suprême libyenne a décidé dans son jugement du 13 novembre 1983 que « sur les fondements de l'incitation primaire du Parquet, il n'est pas du ressort du tribunal administratif de statuer sous tutelle sur le conflit, même s'il est lié à un service public et que l'un de ses contractants est une personne morale générale ; malgré cela il n'est pas considéré contrat administratif, comme l'a mentionné le législateur dans l'article 4 de la loi N°88 de 1971 au sujet des juridictions administratives, comme c'est le cas des contrats de fournitures administratifs car ils ne comprennent pas de condition exceptionnelle inhabituelle au droit privé. Il en résulte que le conflit au sujet de ce dernier contrat, n'est pas du ressort du droit administratif, et même si le juge en décide différemment il se trouvera dans un cas d'infraction juridique. Etant donné que l'incitation primaire du Parquet est dans son droit, car la compétence de la juridiction administrative sous tutelle dans les jugements des conflits liés aux contrats de fournitures dont l'objet est que l'un de ses contractants est une personne morale générale liée à un service public et comprenant des conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats privés ou encore comprenant ce qui pourrait laisser croire que l'intention de l'administration a suivi par sa conclusion le sens du droit public, au cas où il perdrait l'une de ces trois caractéristiques qui qualifient les contrats administratifs, il n'est pas considéré comme un contrat de fournitures administratif et statuer au sujet de ses conflits est du ressort du droit administratif »¹⁰⁶.

Avec ce jugement, la juridiction administrative libyenne a supposé la présence de la condition exceptionnelle pour que le contrat soit administratif et l'a considérée comme une

¹⁰⁶ Jugement de la Cour suprême libyenne, du 13 novembre 1983, investive administrative N° 16/27, judiciaire, Revue de la Cour suprême, N°1, p. 26.

condition essentielle, même si le contrat a été ratifié par une personne publique, le but de tout cela étant la gestion du service public, donc la présence de la condition exceptionnelle dans le contrat était obligatoire. On remarque la même chose dans un autre jugement de la Cour suprême libyenne, à savoir celui du 8 mars 1998 : « il apparaît à partir des textes de lois que le contrat ne peut être que civil, car l'administration a revêtu le statut d'individu et n'a pas joui du pouvoir public puisque le contrat ne comportait pas de conditions propres à le distinguer des contrats civils, d'autant plus que les contrats administratifs institués par la juridiction administrative ont été déterminés par la loi N° 88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative, dans son article 4 qui stipule que le département de la juridiction administrative statue sur les conflits relatifs aux contrats de concessions, de travaux publics et de fournitures »¹⁰⁷.

Il apparaît que les jugements de la Cour suprême libyenne, qui est le plus haut pouvoir juridique dans le pays, sont unanimes avec le législateur à propos de l'obligation de la présence de la condition exceptionnelle dans le contrat dans la mesure où il s'agit d'un contrat administratif. Quant aux juristes libyens, très peu nombreux et qui n'ont pas soulevé ces conditions, ils s'appuient toujours sur les juristes égyptiens dans leur définition des conditions exceptionnelles. De ce fait, la législation, la juridiction et les juristes en Libye n'ont pas défini les conditions exceptionnelles. Cela est donc considéré comme un vide juridique, législatif et jurisprudentiel causé, d'une part, par le manque d'expérience libyenne dans ce domaine, d'autre part, par les circonstances politiques, et sociales qu'a connues l'Etat libyen.

De ce fait, il est opportun dans cette thèse, de traiter en premier lieu la définition du juriste libyen, puis après consultation des jugements de juridiction et des avis des juristes comparés, nous pourrions définir les conditions exceptionnelles qui mettent l'administration au premier rang des contractants, puisque lesdites conditions lui confèrent des prérogatives contractuelles inexistantes dans les contrats de droit privé.

Suite à cette analyse, il apparaît que le droit français a devancé le droit libyen de plusieurs étapes. En effet, le premier a commencé par se baser sur le critère juridique pour déterminer le contrat administratif, ensuite il a adopté le critère judiciaire en vertu des jugements du Conseil d'Etat, pour enfin revenir au critère juridique en étendant la définition des contrats administratifs par détermination de la loi surtout après la promulgation du décret du 7 mars 2001, entré en vigueur le 8 septembre 2001¹⁰⁸ et du décret 15 – 2004 des marchés publics. Le droit français a jugé que les contrats administratifs sont ceux qu'on détermine en vertu de la loi et ainsi il a finalement penché pour le critère juridique. L'effort du droit français est louable dans l'évitement de toute confusion pour adapter les contrats d'administration et unifier leurs systèmes juridiques. Il a aussi limité le pouvoir de la juridiction à déterminer le critère du contrat administratif même si dans la pratique des contrats quelques difficultés à l'adapter peuvent apparaître.

¹⁰⁷ Jugement de la Cour suprême libyenne, du 8 mars 1998, in *investive administrative* N° 34/12, juridique, jugement non publié.

¹⁰⁸ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Op.cit. p. 1185.

En revanche, le législateur libyen s'est restreint à déterminer certains contrats précis et en a fait le ressort de la juridiction administrative ; il s'agit des contrats de concession, de travaux publics et de fournitures, établis soit dans la loi de la création de la Cour suprême N° 24 de 1953 ou dans la loi N° 88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative ou à travers les règlements des contrats administratifs dont le dernier est le N°563 de 2007. Hormis tout cela, la juridiction administrative s'est donné la responsabilité de déterminer les contrats non définis par le législateur et en a fait son ressort, par conséquent, le législateur libyen penche plutôt pour le critère judiciaire pour distinguer les contrats administratifs en se basant sur des conditions précises. Si ces conditions se réunissent on se trouve alors face à un contrat administratif qu'il soit ou non promulgué par un texte de loi. Ces conditions, comme on l'a dit précédemment, résident dans l'obligation que l'administration publique soit l'un des contractants, que le contrat soit lié à un service public et comprenne des conditions exceptionnelles inhabituelles dans les contrats de droit privé.

Cette vision des choses est jugée probante par certains juristes libyens¹⁰⁹, surtout au motif que la vie politique, économique et sociale en Libye, prend une nouvelle tendance économique par la privatisation des entreprises, ce qui évidemment décharge l'Etat de beaucoup de responsabilités puisqu'il passe la main au sujet de plusieurs activités qui étaient auparavant le fondement même de son fonctionnement et les cède au secteur privé par le biais de sociétés nationales ou internationales. Aussi, l'Etat libyen doit faire évoluer ses lois surtout après les événements du 17 février 2011, afin qu'elles s'harmonisent avec les changements que subit la Libye et qu'elles s'y adaptent. Assurément, cela demande d'étendre l'espace de la juridiction administrative de façon à englober toutes les formes de conflits occasionnés par la privatisation et cela dans le but de savoir les gérer car de nouvelles évolutions pourraient les provoquer, et à ce sujet cela ne peut se faire que si une juridiction administrative spécifique adopte un système double associant la juridiction et les lois comme cela se pratique en France.

Conclusion du chapitre préliminaire

Ainsi, nous arrivons à la fin du chapitre préliminaire dans lequel nous avons abordé d'une manière générale la notion de contrat administratif, et à travers une analyse, nous l'avons définie, tant en France qu'en Libye. Nous avons de même évoqué la création du contrat administratif dans les deux pays en donnant un aperçu historique des débuts de ces contrats et des évolutions qu'ils ont connues. Ensuite nous avons essayé d'exposer une idée générale des critères qui distinguent le contrat administratif des autres contrats, notamment du contrat civil ; nous avons alors étudié le critère juridique et avancé l'avis du législateur à ce propos, en France et en Libye. Et finalement, nous avons procédé à une étude du critère judiciaire du contrat administratif et de la façon par laquelle la juridiction peut intervenir pour considérer un contrat comme administratif en mettant en scène certains jugements du Conseil d'Etat français et du tribunal des conflits en France et aussi quelques jugements de la Cour suprême Libyenne.

¹⁰⁹ABDELHAMID Muftah, ALCHALAMNI Hamad, Les contrats administratifs et les lois de leur ratification, Alexandrie, Egypte, 2008, p. 67.

On a remarqué l'influence prédominante du droit français sur le droit libyen et ce, dans la formulation de ses lois et la concordance qui ressort entre tous les points de l'un et de l'autre. Toutefois nous espérons que le législateur libyen emboîtera le pas à son homologue français relativement au principe de dualisme qu'applique ce dernier dans la juridiction et la loi et qu'il octroie une indépendance totale à la juridiction administrative afin d'éviter, d'une part, les contradictions dans les jugements et rendre, d'autre part, l'administration plus indépendante.

Après le chapitre préliminaire, nous arrivons au sujet principal de notre étude, à savoir : Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans le droit français et le droit libyen, que nous exposerons en deux parties.

Dans la première partie, nous mettrons l'accent sur les pouvoirs de l'administration dans le contrat administratif ; cette étape comportera deux chapitres, le premier soulèvera les pouvoirs dont dispose l'administration pour le contrôle et la modification ; le second sera plutôt dédié au pouvoir dont elle peut user pour appliquer les pénalités sur le contractant.

En ce qui concerne la deuxième partie, elle abordera également en deux chapitres les droits et les obligations du contractant. Le premier chapitre sera réservé aux droits, tels que les droits financiers du contractant et ceux auxquels il peut avoir recours contre des abus de l'administration ; le second chapitre traitera des obligations du contractant, comme celle d'exécuter personnellement le contrat et celle de respecter la période fixée.

Tout ce qui vient d'être énoncé sera traité selon un mode comparé entre le droit français et le droit libyen.

Partie I : Les pouvoirs de l'administration face à son cocontractant

Il ressort de ce qui précède que le contrat administratif se différencie du contrat civil par les règles relatives à sa formation, que ce soit en raison de ses caractères intrinsèques ou au nom des formalités légales auxquelles l'administration doit se soumettre lorsqu'elle décide de le conclure. Mais c'est dans sa phase d'exécution et dans les effets qu'il génère qu'apparaissent le plus nettement les éléments de différenciation.

Ce que l'on entend par les pouvoirs de l'administration à l'égard de son cocontractant, ce sont les moyens juridiques dont elle dispose dans la phase d'exécution du contrat et qui permettent de s'assurer que ce dernier réalise l'objectif pour lequel il a été conclu. L'administration, lorsqu'elle contracte avec un individu et que celui-ci devient son collaborateur au service de l'intérêt général, ne renonce pas à ses droits et privilèges de puissance publique dont elle bénéficie en tant que fonctions qu'elle exerce dans le cadre du droit public.

L'administration exerce les pouvoirs d'intervention qui lui sont conférés dans le cadre de l'exécution des contrats administratifs au moyen du privilège d'exécution directe. Elle met en œuvre ce privilège lorsqu'elle fait usage de son pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat et lorsqu'elle inflige des pénalités au cocontractant qui n'a pas exécuté ses obligations contractuelles. De même, lorsqu'elle modifie les clauses de ces contrats par des décisions unilatérales qui ont, à l'égard de ses cocontractants un caractère exécutoire, elle ne fait que mettre en œuvre ce privilège de l'exécution directe¹¹⁰.

Si ces pouvoirs de l'administration sont considérés comme des droits qui lui appartiennent et des instruments nécessaires à l'exécution du contrat administratif de la manière qui réalise le mieux l'intérêt général¹¹¹, il lui est fait, en contrepartie, obligation de prendre en considération son partenaire en sa qualité de partie au contrat et d'éviter tout usage abusif de ces pouvoirs qui le découragerait de contracter avec elle. Il faut en effet se représenter le rôle du partenaire contractuel de l'administration comme essentiel car le contrat administratif est l'un des moyens privilégiés utilisés par l'administration dans la gestion des services publics. Son partenaire contractuel est son collaborateur dans la gestion de ces services et il doit en conséquence s'efforcer au maximum d'honorer ses engagements contractuels, avec pour objectif d'assurer le fonctionnement régulier du service public au nom duquel le contrat administratif a été conclu.

Dès lors, l'exécution du contrat administratif exige du cocontractant de l'administration une attention et un soin peu communs qui singularisent le contrat administratif par rapport au contrat civil.

¹¹⁰ROUSSET Michel, L'idée de puissance publique en droit administratif, Thèse, Paris, 1960, p. 146.

¹¹¹KOBTAN M., Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du CE égyptien, 2003, p. 22.

Et si l'exécution du contrat administratif exige de l'administration une extrême rigueur dans l'appréciation du comportement du cocontractant, alors même qu'il assure les obligations que lui impose le contrat, il ne faut pas en conclure que les droits qu'il retire de ce même contrat sont sacrifiés, car, si cela était, les particuliers seraient dissuadés de contracter avec l'administration et celle-ci serait privée d'un des moyens les plus efficaces de gestion de ses services publics. Le cocontractant de l'administration est un individu en quête de profit, et la contrepartie financière qui lui est promise, en vertu du contrat administratif, représente de son point de vue le mobile du contrat et le droit indiscutablement le plus important parmi tous les droits qu'il en retire. Des droits que la partie administrative ne peut manquer de respecter dans la logique consensuelle qui est au cœur de l'idée de contrat, dans le droit public comme dans le droit privé. Comme tous les contrats, le contrat administratif génère des droits au profit des parties et met des obligations à leur charge. Le plus important des droits qu'en retire l'administration est d'obtenir que son partenaire exécute ce qui a été convenu contractuellement. Et en complément de ce droit essentiel, l'administration dispose de pouvoirs qui sont autant de droits exercés à l'égard du cocontractant, qu'elle tire de ses prérogatives légales dans l'organisation de la gestion des services publics et qui constituent l'axe de son action. L'administration dispose ainsi d'un pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat administratif ainsi que du pouvoir de modification unilatéral de ce même contrat administratif. Mais les prérogatives de l'administration ne s'arrêtent pas là, elles s'élargissent au pouvoir d'infliger des pénalités à son cocontractant au cas où il aurait manqué à ses obligations contractuelles.

Voilà des pouvoirs qui excèdent, dans une large mesure, les normes régissant le contrat dans le droit privé. Mais ils se justifient, comme nous le verrons, par le lien qu'entretient le contrat administratif avec le service public et l'intérêt général, ce lien même qui a conduit à distinguer le contrat administratif de tous les autres contrats et sans lequel il n'y aurait pas eu matière à parler d'une autonomie du contrat administratif. Le droit français a consacré ces pouvoirs dans la loi du 8 février 1995 relative aux travaux publics et aux indemnités du service public prévues par l'article 40 et ajoutées à la loi du 26 janvier 1993. Partant de là, cette première partie se subdivisera en deux chapitres :

Chapitre 1 : Le pouvoir de contrôle et de modification

Chapitre 2 : Le pouvoir de sanction

Chapitre 1 : Le pouvoir de contrôle et de modification

Le pouvoir de contrôle et de modification qu'exerce l'administration est l'une des principales illustrations de son intervention dans l'exécution du contrat administratif. Ce sont des pouvoirs que la loi attribue à l'administration en tant que moyens qu'elle met au service de la réalisation de l'intérêt général afin de garantir la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations contractuelles dont dépend la bonne marche du service public auquel se rattache le contrat. Ces pouvoirs de contrôle et de modification comptent au nombre des droits fondamentaux de l'administration qu'elle doit exercer à l'égard du cocontractant. Ils n'ont pas d'équivalent dans les contrats de droit privé dont les partenaires sont égaux en droit et en obligations, le contrat étant leur loi commune. S'agissant des contrats administratifs, ces pouvoirs y représentent des conditions essentielles de la réalisation de l'intérêt général et de la gestion du service public avec la régularité et la continuité exigées. C'est ce qui fonde les prérogatives étendues reconnues à l'administration à l'égard de son cocontractant. De ce fait, la justification de ces pouvoirs réside dans le fait que l'administration veille à la réalisation de l'intérêt général alors que son cocontractant vise en général à s'assurer des gains matériels, à obtenir un profit. Il fallait donc accorder à l'administration des pouvoirs qui la mettent dans une position plus forte que celle de son partenaire.

Etant donné l'importance de ces prérogatives, nous examinerons dans ce chapitre le pouvoir de l'administration en matière de contrôle du contrat administratif (section 1), puis son pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif (section 2).

Section 1 : Le pouvoir de contrôle

En tant que partie au contrat administratif, l'administration détient des prérogatives de puissance publique qui lui assurent le droit d'imposer son contrôle sur la manière dont le cocontractant s'acquitte de ses obligations. Il lui est également loisible de l'orienter en la matière afin de garantir la bonne exécution du contrat. Le pouvoir de contrôle de l'administration est une garantie essentielle de l'exécution pleine et entière par le cocontractant de son engagement conventionnel. Il y est en effet incité par le simple fait de se savoir l'objet d'un contrôle s'exerçant sur ses actes et mettra de ce fait un soin particulier à exécuter le contrat de la façon la plus conforme aux exigences de l'intérêt général. Nous aurons l'occasion de constater, dans notre examen de ce pouvoir de contrôle, que l'administration ne se contente pas d'un rôle de surveillance de l'exécution, mais qu'elle n'hésite pas à édicter à son partenaire des orientations inspirées des exigences de l'intérêt public et de la gestion du service public, en lui donnant des ordres qu'il sera tenu d'exécuter au mieux pour concrétiser les fins pour lesquelles le contrat a été conclu. Nous examinerons donc ce pouvoir de contrôle sous tous ses aspects en abordant la notion de contrôle dans une première sous-section, pour consacrer ensuite la sous-section 2 au fondement juridique de ce pouvoir.

Sous-section 1 : La notion de pouvoir de contrôle

Nous étudierons cette notion en fournissant une double définition, large et restreinte, du contrôle exercé par l'administration, puis nous examinerons l'étendue de ce contrôle. Est-il illimité ou connaît-il certaines restrictions ? Et, dans cette dernière hypothèse, les limites imposées sont-elles variables d'un contrat à l'autre ? Nous répondrons à ces interrogations et à d'autres encore dans les deux paragraphes suivants.

A. Définition du pouvoir de contrôle

Il n'est pas aisé de poser une définition unique du contrôle en raison de la diversité des contenus qu'il recouvre dans chaque régime politique. Voilà pourquoi certains ont recours à une approche fonctionnelle de la notion telle qu'elle ressort de l'opération administrative étudiée et du domaine de sa mise en œuvre par les différentes institutions législatives, exécutives et judiciaires. Ceux-là estiment que le contrôle est une nécessité qui permet de maîtriser l'impact des comportements du cocontractant, et éventuellement des écarts qu'on peut y déceler. D'une façon générale, on entend donc par contrôle l'ensemble des prérogatives que l'Etat met en œuvre pour surveiller la totalité des appareils administratifs. Le contrôle n'est donc que le moyen naturel de maîtriser l'action de ces appareils, de garantir leur bon fonctionnement et de s'assurer du respect de la loi et de la protection de l'intérêt général¹¹².

Sur cette base, on a pu dire que le contrôle consistait en l'utilisation du pouvoir de contraindre les individus à exécuter les ordres et les directives et à les rendre comptables de leurs erreurs et de leur négligence¹¹³.

Certains autres ont pu considérer que le contrôle est constitué des efforts et des actions entreprises pour mettre au jour les déviations, où qu'elles se produisent, alors que d'autres encore considèrent que c'est la capacité d'un individu ou d'un groupe d'individus d'influencer le comportement d'un autre individu ou d'un autre groupe de telle sorte que soient obtenus les résultats souhaités¹¹⁴. C'est aussi le moyen par lequel la hiérarchie administrative peut mesurer et corriger la prestation des opérateurs afin de s'assurer que les objectifs et les programmes qu'elle a élaborés ont été menés à bien de la manière et dans les délais fixés¹¹⁵. D'autres encore définissent le contrôle comme un ensemble d'efforts et d'actions conçus pour obtenir des informations précises sur l'état d'avancement de l'exécution, comparer les moyennes d'exécution avec celles visées par le programme établi, découvrir les écarts et faire en sorte de les empêcher¹¹⁶.

Sur la base de ce qui précède, il est facile de constater que le contrôle est une activité humaine visant à s'assurer d'une exécution correcte, et permettant de veiller à sa conformité avec ce qui a été programmé en termes d'objectifs, en se concentrant sur la probabilité que des

¹¹² EL KABBANI Baker, *Le contrôle administratif*, Le Caire, Egypte, 1985, p. 49.

¹¹³ FEKRI Mohamed, *Le contrôle sur l'exécution des contrats de travaux publics*, thèse, Université du Caire, Egypte, 2010, p. 50.

¹¹⁴ JAAFAR Mohamed, *Les fondements de l'administration publique*, Le Caire, Egypte, 1994, p. 363.

¹¹⁵ FEKRI Fathi, *Leçons sur les contrats administratifs*, Le Caire, Egypte, 1994, p. 73.

¹¹⁶ ESSALMI Ali, *L'administration des individus pour élever la productivité*, Le Caire, Egypte, p. 151.

fautes soient commises qu'il faut tenter soit d'éviter soit de surmonter, et ce à l'aune des résultats obtenus en les comparant avec les critères arrêtés. Autrement dit, le contrôle œuvre à corriger le processus d'exécution en traitant les insuffisances et les déviations et en valorisant les acquis positifs, par la mise en œuvre d'une méthode contribuant à améliorer la prestation et à concrétiser la politique générale de l'Etat. Le contrôle signifie donc de s'assurer de l'engagement du cocontractant à exécuter le contrat conformément à ses clauses constitutives.

Et, de même que le contrôle diffère selon les régimes étatiques, qu'ils soient sociaux, politiques ou administratifs, il varie à l'intérieur d'un même Etat d'une époque à une autre et de ce fait, d'aucuns considèrent le contrôle avec prudence et réserve et y voient une charge particulièrement lourde pour l'administration, exigeant une grande sagesse et nécessitant la prise en compte des impacts psychologiques et humains sur les opérateurs. Par ailleurs, un contrôle excessif peut produire des effets négatifs, pousser à la démotivation, décourager les enthousiasmes et la prise de responsabilités¹¹⁷.

Après avoir brièvement explicité la notion générale de contrôle, nous allons maintenant aborder le pouvoir exercé par l'administration en matière de contrôle et d'orientation de son cocontractant. La doctrine, aussi bien en France qu'en Libye, s'accorde à considérer que le contrôle revêt deux significations, l'une étroite par laquelle on entend exclusivement la surveillance et une seconde, large, qui excède la surveillance pour atteindre la direction. Nous aborderons successivement ces deux significations.

1. La notion étroite de contrôle des contrats administratifs

Dans une acception étroite, la notion de contrôle signifie la vérification par l'administration que son cocontractant s'acquitte de l'exécution comme convenu dans le contrat. Le pouvoir de contrôle est alors synonyme de droit de surveillance et il prend la forme d'actes matériels tels que le fait de se rendre sur les lieux d'exploitation du service, dans les hangars ou les usines, ou le fait de se faire remettre par le cocontractant des documents afin d'en prendre connaissance et de procéder à leur examen, ou encore de mener des investigations, accueillir les plaintes des usagers et les instruire. Le contrôle peut aussi revêtir la forme d'actes juridiques, tels que des directives, des ordres exécutoires, des avertissements adressés par l'administration à son partenaire contractuel. Le contrôle, entendu dans ce sens, s'exerce même si le contrat ne l'a pas prévu¹¹⁸.

Pour assurer le contrôle, l'administration doit intervenir dans les affaires du service public chaque fois que l'intérêt général l'exige, en édictant les directives et les orientations qui en garantissent le bon fonctionnement. L'administration, partie au contrat en tant qu'autorité publique, a le devoir de s'assurer du fonctionnement du service public, de son exploitation, de sa gestion. Elle le fait au moyen du droit de supervision et de contrôle qui est le sien¹¹⁹, le

¹¹⁷ ABOU ZAID Mohamed, Le principe de légalité et la garantie de son application, Le Caire, Egypte, 2002, p. 6.

¹¹⁸ PEQUINOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Jurisclasseur administratif, 1962, p. 10.

¹¹⁹ AUBY Jean-Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens du domaine, Expropriation pour cause d'utilité publique, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1995, p. 263.

droit d'intervenir en fonction des exigences de l'intérêt public même si celles-ci sont en contradiction avec le cahier des charges. Elle le fait en l'absence même de texte de loi¹²⁰.

Nous l'avons dit, le pouvoir exercé sur l'exécution du contrat au sens restrictif de la notion de contrôle se limite à la surveillance. On voit alors l'administration agir comme n'importe quelle partie à une relation contractuelle ayant le droit de contrôler son partenaire dans l'exécution par celui-ci de ses obligations contractuelles. En fait, ce contrôle à caractère restreint représente le minimum de prérogatives reconnues à l'administration envers son cocontractant durant l'exécution du contrat, prérogatives au moyen desquelles elle peut vérifier qu'il exécute ses obligations conformément aux stipulations conventionnelles.

Un tel droit peut également se rencontrer dans les contrats de droit privé qui mettent les partenaires sur un pied d'égalité. Il est donc légitime que l'administration en bénéficie, a fortiori, dans le cadre des contrats administratifs.

Mais il semble que la doctrine, en France comme en Libye, s'accorde à considérer que le rôle de l'administration en matière de contrôle ne saurait se limiter à la surveillance et qu'il doit s'étendre à la direction du cocontractant, jusqu'à l'alerter sur les fautes qu'il aurait pu commettre, exiger qu'il respecte les directives qu'elle lui édicte, et c'est ce que certains auteurs entendent par le contrôle de l'administration sur son cocontractant, pris dans une acception plus large¹²¹, et que nous allons maintenant aborder.

2. La notion extensive de contrôle des contrats administratifs

C'est le droit reconnu à l'administration d'orienter les actes d'exécution et de décider des moyens les plus appropriés à cette exécution. Il s'applique à une intervention dont les effets seront plus profonds que ceux du pouvoir de surveillance. L'administration ne se contente pas en effet de s'assurer d'une exécution du contrat en bonne conformité, comme dans le pouvoir de surveillance. Elle va prendre la direction des actes d'exécution, en choisir les moyens les plus appropriés ainsi que préconiser les solutions les plus propices au bon fonctionnement du service. Dans cette acception, le contrôle va exclusivement se traduire par des actes juridiques. Le conseil d'Etat français a considéré, dans un arrêt rendu le 12 février 1942, que ce contrôle s'effectuait par l'édition de directives visant à adopter tel mode d'exécution ou à s'abstenir d'adopter tel autre, mais aussi par l'édition d'ordres exécutoires qui encadrent les actes d'exécution ou en déterminent la programmation dans le temps¹²².

Dans un autre arrêt, la même juridiction estime que l'administration exerce ses pouvoirs en mettant en œuvre ses privilèges d'exécution directe et d'édition de décisions exécutoires unilatérales sans recours préalable au juge¹²³.

¹²⁰ AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, Droit administratif, La fonction publique, Les biens publics, Les travaux publics, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1979, p. 489.

¹²¹ Pour une synthèse, voir : ROBLOT-TROIZIER Agnès, Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA, 2007, p. 990.

¹²² CE 21 février 1942, Entreprise des Limousins de Paris, RDP, p. 53.

¹²³ CE 11 octobre 1921, Cie de navigation Sud-Atlantique, RDP, p. 892. Voir également : PEQUINOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit. p. 10. L'auteur considère que le pouvoir de contrôle et le=

Le pouvoir de contrôle, dans cette acception plus large, peut être prévu par le contrat et le cahier des charges ou par les lois et règlements et, dans ce cas, les clauses contractuelles ou les dispositions réglementaires doivent être mises en œuvre. Dans le cas où ce pouvoir n'a pas de base contractuelle ni réglementaire, son étendue et ses effets varieront, comme nous le verrons plus loin, selon la catégorie de contrats administratifs considérée, ce que le conseil d'Etat français a affirmé dans un arrêt récent rendu le 21 décembre 2012¹²⁴.

En France toujours, l'exposé des motifs de la loi du 13 décembre 1908 relative aux obligations en matière de voies ferrées et de cours d'eau indique que l'Etat, en tant que personne publique, dispose de tous les pouvoirs d'intervention, de contrôle et d'orientation à l'égard de ses cocontractants¹²⁵. On observera également que le code des marchés publics français promulgué en 2006 a consacré dans le chapitre 1 de son titre 5, les articles 126, 127, 133 et 289 au contrôle.

S'agissant de la Libye, le pouvoir de contrôle y est évoqué dans le règlement relatif aux contrats administratifs promulgué par le comité populaire général (conseil des ministres) en vertu de sa décision n° 563 de 2007, actuellement en vigueur, dont l'article 93 dispose que « Le cocontractant est responsable du maintien de l'ordre public dans les lieux d'exécution du contrat administratif. Il doit tenir compte des exigences de la sécurité et exclure de l'exécution du contrat, à la demande de l'autorité contractante, tout employé auteur d'une négligence ou d'une fraude dans l'exécution, qui aurait refusé les directives édictées à son intention par cette autorité ou son représentant ou qui aurait contrevenu aux dispositions du présent règlement. Le cocontractant doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour éviter les dommages et atteintes qui seraient causés à ses employés ou aux tiers par les actes d'exécution du contrat et devra réparer tout préjudice résultant de son comportement fautif ou de celui de ses représentants ou de ses employés ».

Le législateur libyen a mis l'accent sur le contrôle dans les règlements que le comité populaire général a successivement édictés. Il lui a consacré de nombreuses dispositions. Il a ainsi accordé à l'administration un droit de contrôle qui est à la fois un pouvoir de surveillance et de direction. Cependant, l'étendue de ce pouvoir de contrôle varie, comme nous le verrons, d'un contrat administratif à l'autre : il est limité dans le contrat de fournitures, plus étoffé dans les contrats de travaux publics où l'administration exerce généralement son pouvoir en envoyant ses ingénieurs visiter les lieux de travail pour s'assurer que celui-ci se déroule dans le respect des échéances prévues et conformément aux spécifications stipulées dans le contrat, en édictant les ordres appropriés, à la condition que ces ordres soient nécessaires à l'exécution du contrat¹²⁶. L'article 109 du règlement libyen de 2007 relatif aux contrats administratifs va dans le même sens et met l'accent sur le droit de contrôle de l'administration, en disposant que « l'entrepreneur a pour obligation de vérifier personnellement la nature des travaux, les

=pouvoir d'infliger des pénalités confèrent tous deux à l'administration le droit d'utiliser ses privilèges d'édition des décisions exécutoires et d'exécution directe, et que les directives et pénalités sont prises unilatéralement par l'administration sans qu'il lui soit nécessaire de recourir au juge.

¹²⁴CE 21 décembre 2012, Cen de Douai, AJDA, 2013, p. 91.

¹²⁵ JEZE Gaston, Principes généraux du droit administratif, Op.cit. p. 431. Egalement : PEQUINOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit. p. 18.

¹²⁶ RADI Mazen, Les contrats administratifs en droit libyen, Alexandrie, Egypte, 2002, p. 87.

mesures, les proportions et les quantités, et de procéder à toutes les analyses, expertises et autres mesures nécessaires pour s'assurer de l'exactitude des plans, conceptions, proportions, spécifications et désignations retenues et de mener à bien le projet sur leur base. S'il constate des données susceptibles de contrarier l'exécution, qui ne seraient pas conformes aux normes techniques ou économiques ou qui pourraient restreindre l'utilité que l'on attend du projet, il doit en aviser l'autorité contractante par lettre recommandée. Il doit dans ce cas interrompre l'exécution des travaux jusqu'à communication par l'autorité contractante de ses directives relatives aux constatations faites. Les effets résultant de cette interruption seront pris en compte par la modification de la durée prévue ou de la valeur du contrat si l'opinion de l'entrepreneur est confirmée. L'autorité contractante peut corriger toute erreur ou omission contenue dans les plans ou dans les spécifications qu'elle aura établis, sans que cela ouvre à l'entrepreneur le droit de demander une indemnisation ».

Il en résulte que le contrôle est un droit indispensable à l'administration pour s'assurer de la bonne conduite de l'opération contractuelle. Et c'est ce qu'il faut comprendre de l'article mentionné plus haut : l'administration, partie contractante, peut intervenir à tout moment pour vérifier l'exactitude de plans, de spécifications et de désignations, ou pour déceler toute erreur dans l'exécution. Cela prouve que l'administration a le droit d'intervenir et de contrôler les actes de son partenaire contractuel, et ce à toutes les étapes du contrat : celle de la conclusion, de l'exécution ou toute autre étape. C'est ce qu'indique l'article 109 du règlement mentionné qui dispose comme nous l'avons dit que l'autorité contractante peut à tout moment intervenir pour corriger les erreurs, ce qui est une des modalités du contrôle. A tout moment, est-il précisé, c'est-à-dire au moment qui lui paraît opportun, quelle que soit la phase contractuelle.

La Cour suprême libyenne l'a confirmé dans son arrêt du 16 février 1978 en ces termes : « Attendu que, si les articles 11 et 12 du contrat relatif aux puits conclu entre l'administration et l'entrepreneur habilite l'administration à édicter des ordres et directives, il est exigé que ces directives soient indispensables à l'exécution correcte du travail. Attendu que, s'il s'avère que ces directives comportent des ordres qui sont contraires aux règles de l'art, l'entrepreneur est fondé à s'y opposer et à soutenir qu'elles ne sont pas conformes aux règles de l'art. Attendu qu'il apparaît que l'entrepreneur s'est opposé à ce que l'essai soit effectué sur le puits avant que celui-ci ne soit renforcé, qu'il a mis en garde l'ingénieur superviseur contre le danger d'effondrement que comporterait un essai effectué avant renforcement; que, alors que l'entrepreneur procédait au forage du troisième puits, l'ingénieur superviseur lui a demandé de procéder à l'essai avant le renforcement et qu'il a refusé de le faire pour que ne se répète pas ce qu'il s'était passé dans les deux premiers puits. Attendu que la commune a insisté pour que l'entrepreneur exécute les directives données à ce sujet par l'ingénieur superviseur et a refusé que ces directives soient écrites, ce qui a conduit l'entrepreneur à s'abstenir d'exécuter le travail de cette manière pour éviter l'effondrement. Attendu que l'entrepreneur a maintenu cette défense qui soutient que l'ordre était contraire aux règles de l'art; qu'il ressort du rapport de l'hydraulique relevant de la faculté d'Ingénierie qu'il faut préciser explicitement les conditions détaillées de l'essai de pompage pour que soient déterminées les responsabilités de tout échec pouvant survenir au cours de l'exécution, qu'il s'agit d'une expérience cruciale et précise dont la réalisation exige que soient prises les précautions requises pour que soit évité

l'effondrement du puits. Attendu que le contrat d'entreprise ne mentionne nullement un essai de pompage exploratoire et que les motifs invoqués par le jugement attaqué n'apportent aucune réponse à cette défense substantielle. De même, il apparaît clairement que l'entrepreneur a relevé que les essais ont été effectués sans renforcement et qu'il a fait valoir dans sa dernière lettre la nécessité de renforcer le puits avant d'effectuer l'essai de pompage afin d'éviter l'effondrement. Attendu que, si le jugement attaqué a fait valoir le peu d'empressement de l'entrepreneur à s'exécuter, il n'a pas apporté une réponse convaincante aux arguments soulevés par l'entrepreneur relativement à la nécessité de renforcer le puits avant de procéder à l'essai, que, de même, il n'a pas tenu compte de ce qu'il ressort des deux lettres de l'entrepreneur, dont il n'a fait référence qu'à l'une; que, de ce fait, le jugement est vicié et doit être cassé »¹²⁷.

On retrouve le pouvoir de contrôle nettement affirmé dans le contrat-type de travaux publics promulgué par décision de l'ex-comité populaire général n° 104 de 1983 qui comporte de nombreux textes attribuant à l'administration le pouvoir de surveiller l'exécution des travaux. L'article 19 de ce contrat-type est libellé comme suit : « L'ingénieur de l'administration contractante et ses collaborateurs supervisent l'exécution des travaux objet du contrat et le suivi des actes du cocontractant de l'administration. L'ingénieur superviseur peut, s'il constate que le travail s'effectue avec lenteur, adresser un avertissement écrit au cocontractant pour attirer son attention et lui demander de recruter d'autres ouvriers, de faire usage d'équipements ou de machines supplémentaires, ou encore de travailler au-delà de l'horaire habituel, de prendre en général toute disposition garantissant le déroulement du travail de manière satisfaisante et sa réalisation dans les délais, le tout aux frais exclusifs du cocontractant. L'ingénieur et ses collaborateurs peuvent à tout moment accéder aux lieux de travail, surveiller les travaux en cours d'exécution, les superviser, en contrôler le déroulement, et édicter tous les ordres et directives nécessaires à leur exécution correcte, à condition que ces directives soient reportées sur le registre du site et que le cocontractant en soit informé par écrit. Ce dernier, ses employés et ses entrepreneurs sous-traitants sont tenus d'exécuter ces ordres et directives et ne doivent pas utiliser les matériaux que l'ingénieur superviseur et ses collaborateurs considèrent comme inappropriés au regard des stipulations du contrat. L'ingénieur superviseur et ses collaborateurs peuvent ordonner par écrit l'arrêt du travail si cela leur paraît nécessaire au regard des clauses du contrat et de ses spécifications techniques, refuser d'agréer les matériaux et travaux non conformes à ce qui a été convenu. Ils peuvent aussi demander que de petites modifications soient apportées en conformité avec ce qu'exigent les règles de l'art et les usages sans que cela ne rejaille sur la valeur des travaux ni ne soit contraire au but du contrat. Il leur est possible de demander au cocontractant d'effectuer à ses frais un essai, un test ou une analyse des matériaux, ou encore exiger que leur résistance soit testée. Ils peuvent aussi exiger des photos des différentes phases des travaux, toujours aux frais du cocontractant. Cependant, si la partie administrative demande que le test ou l'essai soit effectué une deuxième fois, elle en assumera les frais si le résultat s'avère pour la deuxième fois consécutive conforme aux spécifications exigées. Le cocontractant de l'administration peut demander à l'ingénieur superviseur d'effectuer toute inspection qui serait

¹²⁷ Arrêt de la Cour suprême libyenne, recours administratif n° 23/14, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1978, p. 73.

nécessaire à la poursuite de l'exécution du travail. Cette demande est faite par lettre remise par le cocontractant ou son représentant à l'ingénieur, la copie de la lettre devant être signée à la réception. Dans ce cas, l'ingénieur superviseur doit effectuer l'inspection demandée, faire connaître son avis dans les plus brefs délais et en mentionner le résultat sur le registre du site ».

On en conclut que le législateur libyen est sensible, tout comme son homologue français, à la nécessité du contrôle de l'administration, que celle-ci exerce à chaque fois qu'elle considère que cela favorise le bon déroulement de l'opération contractuelle, ce qui réalise l'intérêt général et garantit le fonctionnement du service public dans la régularité et la continuité. En France comme en Libye, le législateur et la doctrine s'accordent sur le contrôle exercé sur le contrat administratif. Il ressort clairement des exemples cités, tirés aussi bien des textes de lois que de la jurisprudence du Conseil d'Etat français et de la Cour suprême libyenne, que l'administration détient un pouvoir de supervision et de contrôle sur l'exécution par son cocontractant des clauses du contrat et du cahier des charges, qu'elle détient également le pouvoir de diriger son partenaire contractuel dans l'exécution, de choisir les modalités de l'exécution.

La jurisprudence administrative reconnaît à l'administration ce pouvoir en tant que prérogative ayant sa source dans le règlement et non dans le contrat, non susceptible donc de faire l'objet d'une stipulation contraire. C'est aussi une prérogative à laquelle l'administration ne peut renoncer, étant responsable du fonctionnement du service public dans la régularité et la continuité et ayant donc l'obligation de surveiller l'action de tout particulier qui prend part à l'accomplissement du service public. Elle ne peut renoncer à une responsabilité qui est en lien avec le service public. En même temps, le contrôle ne peut se muer en modification de l'objet du contrat¹²⁸.

Nous avons également relevé, en examinant les textes de loi et quelques décisions de justice, en France et en Libye, que ce contrôle s'exerçait au cours de visites menées sur les lieux de travail pour s'assurer, au moyen d'expertises, de la conformité des matériaux utilisés. L'administration peut également intervenir par des actes juridiques, en édictant des ordres exécutoires contraignants pour le cocontractant qui est convié à adapter les moyens de l'exécution et à les modifier si nécessaire. Ces ordres sont considérés comme des décisions administratives, en leur qualité d'actes juridiques unilatéraux produisant des effets juridiques sur les conditions de l'exécution du contrat. Ils sont régis par les règles s'appliquant à l'acte administratif et sont revêtus de la force exécutoire, se distinguant notamment par le fait qu'ils font obligation au cocontractant de les exécuter aussitôt qu'ils sont édictés, sous peine d'engager sa responsabilité juridique¹²⁹.

Le droit de surveillance et de direction compte parmi les principaux privilèges reconnus à l'administration. Il est établi même si le contrat ne le stipule pas. Il puise son

¹²⁸ ALIOUATE Yakouta, Le cadre juridique des marchés publics en droit algérien, Thèse, Université Mentouri, Constantine, Algérie, 2009, p. 219. Egalement : de LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 325.

¹²⁹ AISSA Ryad, Les manifestations du pouvoir de l'administration dans l'exécution des contrats de travaux publics, 1^{ère} éd, Najef, Irak, 1976, p. 127.

fondement, comme nous le verrons, dans les exigences du fonctionnement du service public de manière régulière et continue et de la réalisation de l'intérêt général. L'administration a donc le droit de dépêcher des ingénieurs chargés d'inspecter les lieux de travail pour s'assurer de la bonne exécution du contrat, vérifier la qualité des matériaux utilisés, et, d'une façon générale le bon déroulement de l'exécution en conformité avec les exigences de l'intérêt public.

Un tel droit de contrôle étant reconnu à l'administration, il convient de le distinguer du pouvoir de police administrative. Le contrôle exercé sur le cocontractant ne doit pas se muer en pouvoir de police. S'il est établi, en vertu de la doctrine et de la jurisprudence administratives, que le contrat conclu entre l'administration et son cocontractant ne saurait constituer un obstacle à l'exercice par la partie administrative de ses compétences tirées de la loi et dont l'objectif est le maintien de l'ordre public, l'administration ne peut, d'un autre côté, utiliser son statut d'autorité publique pour imposer à son partenaire contractuel des mesures de police administrative, en mettant à profit le pouvoir de contrôle qui lui est dévolu en vertu du contrat¹³⁰. La différence entre le pouvoir de contrôle de l'exécution des contrats administratifs et le pouvoir de police administrative réside dans le fondement et dans le régime juridique des deux pouvoirs. Les prérogatives de police administrative puisent leur fondement juridique dans un pouvoir reconnu par la constitution au gouvernement de prendre des mesures qui affectent les libertés publiques et l'activité privée dans le but de préserver l'ordre public dans ses éléments fondamentaux que sont la sécurité, le bon ordre et la tranquillité¹³¹.

De ce fait, l'administration peut, en vertu de ses pouvoirs de police administrative, prendre des mesures à l'encontre du cocontractant et des tiers. Elle peut contraindre l'entrepreneur, dans le contrat de travaux publics, ou le concessionnaire, dans le contrat de concession, à tenir compte de certaines directives visant à préserver la sécurité publique ou à prendre des dispositions sanitaires pour empêcher la propagation de maladies ou la pollution de l'environnement¹³². Dans un arrêt du 8 juillet 1930, le conseil d'Etat français a considéré que le cocontractant de l'administration ne pouvait s'abstenir d'exécuter ces directives en arguant que le contrat administratif n'en avait pas fait mention. Il n'a pas d'autre ressource que d'engager contre elles, au même titre que tous les autres particuliers, un recours en annulation, s'il trouve des moyens pertinents à faire valoir. Il lui est réservé en la matière le même traitement qu'à tous les autres particuliers¹³³.

Si l'administration peut faire usage de ses prérogatives en matière de police, elle ne peut pas en tirer argument pour édicter des ordres et des décisions visant à contrôler l'exécution des actes administratifs ou à contraindre son cocontractant à les exécuter d'une manière déterminée¹³⁴.

En dépit de la distinction que nous avons signalée entre pouvoir de contrôle exercé sur le cocontractant et mesures de police administrative, André de LAUBADERE estime que,

¹³⁰ADNAN Omrou, Les principes de droit administratif, 2^{ème}éd, Alexandrie, Egypte, 2004, p. 93.

¹³¹ De LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 323.

¹³² AL BANNA Mahmoud, Les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2007, p. 219.

¹³³ De LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 323.

¹³⁴CE 19 mars 1930, Société toulousaine du Bascale, Recueil Lebon, p. 312.

dans certaines circonstances exceptionnelles, il peut arriver que le législateur consacre des dispositions communes à ces deux catégories de prérogatives comme ce fut le cas dans les législations promulguées les 11 juin 1842 et 15 juillet 1845 qui comportaient à la fois des dispositions relatives au contrôle exercé sur le concessionnaire en matière d'exploitation, et des dispositions afférentes aux mesures de police administrative s'appliquant au service public faisant l'objet de l'exploitation¹³⁵.

Lorsqu'on étudie les arrêts de la juridiction administrative, en France comme en Libye, tels que certains arrêts du Conseil d'Etat français et de la Cour suprême libyenne que nous avons examinés, ainsi que certaines législations promulguées en la matière, on remarque que le droit de contrôle du contrat administratif dévolu à l'administration, dans ses deux acceptions étroite et élargie, est en rapport avec l'ordre public. C'est la raison pour laquelle l'administration n'a pas le droit d'y renoncer dans le cadre du contrat. Toute clause niant ce droit ou le restreignant serait nulle car il tire sa raison d'être des besoins des services publics et de la nécessité d'assurer leur fonctionnement, et pas seulement des stipulations du contrat.

Ce que l'on peut aussi observer, c'est que le droit de contrôle de l'administration, et notamment dans l'acception large du contrôle, ne signifie pas le sacrifice des droits du cocontractant. Il s'agit plutôt de concilier deux considérations. La première est la préservation du consensualisme contractuel ou de la force obligatoire du contrat en tant qu'essence de l'idée de contrat, quel que soit le type de convention considéré, qu'il relève du droit public ou du droit privé. La seconde est la prise en compte des spécificités du contrat administratif et en particulier du rôle qu'y joue l'idée de service public avec ce qu'il en découle de pouvoirs et de privilèges renforcés au profit de l'administration dans ses relations avec son partenaire contractuel. La conciliation de ces deux exigences implique que l'administration exerce ses pouvoirs de contrôle dans des limites raisonnables, de telle sorte qu'elle puisse servir l'intérêt général, sans plus, et dans tous les cas sans perturber l'équilibre du contrat. Et ce sont ces limites que nous allons examiner ci-après.

B. Les limites du pouvoir de contrôle de l'administration sur les contrats administratifs

Si étendu qu'il puisse être, le pouvoir de contrôle ne saurait être dénué de toute restriction. Il est nécessaire que l'administration l'exerce dans des limites et des contraintes déterminées pour ne pas porter atteinte aux droits et aux garanties reconnus à son cocontractant. En d'autres termes, si l'administration, pour des considérations relatives à l'intérêt public, est fondée à exercer un contrôle sur son partenaire contractuel pendant l'exécution de la convention, cela ne doit pas la conduire à s'affranchir totalement du principe fondamental qui commande tous les contrats, à savoir le consensualisme¹³⁶.

¹³⁵ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit p. 324.

¹³⁶ ABOU SAOUD Mahmoud, *Le pouvoir de l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat administratif*, *Revue des sciences juridiques et économiques*, N°1, 1997, Université d'Ain Shams, Le Caire, Egypte, p. 70.

Il y a dès lors un certain nombre de restrictions et de conditions générales dont l'administration doit tenir compte dans la mise en œuvre de son pouvoir, parmi lesquelles :

- L'obligation de prendre les décisions particulières dans le respect des règles générales de la légalité. En application de ce principe, l'administration s'oblige, dans l'exercice du contrôle, à se conformer aux textes législatifs et réglementaires en vigueur car les décisions prises en matière de contrôle sont, quel que soit le fondement du pouvoir considéré, des actes administratifs, soumis en toutes circonstances aux règles de la légalité¹³⁷.

Ces décisions doivent de même être conformes aux dispositions de la loi d'un point de vue objectif, à défaut de quoi elles seraient illégales et sujettes à annulation. Dans tous les cas, le but visé par l'exercice du pouvoir de contrôle doit être la réalisation de l'intérêt général, à défaut de quoi l'acte de l'administration serait entaché d'excès de pouvoir. Par ailleurs, si le pouvoir de contrôle est stipulé dans le contrat, il ne peut être mis en œuvre que dans les limites des conditions stipulées, sans qu'il soit porté atteinte au principe de légalité entendu au sens large.

- L'exercice du pouvoir de contrôle doit viser la satisfaction des besoins du service public du fait que l'intérêt général est le but que l'administration doit poursuivre dans tous ses actes et initiatives, à défaut de quoi ces derniers seraient entachés de détournement de pouvoir. Lorsque la doctrine et la jurisprudence administratives reconnaissent à l'administration des pouvoirs exorbitants dans sa relation à son cocontractant, cela ne se justifie en vérité que par le rattachement du contrat administratif au service public. L'objectif recherché par la mise en œuvre de ces pouvoirs est donc tout entier la garantie de la bonne marche du service et le bon accomplissement des prestations et travaux requis ainsi que la célérité de leur réalisation. Voilà pourquoi, la prise en compte des droits du cocontractant de l'administration impose au juge, en cas de litige, de s'assurer que les décisions et mesures prises par l'administration à l'égard de son partenaire, dans le cadre de son pouvoir de contrôle, se fondent réellement sur les besoins et les exigences du service public et n'obéissent pas à un autre mobile¹³⁸.

Ce qui suppose que l'administration garantisse son cocontractant contre tout arbitraire, toute dérive dans l'utilisation de son pouvoir qui est voué à la réalisation de l'intérêt public. En la matière, s'agissant de la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt privé, la cour suprême libyenne a estimé que « les contrats administratifs se distinguent par un caractère particulier tiré des exigences du service public. L'intérêt général, dans ces contrats, prime toujours sur l'intérêt individuel. Il en découle que l'administration a un pouvoir de surveillance et de

¹³⁷ A propos du sens donné au principe de légalité : Les juristes ne se sont pas accordés sur une définition précise donnée de la légalité. La raison en est que cette notion a toujours varié selon les époques. Cette notion varie aujourd'hui d'un Etat à l'autre selon le courant politique et intellectuel dominant. Certains estiment que la légalité correspond à la souveraineté de la loi alors que d'autres contestent une telle correspondance. On a aussi soutenu que le principe de suprématie de la loi est le principe le plus élevé dont le principe de légalité ne fait que découler. Mais cette dernière distinction n'est pas dominante et on sait aujourd'hui que l'expression « principe de légalité » est synonyme de l'expression « principe de suprématie de la loi ». La légalité qui nous intéresse ici est le respect par l'administration de la loi au sens large. Pour de plus amples précisions sur le principe de légalité, voir EL JABRANI Khalifa, Les juridictions administratives libyennes, Op.cit, pp. 33 et s.

¹³⁸ ABOU ZAID Mustapha, Les juridictions administratives et le Conseil d'Etat, Alexandrie, Egypte, 2004, p. 10.

direction de ces contrats et qu'elle a toujours le droit de modifier les clauses du contrat et d'y en ajouter de nouvelles en fonction de ce qui est considéré comme conforme à l'intérêt général »¹³⁹.

- L'exercice du pouvoir de contrôle ne doit pas conduire à modifier le contenu et la nature du contrat. L'administration ne peut, sous le prétexte de contrôler l'exécution du contrat, édicter à son cocontractant des ordres susceptibles de modifier la nature ou le contenu substantiel du contrat ou excéder les limites naturelles et raisonnables concernant le genre des prestations et leur importance, ou la durée requise pour l'exécution. L'administration et son cocontractant ont conclu un contrat déterminé, ayant un objet et un but déterminés et l'administration ne peut imposer des modifications de l'objet et de la nature du contrat telles que le cocontractant se retrouve devant un nouveau contrat¹⁴⁰.

Ceci en ce qui se rapporte aux contraintes fondamentales auxquelles l'administration doit se plier dans le contrôle du cocontractant. Elle ne dispose donc pas d'un pouvoir affranchi de toute restriction. Elle ne doit pas abuser de son pouvoir, sans quoi son intervention dans le contrôle de l'exécution cesserait d'être opposable au cocontractant.

Si le droit de contrôle de l'administration est établi, s'il est d'ordre public, compte tenu des restrictions que nous avons évoquées, son étendue et sa manifestation sont variables d'un type de contrat à l'autre et en fonction du lien entretenu avec le service public. Et pour l'attester, nous allons en examiner l'application à certains de ces contrats. Nous verrons successivement l'application du contrôle dans les contrats de concession, des travaux publics et de fournitures, en considération de l'importance de ces types de contrats dans la pratique. Le législateur s'y est intéressé, en France comme en Libye, et en a fait des contrats administratifs par détermination de la loi, comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever.

1. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de concession

En vertu du contrat de concession de service public, l'administration confie à un individu ou à une société la gestion d'un service public économique et son exploitation pour une durée limitée. Le concessionnaire fournit des prestations et des biens sous sa responsabilité et les usagers du service public s'acquittent en contrepartie de redevances. La désignation par l'administration, au moyen du contrat de concession, d'un particulier pour gérer un service public, n'est pas considérée comme un renoncement par l'Etat à ce service public. Celui-ci demeure garant et responsable de son fonctionnement et de son exploitation¹⁴¹.

L'opinion dominante de la doctrine, en France et en Libye, est que le pouvoir de contrôle dans le contrat de concession revêt un caractère réglementaire, que les conditions particulières de ce contrôle sont réglementaires et non contractuelles. Ce contrôle existe donc

¹³⁹ Arrêt de la Cour suprême libyenne, recours administratif N° 23/36, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1979, p. 50.

¹⁴⁰ EL FAHAM Ali, Le pouvoir de l'administration en matière de modification du contrat, thèse, Université d'Ain Shams, Le Caire, Egypte, 1975, p. 259.

¹⁴¹ ABDEL MOUNIM Ali, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2000, p. 17.

même si le contrat ne l'a pas stipulé. Et lorsque le contrat a spécifié le contrôle, celui-ci ne tire pas sa source du contrat car celui-ci l'a seulement révélé, il ne lui a pas donné naissance.¹⁴²

Il n'est pas possible de renoncer à ce pouvoir, en tout ou en partie. Même si le contrat a prétendu l'écartier, il existe¹⁴³. L'administration peut réorganiser l'exploitation du service à chaque fois qu'elle le juge nécessaire par un acte unilatéral qui désigne ses représentants chargés du pouvoir de contrôle ainsi que les modalités d'exercice de ce pouvoir. Il découle également du caractère réglementaire du pouvoir de contrôle sur le contrat de concession que le recours contre les décisions portant aménagement de ce pouvoir est un recours en annulation¹⁴⁴.

Le pouvoir de contrôle de l'administration s'étend à tous les aspects du service géré au moyen de la concession. Elle peut imposer au concessionnaire toutes les mesures qui permettent à ses représentants de surveiller ses actes, et édicter des directives, des ordres exécutoires, des interdictions, qui lui imposent d'exploiter et d'administrer le service de la manière qu'elle juge la plus conforme à l'intérêt public.

Mais il faut préciser que l'existence et le fondement juridique du pouvoir de contrôle sur le concessionnaire accordé à l'administration hors des stipulations du contrat et du cahier des charges, font l'objet de divergences en France. Certains contestent ce pouvoir lorsque le contrat et le cahier des charges ne le mentionnent pas et que les lois et règlements ne l'énoncent pas, qu'il s'agisse du pouvoir de surveillance ou de direction. Ceux-là pensent que le contrôle n'existe qu'en vertu d'un texte¹⁴⁵.

D'autres considèrent que ce pouvoir s'exerce dans le cadre de la concession de service public, même s'il n'est pas stipulé dans le contrat et dans le cahier des charges, mais en tant que pouvoir de surveillance exclusivement, ne conférant aucun droit de direction et ce, en se fondant sur l'adage « le concessionnaire gère et l'administration surveille ». André de LAUBADERE estime pour sa part que l'opinion unanime est que le pouvoir de contrôle se situe en dehors des clauses du contrat et du cahier des charges. Si celles-ci le stipulent, c'est uniquement pour l'organiser et le préciser. Et dès lors, le pouvoir de contrôle dans le contrat de concession ne se limite pas aux énoncés de ces textes dont l'administration peut déborder pour mettre en œuvre des pouvoirs de contrôle non stipulés, car l'aménagement de ce contrôle représente une partie des conditions réglementaires dans le cahier des charges. Mais, ajoute

¹⁴² Voir dans ce sens : JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, 1^{ère} partie, 1932, pp. 366 à 371; de même, de LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 343, qui estime que, dans les contrats de concession, l'administration entend maîtriser la gestion du service public et, pour cela, son pouvoir de contrôle est très étendu. Même si ce pouvoir est le plus souvent stipulé dans le contrat, il est en lui-même extérieur à ses clauses. Pour une position contraire, voir : DUFEAU Jean, *Les concessions de service public*, Jurisclasseur administratif, 1970, fasc. 530, p. 17, qui conteste l'existence d'un pouvoir de contrôle dans la concession s'il n'est pas spécifié dans le contrat ou le cahier des charges. Il estime en effet que le pouvoir de contrôle de l'administration trouve son fondement dans le cahier des charges ou dans les lois et règlements applicables au service, objet de la concession. L'administration ne peut exercer ce pouvoir que dans les cas et circonstances prévus par les lois, les règlements ou le cahier des charges. Il s'appuie sur un arrêt du Conseil d'Etat rendu à propos des sociétés des chemins de fer : CE 18 juillet 1930, Cie P.L.M, RDP, 1931, p. 141, conclusions Josse.

¹⁴³ CHEHATA Tewfik, *La concession de service public*, Thèse de doctorat, Paris, 1941, p. 93.

¹⁴⁴ AHMED Ayad, *Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs*, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1973, p. 309.

¹⁴⁵ DUFEAU Jean, *Les concessions de service public*, Op.cit, p. 17.

l'auteur, nous ne sommes là en présence que du contrôle au sens étroit, c'est-à-dire du contrôle-surveillance des clauses du contrat et l'administration n'a pas en réalité un pouvoir de direction dans l'exécution du contrat puisque le concessionnaire est maître de l'exploitation, donc maître des moyens nécessaires à la gestion du service¹⁴⁶.

Un troisième groupe d'auteurs considère que le pouvoir de contrôle reconnu sur l'acte de concession, qu'il s'agisse de surveillance ou de direction, est très étendu. Ce sont des prérogatives de nature réglementaire, existant d'elles-mêmes sans qu'il soit nécessaire de les stipuler dans le contrat ou dans le cahier des charges. Elles existent même lorsque le contrat les écarte. Ces auteurs estiment que lorsque le contrat stipule le contrôle, il ne fait que prendre acte de son statut réglementaire. Ils relèvent que la législation française confirme ce point de vue puisqu'il ressort de l'exposé des motifs de la loi du 3 décembre 1908 relative aux voies ferrées que le pouvoir de contrôle attribué à l'administration inclut également le pouvoir de direction. On y lit en effet qu'il ressort des principes généraux que le gouvernement détient dans le contrat de concession tous les pouvoirs d'intervention, y compris les prérogatives de surveillance et de direction, à moins qu'une loi ou un règlement n'énonce le contraire expressément¹⁴⁷.

On peut donc constater que, dans la doctrine française, les avis divergent sur l'étendue du contrôle de l'administration dans le contrat de concession. S'agissant de la doctrine libyenne en la matière (pratiquement inexistante), on peut dire qu'elle n'aborde pas les points examinés par la doctrine française, se contentant de ce qu'il ressort de la doctrine comparée en France et en Egypte, et dans tous les cas en s'appuyant sur les arrêts de la Cour suprême libyenne et sur les positions adoptées par le législateur libyen dans les règlements successifs relatifs aux contrats administratifs. On relève que le droit libyen n'est guère éloigné du droit français puisqu'il attribue à l'administration un droit de contrôle du concessionnaire qui est à la fois un droit de surveillance et de direction et qui se fonde sur le fait que l'administration poursuit la réalisation de l'intérêt général alors que le concessionnaire ne vise en principe que le profit. L'administration doit donc être libre d'exercer son contrôle avec pour seule contrainte l'intérêt général. La Cour suprême libyenne le confirme lorsqu'elle affirme que « les contrats administratifs se distinguent par des caractéristiques particulières fondées sur les exigences du service public. Dans ces contrats, l'intérêt général prime toujours sur les intérêts particuliers. Il en découle que l'administration a un pouvoir de surveillance et de direction sur l'exécution de ces contrats et dispose toujours du droit d'en modifier les clauses et d'y ajouter des clauses nouvelles dans le sens qui lui apparaît le plus propice à l'intérêt public¹⁴⁸ ». De la même manière, le législateur libyen, dans les règlements successifs qu'il a consacrés aux contrats administratif, règlements dont le dernier date de 2007, a reconnu à l'administration un droit de surveillance et de direction dans plusieurs articles que nous avons mentionnés plus haut. On en conclut, au regard de la jurisprudence de la Cour suprême libyenne et de la réglementation des contrats administratifs, que l'administration peut utiliser son droit de

¹⁴⁶ De LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 351.

¹⁴⁷ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 371.

¹⁴⁸ Arrêt de la Cour suprême libyenne, recours administratif N° 23/36, *Revue de la Cour suprême*, N° 3, 1979, p. 50.

contrôle, qu'il s'agisse de surveillance ou de direction, à la seule condition qu'elle vise la réalisation de l'intérêt général.

Dans le contrat de concession, l'administration exerce à l'égard du concessionnaire des pouvoirs de contrôle techniques, administratifs et financiers. Par contrôle technique, on entend ici le contrôle qu'elle exerce sur le concessionnaire dans le domaine de l'exploitation. Le cahier des charges annexé au contrat de concession en France organise les pouvoirs de l'administration en la matière, ainsi que leurs limites et leur but. Par exemple, s'agissant des contrats de concession de forces hydrauliques, les fonctionnaires de l'administration ont toujours le droit de se rendre dans les zones d'exploitation pour se faire présenter les documents techniques (croquis, plans, etc.) et procéder aux expertises nécessaires sur le débit des forces pour s'assurer de la parité des moyennes d'exploitation¹⁴⁹. En ce qui concerne les concessions de transport et de distribution du gaz, les prérogatives de contrôle technique de l'administration se manifestent dans l'engagement du concessionnaire à remettre au concédant l'ensemble des documents relatifs à l'exploitation ainsi qu'aux difficultés qu'il peut avoir rencontré. Il doit présenter le relevé détaillé des lignes de transport ainsi que les croquis et plans des réseaux, et une évaluation précise du taux de consommation¹⁵⁰.

Le contrôle administratif s'exerce quant à lui de l'intérieur, en ce sens qu'il comprend le contrôle des décisions mêmes prises par le concessionnaire et de leurs orientations générales. Il n'est pas rare que les contrats de concession prévoient l'association de l'autorité administrative à la gestion de l'entreprise concessionnaire en accordant aux représentants de l'administration le droit de superviser la gestion du service et de participer à la prise des décisions internes. Ce contrôle s'exerce par deux moyens : tantôt l'administration désigne un délégué pour assister aux réunions des comités ou conseils d'administration, avec droit de vote ou même parfois de veto, et tantôt elle se donne des pouvoirs renforcés avec le droit de désigner le chef d'entreprise ou un certain nombre de membres du conseil d'administration¹⁵¹.

Quant au contrôle financier, il permet à l'autorité concédante de contrôler les comptes du concessionnaire relatifs à l'exploitation du service public. Dans les contrats de concession, sous leurs différentes formes, le concessionnaire s'engage à tenir à jour des registres de comptes, en conformité avec les règles comptables en usage et l'administration a le droit de les examiner¹⁵².

La jurisprudence française a consacré le droit de contrôle financier de l'administration de manière extensive, dans le sens prescrit par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 18 juillet 1930 concernant l'affaire de la Société des Chemins de Fer. Selon le commissaire du gouvernement Josse, le contrôle financier se divise en contrôle a priori ou préventif et en contrôle a posteriori. Le contrôle a posteriori comprend le règlement des comptes en vertu

¹⁴⁹ DUFEAU Jean, Les concessions de service public, Op.cit, p. 17. Voir également l'article 47 du cahier des charges type des concessions de forces hydrauliques et l'article 30 de la concession à GDF des distributions publiques d'énergie électrique.

¹⁵⁰ On se reportera à ce propos à l'article de Pierre DELVOLLE intitulé « Les concessions de transport et de distribution de gaz », Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 1969, p. 195.

¹⁵¹ CHEHATA Tewfik, La concession de service public, Thèse, Op.cit, p. 95.

¹⁵² AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 1995, p. 199.

d'une décision prise par le ministre compétent qui autorise l'administration à prendre connaissance des documents qu'elle juge nécessaire de consulter, avec le droit d'accepter ou de rejeter les dépenses factices. Le contrôle a priori ou préventif s'exerce quant à lui sur les budgets soumis par le concessionnaire et sur les contrats qu'il conclut avec les tiers. Il permet à l'administration d'attirer l'attention du concessionnaire sur les actes susceptibles de nuire aux intérêts financiers de l'Etat¹⁵³.

Il reste cependant que le contrôle ne doit pas déboucher sur la dénaturation de la concession, jusqu'à en modifier les caractères substantiels. L'administration ne doit pas le faire évoluer au moyen d'une gestion directe, sachant que l'une des spécificités du contrat de concession est que le concessionnaire est le gestionnaire de l'entreprise. Il ne faudrait pas que, sous le prétexte du contrôle, l'administration réduise les pouvoirs du concessionnaire à un point tel qu'il ne soit plus qu'un exécutant, car la concession se muerait alors en administration directe¹⁵⁴. Ce serait le cas si par exemple l'administration décidait qu'un contrat conclu par le concessionnaire avec un tiers et concernant des opérations déterminées ne pourrait s'exécuter sans son accord préalable. On serait alors dans le régime dit de l'autorisation préalable. Le Conseil d'Etat français a abordé cette question dans son arrêt du 18 juillet 1930 précité. Dans l'espèce, les sociétés concessionnaires des voies ferrées en vertu de la convention de 1921 avaient attaqué l'arrêté du ministre des travaux publics qui leur faisait obligation de soumettre à un agrément ministériel les contrats qu'elles entendaient conclure avec les tiers et concernant des matières déterminées telles que la location d'hôtels ou d'emplacements publicitaires, ou la vente de surplus d'énergie électrique. Ces sociétés avaient fait valoir, à l'appui de leur recours en annulation de l'arrêté, que celui-ci modifiait le régime du contrôle institué par le décret du 15 juin 1926 et qui ne prévoyait que la vérification des contrats conclus par les sociétés et non leur autorisation préalable, que l'arrêté était de ce fait illégal. Le Conseil d'Etat devait en effet annuler l'arrêté mais en se contentant d'invoquer la non-conformité de l'arrêté attaqué, au texte du décret mentionné, se fondant donc sur les données disponibles¹⁵⁵. Mais un critère nouveau devait naître des conclusions du commissaire du gouvernement Josse, qui est celui de la dénaturation de la concession ou encore du changement de son objet. Le commissaire du gouvernement s'est demandé s'il était possible d'élargir le pouvoir de contrôle au point d'instituer un régime d'autorisation préalable, en

¹⁵³CE 18 juillet 1930, Cie P.L.M, Op.cit, p. 141, conclusions Josse.

¹⁵⁴ DE LAUBADERE André estime que cette limite est davantage une idée directrice qu'un critère. De ce fait, le juge conserve un grand pouvoir discrétionnaire pour décider du moment où la concession a vu son objet transformé en administration directe et pour apprécier si l'administration a dépassé la limite qui lui est imposée de ne pas renverser l'économie de la concession. Cf. de LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 351.

¹⁵⁵ Le Conseil d'Etat estime dans cet arrêt que, si le ministre peut, d'un côté, en vertu des pouvoirs de contrôle qui sont les siens avant la gestion des lignes de chemins de fer et qu'il tient du décret du 15 juin 1926, demander aux sociétés de lui soumettre les accords et contrats ou projets d'accords et de contrats relatifs à la location d'hôtels, de buffets et débits de boissons, à la location d'emplacements d'affichage et à la vente de surplus de forces électriques, de faire part à ces sociétés d'observations utiles en vue d'opérer les modifications qu'il juge nécessaires relativement aux exigences de la bonne gestion des chemins de fer ou à la protection des intérêts généraux de l'Etat ; et si, d'un autre côté, il ne peut, lors du règlement des comptes des lignes ferroviaires, décider de modifications ou de corrections qui se justifient, aucune loi ne lui reconnaît le droit d'ordonner de soumettre les contrats, objet de la présente instance, à son agrément. Dès lors, c'est à bon droit que les sociétés soutiennent que l'arrêté attaqué est entaché, en ce qui concerne la soumission des accords et contrats à l'agrément ministériel, d'un excès de pouvoir. Voir, pour plus de détails : CE 18 juillet 1930, Cie P.L.M, Op.cit. p. 141.

recourant au besoin à un nouveau décret, et il a conclu au rejet d'une telle idée en se fondant sur le caractère particulier du contrôle exercé sur le concessionnaire. L'agrément des contrats par une autorité autre, extérieure aux concessionnaires, conduirait à substituer le régime de l'administration directe à celui de la concession, ce qui ne serait pas légal. Dès lors, l'administration ne saurait, au prétexte d'organiser le contrôle, soumettre les contrats conclus par le concessionnaire à son agrément et interdire à celui-ci de conclure des contrats et des marchés sans son accord. Un tel pouvoir d'agrément associerait l'administration à la gestion de l'entreprise car il s'étendrait à tout un pan des activités du concessionnaire. De la même manière, l'administration ne peut aménager le contrôle selon des modalités qui sont incompatibles avec la nature juridique de la concession de service public car elle transformerait, ce faisant, le mode d'exploitation en administration directe¹⁵⁶.

Il faut noter que, s'il résulte du contrôle exercé dans les limites de la légalité, un alourdissement des charges financières du concessionnaire ou un renversement de l'équilibre financier du contrat, cela est sans incidence sur la légalité des ordres donnés par l'administration. Les actes de contrôle n'en demeurent pas moins parfaitement légaux et le concessionnaire n'en retire aucun droit à réparation pour rétablir l'équilibre financier du contrat, comme nous le verrons dans la deuxième partie de notre recherche.

2. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de travaux publics

Le contrat de travaux publics est un contrat conclu entre une personne morale publique et un individu ou une société en vue de la réalisation de travaux de construction, de restauration ou d'entretien d'un immeuble pour le compte de la personne morale publique, en contrepartie d'un prix fixé par le contrat¹⁵⁷.

Le code des marchés publics français a veillé à fournir une définition du contrat de travaux publics dans l'article 1 du décret du 7 mars 2001 qui dispose que c'est un contrat dont l'objet est la réalisation de toutes sortes de travaux de construction et de génie à la demande d'une personne publique, maître de l'ouvrage¹⁵⁸.

La Cour suprême libyenne a défini ce contrat dans son arrêt du 26 janvier 1983 comme étant « un contrat d'entreprise conclu entre une personne de droit public et un individu ou une société en vertu duquel l'entrepreneur s'engage à exécuter un travail de construction,

¹⁵⁶ JEZE Gaston estime qu'il y a trois limites au contrôle. La première est en rapport avec le but des actes administratifs : le principe de la spécialisation des buts poursuivis exige que l'administration se contente, en prenant sa décision de contrôle, d'assurer la bonne administration du service géré en concession, à défaut de quoi, sa décision serait entachée de détournement de pouvoir. La deuxième limite tient à ce que la décision de contrôle soit prise par l'autorité compétente, sous réserve du respect des formes et procédures, à défaut de quoi elle serait entachée d'excès de pouvoir. Il est clair que ces deux limites ne sont que l'application du principe de légalité des actes administratifs. Quant à la troisième limite, elle exige que l'organisation du régime de contrôle n'aille pas jusqu'à dénaturer la concession et en changer l'objet. Pour plus de précisions, se reporter à : JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 382.

¹⁵⁷ ALLARD René, *Le droit administratif de l'expropriation et des marchés publics*, 3^{ème} éd, Paris, 1974, p. 139 ; GODFRAIN Philippe, *Droit administratif des biens*, Masson, 3^{ème} éd, Paris, 1987, p. 169.

¹⁵⁸ Le décret du 7 janvier 2004 fournit la même définition dans son article 1. Publié au *Daloz*, *Législation*, p. 984.

de restauration ou d'entretien d'un immeuble pour le compte de la personne morale publique, en vue de la réalisation de l'intérêt public et en contrepartie d'un prix fixé par le contrat"¹⁵⁹.

Les contrats de travaux publics sont parmi ceux où se manifeste le plus le pouvoir administratif de contrôle de l'exécution, aux sens de surveillance et de direction. Cela est dû aux spécificités de ces contrats dans lesquels l'administration a la maîtrise réelle du projet, ce qui conduit à élargir son pouvoir à l'égard de son cocontractant depuis le début de l'exécution jusqu'à la livraison des travaux convenus¹⁶⁰. Ces contrats comprennent aussi par nature un ensemble de clauses dérogatoires susceptibles de placer l'entrepreneur dans une position inférieure qui l'engage à obtempérer aux ordres édictés par l'administration en vue d'orienter l'exécution du contrat et en modifier les clauses initiales convenues. De surcroît, le fait pour l'administration de recourir aux particuliers pour qu'ils concourent à la réalisation d'un projet d'utilité publique, ne l'exonère pas, à l'égard du public, de la responsabilité morale et financière, voire politique, d'en assurer la bonne exécution. Elle est de même responsable des dommages résultant d'une mauvaise exécution des travaux. Elle a de ce fait le droit, et même le devoir, d'exercer sur le cocontractant son droit de surveillance et de direction de manière suivie, en édictant de nombreuses injonctions relatives à la conduite des travaux, conformément aux exigences de l'intérêt public, afin de s'assurer de l'exécution des clauses du contrat et ce, sans qu'il soit nécessaire qu'elle se fonde sur un texte explicite¹⁶¹.

S'il résulte de la mise en œuvre par l'administration de son pouvoir de contrôle des charges matérielles ou un effort supplémentaire pour l'entrepreneur, c'est un risque que ce dernier doit assumer. L'exercice du contrôle qui n'excède pas les limites des prévisions contractuelles ne donne pas lieu à réparation. En contrepartie, si l'entrepreneur est tenu d'exécuter les ordres édictés par l'administration, ses droits ne sauraient être sacrifiés, en vertu de l'article 52/2 du cahier des charges administratives général français de 1976. L'entrepreneur doit exécuter ces ordres et, s'il constate qu'ils excèdent ses obligations contractuelles, il peut y faire objection. Il a le droit de demander une réparation si l'administration n'accueille pas favorablement son opposition mais cette dernière doit être formulée dans les délais prescrits, à défaut de quoi son droit à réparation est frappé de forclusion. Le délai prévu par la législation française pour s'opposer aux ordres est de 15 jours à compter de la date de leur réception par l'entrepreneur. Ces ordres doivent être écrits, datés, numérotés et enregistrés pour être opposables à l'entrepreneur¹⁶². Le Conseil d'Etat prend en compte ces délais de manière très stricte, les considérant comme absolument impératifs, et il fait supporter au cocontractant toutes les conséquences de leur dépassement¹⁶³.

¹⁵⁹ Arrêt de la Cour suprême libyenne du 26 janvier 1983, recours administratif N° 24/38, Revue de la Cour suprême, N° 4, 1979, p. 36.

¹⁶⁰ BONNEAU Henri, Marchés de travaux publics, JCP, Fasc. 520, 1969, p. 3.

¹⁶¹ AUBY Jean-Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens, Domaine, Travaux publics, Expropriation, Dalloz, 2^{ème} éd, Paris, 1993, p. 288.

¹⁶² Ibid., p. 230. Voir également : LLORENS François, Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, Paris, 1981, p. 437.

¹⁶³ CE 23 décembre 1932, Départ de l'Aisne, Recueil Lebon, p. 1140, et CE 5 novembre 1938, Ducos, Recueil Lebon, p. 902.

L'administration dispose d'un plein pouvoir de contrôle, de surveillance autant que de direction, sur l'entrepreneur de travaux publics. Ce point ne fait l'objet d'aucune divergence. Elle peut, en vertu de son pouvoir de surveillance, accéder aux lieux des travaux et obtenir de l'entrepreneur toutes les informations jugées nécessaires. Elle peut également procéder à l'examen des documents et pièces diverses, des outils et des machines. Elle a toute latitude, en matière de pouvoir de direction, d'ordonner le début de l'exécution des travaux car le projet est le sien et c'est elle qui en fixe le lancement. La durée d'exécution des travaux commence à la date fixée par le contrat de façon expresse ou tacite. Si le contrat ne comporte pas de date de début d'exécution, la durée est fixée, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat français, à la date d'annonce par l'entrepreneur de l'ordre de début d'exécution édicté par l'administration. S'il existe à ce propos un différend ou un doute, il conviendra d'établir l'intention commune des parties. Il faut préciser que le travail peut commencer consécutivement à un acte matériel de l'administration, comme par exemple le fait qu'elle remette le site du travail entre les mains de l'entrepreneur¹⁶⁴.

Le législateur libyen a pour sa part inséré dans l'article 87 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 une disposition relative au début de l'exécution des contrats, quel qu'en soit le genre : « La durée fixée pour l'exécution du contrat administratif commence le jour fixé par le contrat pour le début de l'exécution. Si le contrat n'a pas fixé de jour, la durée sera considérée, pour le contrat de travaux publics, comme débutant à la date à laquelle le site est livré à l'entrepreneur vide de tout occupant. Si le site n'est pas vacant, il doit être convenu du temps nécessaire pour le vider. La livraison du site s'effectue par un avis qu'adresse l'autorité contractante à l'entrepreneur. A cette livraison, un procès-verbal signé par les deux parties est rédigé en deux exemplaires dont l'un est remis à l'entrepreneur et l'autre conservé par l'autorité contractante. Si l'entrepreneur ou son représentant n'est pas présent à la livraison du site à la date fixée, il en est dressé procès-verbal dont la date sera considérée comme celle du début de l'exécution ».

Par cette disposition, le législateur libyen a fixé avec une précision qui ne laisse aucune place à l'incertitude le début d'exécution du contrat administratif, que le contrat l'ait stipulé ou non. Il n'accorde donc aucune place en la matière à l'appréciation du juge, conformément à la règle qui veut qu'il n'y a pas lieu à l'interprétation d'un texte explicite.

Lorsqu'il procède à l'exécution du contrat, l'entrepreneur doit en établir un calendrier sur une période déterminée commençant à la date de la signature du contrat. C'est ce qu'affirme l'article 110 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs que nous avons mentionné : « L'entrepreneur doit établir, dans les 15 jours suivant la date du contrat, un calendrier d'exécution du projet dans lequel il doit mentionner les actions et la durée requise pour les réaliser, ainsi que l'ordre chronologique d'exécution. Avant d'agréer le calendrier, l'autorité administrative doit s'assurer qu'il permettra la réalisation des buts convenus contractuellement ».

L'article 114 du même règlement dispose que « l'entrepreneur doit achever tous les travaux qui lui sont confiés par l'autorité contractante dans les délais définis par le contrat ou

¹⁶⁴CE 12 mai 1905, Ville de Trayas, Recueil Lebon, p. 432.CE 5 juin 1942, Badcel, Recueil Lebon, p. 191.

par les dispositions du présent règlement en tenant compte des phases chronologiques convenues ».

Le Conseil d'Etat français a adopté la même position et considéré que l'entrepreneur avait l'obligation d'achever le travail à la fin de la durée déterminée par le contrat et qui peut constituer un délai global et définitif fixé pour la livraison des travaux, ou bien être constituée de durées successives fixées pour chaque tranche de l'opération, ou encore être une durée que les usages ont consacrée pour les travaux similaires et qui s'impose aux deux parties si l'entrepreneur ne s'y est pas opposé¹⁶⁵.

Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle dans le cadre du contrat de travaux publics, l'administration peut ordonner le remplacement ou la révocation des ingénieurs et ouvriers de l'entrepreneur s'ils ont refusé ou négligé l'exécution des directives édictées par les représentants de l'administration, s'ils ont tenté de tromper l'administration ou de contrevenir aux clauses du contrat. Le règlement libyen relatif au contrat administratif dispose dans son article 93 que « le cocontractant est responsable du maintien de l'ordre sur les lieux d'exécution du contrat. Il doit donc tenir compte des exigences de la sécurité et se séparer de tout membre de son personnel que l'autorité contractante lui demanderait d'éloigner de l'exécution du contrat en raison de sa négligence, parce qu'il aurait triché dans l'exécution, pour son refus des directives édictées par l'autorité ou son représentant, ou encore parce qu'il aurait contrevenu aux clauses du contrat ou aux dispositions du présent règlement ».

Enfin, l'article 141 du même règlement indique dans son alinéa h que : « l'entrepreneur est tenu de procéder à l'examen et au contrôle périodiques des travaux et d'en faire rapport à l'autorité contractante, sans que celle-ci ne renonce à son droit de contrôler le déroulement du travail et la bonne qualité du service ou du produit » ; le même article va plus loin et prévoit « le droit pour l'autorité contractante de se substituer à l'entrepreneur dans la gestion du projet pour des motifs sérieux relatifs à l'intérêt général, sur décision motivée de l'autorité ayant délivré l'autorisation de contracter et ce, sans porter atteinte au droit de l'entrepreneur à une indemnisation si ce droit se justifie ».

On voit donc clairement, à la lumière de la jurisprudence administrative et de la loi, aussi bien en France qu'en Libye, que le pouvoir de contrôle dans le contrat de travaux publics est un pouvoir illimité car l'administration, en tant que maître d'œuvre, en exerce la direction et édicte des directives que l'entrepreneur exécute à la lettre, ayant un simple droit à réparation ou à demander la résolution du contrat s'il subit un préjudice du fait des mesures d'exécution prises par l'administration.

¹⁶⁵CE 13 février 1935, Varangue, Recueil Lebon, p. 190.

3. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de fournitures¹⁶⁶

On entend par contrat de fournitures un accord conclu entre l'administration et une personne privée, qui peut être un individu ou une société, en vertu duquel ce dernier s'engage à fournir des biens mobiliers déterminés nécessaires à un service public et ce, en contrepartie du paiement d'un prix déterminé prévu au contrat¹⁶⁷.

La doctrine moderne opère une distinction entre deux types de contrats de fournitures, le premier étant le contrat de fournitures général et le second le contrat de fournitures industriel. Cette distinction a été établie en 1958 après la promulgation en France, dans le cahier des charges administratives générales, de deux arrêtés dont l'un a organisé les contrats de fournitures courants (ou ordinaires) et l'autre les contrats de fournitures industriels propres aux services de la défense nationale¹⁶⁸.

C'est l'évolution qu'ont connue en pratique les contrats de fournitures industriels, qui ont pris de plus en plus d'importance, qui a commandé cette distinction entre les deux types de contrats, chacun se trouvant pourvu d'un régime juridique particulier notamment en ce qui concerne le pouvoir de contrôle exercé par l'administration sur son exécution.

Dans le cadre des contrats de fournitures ordinaires, le contrôle de l'administration consiste dans l'examen des différentes catégories de marchandises préalablement à leur réception définitive, afin de s'assurer de leur conformité aux spécifications convenues. S'agissant de la surveillance exercée sur le cocontractant pendant l'exécution du contrat, la règle est que le fournisseur agisse dans le cadre de ce type de contrat en choisissant en toute liberté et sous sa responsabilité¹⁶⁹ le mode d'exécution. En dépit de cela, l'administration peut conserver un droit de surveillance sur le fournisseur, pendant la phase d'exécution, à condition que cela soit prévu expressément par le contrat ou par le cahier des charges qui lui est annexé. On peut en trouver un exemple dans le cahier des charges générales des contrats de fournitures ordinaires concernant le ministère français de la guerre. En vertu de ce texte, l'administration se réserve le droit de surveiller de manière permanente son cocontractant dans la phase d'exécution du contrat, de sorte que celui-ci est soumis à ce contrôle pendant qu'il supervise le travail d'exécution de ses ouvriers et collaborateurs. Le fournisseur doit en même temps préciser et justifier l'origine des marchandises et permettre à l'administration de procéder à toutes les expertises nécessaires sur les produits qu'il fournit aux fins d'établir leur conformité. Bien qu'étendu, le pouvoir administratif de contrôle n'excède pas la simple surveillance. Il ne se mue pas en pouvoir de direction ou d'intervention dans l'exécution du

¹⁶⁶ Depuis 1956, en France, l'expression contrats de fourniture et de services a remplacé l'expression contrats de fourniture et de transport. Les contrats de services étaient englobés dans l'expression contrats de fourniture et il n'y avait de notion autonome que celle de contrat de transport qui était distincte aux côtés de celle de contrat de fourniture. Aujourd'hui la notion de services s'est séparée de celle de fourniture et elle inclut désormais le transport qui fait partie des contrats de services. L'expression en usage est donc aujourd'hui celle de contrats de fourniture et de services, ces derniers englobant le transport.

¹⁶⁷ HABIB Mahmoud, *Le droit administratif et les moyens et privilèges de l'administration*, Le Caire, Egypte, 2006, p. 167.

¹⁶⁸ HOMONT André, *Les marchés de fournitures et de services*, Jurisclasseur administratif, 1961, Fasc. 525, p. 12.

¹⁶⁹ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 431.

contrat, ce qui est suffisamment indiqué par l'usage constant du terme de surveillance par l'article 45 de ce texte. Par ailleurs, dans ce type de contrat, le contrôle a un fondement conventionnel, il doit avoir été stipulé¹⁷⁰.

Dans le droit libyen, l'idée d'un contrôle administratif sur les contrats de fournitures apparaît dans le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007, aux articles 129 à 135 qui organisent les modalités d'exécution de ces contrats, les règles régissant la fourniture, les échéances de livraison et les pénalités encourues en cas de non respect des délais de livraison convenus. L'article 129 indique que « s'agissant de la fourniture de marchandises provenant de l'étranger, l'autorité contractante doit charger une société inscrite au registre d'agrément et de classement des sociétés d'inspection tenu par l'autorité compétente, d'inspecter les marchandises avant leur chargement, le certificat qu'elle délivre devant compter au nombre des documents de chargement. La présence du représentant de la société d'inspection est exigée au moment et sur les lieux de la réception définitive des marchandises par l'autorité contractante ».

Ce règlement indique également que le fournisseur doit respecter le délai de fourniture fixé et que l'autorité contractante doit contrôler les marchandises en procédant à leur examen afin de s'assurer de leur conformité aux spécifications contractuelles. C'est ce qu'affirme l'article 130 libellé comme suit : « Le cocontractant livre à l'autorité contractante dans les délais fixés, au port d'arrivée ou au lieu convenu contractuellement, les articles qui font l'objet du contrat, frais et taxes payés, et conformes à la commande en nombre et en poids ou en mesure, conformément aux clauses du contrat et aux échantillons agréés. La réception est effectuée par une commission ad hoc désignée par l'autorité contractante ou toute autre autorité compétente chargée de cette mission. La commission ou l'autorité compétente prend livraison des articles après les avoir examinés et s'être assuré qu'ils sont conformes aux spécifications et ne diffèrent pas des échantillons agréés. Tout cela s'effectue en présence du cocontractant ou de son représentant, sous réserve des dispositions de l'article 7. Un récépissé provisoire est délivré dans lequel est précisé l'état des articles et ce, jusqu'à ce que le cocontractant soit avisé de la date de réunion de la commission d'inspection et de réception définitive. La décision prise par la commission chargée de l'acceptation ou du refus des articles est réputée définitive dès qu'elle est approuvée par l'autorité contractuelle ».

On déduit de ce qui précède que le contrôle de l'administration sur son cocontractant dans les contrats de fournitures ordinaires déroge à la règle générale selon laquelle le fournisseur est libre de choisir le mode d'exécution, sous sa responsabilité. C'est une dérogation par laquelle est institué un contrôle au sens étroit du terme, c'est-à-dire au sens de surveillance seulement, qui ne saurait aller jusqu'à la direction ou l'intervention dans l'exécution du contrat.

Il en va autrement pour ce qui concerne les contrats de fournitures industriels dans lesquels l'administration ne donne pas uniquement son accord sur la fourniture, mais aussi sur le type d'industrie, surtout lorsque ce sont des articles ayant une importance particulière en

¹⁷⁰ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 403.

rapport avec un effort de guerre qui constituent l'objet du contrat. Le contrôle de l'administration ne s'exerce alors pas uniquement sur la livraison. Il peut s'exercer sur le cocontractant tout au long de l'exécution¹⁷¹. Les cahiers des charges des contrats de ce type veillent en France à faire valoir tous les moyens auxquels recourt l'administration. L'article 37 du cahier des charges générales des contrats de fournitures industriels indique que le fournisseur s'engage à permettre aux représentants de l'administration d'inspecter le déroulement du travail dans ses usines et à mettre à leur disposition tous les documents et pièces qui leur permettront d'opérer les vérifications afin de s'assurer de la conformité des opérations de fabrication aux stipulations contractuelles. L'administration peut, s'il lui apparaît qu'un des éléments du produit n'est pas conforme à ce qui a été convenu, le refuser ou émettre à son sujet des réserves qu'elle enregistre en cours d'exécution¹⁷².

L'article 223 du code des contrats administratifs français de 1989 comporte aussi des dispositions relatives au contrôle financier qui s'exerce sur le cocontractant dans le cadre des contrats de ce type à propos du prix de revient. Le cocontractant s'engage en effet à communiquer à l'administration tous les documents et registres qui lui permettront d'exercer son contrôle¹⁷³.

Dans le domaine des contrats de fournitures militaires, qui sont le meilleur exemple de contrat de fournitures industriel, le professeur Jacques DAUMARD mentionne de nombreux moyens de contrôle utilisés par l'administration. Contrairement à ce que nous avons indiqué, relativement aux contrats de fournitures ordinaires, à propos du pouvoir de surveillance de l'administration considéré comme exceptionnel et ne pouvant exister qu'en vertu d'une clause explicite du contrat, l'administration, dans le contrat de fournitures militaires, conserve toujours son droit de surveillance sur le fournisseur, dans ses usines et établissements, selon des modalités qui font que cette surveillance constitue la règle¹⁷⁴.

Deux idées fondamentales régissent le contrôle administratif dans les contrats de fournitures. La première concerne la liberté d'action du fournisseur dans le contrat de fournitures ordinaire avec cette règle selon laquelle, en l'absence de stipulation expresse dans le contrat, le cocontractant est libre de recourir à l'entreprise de son choix pour se fournir en produits et en machines. La seconde, relative aux contrats de fournitures industriels, est que le régime de l'intervention de l'Etat diffère sur de nombreux points et fondamentalement, de ce qu'il est dans les contrats de fournitures ordinaires. C'est un régime qui se rapproche de celui applicable aux contrats de travaux publics car l'administration peut exercer un pouvoir de

¹⁷¹ Certains définissent le contrat de fourniture industriel comme le contrat de fabrication et de fournitures qui, du fait de sa technicité particulière, exige un contrôle permanent de l'administration sur la fabrication. Voir à ce propos : HOMONT André, Les marchés de fournitures et de services, Op.cit, p. 12. D'autres considèrent que ces contrats sont relatifs à des fournitures qui se distinguent à la fois par le fait qu'elles sont de fabrication complexe et qu'elles sont destinées à l'usage de l'administration, la rencontre de ces deux éléments exigeant un contrôle permanent de l'administration sur la fabrication. Observons qu'il existe des produits dont la fabrication est complexe sans exiger un tel contrôle, comme la construction automobile, de même qu'il existe des produits dont l'utilisation est réservée à l'administration mais qui ne requièrent pas un tel contrôle, comme certains vêtements spéciaux. Pour plus de détails, voir : LAMSON A., Une nouvelle catégorie de contrat administratif, les marchés industriels, RFDA, 1955, p. 126.

¹⁷² AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 218.

¹⁷³ Code administratif, Dalloz, édition de 1989, p. 1216.

¹⁷⁴ DAUMARD Jacques, Les contrats de fournitures militaires, Paris, 1963, p. 126.

contrôle dans le double sens de surveillance et de direction. Ses collaborateurs ont le droit d'accéder aux lieux de travail pour y consulter tous documents. L'administration peut intervenir sur les modes et moyens de l'exécution, interdire ou imposer l'utilisation de telle ou telle méthode d'exécution. C'est donc un réel pouvoir de direction qu'elle exerce sur les contrats de fournitures industriels et dont elle ne dispose pas dans le contrôle exercé sur les contrats de fournitures ordinaires¹⁷⁵.

Cependant, bien que le contrôle de l'administration sur son cocontractant dans les contrats de fournitures ordinaires soit étendu, son intervention étant la règle elle doit tenir compte, dans la mise en œuvre du contrôle, de certaines restrictions. Nous voulons parler de l'interdiction qui lui est faite d'intervenir dans la gestion du projet d'une manière qui fasse obstruction au fournisseur ou lui lie les mains, l'empêchant d'accomplir les actes auxquels il s'est engagé de la meilleure manière possible.

Sous-section 2 : La nature juridique du pouvoir de contrôle

Il ne fait aucun doute que le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'exécution des contrats administratifs constitue l'une des prérogatives importantes qui concrétise le principe dominant de la théorie du contrat administratif selon lequel un tel contrat n'engage pas l'administration de la même manière qu'un contrat civil engage l'une de ses parties. Cela rend indispensable la recherche de la base légale sur laquelle repose le pouvoir de contrôle de l'administration. Cette recherche ne se conçoit que par la détermination de la source d'une telle prérogative. A ce propos, il arrive que ce soit le contrat lui-même ou le cahier des charges qui organise le pouvoir de contrôle de l'administration sur l'exécution de la convention. Mais il arrive aussi que ce pouvoir soit tiré de lois ou de règlements. C'est dire que la source de ce pouvoir réside dans le contrat ou dans les lois et règlements. Quant à l'hypothèse de l'absence de texte, on y voit la doctrine diverger sur la base légale du contrôle. Nous nous efforcerons de faire ressortir dans cette sous-section les différents points de vue en la matière. Nous examinerons également quelques illustrations du contrôle avant et pendant l'exécution du contrat, en en fournissant une idée générale que nous étayerons de dispositions légales et de décisions juridictionnelles rendues sur cette question, aussi bien en France qu'en Libye.

A : La base légale du pouvoir de contrôle

Le droit de contrôle, de surveillance et de direction de l'administration est un droit établi avec constance et qui, dans tous les contrats administratifs, ne prête pas à contestation, que le contrat considéré l'ait stipulé ou non¹⁷⁶, qu'il existe des textes législatifs ou

¹⁷⁵ Voir : LAMSON A., Une nouvelle catégorie de contrat administratif, les marchés industriels, Op.cit, p. 126. L'auteur estime que le cahier des charges générales relatives au contrat de fournitures industrielles accorde à l'administration un pouvoir général de surveillance de l'exécution, que ce droit se trouve dans tous les contrats industriels auxquels s'applique le nouveau cahier des charges générales et que ce cahier l'habilite à recourir dans ces contrats aux ordres de service qui sont typiques des contrats de travaux publics.

¹⁷⁶CE 27 juillet 1932, Léonard, Recueil Lebon, p. 799.

réglementaires ou encore un cahier des charges qui l'aient organisé ou pas¹⁷⁷. Mieux encore, ce pouvoir existe même si un texte dispose ou stipule le contraire. L'administration ne peut renoncer à utiliser ses pouvoirs et privilèges en matière de contrats administratifs. En vérité, pour déterminer la base juridique du pouvoir de contrôle de l'administration, il faut tout simplement s'enquérir de la source de ce pouvoir. Cette source peut être écrite, le contrat ou le cahier des charges ou bien encore des lois et règlements. A défaut, elle se trouve ailleurs, tirée de la nature spécifique des contrats administratifs et de ce que ces derniers exigent en termes de régularité, de continuité et d'adéquation à l'utilité publique. Pour cerner la base légale de ce pouvoir, il nous faut distinguer les cas où il est prescrit par un texte conventionnel ou par les lois et règlements et les cas où il n'est prescrit nulle part, en précisant les conséquences qui en découlent.

1. Le pouvoir de contrôle fondé sur un texte

C'est l'hypothèse où le contrat administratif ou le cahier des charges qui lui est annexé, avec le régime juridique qui s'y applique, mentionnent le pouvoir de contrôle, de surveillance et de direction de l'administration, précisant alors le mode d'exercice de cette prérogative et ce qui s'y rattache comme moyens et garanties. C'est également l'hypothèse où la loi ou le règlement évoquent ce pouvoir de contrôle. Dans le premier cas, les contrats et cahiers des charges renferment des clauses détaillant le mode d'exercice du pouvoir de contrôle par l'administration et, en contrepartie, les garanties reconnues au cocontractant. Dans le second, ce sont des lois et règlements applicables à une catégorie déterminée de contrats qui imposent des obligations au cocontractant vis-à-vis de l'administration, en accordant à celle-ci des pouvoirs de contrôle de l'exécution de ces contrats assortis de sanctions contre le cocontractant défaillant. Il n'est pas rare que ces lois et règlements déterminent avec précision les modes d'exercice de ce pouvoir, auquel cas ces textes doivent s'appliquer et le pouvoir de contrôle y puise sa source¹⁷⁸.

Le pouvoir de contrôle tiré du contrat et du cahier des charges diffère de celui qui puise sa source dans les lois et règlements. Dans ce dernier cas, il faut établir une distinction entre les textes qui établissent et organisent les pouvoirs de police attribués en dehors du cadre conventionnel et ceux qui organisent les pouvoirs de contrôle proprement dit de l'administration. Les premiers sont considérés comme la simple application des privilèges et pouvoirs de l'Etat dans l'organisation et la gestion des services publics. Il en va ainsi pour les textes qui organisent les prérogatives réglementaires dans le contrat de concession de service public et dont l'objet est de pourvoir l'administration d'un pouvoir d'organisation du service et de modification de sa gestion et de son exploitation, ou pour ceux qui accordent au concessionnaire des droits relevant de la puissance publique. La mise en œuvre par l'administration de telles prérogatives s'effectue par des actes administratifs ordinaires sans relation avec le lien contractuel même si elles sont mentionnées dans le contrat. Les litiges qui

¹⁷⁷ DUFEAU Jean, Concession de service public, Jurisclasseur administratif, fasc. N°539.

¹⁷⁸ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 292.

s'y rapportent relèvent de ce fait du contentieux de l'annulation¹⁷⁹, à moins que le cocontractant ne réclame une indemnisation, auquel cas le juge du contrat serait compétent. Quant aux seconds, ce sont ceux qui énoncent et aménagent les pouvoirs de contrôle établis qui sont reconnus à l'administration dans le cadre contractuel. Ce sont des textes qui s'insèrent dans les clauses du contrat dont elles deviennent partie intégrante. Ce sont les lois et règlements dans le cadre desquels le contrat se conclut, qui s'adressent à tous, dont le contenu est réputé connu de tous les partenaires potentiels de l'administration de telle sorte que, lorsqu'ils en viennent à contracter avec l'administration, ils sont réputés en avoir accepté les dispositions qui s'insèrent dès lors dans les clauses du contrat dont elles deviennent une part constitutive d'obligations desquelles ils ne sauraient se délier. Ce sont des dispositions qui tiennent lieu de clauses contractuelles et dont les litiges susceptibles de naître relèvent de la compétence du juge des contrats¹⁸⁰.

S'agissant du pouvoir de contrôle attribué en vertu du contrat ou du cahier des charges, ses clauses constitutives sont réputées être des stipulations dérogatoires qui confèrent au contrat son caractère administratif. Elles définissent les modalités et les moyens par lesquels l'administration met en œuvre son contrôle et constituent de ce fait pour elle des restrictions et pour son cocontractant des garanties essentielles¹⁸¹. Parmi les exemples de clauses de contrôle contenues dans le contrat et le cahier des charges, citons celles qui instituent au profit de l'administration un droit de contrôle sur les taxes imposées aux usagers dans le contrat de concession, un droit de direction de l'exécution dans le contrat de travaux publics, ou encore celles qui définissent les moyens de surveillance de l'exécution dans les contrats de fournitures¹⁸². Le principe est que les litiges nés de l'exercice du pouvoir de contrôle en la matière sont de la compétence du juge du contrat même si l'exercice du contrôle prend la forme d'actes administratifs, et ce, à l'exclusion de deux cas : le premier est celui où le litige oppose l'administration à une personne autre que son cocontractant, par exemple un usager du service public dans le cadre de la concession; le second est celui où le litige est relatif à des actes séparables du contrat, pris simultanément avec sa conclusion. Les litiges nés de ces actes, dans les deux cas mentionnés, relèvent du contentieux de l'annulation. Cependant, le fait que le pouvoir de contrôle trouve sa source dans le contrat ou le cahier des charges n'en modifie pas la nature, en considération de ce que ce pouvoir est originel, existant en soi et tiré du régime juridique du contrat administratif lui-même, le contrat se limitant à l'énoncer, à en

¹⁷⁹CE 6 décembre 1907, Cie du Nord, Recueil Lebon, p. 919, conclusions Tardieu, Cet arrêt avait été rendu à propos de l'exercice par l'administration, de son pouvoir de contrôle sur les sociétés de chemins de fer concessionnaires de service public. Le commissaire du gouvernement Tardieu avait relevé dans son rapport que les directives édictées par l'Etat aux sociétés concessionnaires diffèrent selon qu'elles sont édictées conformément au cahier des charges ou en vertu des règlements. Dans le premier cas, il faut recourir au juge du contrat, alors que dans le second, lorsque l'Etat recourt au pouvoir de police pour imposer aux sociétés de nouvelles obligations, la légalité de telles mesures doit être examinée en tant que telle, sans être rapportée au contrat, et les sociétés doivent se pourvoir contre ces directives au moyen du recours pour excès de pouvoir.

¹⁸⁰ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit. p. 293.

¹⁸¹ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 15.

¹⁸²CE 20 juillet 1917, Cie générale des automobiles, Recueil Lebon, p. 595.

définir l'étendue et à en aménager les voies et moyens de mise en œuvre. Il n'en est pas le créateur en tant que pouvoir originaire préexistant en soi¹⁸³.

2. Le pouvoir de contrôle non fondé sur un texte

Il est posé par la doctrine et la jurisprudence, en France comme en Libye, que si le contrat ou le cahier des charges n'a pas stipulé au profit de l'autorité administrative un droit de contrôle de l'exécution du contrat et si les lois et règlements ne l'ont pas davantage prescrit, le pouvoir de contrôle de l'administration n'en existe pas moins par lui-même sans qu'il faille invoquer un texte particulier, du fait que cette prérogative a un caractère autonome tiré des principes généraux. Il est de même admis que le contrat, s'il renferme une clause relative à ce pouvoir, n'en est pas pour autant la source, son rôle se limitant à l'organiser et à aménager les moyens et conditions de sa mise en œuvre¹⁸⁴. Les auteurs qui soutiennent ce point de vue font une distinction entre le pouvoir de contrôle sur les contrats administratifs et le droit de contrôle dans les contrats de droit privé, en se fondant sur le fait que les contrats administratifs se distinguent des contrats civils en ceci que l'administration bénéficie du pouvoir de contrôle de l'exécution même en cas de silence du contrat¹⁸⁵. Le droit de contrôle et de direction dévolu à l'administration n'est pas annihilé du seul fait que le contrat ne le mentionne pas car il est d'ordre public et se rapporte au contrat administratif dans son essence¹⁸⁶. De ce fait, le pouvoir de contrôle est l'un des pouvoirs incontestés de l'administration qui l'exerce de la manière qui garantit le mieux le meilleur fonctionnement et le plus régulier du service public. Le droit français a dévolu à l'administration de larges pouvoirs dans l'exécution du contrat, dont le pouvoir de contrôle a posteriori pour une gestion et une exécution du contrat qui fasse primer l'intérêt public sur l'intérêt privé¹⁸⁷.

En France, l'exposé des motifs de la loi du 13 décembre 1908 relative aux chemins de fer et aux cours d'eau énonce que le gouvernement, en tant que personne publique, détient dans le contrat de concession tous les pouvoirs d'intervention, de contrôle et de direction et les auteurs français estiment que cette règle, posée pour le contrat de concession, s'étend à tous les contrats administratifs¹⁸⁸.

Le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 mentionne le droit de contrôle de l'administration dans son article 141 qui dispose que « les contrats relatifs aux projets définis dans le présent chapitre sont conclus conformément aux dispositions du présent

¹⁸³ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 319. Celui-ci relève que c'est le cahier des charges générales ou le contrat lui-même qui énonce les pouvoirs relatifs à l'intervention. Mais ces pouvoirs se rattachent à la nature spécifique du contrat administratif et existent donc de façon autonome même en cas de silence du contrat. Il constate aussi que le contrat organise ces pouvoirs, qu'il restreint ou élargit, sans créer le pouvoir dans son principe, ce dernier résultant des exigences de l'intérêt général qu'il revient à l'administration de réaliser, par son activité contractuelle ainsi que par ses autres activités.

¹⁸⁴ ALI Ibrahim, *Les effets des contrats administratifs*, Le Caire, Egypte, 2003, p. 9. Voir également : PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale des contrats administratifs*, Op.cit, p. 17; JEZE, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 431; Conclusions CHARDENTE sous CE, 30 mars 1916, *Cie du gaz de Bordeaux*.

¹⁸⁵ ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Op.cit, p. 148.

¹⁸⁶ POUYAUD Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, 2001, p. 243.

¹⁸⁷ RICHIER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 3^{ème} éd, LGDJ, Paris, 2002, p. 236.

¹⁸⁸ JEZE, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 431; PEQUIGNOT, *Théorie générale des contrats administratifs*, Op.cit, p. 18.

règlement et d'une manière qui ne soit pas incompatible avec la nature de ces projets, en tenant compte de :

h- L'obligation faite à l'entrepreneur de vérifier et de contrôler périodiquement le projet et de présenter à ce sujet des rapports à l'autorité contractante, celle-ci se réservant le droit de contrôler le recrutement et la qualité du service ou du produit.

w- Des bases d'évaluation de l'état technique de livraison des installations du projet ».

L'article 127 du même règlement dispose également que « l'autorité contractante constitue une commission technique chargée de l'inspection et de la réception finale, en tenant compte dans sa composition des compétences qui correspondent aux travaux objet du contrat. Il est possible de solliciter à cette fin l'aide de l'autorité qui supervise l'exécution. S'il s'avère que les travaux ont été exécutés d'une manière correcte, en conformité avec le contrat, ses conditions et ses spécifications, il peut être procédé à leur réception finale avec rédaction d'un procès-verbal établi en quatre exemplaires signés par la commission de réception, le représentant de l'autorité et l'entrepreneur ou son représentant. Une copie est remise à l'entrepreneur ou son représentant. S'il ressort de l'inspection que l'entrepreneur n'a pas rempli certains de ses engagements, la réception finale est ajournée jusqu'à ce qu'il ait accompli les travaux demandés ».

Il ressort des textes cités que le législateur libyen a conféré à l'administration le droit de contrôler son cocontractant lorsque l'intérêt général l'exige.

Mais, dans l'hypothèse où les contractants s'abstiennent de mentionner expressément dans le contrat le droit de contrôle, la doctrine diverge sur le fondement juridique du pouvoir. Nous avons montré dans ce qui précède que, si le contrôle est spécifié dans le contrat ou le cahier des charges, ou encore dans les lois et règlements, il devient contraignant, dans les termes mêmes où il est énoncé. C'est dans le cas contraire, celui où il n'est pas spécifié expressément, que les opinions divergent sur le fondement juridique de ce pouvoir. Certains auteurs considèrent que la nature juridique du service public est le seul fondement de ce pouvoir. Ils s'appuient pour cela sur le fait que, même lorsque le contrat n'en fait pas mention, les principes de régularité et de continuité dans le fonctionnement du service public justifient l'existence du droit de contrôle sur l'exécution du contrat et de sanction du cocontractant défaillant, afin de garantir une gestion du service dégagée de toute entrave. Ces auteurs considèrent que là où il y a un service public, il y aura un pouvoir de contrôle, que le contrat l'ait stipulé ou non¹⁸⁹.

Dans cette vision, on considère donc que l'administration contrôle l'exécution même si cela n'est prescrit ni dans le contrat ni dans les lois et règlements, car le contrôle n'a pas son fondement dans ces sources mais dans l'idée de service public dont l'administration est responsable de la gestion même si elle n'en assume pas elle-même les besoins et ne pourvoit pas directement aux services qu'il exige. C'est à elle qu'il revient de superviser et de diriger l'action des particuliers lorsque celle-ci concourt à la gestion du service public.

¹⁸⁹ JEZE, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 336 ; SHEHATA Tewfik, La concession de service public, Op.cit, p. 93. Voir également CE, 6 décembre 1967, Société P.L.M, Recueil Lebon, p. 918, Conclusions Tardieu.

Mais il en est, parmi les tenants de cette approche, qui considèrent qu'il faut s'en tenir aux seuls besoins du service public, en ce sens que ce sont les exigences de ce service qui justifient la direction de l'exécution du contrat et l'intervention en vue d'en déterminer la conduite et les modalités d'exécution. L'administration ne peut en conséquence recourir, dans l'utilisation de ce pouvoir, à l'idée d'intérêt général dans son acception absolue. Soutenir le contraire conduirait à ouvrir la voie à toutes les pratiques, rendant possible un usage inapproprié du pouvoir, dans la mesure où la notion d'intérêt général est une notion par trop élastique¹⁹⁰.

Un deuxième groupe d'auteurs estime que, dans le silence des textes sur le pouvoir de contrôle de l'administration, la nature juridique du service ne saurait à elle seule tenir lieu de base juridique. Il convient d'invoquer l'idée d'une intention commune des contractants, en tant que volonté tacite déduite des circonstances de la conclusion du contrat, en considérant que le cocontractant de l'administration, en décidant de contracter, a pleine connaissance des pouvoirs de l'administration et consent aux privilèges dont elle dispose dans le cadre des contrats administratifs, à rebours de ce qu'il en est des contrats civils ordinaires¹⁹¹.

Un troisième groupe estime au contraire que les règles régissant les contrats administratifs, que la thèse précédente fonde sur l'intention commune des contractants, ne sont en réalité que des règles préexistantes élaborées par la jurisprudence qui les a fondées sur un ensemble de considérations reposant sur la nature du contrat administratif lui-même, et que l'idée d'intention commune des contractants, quand bien même elle jouerait un rôle essentiel, n'est pas la seule à l'œuvre en la matière. Il relève que les pouvoirs d'intervention de l'administration en cours d'exécution du contrat sont souvent stipulés dans le cahier des charges ou dans le contrat. Ils sont donc tirés des spécificités du contrat administratif. En eux-mêmes, ces pouvoirs sont extérieurs au contrat au sens qu'il ne leur donne pas naissance et ne fait que les organiser et définir l'étendue de leur mise en œuvre. Les pouvoirs de l'administration se fondent, dans cette perspective, sur les exigences de l'intérêt public qu'il revient à l'administration de réaliser au moyen de son activité contractuelle comme au moyen de toutes ses autres activités¹⁹². Les tenants de cette thèse en concluent que le pouvoir de l'administration se fonde sur la réalisation de l'intérêt public qui lui incombe à part entière et à laquelle elle est tenue à l'exclusion de tout autre acteur. Et cette vision a été ratifiée par un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat français¹⁹³.

On doit ajouter à ces opinions doctrinales celle qui voit dans le droit de contrôle de l'administration la marque des procédés du droit public, dans le champ des contrats administratifs, qui confèrent à l'administration le droit d'intervenir dans le contrat dans ces différentes phases avec les attributs de l'autorité et de la souveraineté. Dans ce contexte, le

¹⁹⁰ TRUCHET Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977, p. 55.

¹⁹¹ PEQUIGNOT, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 17.

¹⁹² DELAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 319.

¹⁹³ Voir par exemple : CE 22 février 1952, Soc, Recueil Lebon, p. 131.

contrôle et la direction ne sont, dans le contrat administratif, qu'une manifestation des privilèges qui reviennent à l'administration¹⁹⁴.

La jurisprudence libyenne a, pour sa part, adopté en la matière un double critère. Elle s'est ralliée à l'idée que le fondement juridique du contrôle est constitué par les notions d'intérêt général et de service public, en ce sens que l'administration ne s'est vue reconnaître ce droit qu'en vue de la réalisation de l'intérêt public, par la gestion régulière et continue du service public. C'est ce qui a conduit la Cour suprême libyenne à estimer dans un arrêt rendu en avril 1979 que « les contrats administratifs se distinguent par un caractère propre fondé sur les exigences du service public et de l'intérêt général qui prime toujours dans ces contrats l'intérêt individuel privé. Il en résulte qu'il revient à l'administration un pouvoir de surveillance et de direction de l'exécution de ces contrats et qu'elle a toujours le droit de modifier les clauses du contrat et d'en ajouter de nouvelles en fonction de ce qui lui paraît le plus conforme à l'intérêt général »¹⁹⁵.

La jurisprudence libyenne a donc retenu les idées de service public et d'intérêt général comme fondement du pouvoir de contrôle dans les cas où ce pouvoir n'est pas édicté par le contrat, le cahier des charges ou les lois et règlements. C'est à ce critère qu'elle a recours dans la plupart de ses arrêts qui invoquent la réalisation de l'intérêt public en général et les exigences du service public en particulier.

Après avoir étudié les principales opinions relatives au fondement juridique du pouvoir de contrôle et de direction sur les contrats administratifs en cas d'absence de texte le spécifiant, il nous apparaît qu'il convient de ne pas nous ranger à l'une de ces opinions en particulier. La nature spécifique et distinctive des contrats administratifs et l'idée de service public satisfont à toutes les considérations et conviennent, en tant que fondement juridique du contrôle qui vient pallier le silence des textes. Il faut cependant tenir compte de la nécessité pour l'administration de se garder une marge d'appréciation et de ne pas excéder, dans la mise en œuvre de son contrôle, certaines limites, par souci de ne pas décourager les particuliers de nouer avec elle des liens contractuels. De l'exercice du contrôle, il peut parfois résulter une mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'administration à l'égard de son cocontractant qui peut lui demander réparation en cas de faute. Parmi les exemples de fautes de l'administration constitutives d'abus de contrôle et de direction, on trouve dans les arrêts du Conseil d'Etat français, le fait qu'elle exige l'utilisation de matières premières qui ne répondent pas aux nécessités de l'exécution du travail ou qu'elle refuse des produits sans justification, ou bien encore qu'elle demande à l'entrepreneur de faire appel à un nombre d'ouvriers supérieur à ce qui est requis par les usages¹⁹⁶.

¹⁹⁴ EL KABISSI Abdallah, Le pouvoir de l'administration à l'égard de son cocontractant, Op.cit, p. 38.

¹⁹⁵ Cour suprême libyenne, recours administratif N° 23/36, Revue de la Cour suprême libyenne, avril 1979, p. 50.

¹⁹⁶CE 24 juillet 1987, Entreprise Lefebvre, RDP, 1988, p. 144.

B : Les étapes du contrôle sur les contrats administratifs

Après avoir examiné le pouvoir de contrôle sur les contrats administratifs, en nous penchant sur le contrôle, ses limites et son fondement juridique, il convient de voir maintenant comment s'effectue ce contrôle et quelles en sont les étapes. A cette fin, nous aborderons les modalités de mise en œuvre du contrôle et ses principales étapes, en examinant l'étape préparatoire à la conclusion du contrat, la phase de conclusion et enfin celle de l'exécution. Nous étudierons ces étapes successivement et de façon détaillée.

1. Le contrôle dans la phase préparatoire à la conclusion du contrat administratif

Pendant cette phase, l'administration prend, à l'égard du cocontractant, les précautions qui s'imposent avant de conclure le contrat. Dans la mesure où l'opération contractuelle possède des aspects juridiques régis par des règles de procédure bien définies ainsi que des aspects techniques régis par des impératifs aussi bien techniques que financiers, il est dans la nature des choses que l'administration exerce un contrôle multiforme à l'égard de son partenaire¹⁹⁷. L'engagement contractuel doit donc se faire sur la base de spécifications techniques édictées sur avis d'une commission technique experte dans les catégories de services et produits demandés et appliquant les normes gouvernementales relatives aux mesures et aux fournitures, ainsi que toutes autres normes édictées et agréées par les instances techniques compétentes. Sur cette base, le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 dispose dans son article 13 que « les normes relatives aux travaux, projets et fournitures doivent être posées de telle sorte qu'elles soient détaillées, précises et conformes aux normes de mesure, en se référant aux normes internationales en cas d'absence de normes de mesures libyennes. Il convient également d'éviter de mentionner la description, le numéro, le genre distinctif, la marque déterminée ou des normes correspondant à des modèles particuliers ».

L'importance qu'il y a à poser des critères de contrôle en accord avec les résultats attendus se fait jour dans cette étape. Il est souvent fait mention de ces critères dans les programmes et plans ou dans la politique arrêtée. Ce sont les indices programmatiques qui englobent les critères de contrôle sur des unités de travail déterminées pris pour base dans la comparaison et la mesure de la quantité de travail requise, le niveau de ce travail et le temps qui lui est nécessaire.

L'autorité qui fait l'offre contractuelle doit indiquer clairement les bases de son évaluation des prix ainsi que les structures auxquelles elle a recouru pour élaborer cette

¹⁹⁷ MAKHLOUF Attyat, le contrôle des opérateurs publics par les autorités de la concurrence, étude comparée des droits français et tunisien, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2015, p 304.

évaluation. Les critères de contrôle prennent donc des formes diverses et sont des critères de quantité et de qualité, de coût, de revenu et de profit¹⁹⁸.

Dans tous les cas et quels que soient les critères retenus comme base du contrôle, ces derniers doivent satisfaire à un ensemble de conditions dont les plus importantes sont :

a. Ces critères doivent être définis et clarifiés avec précision, et doivent être mesurables autant que possible.

b. Ils doivent être souples et non pas rigides, de sorte qu'on puisse les réviser périodiquement pour les modifier ou leur en substituer d'autres qui soient adaptés à toutes les situations.

c. Ils doivent revêtir un caractère de simplicité et d'exhaustivité et être réalisables.

d. Ils doivent avoir un caractère de probité et d'objectivité, au sens où ils doivent garantir la mesure de la prestation sur la base des éléments spécifiques de cette prestation, et non pas d'éléments qui lui sont extérieurs et qui permettent la discrimination et le népotisme.

e. Il faut éviter, dans ces critères de contrôle, la démesure et l'excès qui peuvent compliquer l'opération de contrôle elle-même.

2. Le contrôle dans la phase de conclusion du contrat administratif

C'est la phase effective de début d'exécution du contrat. L'importance prise par les aspects techniques fait que la modicité du prix n'est plus le critère unique de choix du cocontractant. S'y associe désormais cet autre facteur que constituent les conditions les plus favorables en termes de genre, de normes, de conformité aux besoins multiples, qui déterminent la bonne réalisation de l'intérêt général. De ce fait, on constate un élargissement du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans le choix du cocontractant, si nombreux que soient les procédés que ce choix requiert. Ce qui n'a fait qu'accroître le contrôle en la matière, l'administration ayant une totale liberté dans le choix de son cocontractant, conformément à ce qui lui paraît le plus adéquat et le plus propice aux objectifs de l'opération contractuelle¹⁹⁹.

Si le Conseil constitutionnel français s'est fondé sur l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pour consacrer la liberté contractuelle des individus, il n'a pas conféré à ce principe une portée générale et a jugé dans son arrêt rendu en 2002 que l'article 34 de la Constitution française et les autres règles à valeur constitutionnelle avaient posé que c'est la loi qui définissait les conditions de conclusion des marchés de l'Etat.

Le régime des marchés publics n'a pas manqué d'évoluer, depuis que leurs fondements ont été définis au 19^e siècle. Cette évolution a obéi à de nombreuses considérations

¹⁹⁸EL HAOUARI Saïd, L'administration, les règles et les fondements scientifiques, 5^{ème} éd, Le Caire, Egypte, 1973, p. 520.

¹⁹⁹ CHAPUS René, Droit administratif général, Op.cit. p. 1190. Voir également : GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, LGDJ, T 1, 14^{ème} éd, Paris, 1996, p. 756.

concomitantes, dont des considérations relatives à l'intérêt financier de l'Etat. Il est un fait que les lois successives ayant pour objet les marchés publics en France ont pris soin d'aménager les principes fondamentaux régissant ces contrats, dont celui d'égalité devant les services publics dans l'attribution des marchés publics²⁰⁰. C'est ainsi que la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité de la procédure contractuelle a mis en place un système d'investigations s'appliquant aux marchés publics. Elle a prévu, dans cette perspective, la constitution d'une commission chargée d'enquêter sur les conditions de régularité et de neutralité des marchés publics, que ce soit dans la phase de leur élaboration, celle de leur conclusion ou de leur exécution. Elle a institué des sanctions en cas d'atteinte à la liberté d'accès des candidats à la conclusion de contrats avec l'administration ou à leur égalité devant l'accès²⁰¹. De même, le décret du 7 mars 2001 relatif aux marchés publics contient des dispositions concernant la concurrence et le choix du cocontractant. Ce texte a été pris en vue de constituer dans son ensemble une actualisation et une simplification dans la conclusion des marchés publics²⁰². Quant au décret du 7 janvier 2004, il comporte dans son titre V l'article 119 qui évoque une mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics²⁰³ qui n'est autre que celle instituée par l'article 1 de la loi du 3 janvier 1991.

De la même façon, le droit européen renferme nombre de directives visant toutes à garantir la liberté d'accès aux marchés publics des Etats membres. Ces directives ont imposé des procédures que ces Etats doivent appliquer. Elles édictent ainsi l'obligation de publier des pré-informations qui permettent aux fournisseurs et aux entrepreneurs de prendre leurs dispositions. Tous les organes publics concernés par les marchés publics sont tenus dans ce cadre de faire connaître les caractéristiques des contrats de travaux publics dont ils font l'offre avant d'engager la procédure d'exécution, de telle sorte que tous les cocontractants puissent en prendre connaissance et qu'ils aient des chances égales de remporter le contrat²⁰⁴. Le décret du 7 janvier 2004 va dans la même direction. Son article 39 dispose qu'une note d'information préalable du bureau de l'Union européenne est élaborée conformément aux dispositions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie, et ce pour ce qui se rapporte aux travaux dont la valeur est de 59.000.000 d'euros au moins. Quant aux contrats de fournitures et de services, cette disposition leur est appliquée à partir d'une valeur de 750.000 euros²⁰⁵.

Il est toujours de l'intérêt de l'administration de confier le marché au contractant le plus compétent pour l'exécuter, ce qui implique que l'administration soit plus libre de choisir son partenaire. Elle doit donc choisir le meilleur et ce, en contrôlant sa situation financière et

²⁰⁰ RIVERO Jean, WALINE Jean, Droit administratif, 17^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1988, p. 126.

²⁰¹ Article 1 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché. Et voir également UBAUD-BERGERON Marion, Valeur technique de l'offre : Prouvez-le, Commentaire sur CE, 9 novembre 2015, société des autocars de l'île de Beauté, N° 392785, CMP, N° 1, janvier 2016, comm. 2.

²⁰² GUIBAL Michel, Un nouveau code des marchés publics, AJDA, Paris, 2001, p. 360 ; LICHERE François, La simplification du droit des marchés publics, RDP, Paris, 2003, p. 1529.

²⁰³ Code administratif, Edition 2006, Dalloz, Paris, p. 2301.

²⁰⁴ RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, 6^{ème} éd, LGDJ, Paris, 2006, p. 315. Et Voir DEVILLERS Pascal, Le pouvoir adjudicateur peut se réserver la possibilité de négocier, JCP, N° 11, novembre 2015, comm. 260.

²⁰⁵ Code administratif, Edition 2006, Dalloz, Paris, p. 2220.

en retenant les meilleures offres et soumissions présentées²⁰⁶. De cette manière, l'administration s'engage d'une façon positive à organiser la concurrence, lors de la conclusion du marché, selon une procédure précédemment arrêtée en vertu de textes déterminés ou par l'autorité contractante et pas seulement par la vérification du comportement des soumissionnaires, en vue d'interdire les pratiques contraires aux règles de la concurrence²⁰⁷. La personne morale publique bénéficie ainsi d'une liberté d'appréciation des moyens d'honorer les engagements qui est plus appropriée. Elle peut apprécier librement le procédé de conclusion du contrat et de choix du type de marché²⁰⁸.

La Cour de justice européenne a décidé dans son arrêt du 12 décembre 2002 que la directive n° 93/37 oblige l'autorité adjudicatrice qui a fixé préalablement les critères d'admission à l'adjudication à clarifier ces règles dans l'avis d'ouverture de la concurrence ou dans les documents de l'appel d'offres²⁰⁹.

Parmi les manifestations les plus remarquables de l'intervention de l'administration dans le contrôle de ses cocontractants lors de la conclusion du marché, existe son droit d'exclure les candidats inaptes légalement à conclure le marché, dont les sociétés en cours de constitution. Les sociétés doivent en effet avoir une existence légale effective durant l'exécution du marché. De même la latitude pour l'administration d'exclure ceux qui font l'objet d'une interdiction d'exercice tel que le failli réhabilité ou les individus en situation de liquidation judiciaire. Pour cela, l'administration exige la production de certains documents comme l'attestation de bonne conduite délivrée par les autorités compétentes. L'intérêt du service public exige l'exclusion de l'adjudication de toutes personnes qui, du fait de leurs fonctions, pourraient avoir une influence quelconque sur la conclusion du contrat ou sur la légalité des opérations ultérieures, comme c'est le cas des fonctionnaires publics²¹⁰.

Le contrôle de l'administration sur le cocontractant apparaît aussi pendant la conclusion du marché et ce, lors de l'ouverture des plis des candidats à l'adjudication. Le responsable de l'exécution procède à l'ouverture des plis, consigne leur contenu et, à la lumière des renseignements relatifs aux candidats, il exclut du marché ceux dont l'admission n'est pas souhaitable, après avis de la commission de réception des offres, en application de l'article 52 du décret du 7 janvier 2004 relatif aux marchés publics français, et ce, avant l'ouverture du pli renfermant l'offre²¹¹.

²⁰⁶DE LAUBADERE André, VENEZIA P.C, GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, T 1, 14^{ème} éd, N° 1017, LGDJ, Paris, 1996.

²⁰⁷RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p. 415.

²⁰⁸TA de Pau, 13 mars 1997, Préfet des Landes, AJDA, 1997, p. 45; CE, 8 avril 1998, Association pour la promotion, Req. N° 127205; CE, 1^{ère} avril 1998, Département de Seine et Marne, Req N° 157602. Voir également : MOULENES C.B, Choix des procédures, choix dans les procédures, AJDA, 1998, p. 758, et MAUGUE C, Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, AJDA, 1998, p. 695.

²⁰⁹Cour de justice des Communautés européennes, 12 décembre 2002, Universelle Pau AG, AJDA, 31 mars 2003, p. 623.

²¹⁰ Le décret français du 7 février 1941 exclut les membres du haut conseil du service des liaisons et des communications des adjudications relatives à cette administration. Et cette exclusion revêt une grande importance pour les privilèges du service public.

²¹¹ En vertu de l'article 52 du décret du 7 janvier 2004, si le responsable du marché public s'est assuré, avant l'examen des candidatures, que les documents demandés manquent ou sont incomplets, il peut demander à tous =

L'ensemble de cette procédure entre dans le cadre du contrôle qu'exerce l'administration sur son cocontractant pour s'assurer qu'il satisfait aux conditions légales et techniques exigées.

Et l'administration, lorsqu'elle examine les documents présentés par le candidat, ne peut en principe ni les modifier ni les corriger. Elle ne peut ajouter aux montants proposés au motif qu'ils ne prennent pas en considération les prestations à exécuter²¹².

De la même manière, l'administration doit s'assurer, lorsqu'elle procède à ce contrôle, que les candidats ont remis tous les documents et justificatifs demandés. Si ce n'est pas le cas, elle doit les exclure²¹³. Le Conseil d'Etat français a fait connaître le 8 novembre 2003 sa position à ce sujet à l'occasion de son examen d'un jugement rendu par le tribunal administratif de Dijon²¹⁴, en affirmant que le droit de soumissionner ne peut être reconnu à une personne morale que si elle satisfait à certaines conditions posées par les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à propos de la concurrence²¹⁵.

Il ressort de ce qui précède que le régime de l'exclusion générale des adjudications confère à l'administration une sorte de contrôle discrétionnaire et préventif exercé sur la personnalité de ses cocontractants potentiels. L'ensemble des procédures mentionnées, depuis celle relative à la vérification des conditions que doit remplir le candidat jusqu'à celle qui préside à l'ouverture des plis dans l'adjudication publique, en passant par d'autres encore qu'effectue l'administration, constituent donc des mesures de contrôle destinées à permettre l'accomplissement correct de l'opération contractuelle, d'une part, et à assurer la concrétisation de l'intérêt général, d'autre part.

=les candidats concernés de présenter les documents manquants et ce, dans le délai, identique pour tous qui n'excède pas 10 jours. Les candidats qui ne présentent pas de garanties techniques ou financières suffisantes ne peuvent être retenus. L'administration doit exclure les entreprises qui ne sont pas qualifiées pour soumettre, celles qui n'ont pas produit les documents demandés et celles qui n'ont pas une capacité financière suffisante. Voir à ce propos : CE 10 février 1997, Société Révolution, AJDA, 1997, p. 714, et CE, 10 octobre 1993, RDP, 1994, p. 852.

²¹² TA de Rennes, 19 janvier 1994, Préfet du Morbihan, Marchés publics, N° 282, p. 28.

²¹³ L'article 45 du décret du 7 janvier 2004 a énuméré comme suit les documents exigés : 1) Des informations permettant d'évaluer la capacité professionnelle, financière et technique du candidat. Pour justifier cette capacité, celui-ci peut prendre en compte également les compétences du sous-traitant. La liste de ces informations est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie. 2) Une copie du ou des jugements dans l'hypothèse où le candidat est en redressement judiciaire. 3) Un document signé par le candidat attestant qu'il a rempli ses obligations fiscales et sociales et qu'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concurrence ou d'une condamnation inscrite au casier judiciaire au cours des cinq dernières années. La détermination par l'arrêté ministériel de cette liste de documents n'est pas au nombre des questions pour lesquelles la consultation de la commission technique des marchés, mentionnée à l'article 133, est exigée. C'est ce que confirme l'arrêt du CE du 28 avril 2003, Fédération Française du bâtiment, Req N° 241896. De même que la commission des offres ne peut lier l'acceptation d'une candidature à une condition qui ne serait pas tirée du code des marchés publics (CE, 22 juin 1998, Région Ile-de-France, BJDPC, N° 2199, p. 144). En contrepartie, il faut exclure le candidat qui ne produit pas tous les éléments demandés (CE, 10 février 1997, Société Révolution, AJDA, 1997, p. 714). En conséquence, l'entreprise exclue parce qu'elle n'a pas fourni les documents demandés relatifs aux impôts et aux cotisations sociales n'a pas le droit d'intenter un recours contre la commission de réception des offres qui l'aura exclue (TA de Versailles, 31 décembre 1999, Req N° 992791).

²¹⁴ TA de Dijon, 20 février 2003, AJDA, 2003, p. 792.

²¹⁵ DREYFUS Jean-David, Les conditions permettant à une personne publique de savoir attribuer un marché, AJDA, 2003, p. 790.

Après cet examen des règles posées par le droit français, il nous faut maintenant nous pencher sur le droit libyen, plus exactement sur le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 qui demeure en vigueur. Son article 19 prévoit dans les termes suivants la constitution de commissions des soumissions : « Une commission des soumissions est créée auprès de toutes les autorités administratives, qui sera compétente pour procéder à des adjudications ouvertes et restreintes et à des enchères publiques, pour recevoir et examiner les soumissions des candidats et pour prendre les mesures nécessaires en vue de statuer à leur sujet. Des sous-commissions des soumissions peuvent être créées dans les unités administratives qui en relèvent ».

L'article 47 de ce règlement précise que « la commission des soumissions vérifie les mentions portées par les soumissionnaires sur le relevé où ont été mentionnés ces échantillons à leur réception, et ce, après s'être assurée de la validité de leurs sceaux et enveloppes. La commission rédige une notice détaillée sur les échantillons fournis avec les soumissions et le président et les membres de la commission apposent leurs signatures sur les échantillons avant leur transmission à l'autorité contractante". L'article 48 ajoute que "les soumissions sont examinées d'une façon détaillée sur le plan comptable et toute erreur matérielle relevée dans une soumission est corrigée. L'auteur de la vérification signe la correction en précisant ce qui la justifie. S'il y a une différence entre le prix de l'unité et le prix total, c'est le prix de l'unité qui est pris en compte. De même c'est le prix libellé en toutes lettres qui fait foi au cas où il différerait du prix mentionné en chiffres. La valeur de la soumission est fixée et classée sur la base du résultat de cette vérification ».

Ce règlement a également mis l'accent sur le contrôle en cours de conclusion du marché en prescrivant une vérification des soumissions sur le plan technique. Il dispose ainsi dans son article 50 que « la commission des soumissions procède à la vérification technique de chacune des soumissions présentées pour s'assurer de sa conformité avec les conditions et spécifications et pour savoir quelles réserves, conditions alternatives ou suggestions techniques différentes de celles fixées par l'adjudication y figurent, ou encore ce que la soumission y ajoute, en soustrait, en rectifie ou en modifie. La soumission est classée techniquement conformément aux résultats tirés de cette vérification ».

Enfin, l'article 52 de ce règlement dispose que « la commission des soumissions peut se faire assister, dans les opérations mentionnées dans les articles précédents, par les organismes techniques relevant ou non de l'autorité demanderesse. Elle peut à cette fin constituer des sous-commissions techniques. La commission doit porter à ces procès-verbaux toutes les mesures prises afin d'examiner et vérifier les soumissions conformément aux articles mentionnés, en précisant ses moyens d'examen et d'investigation et les parties qui lui ont apporté leur assistance. Elle mentionne également le résultat de l'analyse technique et chimique des échantillons, quand cela est nécessaire, ainsi que les résultats de l'examen technique, comptable et financier des soumissions ».

L'une des phases les plus importantes, préalable à la conclusion du contrat réside sans doute dans la vérification des qualifications des soumissionnaires. La procédure vise en la matière à s'assurer que l'adjudication se limite aux entrepreneurs spécialisés dans les

prestations pour lesquelles les soumissions sont sollicitées et que l'administration choisit pour leur expérience dûment établie dans ce domaine²¹⁶. Une fois choisi le cocontractant et définies les conditions conventionnelles, il sera indispensable de conclure le contrat en tant que document fixant les droits et obligations de chacune des parties²¹⁷. On sait que cela n'est possible qu'une fois accomplies certaines formalités qui ne sont pas en réalité sans rapport avec la fonction de contrôle dévolue à l'organisme de contrôle préalable, qui consistent dans la déclaration, la délivrance d'autorisations ou l'émission d'un avis préalable, et qui concernent en général les aspects financiers, administratifs et juridiques touchant au cocontractant. Il est établi que l'administration ne peut contracter avec celui-ci que s'il présente des garanties financières suffisantes.

L'examen des dispositions des lois française et libyenne relatives au contrôle dans la phase de conclusion du contrat nous a montré qu'elles s'accordaient à reconnaître à l'administration une marge de liberté dans le choix de son cocontractant, en adéquation avec les exigences de l'intérêt général. L'administration a toute latitude pour soumettre son cocontractant à un contrôle financier et technique et choisir la meilleure offre, celle qui est conforme à la réalisation de l'intérêt public.

3. Le contrôle dans la phase d'exécution du contrat administratif

Si le contrôle revêt une importance au cours de la phase de conclusion du contrat administratif, le contrôle et la vérification permanents pendant l'exécution sont encore plus cruciaux, de telle sorte que l'exécution des actes convenus s'effectue au mieux. Il en est ainsi par exemple dans les contrats de travaux publics où l'administration se voit confier des pouvoirs élargis à l'égard de son partenaire. Le contrôle s'en trouve renforcé et diversifié dans ses formes, du fait de l'élargissement et de l'évolution de la notion de travaux publics et du rapport qu'elle entretient avec l'idée d'intérêt général. L'administration y exerce son droit de contrôle depuis le commencement de l'exécution jusqu'à la livraison finale des travaux. Le contrôle se manifeste alors sous plusieurs aspects, pouvant être techniques et administratifs, pour s'assurer d'une bonne exécution technique et administrative, ou bien financiers pour s'assurer que, de ce point de vue, le cocontractant remplit ses obligations envers l'administration et pour appréhender dans leur vérité les relations financières qui se nouent entre les deux parties.

Le contrôle est à ce point élargi en la matière qu'il revient aux fonctionnaires délégués à la vérification et à la direction d'édicter des ordres directs aux chargés de l'exécution. On le voit dans les contrats de travaux publics où les ingénieurs relevant de l'administration ont un droit de contrôle permanent, un droit d'édicter des directives afin de communiquer directement à l'entrepreneur leurs observations.

Que le contrôle de l'administration ait été stipulé ou non dans le contrat, il existe bien et n'est nullement contesté comme découlant de la nature des choses, comme relevant du

²¹⁶ FAKRI Mohamed, Le contrôle de l'exécution des travaux publics, Thèse, Op.cit, p. 134.

²¹⁷ EL HANDAOUI Hassan, Le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2006, p. 451.

rattachement du contrat à l'impératif de l'intérêt général qui est originairement la mission première de l'administration. Dès lors, l'administration doit, par l'intermédiaire de ses représentants et de ses agents, superviser et assurer le suivi des opérations d'exécution, elle doit se prémunir contre toute erreur et exécuter ce qui lui paraît le plus adéquat, avec le consentement du cocontractant ou par la contrainte. C'est ce qu'énonce le dernier alinéa de l'article 64 du décret français du 7 janvier 2004 relatif aux marchés publics, libellé comme suit : « Le responsable du marché peut à tout moment poursuivre la procédure d'appel d'offres et ce pour des motifs relevant de l'intérêt général »²¹⁸.

Du fait que l'administration est moralement et financièrement responsable de la bonne exécution des prestations convenues, elle a à la fois le droit et le devoir d'exercer d'une façon continue un contrôle sur le cocontractant en édictant des ordres conformes aux exigences du contrat et de l'intérêt public, afin de s'assurer de l'exécution parfaite des clauses contractuelles. Le cocontractant est tenu de se plier entièrement à ces ordres qui lui sont adressés par l'administration ou ses représentants. En vertu de l'article 52/2 du cahier des charges générales français, il doit les exécuter quitte à les contester ensuite dans les délais impartis. Le délai de contestation d'un ordre de l'administration est fixé par l'article 2 du cahier des charges générales de 1976 à 15 jours à compter de la date de sa réception par l'entrepreneur. Les ordres doivent être écrits, datés, numérotés et enregistrés pour être opposables à l'entrepreneur²¹⁹. Le Conseil d'Etat français est très exigeant sur le respect de ce délai qu'il considère comme absolument impératif, faisant supporter au cocontractant toutes les conséquences de son dépassement²²⁰.

L'administration a un pouvoir de contrôle plein et entier à l'égard du cocontractant, qu'il s'agisse de surveillance ou de direction. Elle peut, en vertu du pouvoir de surveillance, accéder aux lieux de travail et obtenir de l'entrepreneur qu'il lui fournisse les renseignements nécessaires à l'exercice du contrôle. Elle a le pouvoir d'examiner les documents et justificatifs, les matériaux, machines, etc. Elle a, en vertu de son pouvoir de direction, la possibilité d'ordonner le début d'exécution des travaux. En tant que maître de l'ouvrage, elle a le droit de fixer le début des travaux, expressément ou tacitement.

Après avoir étudié les dispositions de la loi française, il nous faut, comme l'exige la méthodologie de la recherche scientifique, nous intéresser à celles de la législation libyenne et aborder les articles consacrés à cette matière par le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007. Celui-ci insiste sur le rôle dévolu à l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat et aborde dans son article 18 les cas où l'administration peut priver des particuliers du droit de contracter avec elle : « Sans contrevenir aux autres procédures légalement instituées, il est possible de prononcer à l'égard du cocontractant, par décision du

²¹⁸ Code administratif, édition de 2006, Dalloz, p. 2251. Voir CAA de Lyon, 10 février 2000, Commune de Saint-Laurent, BJDCP, 2000, N° 11, p. 278. Mais le fait de déclarer qu'il n'y a pas d'utilité à lancer l'appel d'offres ne doit pas être entaché d'un détournement de pouvoir et le responsable du marché doit prouver qu'il a tout fait pour que la procédure réussisse. Voir à ce sujet : CE, 13 janvier 1995, CCI de la Vienne, Recueil Lebon, p. 26, et 17 mars 1997, Préfet de Seine et Marne, Recueil Lebon, p. 510.

²¹⁹ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 302 ; AUBY Jean-Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens, Domaine, Travaux publics, Expropriation, Op.cit, p. 230.

²²⁰CE 23 décembre 1932, Départ de l'Aisne, Op.cit, p. 1140 ; et CE 5 novembre 1938, Docos, Op.cit. p. 902.

comité populaire général, une interdiction permanente ou à durée déterminée, de contracter avec les autorités administratives, dans les cas suivants : 1. Si celui-ci a pris du retard, par rapport à la durée convenue, dans l'exécution d'un contrat administratif sans justifications recevables par l'autorité contractante. 2. S'il a commis une tromperie ou une faute grave dans la conclusion ou l'exécution du contrat. 3. S'il a eu un comportement frauduleux ou s'il a été établi qu'il a tenté de payer un pot de vin, en personne ou par le biais d'un intermédiaire, directement ou indirectement, à un fonctionnaire lié à l'opération contractuelle. La décision d'interdiction est communiquée à l'ensemble des autorités chargées de l'application du présent règlement et portée au dossier de l'instrument d'exécution près l'autorité chargée de l'enregistrement et du classement des instruments d'exécution ».

L'article 141 du règlement prévoit « h. L'obligation pour l'entrepreneur d'opérer une vérification périodique du projet et d'en faire rapport à l'autorité contractante qui se réserve le droit de contrôler le recrutement et la qualité du service ou du produit ».

L'examen du règlement précité fait ressortir le nombre d'articles qui consacrent le contrôle de l'administration dans la phase d'exécution du contrat qui s'explique par le caractère crucial de cette phase, la plus importante du processus contractuel. Le législateur libyen a donc laissé à l'administration une grande liberté d'action vis-à-vis de son cocontractant.

On retire de l'examen de la jurisprudence et de la législation, en France et en Libye, l'impression d'une commune volonté d'accorder à l'administration toute latitude d'exercer son contrôle sur son cocontractant car le but essentiel de l'administration est de réaliser l'intérêt général. Cette convergence entre les deux législations, dans la plupart de leurs énoncés, s'explique par l'influence exercée par le droit français sur le droit libyen, le premier ayant constitué historiquement une source d'inspiration pour le second.

Nous aurons ainsi donné une idée générale du pouvoir de contrôle de l'administration sur le contrat administratif en France et en Libye. C'est l'une des plus importantes prérogatives de l'administration, au même titre que le pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif qui constituera l'axe de la section 2.

Section 2 : Le pouvoir de modification unilatérale

On entend par là la modification qui peut être apportée par l'administration qui a conclu le contrat et qui s'applique directement aux clauses dont les deux parties sont convenues. A ce pouvoir de modification s'attache à la fois plus de rigueur et de conséquences que ce qu'on peut observer dans le pouvoir de contrôle. En effet, l'administration n'intervient pas dans un domaine sur lequel le contrat ne s'est pas prononcé ; elle intervient pour modifier des obligations contractuelles, auxquelles elle ajoute ou dont elle retranche.

Nous examinerons dans une première sous-section le fondement juridique du pouvoir de modification, en nous intéressant aux divergences et convergences doctrinales à son propos. Nous verrons également si ce pouvoir est illimité ou réglementé, en abordant les restrictions qui y sont apportées. Puis, dans une seconde sous-section, nous nous pencherons sur la nature juridique de ce pouvoir de modification, à travers les différentes formes de

modifications du contrat, le degré de modification des obligations et des durées établies par l'accord des parties, d'une part, les manifestations du pouvoir de modification, d'autre part, en appliquant cela à quelques catégories de contrats administratifs tels que la concession, le contrat de travaux publics et le contrat de fournitures. Pour tous ces points, l'étude sera comparative, sollicitant les droits français et libyen.

Sous-section 1 : Le fondement juridique du pouvoir de modification unilatérale

L'opinion dominante, en doctrine et en jurisprudence, s'accorde sur le fait qu'il est du droit de l'administration de modifier unilatéralement les contrats administratifs²²¹. Il n'en existe pas moins une opinion doctrinale minoritaire qui conteste ce droit. Nous examinerons donc, dans le premier paragraphe, les opinions favorables et défavorables à l'existence de ce pouvoir en évoquant le fondement juridique sur lequel s'appuie chacun des deux camps. Dans le paragraphe 2, nous répondrons à la question de savoir, concernant le pouvoir de modification unilatérale, si son existence est reconnue, est illimitée ou si des restrictions et conditions l'affectent dont l'administration doit tenir compte dans l'exécution du contrat.

A : La question de l'existence du pouvoir de modification unilatérale

En dépit d'un très large accord sur l'existence du pouvoir dévolu à l'administration de modifier toutes les catégories de contrats administratifs, d'aucuns continuent à soutenir un point de vue opposé. Il convient donc de se pencher sur les opinions exprimées dans un sens ou dans l'autre, en précisant les positions adoptées et en faisant ressortir les arguments avancés.

1. L'opinion qui s'oppose au pouvoir de modification unilatérale

Contre l'opinion majoritaire de la doctrine moderne qui soutient, comme nous le verrons, qu'il existe un pouvoir administratif de modification unilatérale des contrats administratifs, certains auteurs ont fait connaître une opinion divergente, parmi lesquels les plus illustres sont les professeurs Jean L'Huillier, Francis Benoît et Jean Duffeau. Au regard de l'intérêt de la thèse qu'il a proposée en tant qu'opposant le plus éminent à la thèse majoritaire, nous nous attarderons sur la démonstration de Jean L'Huillier.

Jean L'Huillier estime²²² que le pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'administration est une idée d'origine doctrinale que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas consacrée. Les arrêts qui ont affirmé l'existence de ce pouvoir comme solution à un cas d'espèce peuvent s'interpréter sans qu'il soit nécessaire de considérer que les contrats administratifs dérogent à la règle fondamentale selon laquelle les conventions légalement

²²¹ HOEPFFNER Hélène, La modification du contrat administratif, Revues Lexbase, n° N7672BTC, éd. publique n° 295, du 4 juillet 2013, p. 1.

²²² L'HUILLIER Jean, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration? Dalloz, 1953, pp. 87 ss.

formées tiennent lieu de lois pour ceux qui les ont conclues. L'auteur ajoute qu'il existe de nombreux arrêts qui nient expressément le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et en mentionne trois rendus par le Conseil d'Etat, Hôpital de Chauny (11 juillet 1941), Ville de Vésinet (23 mai 1936) et Ville de Limoges (19 janvier 1946).

Il en conclut que le pouvoir de modification unilatérale n'existe dans aucun contrat administratif, et que, lorsqu'il existe, il tire son fondement d'une clause expresse ou tacite du contrat lui-même. Sa contestation du pouvoir de modification s'appuie sur deux arguments. Le premier est que le principal arrêt auquel se réfèrent les tenants de ce pouvoir, celui dit des tramways marseillais²²³, ne prône pas une telle idée et peut-être interprété sans faire appel au pouvoir de modification unilatérale. Cet arrêt a considéré que le préfet des Bouches-du-Rhône pouvait légalement imposer à la société concessionnaire du tramway de Marseille d'augmenter le nombre de rames en service pour les porter à un nombre supérieur à celui prévu par le cahier des charges. Jean L'Huillier relève que le Conseil d'Etat n'a pas justifié sa position par l'existence d'un pouvoir général de l'administration concédante de modifier unilatéralement les clauses du contrat rattaché au service public, mais qu'il s'était référé à une disposition expresse du décret du 6 août 1881 relatif aux chemins de fer qui confère aux préfets le pouvoir de déterminer le tableau de service des trains. Il ajoute que le Conseil d'Etat a interprété ce texte comme conférant à l'administration non seulement le pouvoir de fixer l'horaire des trains mais celui de dicter les modifications supplémentaires nécessaires pour assurer la bonne marche du service. L'auteur relève que le commissaire du gouvernement Léon Blum n'a lui-même pas évoqué l'existence d'un pouvoir général mais celle d'un pouvoir réglementaire tiré de la loi et ne pouvant être mis en œuvre que dans les limites de ladite loi.

Le second argument est que le Conseil d'Etat a rendu des arrêts contestant le pouvoir de modification unilatérale et Jean L'Huillier en cite trois :

Le premier, Hôpital-Hospice de Chauny, daté du 11 juillet 1941, a été rendu à propos d'un contrat par lequel l'administration avait chargé un ingénieur d'élaborer les plans de reconstruction de l'hôpital de Chauny et de diriger les travaux. Du fait que l'ingénieur fut obligé, durant l'exécution, de résider dans une autre ville, il avait désigné un confrère pour l'assister dans la réalisation des travaux dont il était chargé. L'administration avait donné son accord à cette désignation mais avait exigé que les honoraires convenus dans le contrat soient partagés à égalité entre les deux ingénieurs, ce que le cocontractant avait refusé. Saisi du litige, le Conseil d'Etat a estimé que l'autorité administrative ne pouvait modifier unilatéralement les clauses du mandat qu'elle avait autorisé le cocontractant à donner. L'hôpital fut donc enjoint de payer à l'ingénieur contractant la totalité des honoraires. Jean L'Huillier conclut des considérants de l'arrêt que le Conseil d'Etat a entendu interdire à l'administration d'introduire des modifications aux clauses du contrat²²⁴.

Le deuxième arrêt, Ville de Vésinet, rendu le 23 mai 1936, a statué sur un litige relatif à l'avenant à un contrat conclu en février 1923 entre la Ville de Vésinet et le concessionnaire

²²³ CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, S. 1911, 3, 1, note Hauriou, RDP, 1910, p. 270, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^{ème} édition, Dalloz, 1993, N° 25, p. 125.

²²⁴ CE 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, S. 1942, 3, 15.

du réseau de distribution du gaz et comportant une clause en vertu de laquelle le calcul du prix du gaz fourni aux particuliers s'effectuait à compter de la fin du mois de décembre suivant sa conclusion. A cette échéance, l'administration a demandé l'application de prix légèrement inférieurs à ceux obtenus par le calcul. Saisi, le Conseil d'Etat a estimé que les éléments contenus dans le contrat et portés à l'avenant de 1923 pouvaient être comptés sans l'intervention de la Ville. Il a précisé que celle-ci avait sans doute le pouvoir, en cas de contestation du mode de calcul par les usagers, d'intervenir dans leurs relations avec le concessionnaire pour assurer le respect des clauses contractuelles mais pas dans le but d'imposer une taxe nouvelle contraire au contrat²²⁵. Selon Jean L'Huillier, cet arrêt s'oppose résolument à l'idée de modification unilatérale.

Quant au troisième arrêt, Ville de Limoges, datant du 19 janvier 1946, il a statué sur un litige qui était en relation avec une loi du 5 juillet 1935 qui avait édicté une baisse de 10% sur les prix de la première tranche du courant électrique fournie aux usagers. La ville de Limoges avait décidé d'appliquer cette baisse aux prix du courant destiné à l'éclairage public. Le Conseil d'Etat a rejeté cette mesure en affirmant que, si le tarif de l'éclairage public devait être soumis aux baisses, modifications et révisions prévues par le contrat à propos du tarif de l'éclairage privé, il n'en découle pas qu'il soit soumis aux baisses non prévues contractuellement telles que celles imposées par le législateur au concessionnaire de l'éclairage privé²²⁶. Jean L'Huillier considère que cet arrêt va dans le sens indiqué par le commissaire Blum, à savoir que lorsqu'on est en présence de la modification unilatérale du régime du service public objet de la concession, l'administration ne possède que les pouvoirs qui lui sont dévolus par les textes. Mais, dans le cas d'espèce, le droit de modification du tarif de l'éclairage public n'est tiré que de la loi du 16 juillet 1935.

On voit que l'auteur conteste le pouvoir de modification unilatérale de l'administration en s'appuyant sur des arrêts du Conseil d'Etat qu'il considère comme allant dans ce sens²²⁷. Il relève que ceux des arrêts du Conseil d'Etat qui ont reconnu à l'administration un tel pouvoir s'appuient sur des stipulations tacites des contrats. Autrement dit, l'administration n'est fondée à procéder à une modification unilatérale des contrats liés à l'organisation des services publics que si elle en puise le fondement dans une stipulation expresse ou tacite contenue dans ces contrats. Les stipulations expresses se trouvent le plus souvent dans le cahier des charges et, du fait de leur fréquence dans les contrats administratifs, le juge en vient à supposer leur présence et à considérer que, en cas de silence du contrat, le pouvoir de modification y est prescrit tacitement. Dès lors, Jean L'Huillier estime que les solutions jurisprudentielles ne sont que l'application de la règle générale, à l'article 1135, posée par le code civil français selon lequel les conventions n'engagent pas les contractants à acquitter les seules obligations qui y

²²⁵CE 23 mai 1936, Ville de Vésinet, Recueil Lebon, p. 591.

²²⁶CE 19 janvier 1946, Ville de Limoges, Recueil Lebon, p. 15.

²²⁷Voir dans le même sens : DUFEAU Jean, Les concessions de service public, Op.cit, p. 530, et du même auteur, Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public, RFDA, 1955, p. 65. Voir également : BENOIT Francis, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs français, 1968, pp. 643 ss. Cet auteur soutient que les pouvoirs de l'administration d'intervenir pendant l'exécution du contrat administratif sont soit exagérés, s'agissant des pouvoirs de surveillance et de direction, soit totalement inexistant, s'agissant du prétendu pouvoir de modification unilatérale du contrat. BENOIT Francis, Le droit administratif français, 1968, p. 643.

sont mentionnées mais aussi celles qu'imposent la coutume, la justice et le droit en fonction de la nature de l'obligation. Il s'agit là de ce que le droit administratif consacre sous le vocable de coutume administrative. Si la coutume s'imposant aux administrations publiques exige communément que soit incluses dans une catégorie déterminée de contrats administratifs des stipulations qui conservent à l'administration le pouvoir de modifier unilatéralement l'étendue des obligations de ses cocontractants, on doit supposer l'existence de ces stipulations dans le contrat lorsqu'elle a omis d'en faire mention.

Cependant, malgré tous les arguments invoqués par Jean L'Huillier, sa thèse a essuyé la critique des auteurs favorables au pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif, qui l'ont contestée dans tous ses aspects. S'agissant de l'arrêt de 1910 relatif aux tramways marseillais, ils estiment que L'Huillier n'en a proposé qu'une interprétation limitée et l'interprétation la plus courante paraît plus appropriée. Si le Conseil d'Etat s'est bien fondé sur un texte pour reconnaître à l'administration un pouvoir de modification, il s'agissait d'un texte qui n'attribuait pas à l'administration un pouvoir de modifier le contrat de concession mais un simple pouvoir de déterminer le tableau de service des trains. La question qui était posée était de savoir si le pouvoir d'organisation du service public incluait ou pas celui de modifier le cahier des charges, objet d'un accord contractuel. Le Conseil d'Etat avait répondu en 1910 par l'affirmative après avoir répondu par la négative dans l'arrêt Chemins de fer du Nord, rendu le 23 janvier 1903²²⁸. En conséquence, le pouvoir d'organisation du service public dévolu à l'administration inclut accessoirement le pouvoir de modification du contrat de concession conclu auparavant, comme l'avait affirmé le commissaire du gouvernement.

Les auteurs ont relevé que L'Huillier estimait que le Conseil d'Etat avait reconnu à l'administration un pouvoir de modification de l'organisation du service public concédé parce que les clauses du contrat administratif ne pouvaient constituer un obstacle à la mise en œuvre des prérogatives dévolues à l'administration par les lois et règlements. Mais, en dépit de cela, l'administration doit rester, de son point de vue, tenue par ses engagements contractuels. Un tel point de vue conduit, à l'opposé de ce qu'il a voulu, à nier le caractère contractuel de la concession et la considérer comme un acte de nature composite²²⁹.

De plus, L'Huillier se contredit quand il soutient que l'administration détient un pouvoir de modification unilatérale lorsque le contrat l'a stipulé. Il est admis en effet que la nature du contrat ne peut s'accommoder d'une telle stipulation. La clause de modification n'est envisageable que pour le contrat administratif du fait de sa nature spécifique. Reconnaître la validité d'une telle clause revient à admettre des différences substantielles existant entre le contrat administratif et le contrat civil, ce qui est à l'opposé de ce que l'auteur a voulu soutenir²³⁰.

Comme la doctrine l'a noté, le Conseil d'Etat, en justifiant le pouvoir de modification unilatéral dans l'arrêt Société du tramway de Marseille et d'autres arrêts, a choisi une voie qui

²²⁸CE 23 janvier 1903, Chemins de fer du Nord, RDP, 1904, 3, 59.

²²⁹ DE LAUBADERE André, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, 1954, p. 49.

²³⁰ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 332.

concilie la nécessité de respecter le contrat et les exigences de la bonne exploitation du service. Au lieu de reconnaître explicitement à l'administration un pouvoir d'imposer des modifications qu'il considère comme nécessaires à la marche du service, il a tenté, par une interprétation large, de fonder ce pouvoir sur les clauses du contrat, expresses ou tacites déduites de l'intention commune des parties²³¹.

S'agissant des arrêts sur lesquels s'est fondé L'Huillier pour nier le pouvoir de modification unilatérale, les auteurs relèvent que le Conseil d'Etat n'y soutient pas ses assertions. Dans les arrêts, précédemment mentionnés, rendus dans les affaires de Vésinet et Limoges, le pouvoir de modification n'était pas soumis à l'examen, la question posée étant une demande d'interprétation, de détermination du sens exact attaché à une clause contractuelle et à une disposition légale. Dans l'affaire de Vésinet, le litige naissait d'un différend sur le tarif du gaz entre la ville et une société concessionnaire de l'éclairage, la ville ayant évalué ce tarif sur la base d'une interprétation erronée de son mode de calcul. Cela n'a pas de rapport avec le pouvoir de modification unilatérale. De même, l'affaire de Limoges était relative à la question de l'application à l'éclairage public d'une disposition légale édictant une baisse du tarif de l'éclairage privé, sachant qu'une clause du contrat de concession stipulait que le prix de l'éclairage public devait être soumis aux changements qui affectaient le prix de l'éclairage privé. Le débat s'est limité à la question de l'applicabilité de cette clause au cas où le prix de l'éclairage privé aurait changé en vertu d'un texte de loi. De ce fait, le litige n'avait pas de rapport avec le pouvoir de modification unilatérale²³². Quant au troisième arrêt, Hôpital de Chauny, son objet ne se rapportait pas au pouvoir de modification fondé sur l'intérêt public mais à l'intérêt personnel de l'ingénieur contractant²³³.

En définitive, les arrêts invoqués par L'Huillier n'apportent aucun appui à sa thèse négatrice du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs car ils ont statué à propos de faits sans rapport avec ce pouvoir²³⁴.

Dans le prolongement des critiques adressées à la thèse de L'Huillier, un autre point de vue est apparu, favorable à l'existence du pouvoir de modification unilatérale et étayé par les arguments que nous allons examiner.

2. L'opinion qui soutient l'existence du pouvoir de modification unilatérale

Les tenants de cette opinion estiment que l'administration a le droit d'utiliser le pouvoir de modification pendant l'exécution du contrat, en changeant les clauses ainsi que les obligations mises à la charge du cocontractant, y ajoutant ou en retranchant, sans qu'il soit nécessaire qu'existe une prescription écrite, contractuelle, légale ou réglementaire, fondant ce pouvoir ou précisant son étendue. Ils s'appuient sur l'idée selon laquelle l'action administrative vise à la réalisation de l'intérêt général, notion qui se redéfinit constamment en fonction du

²³¹ BADOUI Saroit, Droit de l'administration de modifier ses contrats, 1963, p. 13.

²³² Ibid. p. 14.

²³³ PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Montpellier, 1945, p. 49.

²³⁴ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 209.

temps et du lieu. Le mode de fonctionnement du service public doit donc s'adapter à des besoins fluctuants et il n'est pas possible de s'en tenir aux énoncés du contrat qui ne fait pas référence à l'existence d'une telle prérogative et à la capacité de la mettre en œuvre. Il est indispensable de faire face aux exigences de l'intérêt public qui doit primer l'intérêt privé et d'en appeler au pouvoir de modification du contrat.

L'opinion dominante de la doctrine française soutient que le pouvoir de modification unilatérale existe en tant que règle générale s'appliquant en cours d'exécution du contrat, de tous les contrats administratifs, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été énoncée par la loi ou stipulée par le contrat²³⁵.

Dans sa note sous l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 27 juin 1913, le doyen Hauriou constate que toute opération administrative a un caractère aléatoire en ce sens qu'elle peut, en cours d'exécution, être suspendue, reportée ou ajustée pour des motifs tenant à l'intérêt général²³⁶.

Le professeur PEQUIGNOT relève de son côté qu'il n'y a pas de droits acquis pouvant empêcher l'administration d'apporter des modifications au service public en vue d'améliorer ses performances ou de le faire évoluer afin qu'il s'adapte à ses objectifs. Pour ces raisons, l'administration a le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat qui concernent le service public²³⁷.

André de LAUBADERE considère pour sa part que l'administration peut soumettre son cocontractant à des charges nouvelles non prévues au contrat si elle estime que ces charges sont devenues nécessaires à la satisfaction des besoins publics²³⁸.

Jean RIVERO observe de même que le pouvoir de modification unilatérale a été affirmé avec force par la jurisprudence sur la base du principe de primauté de l'intérêt général qui impose d'éliminer les obstacles que pourraient dresser des règles juridiques rigides, et que ce principe, même s'il a été mis en application à propos des contrats de concession, vaut pour tous les contrats administratifs²³⁹.

Quant à Roger BONNARD, il estime que, s'agissant des contrats administratifs, la force obligatoire du contrat ne saurait s'appliquer à la lettre car l'administration peut à tout moment imposer unilatéralement des modifications aux clauses contractuelles²⁴⁰.

Dans le même sens, Jean WALINE considère que les contrats administratifs ne se limitent pas de façon rigide à leurs stipulations, contrairement au principe posé par l'article 1134 du code civil qui dispose que le contrat constitue la loi des cocontractants²⁴¹.

²³⁵ BERNIER Pierre, Les pouvoirs de l'administration sur les concessionnaires de travaux publics, RDP, 1927, p. 474.

²³⁶ HAURIOU Maurice, note sous Conseil d'Etat, 27 juin 1913, Ville de Toulouse, S. 1913, 3, 17.

²³⁷ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 4.

²³⁸ DE LAUBADERE André, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, Op.cit, p. 36.

²³⁹ RIVERO Jean, Le droit administratif, 4^{ème} éd, 1970, p. 114.

²⁴⁰ BONNARD Roger, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd, 1943, p. 620.

On peut constater que, dans la doctrine française, l'opinion dominante soutient que l'administration a le droit de modifier unilatéralement ses contrats administratifs et qu'il s'agit là d'un pouvoir autonome qui préexiste à toute énonciation contractuelle. Le Conseil d'Etat l'a confirmé dans son arrêt du 11 mars 1910 lorsqu'il a affirmé que l'administration pouvait imposer au concessionnaire d'autres obligations que celles stipulées dans la concession de service public²⁴².

Ce principe a pris plus de consistance dans l'arrêt rendu le 2 février 1983 qui a posé que l'administration pouvait modifier le texte contractuel de façon unilatérale²⁴³, le cocontractant étant fondé à réclamer une réparation, s'il y a lieu²⁴⁴.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme a réaffirmé ce droit reconnu à l'administration dans son arrêt du 9 décembre 1994, affirmant que, dans l'appréhension des obligations contractuelles, il fallait prendre en considération l'intérêt supérieur de l'Etat, le maintien de l'équilibre du contrat devant demeurer une nécessité²⁴⁵.

Il en résulte que la doctrine et la jurisprudence s'accordent en France sur le droit reconnu à l'administration de modifier les clauses du contrat, même si celui-ci ne l'a pas stipulé et pour peu que cela soit conforme à l'intérêt public.

Il convient maintenant de s'intéresser à la position adoptée en la matière par le droit libyen qui semble ici encore très influencé par le droit français. La majorité des auteurs libyens considèrent que l'administration dispose de ce droit de modification unilatérale afin d'assurer la régularité et la continuité du service public, ce qui la met dans une position dominante par rapport à son cocontractant. C'est ce qui distingue les contrats administratifs des contrats civils comme l'a affirmé la Cour suprême libyenne dans son arrêt d'avril 1979 : "L'administration peut apporter des modifications au volume du projet, soit en y ajoutant soit en en retranchant, car les contrats administratifs se distinguent par un caractère spécifique fondé sur les exigences du service public. Dans ces contrats, l'intérêt public prévaut toujours sur l'intérêt individuel"²⁴⁶.

La Cour suprême a confirmé cette option dans un autre arrêt rendu le 17 décembre 1994 qui énonce que "Ce qu'il faut retirer des dispositions des articles 109 et 146 du règlement n° 23/75 relatif aux contrats administratifs et du contrat conclu entre le requérant et le défendeur, c'est que l'autorité contractante a le droit de modifier l'objet du contrat, en y ajoutant ou en en retranchant, dans les limites de la proportion convenue dans le contrat, sans que le cocontractant soit fondé à modifier les prix"²⁴⁷.

²⁴¹ WALINE Jean, L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants, RDP, 1951, p. 5.

²⁴² CE 11 mars 1910, Compagnie générale française de tramways, RDP, 1910, p. 270.

²⁴³ CE 2 février 1983, Union des transports publics, RDP, 1984, p. 212.

²⁴⁴ CE 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Recueil Lebon, p. 410.

²⁴⁵ RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p. 279.

²⁴⁶ Arrêt de la Cour suprême libyenne, recours administratif N° 23/36, Revue de la Cour suprême, N° 3, avril 1979, p. 50.

²⁴⁷ Arrêt de la Cour suprême libyenne, recours administratifs N° 40/44, Revue de la Cour suprême, N° 1, décembre 1994, p. 39.

Le législateur libyen va dans le même sens que la Cour suprême lorsqu'il énonce que l'administration peut modifier le contrat unilatéralement en accroissant ou en réduisant les obligations de son cocontractant. C'est ce qu'il ressort du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 dont l'article 99 dispose que « l'autorité contractante a le droit d'apporter des modifications à l'objet du contrat, en l'accroissant ou en le diminuant, dans les limites d'une proportion convenue en vertu du contrat, à condition que l'ensemble de ces modifications n'excède pas 15% de la valeur originelle du contrat. Si le taux des modifications excède la proportion mentionnée, le cocontractant est fondé à modifier les prix en rapport avec les travaux ou quantités excédentaires, et ce, après l'accord donné par l'autorité compétente pour autoriser la conclusion du contrat. Le cocontractant peut demander à l'autorité contractante la prolongation du contrat d'une durée qui convienne à la modification apportée. La demande de prolongation doit être accompagnée des motifs qui justifient la durée supplémentaire demandée. Dans ce cas, le cocontractant ne peut réclamer à l'autorité contractante aucune réparation fondée sur cette prolongation ».

L'article 114 du même règlement précise que « l'entrepreneur doit achever tous les travaux qui lui sont confiés, y compris toute modification, augmentation ou adjonction introduites par l'autorité contractante, dans les limites de ce qui est mis à sa charge par le contrat ou en vertu des dispositions du présent règlement, compte-tenu des phases échelonnées convenues dans le contrat ».

Le législateur a de la sorte reconnu à l'administration le droit d'apporter des modifications au contrat administratif et précisé les conditions d'exercice de ce droit, puisqu'il a explicitement énoncé l'existence de ce pouvoir, à l'unisson de la jurisprudence et de la doctrine.

Mais si la jurisprudence et la doctrine dominantes sont d'accord sur l'existence du droit de modification unilatérale, des divergences se sont fait jour à propos du fondement de ce droit. Certains ont rapporté ce droit à l'idée de puissance publique, d'autres à celle de service public.

Les premiers considèrent que les décisions prises par l'administration et portant modification des contrats administratifs sont des actes de puissance publique qui ne relèvent pas d'un privilège contractuel mais d'un droit qui est le sien en tant qu'autorité administrative et qui est d'ordre public²⁴⁸. Le pouvoir de modification est donc, dans cette perspective, une prérogative autonome qui ne peut être restreinte car elle est d'ordre public.

Ce qu'il est reproché à cette thèse c'est qu'il en découle le même effet pour tous les contrats conclus par l'administration sans distinction et qu'elle conduit à ne voir dans le cocontractant de l'administration qu'un individu ordinaire dont la volonté ne compte pas dans la conclusion du contrat, ce qui entraîne la privation de ses droits contractuels fondamentaux, en particulier de son droit à réclamer réparation. En effet, du fait que l'utilisation par l'administration de sa puissance publique s'accorde avec les dispositions de la loi, son

²⁴⁸ KAMEL Leila, La théorie de l'exécution directe en droit administratif, thèse, Le Caire, Egypte, 1963, p. 114.

engagement par le contrat est réputé légal et n'entraîne pas d'obligation d'indemniser, quel que soit le préjudice subi par son cocontractant²⁴⁹.

Parmi les autres critiques adressées à cette position, la constatation faite par certains auteurs que l'expression "actes de puissance publique" est soit une simple formule, soit partie prenante de la théorie qui soutient la dualité de l'Etat en tant que personne morale et puissance publique à la fois. Or, c'est une théorie désuète, abandonnée définitivement par la doctrine moderne. Dire que l'administration n'exerce pas un privilège contractuel en imposant des modifications unilatérales du contrat revient à soutenir que l'administration les impose à son cocontractant, non pas en qualité, mais en tant qu'individu ordinaire. Ce qui signifierait qu'elle dispose de ce droit à l'égard de tout individu étranger au contrat, ce qui n'est pas acceptable. De même, le Conseil d'Etat français n'a pas soutenu l'idée que le pouvoir de modification de l'administration est d'ordre public puisqu'il a reconnu, dans nombre de ses arrêts, la légalité des clauses limitatives de ce pouvoir²⁵⁰.

Une autre partie de la doctrine croit situer le fondement du pouvoir de modification unilatérale dans les exigences du service public. Elle soutient que ce pouvoir ne peut être fondé que sur ce critère et que c'est la vocation du service public au changement qui incite à ces modifications. Ce sont des principes qui confirment que l'administration ne peut être captive de clauses contractuelles qui se révèlent non conformes aux exigences des services publics²⁵¹.

En conséquence, une partie de la doctrine estime que le pouvoir de modification unilatérale a un caractère autonome et peut se passer de toute mention dans le contrat²⁵².

L'opinion qui caractérise ce pouvoir comme privilège contractuel de l'administration considère qu'il se fonde sur l'intérêt public et les exigences du service public, deux notions dont la signification est identique ou tout au moins similaire, en particulier aujourd'hui avec l'élargissement du sens attribué à l'expression service public à tout ce qui est susceptible de réaliser l'utilité publique²⁵³. Les tenants de cette opinion fondent ce pouvoir de l'administration sur l'idée de service public, la nécessité de son fonctionnement régulier et continu et son aptitude à évoluer et à changer. C'est l'opinion d'André de LAUBADERE qui insiste sur le fait que l'administration ne peut se sentir tenue par des clauses contractuelles qui ne correspondent plus aux exigences du service public²⁵⁴.

Pour ces raisons, c'est une doctrine majoritaire qui fonde en France le pouvoir de modification sur des considérations d'intérêt général et sur les exigences du service public.

²⁴⁹ BADR Salama, Les contrats administratifs et le contrat de BOT, Le Caire, Egypte, 2003, p. 169.

²⁵⁰ ROUSSET Michel, L'idée de puissance publique en droit administratif, Op.cit, p. 160. L'auteur estime que le contrat administratif n'est pas un acte d'autorité. Il n'est pas administratif du fait que l'administration y est mentionnée mais du fait que l'autorité contractante peut, dans son exécution, mettre en œuvre les compétences attachées à cette notion. Il y a un lien entre le moyen contractuel et la notion de puissance publique mais il n'apparaît que dans les relations qui naissent dans l'exécution du contrat.

²⁵¹ DUDOCNON Charles, L'avenant au contrat administratif, RDP, 2009, p. 1369.

²⁵² FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Précis de droit administratif, 6^{ème} éd, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2010, p. 371.

²⁵³ ROUSSET Michel, L'idée de puissance publique en droit administratif, Op.cit. p. 105.

²⁵⁴ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 335.

Cette idée est adoptée par la plupart des auteurs arabes. Les exigences du service public et son aptitude au changement fondent, selon eux, le pouvoir de modification unilatérale. L'administration doit se préoccuper de se conformer aux exigences sans cesse renouvelées que réalise le service public au moyen du contrat administratif. Certains considèrent que ce pouvoir n'est pas une manifestation de la puissance publique mais un résultat corrélatif de l'idée de service public qui sert de référence à la plupart des règles du droit administratif²⁵⁵.

La jurisprudence administrative libyenne a affirmé de son côté, dans nombre de décisions, l'importance du service public en tant que critère fondamental du pouvoir de modification unilatérale. La Cour suprême estime ainsi dans un arrêt rendu le 16 février 1978 que "les contrats administratifs se distinguent des contrats civils par un caractère particulier fondé sur les besoins du service public dont le contrat vise à assurer le fonctionnement, et sur la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt du cocontractant. La règle est donc que les intérêts des deux parties ne sont pas équivalents du fait que l'intérêt général que représente l'administration prévaut sur l'intérêt de son cocontractant. L'administration dispose d'un pouvoir de modification du contrat qui se fonde sur les besoins du service public"²⁵⁶.

Il ressort de l'examen de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, en France et en Libye, que l'administration dispose du droit de modifier unilatéralement les contrats auxquels elle est partie, dans le souci de les conformer à l'intérêt général, même si des divergences existent sur le fondement juridique de ce pouvoir. Certains, comme nous l'avons vu, recourent au critère de la puissance publique, d'autres à celui du service public. Il semble que ce dernier critère soit le plus fidèle à la réalité, si l'on se rapporte aux lois, arrêts et opinions doctrinales que nous avons mentionnés. Il reste à se demander si l'administration peut apporter ces modifications unilatérales quand elle le veut, sans qu'aucune condition ne soit requise, ou si elle est soumise à des limitations. En d'autres termes, existe-t-il des restrictions à ce pouvoir de l'administration? Cette question constitue l'objet du paragraphe suivant.

B. Les restrictions au pouvoir de modification

Comme nous l'avons dit, le pouvoir de modification du contrat par sa volonté unilatérale est l'une des prérogatives les plus remarquables reconnues à l'administration, même en l'absence de toute stipulation contractuelle. Cependant, des considérations de justice et de légalité ont empêché de conférer à ce pouvoir un caractère absolu, illimité. Au contraire, il est soumis à des restrictions qui s'imposent à l'administration afin qu'elle n'en détourne pas l'usage au détriment des intérêts de son cocontractant. La doctrine soutient que, si l'administration détient un pouvoir exorbitant en vertu duquel elle peut introduire dans les clauses du contrat des modifications dans l'intérêt du service public, il est nécessaire de lui imposer simultanément des restrictions pour protéger son partenaire contractuel²⁵⁷.

²⁵⁵ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 5^{ème} éd, 2011, p. 464; CHEHATA Tawfiq, Principes de droit administratif, 1^{ère} partie, 1^{ère} éd, Le Caire, Egypte, 1955, p. 802; EL ATTAR Fouad, Droit administratif, 3^{ème} éd, Le Caire, Egypte, 1976, p. 563.

²⁵⁶ Cour suprême libyenne, arrêt du 16 février 1978, Encyclopédie des principes juridiques, Juillet 1979, p. 358.

²⁵⁷TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 439.

En raison du caractère crucial de ce pouvoir unilatéral et de l'atteinte qu'il peut porter à la part d'obligations et de droits définie pour le cocontractant, les arrêts de la jurisprudence, tout en le consacrant comme pouvoir d'introduire des clauses exorbitantes du droit commun caractéristiques du droit administratif, considèrent qu'il n'est pas illimité mais soumis à des restrictions qu'exige la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts individuels du cocontractant. Ces restrictions sont liées à la légalité et à l'intérêt public et peuvent s'énoncer comme suit :

1. La modification doit se limiter aux clauses relatives au service public

En d'autres termes, le pouvoir de modification se limite aux obligations qui incombent au cocontractant dans l'intérêt du service. Ce pouvoir se définit par son objet qui est de satisfaire les besoins du service public. Il ne va donc pas au-delà des clauses relatives à cet objet. Il ne peut en excéder le cadre pour s'étendre aux clauses qui organisent les avantages et garanties financières qui ont incité le cocontractant à conclure la convention. Ces clauses sont sans rapport avec l'idée de service public. Le cocontractant, lorsqu'il s'est engagé, avait essentiellement en vue le gain matériel, les avantages financiers que lui promettait le contrat. Il ne faut y toucher en aucun cas en procédant à la modification, sous peine que les décisions prises par l'administration ne soient annulées comme illégales²⁵⁸. L'autorité contractante doit respecter les obligations financières fixées par le contrat. C'est ce qu'a affirmé le conseil d'Etat français dans son arrêt rendu le 9 mars 1951 dans lequel il estime que les clauses relatives aux prix sont réputées stables et non susceptibles d'être modifiées²⁵⁹. Dans un arrêt récent, le conseil d'Etat précise qu'il est nécessaire que les règles contractuelles soient claires et précises, notamment pour ce qui se rapporte aux clauses financières, de telle sorte qu'elles soient acceptées²⁶⁰.

Du fait que le pouvoir de modification s'appuie sur la nécessité de mettre le service en conformité avec les évolutions qu'exige l'intérêt public, afin que les prestations soient assurées au mieux, et sachant que l'administration est responsable de la gestion du service dans la continuité, il est logique que ce pouvoir se limite aux clauses relatives au fonctionnement du service. C'est pour le service public, pour répondre aux impératifs de l'intérêt général, que le contrat a été conclu. Parmi les clauses soumises à modification, celles qui concernent la méthode de travail dans le service public, les modalités d'exécution du contrat administratif, les calendriers, les aspects techniques et administratifs de l'exécution²⁶¹.

La jurisprudence libyenne a adopté la même attitude que la jurisprudence française en considérant qu'il fallait que la modification du contrat se limite aux clauses qui se rapportent

²⁵⁸ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 4 ; DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 339.

²⁵⁹ CE 9 mars 1951, L'affaire de Dindonna, Recueil Lebon, p. 149. Voir également : CE, 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Op.cit.

²⁶⁰ CE 5 mai 2010, Bernard, BJCP, 2010, p. 266, Conclusions Escaut, JCP (Semaine juridique), Edition Administration et Collectivités territoriales, 2010, p. 2288, Note M. Collet. Cf. également : RICHIER Laurent, Droit des contrats administratifs, Edition 2012, p. 280.

²⁶¹ EL HARIRI Mohamed, Le pouvoir administratif de modification des contrats de travaux publics, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2010, p. 270.

au service public et qu'en conséquence, l'autorité administrative n'était pas fondée à modifier celles qui concernent les avantages reconnus au cocontractant. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour suprême le 19 janvier 1976 : « La concession de service public est un acte juridique complexe comportant des prescriptions contractuelles et d'autres à caractère réglementaire. Les premières répartissent les charges financières entre le concédant et le concessionnaire. Quant aux secondes, leur effet ne se limite pas aux deux parties mais s'étend aux bénéficiaires des prestations du service. Elles sont relatives à l'organisation et au fonctionnement du service. Ce sont elles que l'administration peut modifier par sa volonté unilatérale »²⁶².

La jurisprudence libyenne précise que les modifications introduites par l'administration doivent respecter certaines limites raisonnables, dans leur fondement et dans leur étendue, de sorte qu'elles n'entraînent pas la résiliation du contrat initial ou une transformation de son objet, et qu'elles ne fassent pas obstacle à l'exécution des contrats. C'est ce qu'a affirmé la Cour suprême dans un arrêt du 16 février 1978 : « L'administration est tenue d'avoir un comportement de bonne foi²⁶³ dans l'exécution des contrats. Et cette règle s'applique aux contrats administratifs autant qu'aux contrats civils. Il n'est pas compatible avec la bonne foi que l'administration aggrave les charges supportées par son cocontractant et qu'elle dresse des obstacles devant lui, au lieu de l'aider dans l'exécution. Car le pouvoir de modification dont elle dispose n'est pas un attribut de domination. Il tire son fondement de l'intérêt général et des besoins du service public »²⁶⁴.

Sur cette base, et compte tenu de la jurisprudence en France et en Libye, on peut conclure que le pouvoir de modification unilatéral ne s'exerce pas sur toutes les clauses du contrat puisqu'il ne peut affecter les avantages financiers du cocontractant. L'administration ne peut modifier que les clauses liées au service public qui sont dites clauses réglementaires. Quant aux clauses relatives aux avantages financiers, elles sont strictement contractuelles et l'administration ne peut y toucher qu'avec l'assentiment et le consentement de son cocontractant.

2. La modification ne doit pas excéder l'objet du contrat

L'administration ne peut imposer au cocontractant des obligations sans rapport avec le contrat conclu. Son pouvoir se limite à l'objet du contrat et ne peut l'excéder puisque le cocontractant ne s'est engagé à lui apporter sa collaboration que dans un domaine déterminé.

²⁶² Cour suprême libyenne, 29 janvier 1976, Recours administratif N° 22/13, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1976, p. 46.

²⁶³ La Cour suprême libyenne a abordé la notion de bonne foi dans son arrêt du 17 décembre 1980. Elle y affirme que « l'article 969 du Code civil a défini la bonne foi comme suit : Est considéré de bonne foi quiconque exerce un droit en ignorant qu'il porte atteinte au bien d'autrui, à moins que cette ignorance ne résulte d'une faute grave. Cela signifie qu'une personne est réputée de bonne foi quand elle ignore qu'elle porte atteinte au droit d'autrui, qu'il s'agisse d'une ignorance de la réalité comme lorsqu'elle a une relation avec une personne qu'elle croit être le propriétaire puis qu'il s'avère qu'elle ne l'est pas, ou qu'il s'agisse d'une ignorance de la loi. La loi ne fait pas de distinction entre les deux situations dès lors qu'il n'est pas question d'une atteinte à l'ordre public ». Recours civil N° 25/47, Revue de la Cour suprême, N° 3, avril 1981, p. 99. Et Voir également MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêt du contractant, Thèse, Université de Panthéon-Assas, 2014, p. 148.

²⁶⁴ Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Encyclopédie des principes juridiques, 1978, p. 358.

Il s'engage à lui apporter cette collaboration le plus largement possible dans les limites de cet objet pour satisfaire aux besoins du service public. Son obligation est donc contenue dans ces limites²⁶⁵. Les modifications qu'il est de la compétence de l'administration d'introduire doivent se limiter au cadre défini par le contrat comme constitutif de son objet. A défaut de quoi, l'administration introduirait des modifications qui auraient pour conséquence d'imposer des prestations nouvelles excédant celles convenues par la convention, conférant à celle-ci un objet nouveau, autre que celui défini par la volonté des parties. C'est le cas par exemple si l'administration conclut avec un entrepreneur un contrat pour la construction d'un hôpital et qu'elle lui demande de construire une école²⁶⁶.

Il n'existe pas de critère permettant d'opérer une distinction entre les obligations prescrites par le contrat originel et celles qui n'ont aucun rapport avec son objet. Mais certains auteurs ont fourni des exemples qui permettent d'illustrer la distinction. Si l'objet d'un contrat est, par exemple, la fourniture de fourrage, l'administration ne peut en modifier les clauses en imposant au cocontractant de fournir du carburant au motif que l'armée a substitué des véhicules de transport automobile aux chevaux. De la même façon, l'administration ne peut substituer un service d'éclairage à un service de transport, ou inversement. De telles modifications sont assimilées à un changement apporté à l'objet du contrat dans son ensemble et ne sont pas recevables²⁶⁷.

Ce problème a été soumis au Conseil d'Etat français dans deux affaires célèbres. Dans la première, il s'agissait de savoir s'il était possible d'imposer au concessionnaire un remplacement de l'éclairage au gaz par l'éclairage électrique, ce qui constituait une transformation totale du contrat. La haute juridiction a considéré que l'administration ne pouvait lui imposer ce changement de façon unilatérale car toute l'économie du contrat s'en serait trouvée bouleversée. Cependant, elle a estimé que si le concessionnaire refusait de mettre en œuvre de sa propre initiative les modifications exigées, l'administration serait affranchie de son obligation de lui garantir la non concurrence et pourrait contracter avec d'autres concessionnaires afin d'être en phase avec le progrès scientifique²⁶⁸. Dans la seconde affaire, se posait la question de savoir s'il était possible d'obliger le concessionnaire à substituer le transport en bus au transport en tramway, pour satisfaire aux exigences de l'évolution technique. Le Conseil d'Etat a également nié à l'administration le droit d'imposer ce changement par sa volonté unilatérale. Mais, en contrepartie, il l'a libérée de toute obligation d'indemniser son cocontractant du fait de circonstances imprévisibles, l'autorisant en outre à demander la résiliation du contrat au cas où un accord ne serait pas trouvé avec son cocontractant²⁶⁹.

²⁶⁵BERNIER Pierre, Des pouvoirs de l'administration sur les concessionnaires de travaux publics, Op.cit, p. 474.

²⁶⁶BEKHIT Amrou, Le contenu de la notion de clause exorbitante dans le contrat administratif, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2009, p. 277.

²⁶⁷AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 238.

²⁶⁸CE 6 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de la Ville de Rouen, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^{ème} éd, p. 52.

²⁶⁹DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, 2^{ème} éd, LGDJ, Paris, 1983 p. 437.

Il en ressort que l'administration ne peut unilatéralement modifier l'objet du contrat mais qu'en revanche, elle dispose de moyens de pression sur le cocontractant pour l'obliger à prendre acte de l'évolution technologique. Quant à la question de savoir si la modification excède l'objet du contrat, il y est apporté réponse sous le contrôle du juge qui en décide en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

3. Les décisions de modification doivent être prises dans les limites du principe général de légalité

Dans les cas où l'administration peut exercer son pouvoir de modification, elle doit se soumettre au principe de légalité. La modification doit être l'œuvre de l'autorité légalement compétente pour en décider, dans le respect des formes et en tenant compte des situations prévues par les lois et règlements. A défaut de quoi, le cocontractant est fondé à demander l'annulation du contrat pour violation de la loi. Si l'administration procède à la modification en recourant à des décisions illégales, le cocontractant est fondé à en demander l'annulation²⁷⁰.

Il en résulte que l'administration doit procéder à la modification du contrat par des voies légales, c'est-à-dire que la décision de modification doit être prise dans le respect de la légalité administrative : elle doit émaner de l'autorité compétente, dans les formes et selon les procédures prescrites par les lois et règlements qui la régissent; et elle doit viser la réalisation de l'intérêt public.

Si certaines clauses du contrat administratif ont été fixées par des lois ou règlements, l'administration ne peut les modifier sans porter atteinte au principe de légalité. La décision prise serait frappée de nullité²⁷¹ et serait justiciable du juge du contrat²⁷².

La jurisprudence libyenne demeure constante dans son exigence de soumettre toute modification des clauses aux besoins de l'intérêt général. La modification et l'ajout de clauses ne sont permis à l'administration que dans le sens d'une meilleure conformation du contrat à l'intérêt général²⁷³.

Ainsi, la condition de légalité est une condition qui va de soi et qui doit être respectée à toutes les phases du contrat administratif. L'administration est tenue de se conformer à la loi et à chaque fois qu'une de ses décisions s'en écarte, le cocontractant est fondé à en demander l'annulation.

²⁷⁰ EL HOULW Majed, Les contrats administratifs et l'arbitrage, Alexandrie, Egypte, 2004, p. 128.

²⁷¹ CE 18 juillet 1930, P.L.M., RDP, 1931, p. 141, Conclusions Josse. Dans cette affaire, l'administration avait prétendu qu'il fallait soumettre les contrats conclus par la société concessionnaire avec les tiers à son approbation préalable, bien que le décret du 15 juin 1926 ne lui ait accordé que le droit d'examiner ces contrats. Le Conseil d'Etat a donc annulé les mesures par lesquelles elle était intervenue, estimant qu'elles étaient contraires aux dispositions du décret.

²⁷² TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 461.

²⁷³ Voir à ce sujet l'arrêt rendu par la Cour suprême libyenne, le 6 mars 1975, Encyclopédie des principes juridiques, 1979, p. 357.

4. La modification doit répondre à un changement de circonstances

Il faut que des circonstances nouvelles soient intervenues depuis la conclusion du contrat pour que la modification soit justifiée. On ne doit pas se représenter le pouvoir de modification comme un pouvoir discrétionnaire dont l'administration peut faire usage à tout moment. Il est supposé être mis en œuvre consécutivement à un changement des circonstances qui entourent l'exécution du contrat, survenu après sa conclusion. L'administration peut alors imposer une modification unilatérale dans son exécution sans avoir à solliciter l'accord de son partenaire. Elle peut alors alourdir ou alléger les obligations du cocontractant, modifier la durée convenue, ajouter à certaines clauses, retrancher de certaines autres²⁷⁴.

Une partie de la doctrine estime donc que le recours à la modification unilatérale des clauses est étroitement lié à un changement des circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat. Ce changement est le motif qui pousse l'administration à réaménager les clauses du contrat. Les circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat doivent avoir changé d'une manière telle qu'une adaptation du contrat est nécessaire pour qu'il reste compatible avec les exigences de l'intérêt public. N'oublions pas que le fondement du pouvoir de modification est que soient garanties la continuité et la régularité du service public, que celui-ci puisse faire face aux besoins nouveaux. Si les circonstances ont à ce point changé que les clauses initiales du contrat ne sont plus adéquates, l'administration doit en adapter les clauses aux exigences nouvelles de l'intérêt général²⁷⁵. C'est dans ces termes qu'un changement des circonstances est posé par le Conseil d'Etat français comme condition de la mise en œuvre du pouvoir de modification²⁷⁶.

Il s'agit alors de savoir quelle est la solution dans l'hypothèse où les circonstances n'ayant pas changé, l'administration a fait une appréciation erronée des exigences d'un bon fonctionnement du service, ne les évaluant pas dans le contrat conclu, à leur juste mesure. Peut-elle procéder à une modification des clauses pour les adapter aux besoins réels du service?

Les avis sont partagés sur cette question. Certains auteurs estiment que l'administration ne peut recourir à son pouvoir de modification et doit supporter les conséquences de son erreur. Elle n'avait qu'à faire montre d'un meilleur jugement, à mieux apprécier les besoins du service public²⁷⁷.

D'autres auteurs répliquent qu'une telle position ignore le fondement juridique du pouvoir de modification. Celui-ci est lié aux règles régissant le fonctionnement du service public dont la première est l'aptitude de ce service au changement à tout moment, dès lors qu'il est établi que le changement est susceptible d'en améliorer les prestations offertes aux bénéficiaires. L'idée de modification est un corollaire de cette règle. Que l'administration se

²⁷⁴ BADR Salama, Les contrats administratifs et le contrat de BOT, Op.cit, p. 172.

²⁷⁵ EL HARIRI Mohamed, Le pouvoir administratif de modification des contrats de travaux publics, Op.cit, p. 304.

²⁷⁶ BADAOUY Saroit, La théorie du fait du prince, Op.cit, p. 100.

²⁷⁷ Ibid. p. 101.

soit trompée dans son appréciation ou pas, il faut lui permettre d'organiser le service de la façon la plus conforme à la réalisation de l'intérêt public. Le fait de punir l'administration pour l'erreur qu'elle a commise n'est pas de propos. De même, le cocontractant est une personne privée en quête de profit. En conséquence, son intérêt n'est pas tant dans la préservation de l'intégrité du contrat conclu que dans celle des avantages financiers qu'il avait en vue à la conclusion de la convention. Il ne faut donc pas restreindre à l'excès le pouvoir de modification de l'administration au nom du respect des intérêts de son cocontractant²⁷⁸.

De notre point de vue, s'agissant de cette exigence d'un changement de circonstances pour que soient apportées des modifications aux contrats de travaux publics, il faut distinguer deux cas de figure : le premier est celui où les modifications envisagées affectent la valeur initiale du contrat jusqu'à un taux de 15%. Il n'est alors pas nécessaire de requérir un changement des circonstances si l'on se réfère à la loi qui permet à l'administration de mettre en œuvre son pouvoir de modification dans les limites de ce taux de révision de la valeur initiale du contrat et ce, comme nous l'avons déjà indiqué, en vertu de l'alinéa 1 de l'article 99 du règlement libyen de 2007 relatif aux contrats administratifs. Le second cas de figure se réalise lorsque l'administration entend procéder à une modification qui affecte la valeur du contrat au-delà de ce taux de 15%. Un changement des circonstances est alors exigé. Il faut que les circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat aient changé de telle sorte qu'un cas de nécessité imprévisible se soit produit qui pousse l'administration à mettre en œuvre son pouvoir de modification. C'est l'hypothèse envisagée par l'alinéa 2 du règlement libyen mentionné, libellé comme suit : « Si le taux de modification excède la limite mentionnée dans l'alinéa précédent, le cocontractant est fondé à exiger une modification des prix relatifs aux travaux ou quantités excédant les limites indiquées précédemment, après l'accord donné par l'autorité compétente pour autoriser la conclusion du contrat.

Dans tous les cas, l'administration doit prendre soin d'utiliser son pouvoir de modification au moment opportun, de sorte que le cocontractant puisse assurer l'exécution des travaux additionnels demandés ou s'abstenir d'exécuter les travaux qui sont retirés du projet. On ne peut, par exemple, lui imposer une réduction des travaux au moment où il a achevé la totalité de ceux auxquels il s'était engagé.

Au terme de notre examen des restrictions apportées au pouvoir de modification unilatérale, on peut conclure que le non respect par l'administration des limitations que nous avons recensées engagerait sa responsabilité et les décisions qu'elle prendrait seraient susceptibles d'être annulées par voie contentieuse. La modification doit en définitive se rapporter aux exigences du service public, ne pas excéder l'objet du contrat, se soumettre au principe de légalité et être dictée par un changement des circonstances existantes lors de la conclusion du contrat. Si ces conditions sont remplies, la modification est légale, sinon, elle est susceptible d'être annulée par le juge.

²⁷⁸ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 414.

Sous-section 2 : La nature juridique de la modification du contrat

Comme nous l'avons précédemment mentionné, le pouvoir de modification est, parmi les pouvoirs reconnus à l'administration, l'un de ceux qui tirent le plus à conséquence, ce qui explique qu'il soit astreint à des contraintes que nous avons examinées dans la sous-section précédente. Nous allons maintenant nous efforcer de cerner la nature juridique de la modification du contrat administratif. Nous nous intéresserons d'abord aux différentes formes que peut prendre la modification, en explicitant la proportion dans laquelle les obligations peuvent être modifiées, les moyens utilisés dans l'exécution et la détermination des durées stipulées pour l'exécution. Nous aborderons également les manifestations de l'application du pouvoir de modification, en examinant l'étendue de ce pouvoir dans le contrat de concession, le contrat de travaux publics et le contrat de fournitures, eu égard à l'importance de ces contrats qui ont un caractère administratif par détermination de la loi.

A. Les formes de la modification dans le contrat administratif

Il s'agit d'étudier le champ d'application du pouvoir de modification qui englobe le droit pour l'administration d'apporter des modifications aux obligations du cocontractant du point de vue des voies et moyens de l'exécution ou de la durée de l'exécution. L'administration peut en effet modifier les conditions d'exécution convenues dans tous les domaines.

1. La modification du volume des obligations du cocontractant

L'administration peut alourdir ou alléger les obligations du cocontractant. C'est le volume de ces obligations qui est susceptible d'être modifié et non leur qualité. L'augmentation ou la réduction se fait dans le maintien de la nature des obligations. Un tel droit est établi dans tous les contrats administratifs. L'administration est fondée à modifier l'étendue du service public géré au moyen de la concession, à augmenter ou à réduire le volume des travaux convenus ou la quantité de fournitures à livrer²⁷⁹.

S'agissant de la concession de service public, le Conseil d'Etat français a jugé que l'administration avait le droit d'imposer au concessionnaire de transports de gérer un nombre de véhicules supérieur au maximum prévu dans le contrat²⁸⁰. Elle peut imposer aux sociétés concessionnaires de l'éclairage électrique ou de la distribution d'eau un surplus de prestations pour faire face à l'accroissement de la population²⁸¹.

²⁷⁹ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 329.

²⁸⁰ CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française de tramways*, Op.cit, p. 270.

²⁸¹ CE 26 mai 1930, *Viette*, Recueil Lebon, p. 564, et CE 12 mai 1933, *Compagnie générale des Eaux*, Recueil Lebon, p. 508.

Dans le contrat de fournitures, la même juridiction a estimé que l'administration pouvait exiger des fournisseurs une augmentation ou une diminution des fournitures convenues²⁸².

Et, s'agissant du contrat de travaux publics, elle a autorisé l'administration à imposer à l'entrepreneur davantage de travaux que convenu²⁸³.

C'est la nature des contrats administratifs qui dicte ces contraintes, donnant à l'administration le droit d'augmenter ou de réduire le volume des obligations de son cocontractant, dans les limites convenues en vertu du contrat ou des lois et règlements. Si on en décide autrement, on lie les mains de l'administration, la privant de réaliser l'intérêt public. Cependant, en contrepartie, l'administration, lorsqu'elle procède à la révision, à la hausse ou à la baisse des obligations du cocontractant, ne doit pas attenter à leur nature, c'est-à-dire ne pas modifier les actes et les choses, objets du contrat. En d'autres termes, elle ne doit pas excéder les proportions édictées par les lois et règlements. C'est ce qu'énonce le législateur français dans le cahier des charges générales type de l'année 1976, affirmant que le pouvoir de modification ne doit pas affecter la valeur du contrat de plus de 25%. En cas de dépassement de ce taux, le cocontractant aura droit à réparation sans résiliation du contrat²⁸⁴.

On en déduit que si le taux de modification reste dans les limites des 25% de la valeur du contrat, le cocontractant ne peut réclamer aucune indemnisation, car cela est considéré comme normal dans ces contrats. Et c'est la même idée qu'a adoptée le législateur libyen dans l'article 99 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 qui dispose que « l'administration peut modifier les obligations du cocontractant dans les limites d'un taux de 15% de la valeur initiale du contrat. Si elle excède cette limite, le cocontractant peut demander une révision des prix dans la proportion des modifications introduites. Il est également fondé à demander à l'autorité contractante une prolongation de la durée du contrat dans la proportion de l'augmentation ».

Le législateur libyen aura ainsi fixé en détail la proportion dans laquelle l'administration peut modifier les obligations du cocontractant, en les augmentant ou en les réduisant, ne laissant aucune marge à l'appréciation doctrinale. Il a en effet déterminé l'ensemble de la procédure que l'administration doit suivre ainsi que celle que le cocontractant doit respecter en cas de dépassement par l'administration des limites prévues par le contrat ou par la législation.

Ce point a été confirmé par le législateur libyen qui a prescrit que le cocontractant devait rendre des comptes sur la base des actes et des quantités exécutés, en comptant ce qui y a été ajouté ou retranché à l'initiative de l'administration. L'article 116 du même règlement énonce en effet que « l'entrepreneur rendra compte sur la base des travaux et quantités exécutés effectivement, qu'ils soient supérieurs ou inférieurs à ce que stipulent les documents joints au contrat, et que l'excédent ou le manque résultent d'une erreur dans la première évaluation ou des modifications introduites dans le contrat dans le cadre des dispositions du

²⁸² CE 14 novembre 1902, Olmer et Hebert, Recueil Lebon, p. 644.

²⁸³ CE 19 octobre 1934, Herbec, Recueil Lebon, p. 938, et CE 18 avril 1945, Orifice, Recueil Lebon, p. 78.

²⁸⁴ Voir les articles 15 et 16 du cahier des charges générales françaises type de l'année 1976.

présent règlement. Les quantités et poids portés au tableau des matières et quantités sont considérés comme approximatifs, susceptibles d'être augmentés ou diminués. Ils n'ont pas d'autre intérêt que de faire apparaître la quantité et le volume de travail, déterminés de façon générale et en principe. Cela ne dispense pas l'entrepreneur d'être tenu par les travaux et les prix stipulés dans le tableau annexé au contrat ».

Il ressort de ce qui précède que l'administration peut réviser à la hausse ou à la baisse les obligations du cocontractant mais dans les limites des stipulations du contrat et des dispositions légales et contractuelles. Ces modifications ne doivent pas changer la nature du contrat, c'est-à-dire en faire un contrat d'une tout autre nature que le contrat initial.

2. La modification des voies et moyens d'exécution stipulés

S'il est permis à l'administration de modifier unilatéralement le niveau des obligations du cocontractant, en les augmentant ou en les réduisant, il lui est loisible également de modifier les voies et moyens de l'exécution à chaque fois qu'il lui paraîtra nécessaire de corriger les erreurs contenues dans le projet initial ou quand il faudra se conformer à de nouvelles découvertes ayant fait l'apport de moyens techniques économiquement plus avantageux que ceux stipulés dans le contrat initial²⁸⁵.

A titre d'exemple, elle peut ordonner au cocontractant de changer des moyens, des procédés, des matériaux ou des formes d'exécution des travaux convenus si elle découvre qu'il en existe d'autres plus modernes, susceptibles de permettre une meilleure réalisation de l'intérêt du service public. D'une façon générale, elle peut exiger l'emploi d'une méthode déterminée ou d'un procédé technique donné, comme l'utilisation d'un matériau meilleur, d'un mode de fabrication ou de construction à la place de celui qui était stipulé dans le contrat initial²⁸⁶. Ainsi, par exemple, lorsque l'administration confie à son cocontractant la construction d'un barrage en utilisant des moyens et des matériaux déterminés et que, en cours d'exécution, elle lui demande de substituer de nouvelles machines à d'anciennes dont l'utilisation était prévue, ou encore d'autres matériaux de qualité supérieure, dans les deux cas pour une meilleure réalisation de l'intérêt général.

Certains auteurs estiment que l'administration peut, dans le souci d'améliorer la qualité du travail, ordonner à l'entrepreneur de substituer aux matériaux convenus d'autres ayant une meilleure qualité ou encore qu'elle peut changer de fournisseur²⁸⁷.

D'autres considèrent qu'elle peut imposer un changement du lieu d'exécution des travaux, ce qui est la meilleure illustration des modifications que l'administration peut introduire dans les contrats de travaux publics car le lieu d'exécution est un des éléments qui influencent le plus l'exécution de ces contrats. Il est admis que l'entrepreneur, s'il rencontre des difficultés ou des obstacles matériels ou juridiques sur le lieu d'exécution, comme c'est le

²⁸⁵ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 225.

²⁸⁶ EL FAHAM Ali, Le pouvoir administratif de modification du contrat administratif, Thèse, Université d'Ain Shams, Le Caire, Egypte, 1975, p. 225.

²⁸⁷ EL HARIRI Mohamed, Le pouvoir administratif de modification des contrats de travaux publics, Op.cit, p. 199.

cas lorsqu'il découvre une couche rocheuse souterraine empêchant la construction, peut être en peine de faire avancer les travaux du projet, ce qui ne peut manquer d'avoir des répercussions négatives sur la bonne marche du service public en relation avec le contrat. De ce fait, l'administration peut intervenir, choisir un lieu de substitution et imposer à l'entrepreneur de s'y transporter, sous réserve que cela soit favorable à l'intérêt général²⁸⁸.

Souvent, le changement de lieu occasionne une interruption du travail jusqu'à ce que prennent fin les dispositions prises pour aménager le nouveau site et le remettre à l'entrepreneur prêt à l'usage. Celui-ci a donc droit à être indemnisé des frais additionnels qu'il supporte si la période d'interruption excède une limite raisonnable et que les prix augmentent pendant ce temps ou si l'exécution sur le nouveau site est plus difficile et plus coûteuse²⁸⁹.

Dans les contrats de travaux publics, l'administration peut ordonner une révision substantielle des projets initiaux, à condition de ne pas toucher à l'objet du contrat. Il ne lui est pas possible d'imposer des voies et moyens nouveaux dont l'utilisation exigerait que soient réunies des conditions d'exécution nouvelles en tous points différentes de celles stipulées par le contrat²⁹⁰. A cet égard, il faut faire une distinction entre les travaux nouveaux, les travaux imprévus et les travaux additionnels.

Les travaux nouveaux sont ceux qu'il n'est pas permis d'imposer à l'entrepreneur car leur objet est réputé étranger au contrat initial. Ils n'y sont absolument pas rattachés. Leur exécution suppose des conditions nouvelles différant totalement de celles énoncées dans le contrat. C'est le cas si l'administration confie à l'entrepreneur de travaux publics des travaux différents de ceux pour lesquels il s'était engagé, dont le site est séparé du site prévu par une longue distance, ou qu'elle le charge de l'édification d'un pont métallique puis se ravise et lui demande de construire un pont en béton²⁹¹.

Les travaux imprévus sont ceux qui n'apparaissent pas dans le contrat mais ne lui sont pas étrangers. C'est le cas de la restauration d'une canalisation détruite par l'effondrement d'un pont au cours de l'installation d'une voie ferrée, ou le transport de terre nécessaire à l'accomplissement du travail du fait de l'humidité du sol, ou bien encore l'édification de nouveaux quais pour le métro²⁹².

Les travaux additionnels n'apparaissent pas non plus dans le contrat mais leur coût a été prévu et consigné dans la liste des prix. Par exemple la prolongation du barrage objet du contrat sur une distance supplémentaire, que l'administration peut exiger de son cocontractant, y compris une fois achevés les travaux initialement prévus. L'intérêt de la distinction entre travaux imprévus et travaux additionnels réside dans le mode de détermination du prix.

²⁸⁸ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 226.

²⁸⁹ JUMAA Ayman, Les entreprises publiques dans les Etats du Conseil de coopération du Golfe arabe, Etude juridique comparée, Le Caire, Egypte, 2008, p. 169.

²⁹⁰ CE 19 octobre 1934, Herbec, Recueil Lebon, p. 938, et CE 18 avril 1945, Orifice, Recueil Lebon, p. 78.

²⁹¹ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 490.

²⁹² Ibid., p. 491.

Pour les premiers, le prix est fixé indépendamment du prix convenu dans le contrat, alors que pour les seconds, le prix est arrêté sur la base de ce que mentionne le contrat²⁹³.

Dans le contrat de concession de service public, l'administration peut imposer au concessionnaire l'utilisation de moyens techniques plus récents que ceux convenus, par exemple la substitution de l'éclairage électrique à l'éclairage au gaz. Elle peut aussi lui ordonner d'améliorer l'exploitation du service en équipant les trains de chauffage²⁹⁴.

Dans le contrat de fournitures ordinaire, la modification des moyens d'exécution ne revêt une telle importance que dans les contrats de fournitures industriels, comme par exemple les contrats de fabrication d'armes ou de construction navale pour lesquels le conseil d'Etat français a reconnu à l'administration un pouvoir de modification des moyens d'exécution stipulés²⁹⁵. Dans tous les cas, dans les contrats de fourniture, l'administration ne peut demander que lui soit fournie une sorte de marchandise autre que celle convenue.

3. La modification de la durée d'exécution du contrat

Outre le niveau des obligations et le lieu de l'exécution, le pouvoir de modification unilatérale s'étend à la dimension temporelle et englobe la durée de l'exécution convenue. L'administration peut ordonner à son cocontractant de modifier le calendrier d'exécution des travaux, soit en l'accéléralant soit en le ralentissant, ou encore en établissant un ordre de priorités privilégiant certains travaux par rapport à d'autres. L'administration, en tant que responsable du fonctionnement du service public, peut estimer que ses besoins exigent un achèvement des travaux dans un délai plus bref ou qu'il faut, au contraire, prolonger l'exécution, en raison de circonstances spécifiques. Il lui est donc loisible de modifier la durée prévue initialement, dans un sens ou dans l'autre, selon ce que commande l'intérêt général, sans que le cocontractant puisse faire valoir la règle de la force contraignante du contrat ou invoquer le fait que les conventions constituent la loi des parties²⁹⁶.

S'agissant du raccourcissement de la durée de l'exécution, l'administration peut réviser le tableau chronologique des moyennes d'exécution d'une manière qui était ignorée à la conclusion du contrat pour que le travail soit achevé dans une durée moindre. Elle peut également demander l'arrêt des travaux, leur report ou l'ajournement de leur exécution. Elle peut aussi même mettre fin au contrat, en le résiliant sans invoquer la faute du cocontractant, si l'intérêt général l'exige²⁹⁷.

La doctrine soutient que l'administration est fondée à prendre des mesures imposant l'accéléralation ou le ralentissement de l'exécution du contrat de travaux publics, pour en raccourcir ou en allonger la durée, conformément aux nécessités du service public. Et un tel

²⁹³ IBRAHIM Mohamed et ABDELMONIM Abd El Hamid, Les effets des contrats administratifs, Op.cit, p. 60.

²⁹⁴ CE 6 décembre 1907, Cie du Nord, Recueil Lebon, p. 922.

²⁹⁵ CE 28 décembre 1927, Société Augustin Normand, Recueil Lebon, p. 1284.

²⁹⁶ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 23 ; DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 329.

²⁹⁷ EL HARIRI Mohamed, Le pouvoir administratif de modification des contrats de travaux publics, Op.cit, p. 202.

pouvoir a nécessairement pour contrepartie un droit à réparation reconnu au cocontractant, sachant qu'il doit s'engager à achever les travaux avant le délai convenu, ce qui exige qu'il intensifie le travail, qu'il augmente le nombre des travailleurs, qu'il accroisse la productivité des machines, etc., ce qui ne peut manquer d'ajouter à ses frais et coûts et de lui causer des efforts supplémentaires à seule fin d'obtempérer aux ordres de l'administration²⁹⁸.

L'administration peut demander à son cocontractant de suspendre les travaux, d'en retarder l'exécution ou de diminuer la durée d'exécution du contrat en raison d'une situation de guerre ou de l'insuffisance des moyens financiers inscrits au budget. Le pouvoir de l'administration lui permet même de mettre fin au contrat, à tout moment, par la résiliation unilatérale, que ce soit avant ou après le début d'exécution du projet, en l'absence de faute imputable à l'entrepreneur, si cela est commandé par l'intérêt public. En effet, un contrat conclu à moment déterminé pour réaliser une utilité publique peut apparaître à l'administration inadapte à cette fin du fait d'un changement de circonstances. Il est dès lors plus conforme à l'intérêt public d'y mettre fin²⁹⁹.

Une partie de la doctrine considère que l'administration doit évaluer, par l'intermédiaire de ses experts, la possibilité d'exécuter l'opération dans le délai nouvellement fixé, du point de vue technique et du point de vue du temps qu'elle exige. Du point de vue technique, il s'agit de savoir si l'opération peut être exécutée d'une manière correcte, dans le respect des normes établies, de sorte que l'exécution dans les nouveaux délais n'implique pas le sacrifice de ces normes. Quant à la dimension temporelle, elle amène à se demander si le temps restant avant la fin du délai raccourci est suffisant et si l'intensification du travail fourni par le cocontractant y est de quelque utilité car la règle veut qu'à l'impossible nul n'est tenu³⁰⁰.

S'agissant du droit libyen, il affirme dans le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 que l'administration a le droit de modifier la durée d'exécution du contrat. L'article 135 dispose que « si l'entrepreneur prend du retard dans la fourniture totale ou partielle des quantités convenues, par référence au délai fixé dans le contrat, l'autorité contractante peut, si elle y trouve intérêt, lui accorder un délai supplémentaire en se réservant la possibilité de lui infliger, conformément à l'article 102 du présent règlement, une pénalité de retard qui ne doit pas excéder 10% de la valeur des quantités non fournies ou fournies tardivement, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement ». De même, l'alinéa 3 du même article précise que l'administration peut accorder un délai supplémentaire au cocontractant pour achever les opérations de fourniture. Délai supplémentaire signifie ici prolongation de la durée d'exécution prévue au contrat.

Ce règlement libyen aura ainsi consacré, fût-ce à titre d'incident, le droit de l'administration à modifier la durée de l'exécution du contrat, en énonçant expressément la

²⁹⁸ EL FAHAM Ali, Le pouvoir administratif de modification du contrat administratif, Op.cit, p. 231.

²⁹⁹ CE 3 mai 1907, Ministère de la guerre contre Guillot, Recueil Lebon, p. 414, et CE, 11 mai 1883, Verneau, Recueil Lebon, p. 463. Dans ce dernier arrêt, est reconnu à l'administration le droit d'ordonner l'arrêt des travaux du fait de la guerre de 1870. De même, l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 28 juillet 1926 a jugé que l'administration pouvait faire interrompre les travaux en raison de la guerre commencée en 1914. Voir également CE 2 mars 1951, Ville de Poissy, Recueil Lebon, p. 812.

³⁰⁰ JUMAA Ayman, Les entreprises publiques dans les Etats du Conseil de coopération du Golfe arabe, Op.cit, p. 182.

possibilité d'accorder un délai supplémentaire au cocontractant pour lui permettre d'accomplir ses obligations au service de l'intérêt général.

Enfin, la mise en œuvre par l'administration de son pouvoir de modification est un droit reconnu qu'il affecte le volume des travaux, les moyens, les conditions d'exécution ou les durées et délais d'exécution. Cependant, tout doit se faire dans un cadre défini qui impose que la nature du contrat demeure intangible, à défaut de quoi l'entrepreneur croulerait sous la charge et serait incapable de poursuivre les travaux. Le changement apporté excéderait ses capacités et ses ressources techniques et économiques sur la base desquelles il a été incité à contracter avec l'administration, la modification ayant renversé les données économiques du contrat. Le terme même de modification, à signification générale, doit être interprété dans le cadre du contrat pour que les modifications substantielles qui touchent le cœur du projet soient proscrites car elles seraient étrangères à son objet et opéreraient une mutation dans la position du cocontractant telle qu'elle était lors de la conclusion de la convention.

B. Les applications du pouvoir de modification dans les contrats administratifs

Nous avons vu que le pouvoir de modification englobait tous les contrats à caractère administratif. Dans la mesure où ce pouvoir trouve son fondement dans les exigences du fonctionnement du service public, il sera variablement prononcé selon que le contrat est plus ou moins rattaché au service. Il n'est donc pas sans intérêt d'aborder quelques unes des applications aux principaux contrats administratifs que sont les contrats de concession, de travaux publics et de fournitures. C'est à propos de ces contrats que l'on trouve des dispositions explicites dans les droits français et libyen car ce sont des contrats administratifs par détermination de la loi.

1. Le pouvoir de modification dans les contrats de concession

Ce qui singularise le contrat de concession c'est qu'il a pour objet la gestion d'un service public. Cette spécificité fait du cocontractant de l'administration son suppléant dans la gestion du service public. Pour autant, le concessionnaire n'est pas plus qu'un collaborateur de l'administration à qui elle délègue une tâche dont elle est investie en propre. C'est peu dire, en conséquence, qu'un tel type de délégation ne saurait signifier que l'administration se dessaisisse du service public dont elle demeure garante et responsable de la gestion et de l'exploitation aux yeux du public. Et, pour tenir ce statut, elle intervient dans les affaires du service chaque fois que l'intérêt général le commande, pour ajouter aux charges initiales du concessionnaire ou pour modifier les conditions de la concession, de la gestion et de l'exploitation du service. Ce faisant, elle n'invoque pas les termes du contrat de concession mais ses prérogatives de puissance publique. Elle entend réaliser les fins attachées à ces prérogatives et s'en remet à un privilège qui est dénué de tout caractère contractuel. C'est pour cette raison que les règles du droit commun relatives aux obligations sont écartées³⁰¹.

³⁰¹TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 450.

Le contrat de concession a cette particularité d'être de nature composite, comprenant des clauses contractuelles et des clauses réglementaires. Les premières sont convenues entre les deux parties et s'assortissent au principe selon lequel les conventions constituent la loi des parties : l'administration ne peut les amender qu'avec l'accord du concessionnaire. Il en va ainsi des clauses régissant les charges financières réparties entre l'administration et son partenaire au contrat. Quant aux clauses réglementaires, ce sont celles qui concernent l'organisation, la gestion du service public, les modalités selon lesquels il fournit ses prestations aux usagers. L'administration peut les imposer à son cocontractant, le concédant peut toujours les modifier sans en référer au concessionnaire. Lorsqu'elle opère ces modifications, l'administration intervient en qualité d'instrument de la puissance publique chargée de l'intérêt général. Les meilleurs fonctionnements et exploitation du service public sont de son ressort. Elle les garantit par le recours à des droits auxquels elle ne peut renoncer. Ce faisant, elle ne saurait porter atteinte aux clauses du contrat car les mesures qu'elle prend participent d'un régime juridique spécifique à un service public. Elle a la possibilité de modifier les barèmes de prix, les règles d'organisation et d'exploitation du service pour préserver son équilibre financier, ramener des bénéfices excessifs du concessionnaire à un niveau raisonnable, si l'intérêt public l'exige³⁰².

La durée de la concession relève de clauses que l'administration ne peut modifier. Si elle est convenue avec le concessionnaire d'une durée déterminée, elle ne peut la modifier unilatéralement. Elle ne peut donc retirer le service public au concessionnaire initial pour le confier à un autre avant la fin de la durée prévue au contrat tant que le concessionnaire initial honore ses engagements. Quant aux clauses liées au mode de gestion du service, l'administration peut les modifier. Aussi, lorsque la concession est par exemple relative au transport par tramway ou par bus, l'administration aura-t-elle le droit d'obliger le concessionnaire à ajouter de nouvelles lignes si l'agglomération s'étend. De la même façon, elle peut ordonner une augmentation du nombre de locomotives ou de véhicules utilisés, un réaménagement des horaires ou un changement du modèle de rames en circulation³⁰³.

S'agissant toujours du contrat de concession, et comme c'est le cas pour tous les contrats administratifs, le pouvoir de modification doit demeurer dans des limites raisonnables. L'administration ne doit viser par sa mise en œuvre que l'intérêt du service soumis à concession. Si elle entend incommoder le concessionnaire afin de l'amener à renoncer à la concession et reprendre à son compte la gestion du service ou dans le but de lui substituer un autre concessionnaire à des conditions plus avantageuses pour elle, son comportement sera entaché de détournement de pouvoir³⁰⁴. Si elle impose au concessionnaire des charges nouvelles, il faut que celui-ci puisse les assumer. S'il s'avère que ces charges sont si lourdes qu'elles reviennent à soumettre le concessionnaire à une nouvelle obligation, celui-ci peut s'en affranchir en recourant au juge³⁰⁵.

³⁰² AL KABISSI Abdallah, Le pouvoir de l'administration à l'égard de son cocontractant, Op.cit, p. 89. Voir également : DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 359, et CE 11 janvier 1895, L'affaire du chemin de fer d'Orléans, Recueil Lebon, p. 31.

³⁰³ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 456.

³⁰⁴ CE 18 juillet 1930, Op.cit.

³⁰⁵ AL KABISSI Abdallah, Le pouvoir de l'administration à l'égard de son cocontractant, Op.cit, p. 92.

Le juge français a eu à se prononcer sur le droit de l'administration à imposer de nouvelles améliorations au concessionnaire en le contraignant à tenir compte du progrès scientifique dans la manière de fournir ses prestations. Il s'agissait de substituer l'éclairage électrique à l'éclairage au gaz. Conformément aux règles générales applicables à la modification des clauses, il n'était pas possible de contraindre le concessionnaire de l'éclairage au gaz à passer à l'éclairage électrique. Mais, d'un autre côté, il n'était pas concevable de contrarier l'intérêt public au nom du respect du contrat. Le Conseil d'Etat a résolu ce dilemme en adoptant une solution intermédiaire, affirmant que l'administration ne pouvait unilatéralement contraindre les compagnies gazières à se convertir à l'électricité mais en la libérant de l'obligation contractuelle de garantir la non-concurrence aux sociétés d'éclairage. Autrement dit, les sociétés sont libres de poursuivre leur activité mais il est loisible à l'administration, une fois qu'elle les a saisies d'une demande d'utilisation du nouveau mode d'éclairage, de contracter avec d'autres concessionnaires mieux disposés à prendre acte du progrès scientifique³⁰⁶.

L'administration n'utilise son pouvoir de modification des clauses du contrat qu'au service de l'intérêt général. Si le cocontractant n'a pas respecté ces clauses, il est du devoir de l'administration de recourir à ses prérogatives, tout comme il est du droit des usagers de solliciter une intervention de la puissance publique pour contraindre le concessionnaire au respect du contrat. Ils sont fondés à le faire si l'administration s'est abstenue d'utiliser ses pouvoirs à l'encontre du concessionnaire. Le Conseil d'Etat en a posé les fondements dans un arrêt du 21 décembre 1907 qui a considéré que, par la voie du recours en annulation, les particuliers pouvaient censurer la non-intervention de l'administration³⁰⁷. Ils peuvent également obtenir une indemnisation si l'abstention de l'administration leur a occasionné un préjudice³⁰⁸. Mais, pour que le juge puisse exercer son contrôle, il faut qu'il soit établi à ses yeux que la non-intervention de l'administration est due à la négligence ou à l'incurie. En revanche, si elle s'est accommodée de la situation dans des limites qui ne compromettent pas l'intérêt public, il n'y a rien à y redire³⁰⁹.

On peut affirmer que l'ensemble des principes appliqués en France et qui viennent d'être exposés sont également appliqués en Libye si on se réfère aux arrêts de la Cour suprême de ce pays et à la réglementation en vigueur, notamment le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007.

2. Le pouvoir de modification dans les contrats de travaux publics

L'administration dispose dans ces contrats d'un pouvoir étendu. Le cahier des charges et le texte du contrat fournissent le détail de ce pouvoir mais ils n'en sont pas la source, ils ne font que l'énoncer et l'aménager. Même si ce pouvoir englobe tous les contrats administratifs,

³⁰⁶ CE 10 janvier 1902, Ville de Rouen, S. 1902, p. 18.

³⁰⁷ CE 21 décembre 1907, Syndic. Croix-de-Segueux, S., p. 33.

³⁰⁸ CE 2 juin 1923, Protectorat de l'Annam, Dalloz 1934, p. 69, Conclusions Ablatons ; CE 5 novembre 1927, affaire du Caire, Recueil Lebon, p. 899.

³⁰⁹ CE 3 février 1905, Stroch, RDP, 1905, p. 346, conclusions Jèze.

il est plus manifeste dans le contrat de travaux publics du fait que l'administration y détient une compétence qui lui est plus intrinsèquement attachée.

L'administration intervient au moyen des ordres de service dont nous avons examiné la nature en abordant le pouvoir de contrôle et de direction exercé dans le cadre de ces contrats. Nous n'y reviendrons donc pas.

Parmi les illustrations les plus remarquables du pouvoir de modification dans ces contrats, le fait que les experts de l'administration fixent les étapes de conduite des travaux et les délais de livraison conformément à ce qui a été convenu. En fonction de ce qu'exige l'intérêt général, l'administration peut ordonner l'interruption provisoire des travaux. Mais, si l'interruption excède une durée raisonnable, l'entrepreneur peut dénoncer le contrat et demander réparation³¹⁰.

Dans tous les cas, l'entrepreneur s'engage à achever les travaux objet du contrat, de sorte qu'ils soient en état d'être livrés dans les délais, même si cette livraison est provisoire. C'est ce qu'indique l'article 123 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 : « L'autorité contractante peut réceptionner en partie ce qui est exécuté entièrement, conformément au contrat, à condition que la partie réceptionnée réalise les objectifs qui lui sont assignés et qu'il y ait une nécessité à effectuer une réception partielle ».

La règle qui s'applique, en matière de contrats de travaux publics, est que l'entrepreneur soit laissé libre de choisir l'origine des matériaux utilisés si le contrat n'en a pas décidé autrement. En revanche, si le contrat a imposé à l'entrepreneur des lieux déterminés de provenance des matériaux, il doit s'y plier et ne peut se plaindre des résultats de ce choix, s'il n'y a pas eu de faute commise par l'autorité contractante. Il doit obtenir l'accord de l'administration s'il veut recourir à des matériaux d'une autre provenance mais l'administration dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire qui échappe au contrôle du juge. Si l'entrepreneur a obtenu l'accord de l'administration, il ne peut obtenir réparation au motif que les matériaux sont meilleurs ni demander une compensation pour les frais supplémentaires de transport. Si l'entrepreneur a changé de sa propre initiative le lieu de provenance des matériaux, il supportera les risques liés à ce changement, notamment en cas de refus par l'administration des matériaux. En contrepartie, l'administration doit respecter la nature du contrat initial, la modification ne devant pas avoir pour résultat d'en faire un tout autre contrat³¹¹.

Il est possible que l'administration édicte des ordres susceptibles d'alourdir les charges de l'entrepreneur, auquel cas elle sera tenue de payer le prix des travaux supplémentaires qu'elle a ordonnés en vertu d'un ordre de service et ce, même en l'absence d'un avenant qui le précise³¹².

³¹⁰ SEBIKI Rabiha, Les pouvoirs de l'autorité contractante à l'égard de son cocontractant dans les marchés publics, Master 2, Université Mouloud Maâmeri, Alger, Algérie, 2013, p. 79.

³¹¹ AL KABISSI Abdallah, Le pouvoir de l'administration à l'égard de son cocontractant, Op.cit, p. 95.

³¹² CAA de Paris, arrêt N04PA02708 du 3 avril 2007, Société Cegelec ; Société Inéoc/Assistance publique, Hôpitaux de Paris? Voir : <http://www.colloc.bercy.giuv.fr/colo.struc-marc-publ/juri-3/exe-comp.html/top>. Le 28 juillet 2012.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat français a posé un certain nombre de repères auxquels il se réfère pour apprécier le droit de l'administration de modifier les clauses du contrat de travaux publics, notamment pour ce qui se rapporte au bouleversement de l'économie du contrat et au changement de sa substance. Quel que soit le pouvoir de modification des clauses de ce contrat reconnu à l'administration, celle-ci ne doit pas perdre de vue qu'elle a contracté avec un entrepreneur dont elle doit prendre en considération la position. En mettant en œuvre son pouvoir de modification, elle ne devra pas aller au-delà d'une limite raisonnable pour ne pas bouleverser l'économie du contrat, altérer sa nature ou sa substance, ce qui conduirait à porter atteinte aux droits du cocontractant et plus généralement à décourager les particuliers à s'associer avec l'administration. Ce serait en effet source de préjudice pour les services publics de l'Etat, avec des répercussions sur l'intérêt général dont l'administration a la charge³¹³.

L'administration ne peut de ce fait apporter aux clauses du contrat une modification qui ruinerait l'économie de ce dernier. Les charges qu'elle impose à son partenaire ne doivent pas excéder, dans leur nature, des limites acceptables. Elles ne doivent pas changer l'objet du contrat ni accabler le cocontractant en lui imposant de nouvelles obligations financières excédant ses capacités. Le pouvoir de modification ne peut davantage permettre à l'administration d'introduire des travaux étrangers au contrat initial, dépourvus de tous liens avec lui.

L'essence du contrat initial ne doit pas être affectée par la modification pour ne pas donner naissance à un contrat nouveau liant le cocontractant par des clauses et des prix sur lesquels l'accord ne s'est pas fait et portant préjudice à ses intérêts. Le pouvoir de modification n'est pas illimité, il comporte des restrictions justifiées par la nécessité de concilier l'intérêt général avec l'intérêt particulier dont les atteintes qu'il peut subir sont considérées comme des atteintes faites à l'intérêt général lui-même. La modification doit se limiter aux clauses réglementaires qui sont en relation avec l'organisation et la gestion du service public. Elle ne peut s'étendre aux clauses contractuelles en relation avec les avantages financiers dus au cocontractant en contrepartie de ses obligations. Il n'est pas conforme à la justice de priver le cocontractant des avantages financiers qui l'ont incité à contracter avec l'administration.

En sus de l'idée de bouleversement de l'économie du contrat et de celle de changement du contrat dans sa substance, une autre notion, celle des travaux nouveaux, est également mise en œuvre par le Conseil d'Etat français pour restreindre le pouvoir de modification des contrats de travaux publics. Elle fait référence aux travaux dont l'objet est étranger au contrat initial ou dont l'exécution exige des conditions nouvelles totalement différentes de celles prévues par le contrat³¹⁴. Pour ces raisons, l'administration ne peut les imposer à son cocontractant. C'est par exemple le fait pour l'administration de confier à un entrepreneur de travaux publics des travaux différents de ceux qui font l'objet du contrat et dont la localisation

³¹³ CE 5 juin 1918, Daux, Recueil Lebon, p. 536 ; CE 23 juin 1920, Brinon, Recueil Lebon, p. 626. Voir : GARTNER Fabrice, Des rapports entre les contrats administratifs et l'intérêt général, RFDA, N° 1, Dalloz, 2006, p. 22. Voir également : CE 1^{er} juillet 1914, Monino, Recueil Lebon, p. 801 ; CE 27 février 1925, Dolfini, Recueil Lebon, p. 219 ; CE 21 décembre 1938, Billard, Recueil Lebon, p. 967. DREYFUS Jean-David, La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ?

³¹⁴ CE 12 juillet 1950, Vitrait, Recueil Lebon, p. 423.

en est distante de trois kilomètres³¹⁵; le fait qu'elle lui ordonne d'effectuer des travaux d'entretien et de lancer en même temps des travaux nouveaux³¹⁶; le fait qu'elle demande à un cocontractant chargé de poser des canalisations d'effectuer des travaux d'étanchéité; qu'elle exige de lui qu'il adopte un mode d'exécution autre que celui convenu, l'obligeant à revoir entièrement ses premières prévisions; qu'elle lui impose de changer le lieu des travaux, autant de contraintes qui conduisent à modifier les clauses initiales du contrat³¹⁷.

Il ressort clairement des exemples cités que les travaux nouveaux diffèrent dans leur nature des travaux imprévus et des travaux additionnels. Nous avons défini plus haut ces différentes catégories de travaux et montré ce qui les différencie. Enfin, on observe qu'il découle du non respect des limites du pouvoir de modification le droit pour le cocontractant d'exiger une réparation et la résiliation du contrat. L'administration doit donc s'en tenir aux restrictions légales posées aussi bien en France qu'en Libye pour ne pas susciter des obstacles préjudiciables à l'opération contractuelle.

3. Le pouvoir de modification dans les contrats de fournitures

Les contrats de fournitures ont pour objet la livraison de biens mobiliers à l'administration. Et, dans la mesure où le pouvoir de modification tire sa justification du lien existant entre le contrat et le service public alors même que le lien rattachant l'objet du contrat de fournitures au service public est moindre que pour les deux précédents contrats, il était admis jusqu'à une époque récente que le pouvoir de modification y bénéficiait d'une marge de manœuvre étroite. Mais la doctrine moderne opère une distinction entre deux catégories de contrats, les contrats de fournitures ordinaires et les contrats de fournitures industriels, cette distinction rejaillissant sur l'étendue du pouvoir de modification.

Dans les contrats de fournitures ordinaires, le pouvoir de contrôle de l'administration est manifeste en ce qui concerne l'examen des marchandises avant leur livraison définitive. On le voit dans le chapitre 3 du livre VI du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 qui y consacre ses articles 129 à 135. Ainsi, l'article 130 énonce-t-il comme suit les règles de livraison des biens importés : « Le cocontractant procède à la livraison à l'autorité contractante des marchandises convenues, tous droits et taxes acquittés, dans les délais fixés, au port d'arrivée ou dans tout autre lieu défini dans le contrat, en conformité avec la commande, en nombre, en poids ou en mesure, et conformément aux clauses du contrat et aux échantillons agréés. La réception est dévolue à une commission mise sur pied à cet effet par l'autorité contractante ou à toute autorité compétente qui en serait chargée. La commission ou l'autorité compétente doit réceptionner les marchandises après les avoir examinées et s'être assurée de leur conformité aux normes et aux échantillons agréés et ce, en présence du cocontractant ou de son représentant, sous réserve des dispositions de l'article précédent. Un récépissé provisoire est délivré précisant l'état des marchandises, jusqu'à ce que le cocontractant soit informé du délai de réunion de la commission d'examen et de livraison

³¹⁵ CE 14 avril 1948, Ministère des Armées, Recueil Lebon, p. 159.

³¹⁶ CE 8 mars 1946, Villes d'Asnières, Recueil Lebon, p. 76.

³¹⁷ CE 3 juin 2005, Barouf, Recueil Lebon, p. 602.

définitive. La décision d'acceptation ou de refus des marchandises prise par la commission compétente est réputée définitive aussitôt qu'elle est approuvée par l'autorité contractante ».

L'article 132 du même règlement précise la procédure légale en cas de refus par l'administration des marchandises livrées. Il dispose que « si la commission ou l'autorité réceptionnaire refuse une ou plusieurs espèces de marchandises ou si un manque ou une non-conformité aux normes et aux échantillons agréés est constaté, l'autorité contractante informe le cocontractant des motifs du refus et de l'obligation de retirer les espèces refusées et d'en fournir d'autres à la place. Elle en informe également la société de vérification et d'assurance et les autorités locales compétentes. Le fournisseur doit, si la livraison est prévue au port d'arrivée, retirer les marchandises refusées dans les sept jours à compter du jour où il en a été informé. A défaut de quoi, il supportera la charge des frais de stockage à concurrence de 0,50% de la valeur des marchandises par semaine complète ou incomplète et ce, jusqu'à quatre semaines ou à concurrence du prix de location du lieu de stockage. Après quoi, l'autorité contractante aura le droit de les vendre et de déduire ce qui lui est dû du prix. La vente se fait conformément aux dispositions du présent règlement. Si la livraison était prévue au port du fournisseur à bord du moyen de transport utilisé, l'autorité contractante informe le cocontractant des marchandises refusées et du motif du refus. Et ce dernier devra retirer les marchandises et en fournir d'autres en remplacement. S'il s'en abstient, elle lui appliquera les mesures précédemment mentionnées, quand le stockage se fait dans les entrepôts du cocontractant dans le port du fournisseur, ainsi que les dispositions de l'article 135 du présent règlement. Dans tous les cas, l'autorité contractante n'est pas responsable des dommages occasionnés aux marchandises jusqu'au jour où elles sont livrées et où elle en a la disposition ».

Quant à la modification avant la livraison, la règle en est fixée par le contrat et le cahier des charges. En cas de silence de ces textes, le fournisseur est libre d'en décider sous sa responsabilité³¹⁸. Mais, du fait de la faiblesse du lien rattachant les contrats de fournitures ordinaires au service public, certains auteurs discutent le droit de l'administration de modifier la quantité de marchandises fixées contractuellement, à la hausse ou à la baisse. Le Conseil d'Etat français a explicitement reconnu le droit de l'administration de modifier les clauses, à la hausse et à la baisse, dans l'arrêt rendu le 14 novembre 1902 dans l'affaire Olmer. Pour cette raison, André DELAUBADERE avait adopté une position médiane, reconnaissant à l'administration le droit de modification des clauses tout en estimant que sa compétence était en l'occurrence liée par la réunion de circonstances contraignantes exigeant une telle modification, comme par exemple une organisation du service telle que les circonstances nouvelles ne s'accordent pas avec les clauses du contrat³¹⁹.

S'agissant des contrats de fournitures industriels, la situation est tout autre car l'administration ne contracte pas uniquement en vue d'une fourniture mais précise également un type donné de fabrication industrielle, en particulier lorsque le contrat a pour objet des produits sensibles en relation avec un effort de guerre, par exemple. Le contrôle de

³¹⁸JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 431.

³¹⁹DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 339.

l'administration ne se limite alors pas à la livraison. Elle aura aussi à contrôler le cocontractant tout au long de l'exécution du contrat, selon la méthode que nous avons examinée à propos des contrats de travaux publics.

Conclusion du chapitre 1

Nous en avons ainsi terminé avec le chapitre 1 de la première partie consacré aux deux principales prérogatives de l'administration pendant l'exécution du contrat : le pouvoir de contrôle exercé sur le cocontractant et le pouvoir de modification unilatérale. Nous avons abordé ces questions en détail en étudiant les différents aspects avec la précision requise. L'étude était comparative, englobant le droit libyen et le droit français et recourant aux législations, à la jurisprudence du Conseil d'Etat français et de la Cour suprême libyenne, et à la doctrine. Nous n'avons pas relevé une grande différence dans l'approche des hautes juridictions de ces pays. Au contraire, la procédure légale est quasiment semblable dans les deux Etats, exception faite de ce qui concerne le pouvoir de contrôle, à propos duquel il existe une petite différence relative au taux de modification autorisé. Ce taux est plus élevé en droit français, fixé à 25% de la valeur du contrat, en hausse ou en baisse, par l'article 15 du cahier des charges de 1976, alors qu'il est fixé à 15% par l'article 99 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007. En dehors de cette différence, il semble bien que l'essentiel de la législation libyenne s'inspire largement du droit français et n'en diffère pas pour l'essentiel.

Pour achever l'examen des prérogatives dont dispose l'administration à l'égard de son cocontractant, nous allons maintenant aborder le pouvoir qu'elle a de lui infliger des pénalités.

Chapitre 2 : Le pouvoir de sanction

Nous avons précédemment relevé la nécessité d'exécuter le contrat en conformité avec le service public et son organisation. Cela signifie que le contrat administratif ne doit souffrir d'aucun manquement dans l'exécution, ce qui serait le cas si le cocontractant s'abstenait d'honorer ses engagements, faisait preuve de négligence ou de carence dans l'exécution de ses clauses, ne réalisait pas les travaux convenus dans les délais fixés, se dessaisissait de certains travaux pour les confier à un tiers sans l'accord de l'administration, ou adoptait tout autre comportement semblable.

Dans ces hypothèses, l'administration peut sanctionner le cocontractant sans avoir à recourir au juge car le manquement par celui-ci à ses obligations est en même temps une atteinte au service public et les sanctions qui s'imposent doivent être plus sévères que celles qui s'appliquent dans le cadre du contrat civil. Les sanctions administratives diffèrent par leur but des sanctions appliquées au contrat civil. Dans le contrat de droit commun, les sanctions visent à réparer les fautes contractuelles et à indemniser le cocontractant pour rétablir l'équilibre des obligations mutuelles conclues entre les parties. Dans le contrat administratif, les sanctions visent, en plus de cet objectif, à garantir le fonctionnement du service public dans la régularité et la continuité. Elles permettent de garantir l'exécution des obligations nées du contrat administratif. Le non respect de ses obligations par le cocontractant de l'administration ne constitue pas seulement un manquement à la convention conclue, il porte aussi atteinte au service public qui en est l'objet. C'est la raison pour laquelle la loi ne s'est pas contentée de permettre à l'administration de recourir au juge afin de faire exécuter le contrat, elle l'a aussi autorisée à infliger unilatéralement au cocontractant des sanctions administratives sans avoir à attendre la décision du juge, et ce afin de prévenir les troubles économiques et financiers qui pourraient résulter pour le service public de la non-exécution du contrat administratif.

Ces sanctions n'ont pas un caractère punitif, elles visent à garantir l'exécution des clauses contractuelles en rapport avec le service public. Elles font partie des pouvoirs qui permettent à l'administration de recourir à des moyens appropriés à l'exécution de l'objet du contrat.

Nous examinerons donc dans ce chapitre le pouvoir de sanction dont dispose l'administration à l'égard de son cocontractant. Nous aborderons successivement dans ce cadre les dispositions et règles générales qui instituent ce pouvoir en évoquant ses fondements juridiques et les principaux types de sanctions auxquels l'administration peut recourir. Ces deux thèmes feront chacun l'objet d'une section dans laquelle nous établirons une comparaison entre les droits français et libyen.

Section 1 : Les règles générales régissant les sanctions administratives

Le pouvoir de l'administration d'édicter des sanctions contre son cocontractant constitue l'une de ses prérogatives les plus cruciales dont la gravité et les conséquences ont suscité la controverse au sein de la doctrine administrative, en particulier en France, et

notamment à propos de ses modalités d'utilisation. L'administration peut-elle y recourir comme elle l'entend? Au moment qu'elle choisit? Est-elle liée par les sanctions stipulées dans le contrat? Ou bien peut-elle appliquer les sanctions qu'elle veut, que celles-ci soient ou non prévues au contrat? A ces questions, et à d'autres, nous répondrons au cours de notre examen du fondement juridique du pouvoir de sanction dévolu à l'administration ; cela fera l'objet de la sous-section 1. En contrepartie de ces sanctions édictées unilatéralement, le cocontractant bénéficie de garanties fondamentales. Autrement dit, le pouvoir de sanction de l'administration n'est pas absolu. Il est assorti de restrictions dont l'obligation de mettre en demeure le cocontractant de remplir ses obligations avant de prendre la sanction et de motiver la décision de sanction. Ce point sera développé dans la sous-section 2.

Sous-section 1 : Le fondement juridique du pouvoir de sanction

Nous examinerons l'évolution de ce pouvoir et les étapes qu'il a connues depuis qu'il a été reconnu jusqu'à ce jour. Nous étudierons à ce propos les décisions rendues en la matière par le Conseil d'Etat français. Nous aborderons également l'étendue de ce pouvoir de sanction : l'administration peut-elle édicter elle-même la sanction? Ou doit-elle pour cela recourir au juge? Sur quoi se fonde-t-elle pour édicter la sanction, à la puissance publique dont elle dispose et qu'elle impose au cocontractant ou bien tire-t-elle ce pouvoir de la loi du fait qu'elle a pour mission d'organiser les services publics, et qu'elle est de ce fait en charge de l'intérêt général? Nous répondrons à ces questions dans les deux paragraphes de cette sous-section.

A. L'évolution du fondement du pouvoir de sanction

A l'origine, l'administration et le juge n'avaient pas le droit de prendre des sanctions contre le cocontractant en dehors des clauses du contrat. L'administration ne pouvait donc imposer une sanction non prévue au contrat. Quand le cocontractant manquait à ses obligations contractuelles, le juge ne pouvait le condamner à indemniser l'administration si le contrat n'avait pas stipulé une telle obligation de réparer³²⁰.

Le Conseil d'Etat a eu deux occasions de se prononcer dans des affaires relatives à un contrat de concession. Il avait alors expressément affirmé que l'administration n'était pas fondée à demander au juge de lui octroyer des indemnisations non prévues au contrat. Dans les deux affaires, il s'agissait d'un contrat de concession qui stipulait que, en cas de manquement du concessionnaire à ses obligations, l'administration pouvait lui infliger des amendes ou résilier la concession. Le juge ne s'était pas reconnu le pouvoir d'accorder une indemnité car, dans les deux cas jugés, le contrat ne le stipulait pas³²¹.

Mais la doctrine a critiqué le principe sur lequel s'était fondé le juge dans les deux affaires et qui consistait à s'en tenir aux sanctions contractuelles, c'est-à-dire à n'appliquer que les sanctions prévues au contrat. Certains considéraient en effet que cela était contraire à la

³²⁰HAROUN Jamal, Les sanctions dans les contrats de travaux publics, Le Caire, Egypte, 1979, p. 83.

³²¹ CE 15 juillet 1881, Compagnie de Fer, D 1882.3, 17. CE 11 janvier 1884, Cie de Chemin de Fer, D 1885.3, 77. Voir : LEFOULON J., Les formalités en matière de sanctions dans le contrat administratif, AJDA, 1974, p. 565.

justice, nul n'ayant le droit de se dédouaner par avance des fautes qu'il pourrait commettre dans l'avenir. Par ailleurs, le fait d'adopter ce principe aboutit à placer l'administration devant une alternative dont les deux termes produisent des résultats négatifs. Face à un manquement simple du cocontractant à ses obligations, elle peut soit se montrer conciliante avec ce que cela peut avoir comme conséquences sur le fonctionnement du service public, soit mettre un terme au contrat en dépit du caractère véniel de la faute commise et nuire également au fonctionnement du service public. A une faute sans gravité, l'administration répliquerait par une sanction sévère pour le cocontractant, à savoir la résiliation du contrat, qui affecterait de surcroît la continuité du service public³²².

Cette situation étant intenable, il fallait trouver une solution applicable au cas de contrats stipulant des sanctions sévères en comparaison avec le peu de gravité des manquements ou au cas dans lesquels le contrat n'avait pas prévu certains manquements. Une telle solution réside dans le droit commun car la logique impose que, à tout manquement, corresponde une sanction même si le contrat ne l'a pas énoncé expressément. Soutenir le contraire c'est encourager le cocontractant de l'administration à manquer à ses obligations contractuelles, ce qui est préjudiciable aux services publics.

Si le juge civil a aménagé cette sanction en cas de silence du contrat, les règles du droit administratif doivent a fortiori le faire car le champ qui leur est réservé est celui de l'intérêt général. Face à ces critiques adressées à la juridiction administrative pour s'en être tenue aux sanctions prévues au contrat, la jurisprudence a fait un premier pas dans le sens préconisé³²³.

C'est ainsi que survint l'arrêt Déplanque, rendu par le Conseil d'Etat le 31 mai 1907. Le sieur Déplanque avait conclu avec une municipalité une concession d'éclairage public qui prévoyait la résiliation du contrat à titre de sanction de la non-exécution des obligations du concessionnaire. Un manquement à certaines de ses obligations fut ensuite allégué contre le sieur Déplanque devant le juge administratif. Celui-ci pouvait soit s'en tenir au texte du contrat et prononcer sa résiliation, soit appliquer une autre sanction. A cette occasion, le commissaire du gouvernement, Romieu, a proposé dans ses conclusions les principes nouveaux suivants :

1. Que le contrat, bien qu'il ait défini les obligations des deux parties, ait omis de définir des sanctions à leur non-exécution, ne signifie pas l'inexistence de sanctions.

2. Que le contrat ait fixé des sanctions pour des manquements graves et omis d'en fixer pour les autres manquements ne signifie pas qu'il n'existe pas de sanctions pour ces derniers.

3. Chaque obligation est assortie de sanctions et il appartient au juge d'appliquer le droit commun si le contrat ne s'y oppose pas expressément. Ce qui veut dire que le juge doit, en application du droit commun, soit prononcer la résiliation du contrat, soit accorder une

³²² BENCHABANE Ali, Les effets du contrat de travaux publics sur les deux parties contractantes dans la législation algérienne, Thèse, Université Mentouri de Constantine, Algérie, 2012, p. 100.

³²³ JEZE Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Op.cit. p. 315.

indemnité. Le Conseil d'Etat a fait siennes les conclusions du commissaire du gouvernement et a accordé à l'administration une réparation pour les manquements commis par le concessionnaire³²⁴.

La doctrine en a conclu que le pouvoir de sanction de l'administration existe toujours en soi, indépendamment des énonciations contractuelles. Il existe même lorsque le contrat n'a pas stipulé ces sanctions. S'il en a prévu certaines et omis d'autres, l'administration sera fondée à sanctionner les manquements non prévus par le contrat, en considération de ce que l'administration a pour mission essentielle la gestion du service public dans la régularité et la continuité, ce qui assure la réalisation de l'intérêt général³²⁵.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt Déplanque a maintenu deux limites à la notion de sanctions administratives. La première est que le recours au juge est nécessaire si l'administration veut obtenir réparation du préjudice causé par le non respect de ses obligations par le concessionnaire. Elle ne peut fixer l'indemnité à laquelle elle a droit par sa volonté et en obtenir directement l'exécution. La seconde est que l'administration est tenue par les clauses du contrat relatives aux sanctions administratives. Si le contrat a prévu la sanction d'un manquement déterminé, l'administration ne peut appliquer à ce manquement une autre sanction³²⁶.

La jurisprudence du Conseil d'Etat français a par la suite réaffirmé les principes posés par l'arrêt Déplanque³²⁷. Puis elle a évolué pour affranchir l'administration des deux restrictions mentionnées. Dans son arrêt, Compagnie de navigation Sud-Atlantique³²⁸, elle l'a libérée de la nécessité de recourir au juge dans les cas de demande de réparation pour les dommages causés du fait de la défaillance du cocontractant. Elle a en effet décidé que s'il résulte de cette défaillance un dommage pour l'Etat emportant par sa nature un droit à la réparation, le ministre peut fixer le montant de l'indemnisation due par la société. Dès lors, la jurisprudence française a reconnu le droit pour l'administration de fixer unilatéralement le montant de l'indemnisation, sans recourir au juge³²⁹. Elle a même reconnu à l'administration le droit de recouvrer l'indemnité, dans certains cas, en vertu d'ordres de paiement émis par le ministre compétent³³⁰. Plus tard, elle devait permettre à l'administration, dans des cas déterminés, de substituer aux sanctions contractuelles d'autres sanctions non prévues au contrat³³¹. L'administration a ainsi obtenu le droit de prononcer des sanctions plus légères que celles prévues par le contrat, comme le fait d'imposer le séquestre au lieu du dessaisissement

³²⁴ CE 31 mai 1907, Déplanque, Recueil Lebon, p. 514, Concl Romieu, S. 1907, 3, 113, Note Hauriou.

³²⁵ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 10 ; POLAC Huguette, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquement à ses obligations, Thèse, Paris, 1958, p. 23.

³²⁶ Recueil des grands arrêts, 5^{ème} édition, 1969, pp. 42 et 43.

³²⁷ CE 18 novembre 1910, Commune de Signy-L'abbaye, Recueil Lebon, p. 801; CE 19 novembre 1962, Société du gaz de La Ciotat, Recueil Lebon, p. 198 ; CE, 27 mai 1927, Commune de Terrassons, Revue des Concessions, 1927, p. 133 ; CE 2 novembre 1927, Ville de Saint-Point, Revue des Concessions, 1928, p. 100.

³²⁸ CE 11 octobre 1929, Cie de navigation Sud-Atlantique, Recueil Lebon, p. 892.

³²⁹ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 18; POLAC Huguette, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquement à ses obligations, Op.cit, p. 24.

³³⁰ CE 27 décembre 1926, Manot, Recueil Lebon, p. 1123.

³³¹ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 137.

stipulé dans le contrat³³², ou celui de prononcer une sanction plus sévère, comme la substitution forcée au lieu des amendes prévues au contrat³³³ ou la résiliation au lieu de la substitution prévue³³⁴.

Quant aux pénalités, elles se voient appliquer le droit commun sans exception. Elles sont considérées comme une indemnité forfaitaire convenue d'avance dans le contrat et l'administration ne peut lui substituer une pénalité d'un montant supérieur. Elle peut cependant édicter des sanctions coercitives provisoires ou des sanctions définitives telles que la résiliation au lieu d'imposer les amendes elles-mêmes.

L'évolution de la position de la jurisprudence fut donc positive puisqu'elle a estimé que l'absence de stipulation d'une sanction dans le contrat, à propos d'un manquement donné, ne signifie pas que celui-ci n'est pas sanctionné. On peut recourir au droit commun pour sanctionner et faire ainsi application du droit civil. Comme cela arrive dans beaucoup de cas, le juge puise ses solutions dans cette branche du droit sans pour autant se sentir tenu par ses prescriptions. Il ne le fait que pour concrétiser le principe de justice qui doit être la marque des règles de droit en général où le juge intervient pour les appliquer aux relations de droit privé, alors que, dans les relations régies par le droit administratif, le juge permet à l'administration de le faire elle-même, en faisant usage de procédés de puissance publique tels que le privilège de l'exécution directe. L'administration peut décider elle-même de la réparation et en fixer le montant mais sous le contrôle du juge saisi par le cocontractant s'il conteste ce montant.

C'est ce qui donne une signification différente aux sanctions du droit commun dans le droit public par rapport à ce qu'elle est dans le droit privé. Il ne faut pas en effet que les sanctions dans le droit commun concernant les relations entre particuliers soient les mêmes que les sanctions tirées des principes généraux dans les contrats de l'administration publique, ces dernières étant liées au service public et à l'intérêt général. La latitude laissée à l'administration d'appliquer elle-même la sanction signifie que sont écartées les règles de droit civil qui requièrent toujours pour s'appliquer l'intervention du juge. L'attribution de l'indemnité est une marque distinctive du droit commun en droit civil.

S'agissant de la Libye, le droit en général y est de conception récente, comparé au droit français. Le législateur libyen a commencé son élaboration dans les années 50 du siècle dernier. Cette période correspond au début de mise en application de la législation, dans ses différents domaines. Pour ce qui se rapporte aux contrats administratifs en général, la loi du 10 novembre 1953 relative à la Cour suprême a déterminé les contrats relevant de la compétence de cette Cour en sa qualité de juridiction administrative. Son article 24 dispose que « la Cour administrative statue sur les litiges relatifs aux contrats de concession, de travaux publics et de fournitures susceptibles de naître entre le gouvernement et l'autre partie au contrat, à moins que le contrat ou la loi n'en dispose autrement ».

³³² POLAC Huguette, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquement à ses obligations, Op.cit, p. 28. Cf. : CE, 8 juillet 1925, Guillet finelly, Recueil Lebon, p. 661.

³³³ CE 30 mars 1928, Ville de Louhans, Recueil Lebon, p. 481.

³³⁴ CE 2 juillet 1924, Giron, Recueil Lebon, p. 629. Voir : MORAND-DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif des biens, Montchrestien, Paris, 1999, p. 741.

Les contrats administratifs ont été organisés en Libye au moyen de nombreux règlements dont celui relatif aux adjudications et enchères promulgué le 4 avril 1964, suivi d'autres règlements dont le premier est le règlement relatif aux contrats administratifs du 6 mai 1980. Le législateur y a habilité l'administration à édicter unilatéralement des sanctions. D'autres règlements ont suivi ayant le même objet jusqu'à celui qui est actuellement en vigueur et qui est l'œuvre de l'ex commission populaire générale (conseil des ministres), pris par arrêté n° 563 de 2007. L'ensemble de ces règlements, sans aucune exception, reconnaissent à l'administration le droit d'imposer unilatéralement des sanctions à son cocontractant au cas où celui-ci manquerait à ses obligations contractuelles ou ferait quoi que ce soit qui serait susceptible d'entraver le bon déroulement de l'opération contractuelle.

On peut donc en déduire que le législateur libyen a suivi l'exemple de son homologue français en reconnaissant à l'administration ce pouvoir de sanction, sachant que, d'une manière générale, le droit libyen est inspiré du droit français. Cependant, on relève des différences d'expérience et d'expertise entre les deux droits. Au regard de la longue histoire du droit français, le droit libyen est récent, même si tout observateur attentif peut remarquer que ce dernier a tiré bénéfice de l'expérience du premier, dans le domaine du droit administratif comme dans les autres domaines. Dans notre approche des deux droits, peu de différences apparaissent.

B. L'étendue du pouvoir de sanction de l'administration

Malgré le consensus de la doctrine et de la jurisprudence sur le droit pour l'administration de sanctionner son cocontractant lorsqu'il a manqué à ses obligations contractuelles, des divergences doctrinales apparaissent relativement à l'étendue du pouvoir de sanction. Se posent en effet les questions suivantes : l'administration doit-elle édicter ces sanctions de sa propre initiative ou doit-elle recourir au juge? Peut-elle édicter des sanctions non prévues au contrat ou est-elle tenue par les stipulations du contrat? Et quel fondement doit-elle invoquer?

Pour répondre à ces questions, il faut rappeler que les auteurs, qui s'accordent à reconnaître à l'administration ce pouvoir de sanction, divergent sur son fondement juridique. Certains fondent ce pouvoir sur le privilège de l'exécution directe, d'autres sur les idées de service public et de puissance publique. De ce fait, les uns soutiennent que l'administration peut sanctionner de son propre chef alors que d'autres le contestent, estimant qu'elle doit nécessairement recourir au juge. Nous allons examiner successivement ces deux opinions.

1. Les opinions qui soutiennent un pouvoir de sanction propre à l'administration

Nombreuses sont les opinions doctrinales qui soutiennent que l'administration est habilitée à sanctionner elle-même le cocontractant défaillant, mais ces opinions divergent sur le fondement d'un tel pouvoir : s'agit-il de l'idée de service public et la nécessité d'assurer son

fonctionnement dans la continuité ou de l'idée de puissance publique qui est le fondement de l'action étatique?

Parmi les tenants du privilège de l'exécution directe comme fondement du pouvoir de sanction et dispensant de recourir au juge, on trouve Gaston JEZE qui estime que le fonctionnement régulier du service public commande que le cocontractant de l'administration, collaborateur du service public, soit minutieux dans l'exécution de ses obligations. Et pour que l'administration s'assure de cette exigence, elle doit disposer de sanctions fermes relevant du droit public, tout autres que celles que fournit le droit privé dont les procédures sont longues et complexes, d'autant que le juge doit s'en mêler pour qu'elles soient édictées, avec tout le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu pour qualifier les actes du cocontractant³³⁵.

Pour ces raisons, quand il s'agit d'un contrat administratif, l'utilisation des procédés du droit public, qui permettent à l'administration elle-même de mettre en œuvre les sanctions, peut recueillir l'accord des deux parties. L'avantage en est que l'administration édicte immédiatement les sanctions sans l'intervention du juge chaque fois qu'elle constate que le manquement du cocontractant nuit au bon fonctionnement et à la continuité du service public³³⁶.

Cette position a été soutenue par Georges PEQUIGNOT qui estime que l'administration a le droit de faire usage de son pouvoir d'exécution directe de la décision exécutoire en appliquant la sanction contre le cocontractant défaillant sans qu'il soit nécessaire que le contrat l'ait stipulé. Ce droit lui est reconnu indépendamment des clauses du contrat. De son point de vue, depuis l'arrêt Compagnie de navigation Sud-Atlantique de 1929, le privilège de l'exécution directe n'est plus contesté, sauf pour ce qui concerne le retrait du contrat de concession³³⁷. Car les clauses du contrat ne sauraient faire obstacle à l'utilisation de son pouvoir par l'administration, chaque fois que cela s'avère nécessaire à la réalisation de l'intérêt général.

D'autres auteurs fondent également le pouvoir de sanction de l'administration sur le privilège du préalable mais sans rapporter cela au service public comme JEZE et les autres, mais par référence à l'idée de puissance publique. C'est le cas d'HAURIOU qui voit dans ce privilège le point d'appui essentiel de la puissance publique dans le cadre de l'exécution d'un contrat rattaché au service public. L'administration peut prendre toute mesure qu'elle juge appropriée à l'égard du cocontractant défaillant, au moyen d'une simple décision sans avoir à en faire appel au juge³³⁸.

De même Georges VEDEL qui associe le privilège d'édicter les sanctions à d'autres privilèges dont dispose l'administration. Certaines de ces sanctions résultent du régime de la

³³⁵ JEZE Gaston, *Les principes généraux des contrats administratifs*, 3^{ème} éd, 1934, p. 856.

³³⁶ FAYAD Abdelmajid, *La théorie des sanctions dans le contrat administratif*, Thèse, Faculté de droit, Université d'Ain Chams, Le Caire, Egypte, 1974, p. 51.

³³⁷ PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale des contrats administratifs*, Op.cit, p. 34.

³³⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd, Paris, 1933, p. 227.

puissance publique et l'administration peut en faire usage chaque fois que la bonne marche du service public l'exige, sans qu'il soit nécessaire que cela ait été stipulé au contrat³³⁹.

André Maurice FLAMME considère pour sa part que le pouvoir de sanction est pour l'administration un droit autonome, existant par lui-même, sans qu'il soit nécessaire que le contrat le stipule³⁴⁰.

Et il semble qu'une partie de la doctrine arabe aille dans le même sens. Ainsi, Souleymane TAMMAOUI estime que l'administration dispose dans le domaine des sanctions d'une liberté d'action sans équivalent dans le droit privé. Elle peut dès lors édicter des sanctions sans recourir au juge. Il précise que ce droit vaut pour toutes les catégories de sanctions et est posé comme une règle générale³⁴¹.

Il est de même loisible à l'administration de choisir le moment approprié pour édicter la sanction. S'il n'est stipulé nulle part une obligation pour l'administration de prendre une sanction contre son cocontractant, pour une faute qu'il aurait commise dans un laps de temps déterminé, elle peut choisir le moment qu'elle jugera opportun pour le faire, au regard des nécessités du service public³⁴².

Certains vont plus loin et estiment que l'administration n'a pas à prouver que le manquement du cocontractant lui a causé un préjudice pour justifier la sanction. La preuve d'un dommage causé au service public n'est pas une condition exigée. Ce préjudice est présumé du simple fait de l'occurrence de la cause de sa survenance prévue au contrat. Car le relâchement dans l'exécution du contrat est en lui-même un manquement aux dispositions sur la base desquelles l'administration a organisé le service public et garanti son bon fonctionnement³⁴³.

On en retire que les sanctions que l'administration applique elle-même diffèrent dans leur but de celles qui s'appliquent au contrat civil. Dans le contrat civil, la sanction vise à réparer les fautes contractuelles et à indemniser le contractant, de telle sorte que soit rétabli l'équilibre des obligations mutuelles stipulé dans le contrat. Il n'y a dans la sanction civile aucune idée de punition. Le contrat civil n'a pas cette dimension supplémentaire qui caractérise le contrat administratif, le fait de concourir au fonctionnement du service public. Voilà pourquoi, dans ce dernier contrat, les sanctions se distinguent par le fait qu'elles sont des moyens de réalisation de son objet. C'est ce qui fonde l'utilisation par l'administration de son privilège de l'exécution directe qui lui permet de prendre des sanctions en prenant une simple décision individuelle³⁴⁴.

Le législateur libyen a reconnu à l'administration le droit d'édicter des sanctions de sa propre initiative, sans en appeler au juge, et ce en vertu des règlements successifs pris par l'ex

³³⁹ VEDEL Georges, Droit administratif, 4^{ème} éd, 1968, p. 251.

³⁴⁰ FLAMME André Maurice, Traité théorique et pratique des marchés publics, T 2, Bruxelles, 1969, p. 235.

³⁴¹ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 500.

³⁴² ABSI Hassan, Obligations et droits des parties dans le contrat de travaux publics, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1997, p. 150.

³⁴³ ABDELAZIZ Khalifa, Les fondements généraux des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2005, p. 264.

³⁴⁴ CHERIF Aziza, Etudes relatives à la théorie du contrat administratif, Le Caire, Egypte, p. 150.

commission populaire générale (conseil des ministres). Le dernier en date est le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 dont l'article 100 énonce que « si le cocontractant manque à ses obligations, il appartient à l'autorité administrative de prendre contre lui, de sa propre initiative et sans recourir au juge, quelques-unes ou la totalité des sanctions administratives suivantes :

- a. Une amende de retard
- b. La saisie du cautionnement
- c. Le retrait du travail et de l'exécution aux frais du cocontractant
- d. L'annulation du contrat ».

Le droit libyen a donc reconnu à l'administration le pouvoir de sanction, sans recourir au juge, comme cela ressort de l'article mentionné. Le texte est suffisamment explicite pour dispenser de toute interprétation.

Le pouvoir de sanction est conditionné par l'adéquation entre la sanction et la faute imputée au cocontractant, au sens qu'il faut qu'il y ait une correspondance entre la gravité de la faute et la sanction prise, à défaut de quoi, la sanction serait entachée de détournement de pouvoir du fait de son caractère excessif.

Certains considèrent que le pouvoir de sanction revient à l'administration même s'il n'a pas été stipulé dans le contrat. Ils estiment que le fait que le contrat n'ait pas mentionné des sanctions déterminées pour manquement aux obligations contractuelles ne signifie pas qu'il n'y a pas de sanctions. La règle est en effet qu'à tout engagement contractuel correspond une sanction. L'administration a donc le droit de prendre unilatéralement les mesures nécessaires à la bonne marche de ses services publics. Son pouvoir en la matière est autonome.

Mieux encore, elle n'est pas liée par les sanctions prévues dans le contrat. Elle peut imposer d'autres sanctions si elle estime qu'elles sont plus appropriées aux manquements du cocontractant³⁴⁵.

Le but visé par les sanctions administratives est donc de contraindre le cocontractant de l'administration à exécuter ses obligations. Quant à la réparation qu'obtiendrait l'administration pour les dommages causés, elle vient en seconde position dans l'ordre des préoccupations. Il ne s'agit pas tant, par l'édition de sanctions, de réparer la défaillance du cocontractant que d'assurer la bonne marche du service public. Les sanctions ne sont pas une peine infligée au cocontractant, elles constituent un moyen juridique d'assurer la bonne marche des services publics³⁴⁶.

³⁴⁵ HAMDI El Halfaoui, La faute dans la responsabilité de l'administration du fait du contrat administratif, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2001, p. 368.

³⁴⁶ ESSANNARI Mohamed, Les moyens du contrat administratif, Le Caire, Egypte, p. 257. Voir également : EL HACHEMI Racha, Le contrôle juridictionnel sur le pouvoir de l'administration d'imposer des mesures à son cocontractant, Master 2, Université de Bagdad, Irak, 2005, p. 140.

Mais, contre ces opinions exposées par la doctrine, en France et en Libye, d'autres auteurs contestent à l'administration le droit d'édicter des sanctions, considérant qu'il est indispensable de recourir au juge, à cette fin.

2. Les opinions qui contestent le pouvoir de sanction de l'administration

Une partie de la doctrine, notamment en France, conteste ce pouvoir quant il ne résulte pas d'un texte. Ces auteurs affirment alors qu'il y a une obligation de recourir au juge. De leur point de vue, en l'absence d'un texte habilitant l'administration à prendre elle-même des sanctions, elle n'a d'autre ressource que de saisir le juge. S'il fallait résumer cette position, on dirait qu'elle considère que l'administration est liée par la règle de droit commun qui pose que les conventions constituent la loi des parties. Elle ne peut procéder à l'exécution directe dans ses relations contractuelles avec les particuliers que si le contrat en a décidé ainsi. Ils relèvent que, si l'administration dispose bien de pouvoirs exorbitants dans l'exécution de ses contrats, cela ne saurait procéder d'un privilège général d'exécution directe. En effet, l'administration peut, au moyen des clauses du contrat, se réserver des moyens d'action exceptionnels de cette sorte puisque les deux parties contractantes ne se situent pas sur un pied d'égalité dans le cadre du droit public. Du fait de sa position dans ces contrats, elle peut y insérer des clauses exorbitantes à son avantage, favorisant le service public. Autrement dit, elle peut faire stipuler ces pouvoirs de manière expresse, et, lorsqu'elle s'en abstient, ce sont les règles de droit privé qui sont applicables³⁴⁷.

Il semble que les tenants de cette thèse ont élaboré leur opinion à partir des données qui existaient avant l'arrêt du Conseil d'Etat, Compagnie de navigation du Sud-Atlantique, lorsqu'il était exigé de l'administration, dans le cas où elle aurait souhaité obtenir réparation de son cocontractant, de saisir le juge. Une telle sanction n'est pas contractuelle, en ce sens qu'elle n'est pas prévue par le contrat. C'est ce qu'il s'est passé dans l'affaire DÉPLANQUE de 1907 déjà examinée. Mais les choses ont évolué, comme nous l'avons vu, et le juge a reconnu à l'administration le droit d'édicter elle-même des sanctions, y compris dans le silence du contrat, en se réservant un pouvoir de contrôle³⁴⁸.

De ce fait, le pouvoir d'édiction de sanctions par l'administration, soutenu par la quasi-totalité de la doctrine, n'est que l'application d'une des manifestations de la puissance publique, le privilège d'exécution directe que l'administration met en œuvre à l'égard des particuliers, et qui la distingue par rapport à eux qui sont tenus de recourir au juge aux fins d'exécution. Quant à l'administration, elle peut procéder d'elle-même en cas de manquement de son cocontractant à ses obligations, afin d'éviter toute entrave au fonctionnement du service public et les préjudices qui en découleraient pour l'intérêt général. Ce qui revient à dire que l'énoncé de ce droit dans les clauses contractuelles, s'il le révèle, n'en est pas constitutif de l'existence. C'est d'ailleurs un droit qui s'exerce dans l'édiction des sanctions contractuelles comme dans celle des sanctions de droit commun.

³⁴⁷ BENCHABANE Ali, Les effets du contrat de travaux publics sur les deux parties contractantes dans la législation algérienne, Op.cit, p. 190.

³⁴⁸ SAROT Marcel, La sanction administrative, Rapport général, Paris, 2006, p. 469.

Restent les divergences relatives au fondement du pouvoir de sanction : est-ce l'idée de puissance publique ou celle de service public? A ce propos, certains auteurs considèrent que, s'agissant en général des pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat administratif, elles se ramènent à la divergence fondamentale sur la détermination du fondement du droit administratif et de son champ d'application. Et cela vaut pour le pouvoir de surveillance et de direction pendant l'exécution du contrat, pour le pouvoir de modification, des obligations du cocontractant, comme pour le pouvoir de sanction³⁴⁹.

Il est des auteurs qui ont opté pour la puissance publique comme fondement. A leur tête, HAURIOU qui considère que l'idée de puissance publique est à la base du droit administratif, précisant que ce que l'on entend par puissance publique ne se réduit pas aux seuls privilèges accordés à l'administration. Il faut y compter également les obligations qui lui sont imposées et qui sont parfois plus contraignantes que celles des particuliers, comme c'est le cas par exemple s'agissant du choix du cocontractant pour lequel la marge de liberté accordée à l'administration est étroite, et la meilleure illustration en est fournie par la procédure de l'adjudication³⁵⁰.

En revanche, DUGUIT soutient que le droit administratif est le droit des services publics car, sans ces services, dont le souci est l'intérêt général, il n'y aurait pas de clauses exorbitantes du droit commun³⁵¹.

Cependant, la doctrine en est venue à la conclusion que les deux positions étaient excessives dans l'exclusivisme de chacune des deux idées sur lesquelles elles se fondent respectivement. La vérité est que ce sont les deux idées, celle du service public et celle de la puissance publique, qui fondent le droit administratif et déterminent son champ d'application.

Le service public est le fondement de l'existence du droit administratif et la puissance publique est le critère de définition de son champ d'application. Si l'administration renonçait à l'utilisation du moyen de la puissance publique pour réaliser le but du service public, elle se soumettrait dans son action au droit commun et à son juge. En tant que responsable du bon fonctionnement du service public et de la réalisation de l'intérêt général, elle a l'obligation de prendre des mesures rapides, de son propre chef, sans avoir à solliciter le juge, pour qu'il ne soit pas attenté à l'intérêt général. Cette exigence s'applique en matière de sanction du cocontractant défaillant.

Parmi les manquements possibles à leurs obligations par les cocontractants, on note le fait de déléguer un tiers ou de lui confier l'exécution d'une partie des engagements pris, sans l'autorisation préalable de l'administration. Ce comportement est sujet à sanction³⁵². De même, que le fait de commettre une faute susceptible d'entraîner une sanction prévue par le contrat. L'administration peut également prendre une autre sanction non prévue au contrat

³⁴⁹HAROUN Jamal, Les sanctions dans les contrats de travaux publics, Op.cit, p. 85. Voir également KANAAN Nawwaf, Droit administratif, Amman, Jordanie, 2003, p. 359.

³⁵⁰ HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif et droit public, Op.cit, p. 5.

³⁵¹ DUGUIT Léon, Traité de droit constitutionnel, Op.cit, p. 681.

³⁵² LECLERCQ Claude, Travaux dirigés de droit administratif, Paris, 2002, p. 365. Voir CE, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Recueil Lebon, p. 326.

après avoir informé le cocontractant de la faute qu'il a commise, sous réserve du droit de celui-ci à s'en défendre³⁵³.

L'administration a donc le droit d'édicter des sanctions de différentes sortes même si le contrat ne les avait pas prévues, ce qui se justifie par le lien rattachant les contrats administratifs au service public. Le silence du contrat ne saurait soustraire le cocontractant aux sanctions qu'appellent ses manquements aux obligations contractées. De même, que le contrat ait prévu certaines sanctions ne signifie pas que l'administration est tenue de s'y cantonner, elle est fondée à édicter toutes les sanctions requises³⁵⁴.

Mais cela est contrebalancé par l'existence d'un contrôle du juge qui est un moyen de rééquilibrer les vastes prérogatives dévolues à l'administration en la matière et de protéger le cocontractant de l'arbitraire et de la violation de la loi qui pourraient entacher les décisions de sanction. Le juge exerce son contrôle dès le début de la mesure, sur la forme de la décision, sur sa conformité aux règles de compétence, afin de s'assurer que la sanction est prise par l'autorité compétente, et du point de vue du but final, pour s'assurer que le mobile de la sanction est bien l'intérêt public et qu'il n'y a pas détournement de pouvoir. Le juge vérifie l'existence du manquement allégué et l'adaptation de la sanction prise à la gravité du manquement. L'administration doit par ailleurs motiver les décisions de sanction afin que le cocontractant soit éclairé sur ce point. L'exigence de la motivation est, avec celle de la mise en demeure, une garantie reconnue au cocontractant contre l'arbitraire qui pourrait entacher l'exercice du pouvoir de sanction.

Sous-section 2 : Les garanties reconnues au cocontractant en cas de sanction

Nous avons établi que l'administration avait le droit d'édicter des sanctions contre son cocontractant, en cas de manquement à ses obligations contractuelles, que ces sanctions soient prévues ou pas au contrat, en considération de ce que l'administration a pour mission de réaliser l'intérêt général. Mais le cocontractant collabore, de son côté, avec l'administration pour assurer l'exécution du contrat. Il doit donc être en mesure de remplir cette mission sans qu'on dresse devant lui des obstacles qui l'en empêchent, car dans ce cas les particuliers seraient de plus en plus réticents à s'associer à l'administration au détriment de l'intérêt général. Il faut donc que des garanties lui soient reconnues en cas de sanctions prises contre lui par l'administration, ce que la logique et la justice commandent. A partir de là, se posent un certain nombre de questions parmi lesquelles: le pouvoir de sanction de l'administration a-t-il un caractère absolu qui l'affranchit de toute entrave? En particulier s'exerce-t-il sans le moindre contrôle juridictionnel? Doit-elle respecter une certaine procédure avant et après l'édiction des sanctions? Autrement dit, a-t-elle l'obligation d'informer le cocontractant du manquement qu'elle a constaté avant de le sanctionner ou bien peut-elle sanctionner au moment qu'elle jugera opportun? Et, d'autre part, est-il permis à l'administration de justifier la sanction après l'avoir édictée, c'est-à-dire de motiver sa décision afin que le cocontractant

³⁵³ LEBRETON Gilles, Droit administratif général, 4^{ème} éd, Paris, 2007, p. 296.

³⁵⁴ DE LAUBARERE André, VENEZIA Jean-Claude et GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, 15^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 823.

connaisse les raisons qui ont dicté la sanction? Autant de questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre dans cette sous-section.

A. La mise en demeure du cocontractant

L'obligation d'adresser une mise en demeure avant de sanctionner résulte des principes généraux qu'impose l'exigence de justice. Elle vise à attirer l'attention du cocontractant sur un manquement aux stipulations du contrat qui constitue une défaillance dans l'exécution dommageable au service public³⁵⁵.

La mise en demeure est, conformément aux règles du droit commun, la constatation légale d'un retard du débiteur dans l'exécution de son obligation. C'est une mesure préliminaire qui doit précéder l'application des sanctions légales ou conventionnelles. Elle informe le contractant d'un manquement qui peut nuire au service public et lui fournit l'occasion de remplir l'obligation à laquelle il a manqué afin que l'affaire en reste là. Elle a donc simultanément valeur d'avertissement adressé au cocontractant par l'administration sur l'imminence d'une sanction au cas où il persisterait dans son manquement³⁵⁶.

Au regard des effets et conséquences qui s'attachent au pouvoir de sanction de l'administration, le Conseil d'Etat français a imposé à l'autorité administrative de mettre en demeure son cocontractant avant de lui infliger la sanction, lui accordant ainsi un délai supplémentaire pour exécuter ses obligations contractuelles. L'exigence est posée de façon générale, la décision prise sans mise en demeure préalable étant entachée d'un vice de procédure qui peut conduire à son annulation³⁵⁷.

La doctrine a soutenu avec constance que le non respect des formes préalables à l'édition de la sanction, et parmi elles la mise en demeure, a toujours pour effet d'épargner les coûteuses conséquences de la sanction au cocontractant, quel que soit le degré de la faute ou du manquement qui lui est imputé³⁵⁸.

La doctrine a également soutenu que l'administration devait informer le cocontractant de la non-exécution de ses obligations ou du retard apporté à leur exécution, de le mettre en demeure d'y procéder et de lui préciser quelle sanction lui serait infligée s'il s'en abstenait. La mise en demeure doit comporter une injonction d'exécuter les obligations et l'indication de la manière d'échapper à la sanction. La mise en demeure doit de même comporter mention de la durée consentie pour corriger les manquements et de ce fait le cocontractant ne peut être comptable de sa défaillance qu'à compter de la mise en demeure, la réparation étant alors due sur la base de la responsabilité contractuelle³⁵⁹.

³⁵⁵ HILMI Omar, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1993, p. 124.

³⁵⁶ TAMER Ibrahim, Les sanctions administratives dans le contrat de travaux publics, Master 2, Université de Babylone, Irak, 2000, p. 83.

³⁵⁷ JEZE Gaston, Les principes généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 1034.

³⁵⁸ LLORENS François, Contrat d'entreprise et marchés de travaux publics, LGDJ, Paris, 1981, p. 437; TERNEYRE P., La responsabilité contractuelle des personnes en droit administratif, Economica, 1989, p. 104.

³⁵⁹ JABER Nasser, Contrats administratifs, Le Caire, Egypte, p. 286. Voir également : EL MASRI Zakaria, Contrats administratifs, Mansourah, Egypte, 2014, p. 53.

La règle est que la mise en demeure du débiteur se fait par une sommation qui est un acte officiel délivré par huissier dans lequel le créancier indique clairement qu'il demande au débiteur de s'acquitter de son obligation. C'est le moyen habituel par lequel le débiteur est mis en demeure³⁶⁰. Par ailleurs, certains estiment que la mise en demeure n'a pas de modalité spécifique, même s'il est possible de faire application des règles du droit civil qui énoncent que le débiteur doit être mis en demeure par acte officiel. Une lettre missive peut suffire, la mise en demeure devant dans tous les cas être clairement explicite et dénuée de toute ambiguïté³⁶¹. Parmi les conditions de procédure nécessaires en France à la régularité de la mise en demeure ou de la sommation, nous citons :

1. Que la mise en demeure soit remise au contractant ou à son mandataire.
2. Qu'il soit accordé au contractant un délai déterminé après que la mise en demeure lui a été adressée, afin qu'il puisse s'acquitter de ses obligations, avant de lui infliger la sanction appropriée. Ce délai ne doit pas être inférieur à 15 jours³⁶².

L'administration ne doit pas se contenter d'adresser une sommation à son cocontractant mais elle doit également lui accorder un délai raisonnable, dialoguer avec lui et lui faire communiquer ses observations et ses moyens de défense³⁶³, afin qu'il n'ignore pas les garanties auxquelles il a droit, en particulier quand il s'agit de prendre certaines sanctions particulières comme la résiliation du contrat, l'exécution aux frais du cocontractant, ou tout autre sanction contractuelle³⁶⁴.

Mais certains auteurs ont soutenu que la mise en demeure n'était pas soumise à une forme précise, l'administration n'étant pas tenue de rappeler à son cocontractant tous les détails des obligations auxquelles il a manqué³⁶⁵.

Il en est également qui soutiennent que la mise en demeure n'est pas le seul moyen d'interpeller le débiteur. D'autres voies en tiennent lieu. N'importe quel acte officiel faisant ressortir de manière claire le désir du créancier de voir le débiteur s'acquitter de ses obligations vaut mise en demeure. Il en est ainsi de la sommation officielle précédant l'exécution et du document introductif d'instance même si l'action a été introduite devant un tribunal incompétent³⁶⁶.

³⁶⁰ NASR EDDINE Bachir, L'amende de retard dans le contrat administratif et ses effets sur la gestion du service public, thèse, Université du Caire, Egypte, 1998, p. 86. Egalement : BELLAOUI Yassine, Les sanctions coercitives dans le contrat administratif, Thèse, Institut de recherches et d'études arabes, Le Caire, Egypte, 2009, p. 92.

³⁶¹ CE, 6 novembre 1970, Société anonyme, AJDA, 1971, p. 105.

³⁶² CE, 12 juin 1932, Sieur Bagot, Recueil Lebon, p. 572.

³⁶³ MOHAMED Abdelbadi, Le pouvoir administratif de résiliation du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 1^{ère} éd, 1993, p. 104.

³⁶⁴ MAHOUS M., La sanction de l'inexécution dans les principes européens du contrat et les principes UNIDROIT, Laissac, 18 juillet 2008. Sur <http://www.juristudiant.com/forum>.

³⁶⁵ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 485.

³⁶⁶ NASR EDDINE Bachir, L'amende de retard dans le contrat administratif et ses effets sur la gestion du service public, Op.cit, p. 86.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat français a considéré, dans l'arrêt *Veuve TROMPIER*, que, en vertu des principes généraux du droit qui sont toujours applicables même en l'absence d'un texte, la sanction ne peut être édictée sans que l'intéressé soit informé des griefs formulés contre lui afin qu'il puisse préparer sa défense, et faire part de toutes observations qui lui paraîtraient nécessaires³⁶⁷.

S'agissant des sanctions financières, la mise en demeure vise, en droit administratif comme en droit civil, à alerter le cocontractant sur ses obligations afin que se déclenche l'exigibilité du montant dû en cas de retard dans l'exécution. De la même manière, la mise en demeure, dans les sanctions coercitives, a pour fonction, de par ce qu'elle comporte de menace, d'obliger le cocontractant à exécuter ses obligations, et d'ouvrir la voie aux mesures nécessaires à l'exécution du contrat³⁶⁸. La mise en demeure préserve par ailleurs l'intérêt des deux parties, dans la mesure où elle permet d'une part au service public de bénéficier de l'exécution du contrat, et non de mettre fin à ce dernier, et où elle met en application, d'autre part, au profit du cocontractant, ses droits à la défense³⁶⁹. Quant à la résiliation-sanction, la mise en demeure y prévient le cocontractant qu'il peut s'exposer à une mesure grave consistant en la dissolution du lien contractuel qui le rattache à l'administration.

Cependant, si on se réfère en France aux arrêts de la jurisprudence et aux opinions doctrinales, on s'aperçoit que la règle de la mise en demeure préalable, bien que contraignante au regard de la validité de la sanction, n'est pas absolue. Elle admet un certain nombre d'exceptions dont il suffit qu'une seule se réalise pour que l'administration soit dispensée de son application. C'est le cas lorsqu'une clause expresse du contrat ou du cahier des charges a prévu de dispenser l'administration de cette obligation avant de dessaisir son partenaire du contrat. Mais, au moins, la clause doit alors faire l'objet d'une interprétation restrictive en raison des conséquences graves qu'elle emporte pour le cocontractant, ajoutées au fait qu'elle constitue une exception à une règle générale³⁷⁰. Une telle exception ne saurait donc résulter que de la volonté exprimée par les parties de dispenser l'administration de l'obligation d'adresser au cocontractant une mise en demeure expresse et précise à laquelle le juge du contrat peut se référer au cas où un différend sur son application viendrait à lui être soumis.

L'administration est également dispensée de la mise en demeure dans le cas où le cocontractant déclare expressément et de sa propre initiative son refus d'exécuter et son incapacité définitive à poursuivre l'exécution de ses obligations contractuelles. Il n'y a alors plus aucune utilité à mettre en demeure³⁷¹. Il n'est de même plus nécessaire de mettre le cocontractant en demeure s'il a commis des actes frauduleux au cours de l'exécution de ses obligations.

³⁶⁷ CE 5 mai 1944, *Veuve TROMPIER-Gravier*, Recueil Lebon, N° 69751, p. 133.

³⁶⁸ DE LAUBADERE André, MODERNE Franck et DEVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 112.

³⁶⁹ MODHAFFER Ali, *Le pouvoir de sanction de l'administration dans les contrats administratifs au Yémen*, thèse, Université du Caire, Egypte, 2012, p. 261.

³⁷⁰ CE 18 décembre 1912, *BOUYSSY*, Recueil Lebon, p. 1217.

³⁷¹ JEZE Gaston, *Les principes généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 933.

Parmi les autres exceptions à la règle de la mise en demeure préalable en France, nous distinguons le cas où l'inutilité de cette mesure est avérée. Il en est ainsi lorsque les circonstances appelant une décision de mise en demeure indiquent d'une façon certaine qu'elle sera sans utilité, pour des raisons tenant au cocontractant lui-même, comme le manquement à une obligation substantielle, qu'il est impossible de rattraper ou de corriger³⁷². Il n'y a pas davantage de nécessité à mettre en demeure si le cocontractant a cédé le contrat à autrui ou a procédé à sa sous-traitance sans l'autorisation préalable de l'administration. Il en va de même dans les cas d'urgence et de nécessité qui imposent de mettre immédiatement un terme au contrat³⁷³.

En dépit de toutes ces exceptions, on peut soutenir, en se fondant sur certains arrêts du Conseil d'Etat français, que la mise en demeure est une procédure de portée générale qui ne tient pas compte de la distinction entre les différentes sortes de sanctions contractuelles, y compris celles que l'administration peut édicter sans l'intervention du juge. Il n'y a pas d'autres exceptions que celles qui s'appliquent aux cas mentionnées ci-dessus.

Après avoir abordé la mise en demeure en tant que garantie reconnue par le droit français au cocontractant de l'administration, il nous faut, pour être fidèle à l'approche que nous avons retenue, nous attarder sur la position du droit libyen en la matière. Celle-ci ressort des dispositions de l'article 1 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 sous le titre « mise en demeure adressée au cocontractant avant d'édicter la sanction ».

L'article est ainsi libellé : « A l'exception de la pénalité de retard, il ne peut être édicté de sanction contre le cocontractant avant qu'il ne lui soit adressé une mise en demeure et qu'il ne se soit écoulé un délai suffisant pour qu'il exécute ses obligations, fixé par l'autorité cocontractante, si le contrat n'en a pas stipulé autrement. La mise en demeure se fait par lettre recommandée envoyée à l'adresse mentionnée au contrat, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter une quelconque autre formalité. L'autorité contractante peut édicter une sanction sans faire recours à la mise en demeure si l'exécution du contrat doit s'effectuer à une date qui ne permet pas de procéder à la mise en demeure et que la sommation exige un délai, ou si la continuation du manquement à l'obligation est dommageable ».

Le droit libyen a donc adopté l'idée que la mise en demeure est nécessaire avant l'édition de toute sanction, comme cela ressort clairement de l'article cité (« il ne peut être édicté de sanction contre le cocontractant avant qu'il ne lui soit adressé une mise en demeure »). En cela, il est donc en accord avec le droit français. Et de même que celui-ci, il a prévu à titre d'exception des cas dans lesquels l'administration est dispensée de l'obligation de mettre en demeure. Il énonce ainsi explicitement que la mise en demeure n'est pas exigée pour l'édition d'une pénalité de retard et que l'administration en est dispensée lorsque le contrat en a décidé ainsi, c'est le sens de la formule « si le contrat n'en a pas stipulé autrement ». Si le contrat a dispensé l'administration de l'obligation de mettre en demeure, cette clause de dispense s'impose, ce qui est exactement la position du droit français. Ajoutons que, en vertu

³⁷² JEZE Gaston, Les principes généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 1044.

³⁷³ GHENAIM Medhet, Le régime juridique de la pénalité de retard dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2010, p. 77.

de l'article cité, l'administration est dispensée de la mise en demeure dans les cas de nécessité et si la continuation du manquement est dommageable. Le droit libyen est donc quasi parfaitement en phase avec le droit français sur l'exigence d'une mise en demeure préalable à la sanction et sur ses exceptions.

L'exigence d'une mise en demeure préalable à la sanction est également posée par la Cour suprême libyenne dans un arrêt du 6 mars 1975 qui énonce que « l'administration doit, avant d'édicter une sanction contre son cocontractant défaillant ou ayant manqué à ses obligations, le mettre en demeure et ce afin qu'il soit prévenu que l'administration est sur le point de le sanctionner, et qu'il s'attache alors à exécuter ses obligations ou qu'il conteste la défaillance qui lui est imputée en prouvant à l'administration qu'il n'a pas commis de manquement, afin d'échapper à la sanction. La mise en demeure préalable à la sanction constitue la règle dont l'administration n'est dispensée qu'en vertu d'une clause expresse du contrat ainsi que dans les cas d'urgence et de nécessité. L'administration est soumise au contrôle du juge en ce qui concerne les sanctions qu'elle édicte contre son cocontractant »³⁷⁴.

La Cour suprême devait confirmer cette position dans un autre arrêt rendu le 1^{er} novembre 1977, indiquant que « la mise en demeure est obligatoire avant toute demande de résiliation du contrat de fournitures à moins que le contrat ne comporte une clause en dispensant l'autorité administrative ou qu'il ne soit établi que la mise en demeure ne serait d'aucune utilité, comme lorsque le fournisseur avoue son incapacité à exécuter le contrat. Aucune forme particulière n'est exigée pour la mise en demeure qui peut être notifiée par huissier ou par lettre recommandée avec avis de réception et doit comporter une sommation d'exécuter le contrat sous peine de résiliation »³⁷⁵.

Une partie de la doctrine libyenne approuve la position de la Cour suprême, estimant que la mise en demeure est une garantie importante accordée au cocontractant de l'administration, préservant en premier lieu ses droits, et attirant en outre son attention sur les fautes qu'il a commises, lui permettant de les corriger pour éviter la sanction et conserver au service public un bon fonctionnement. Car le but que se donne l'administration dans l'édition des sanctions est toujours la préservation de l'intérêt général et le fonctionnement du service dans la régularité et la continuité. Par ailleurs, la mise en demeure évite au cocontractant la soudaineté d'une sanction en lui accordant le temps nécessaire pour se ressaisir et pour se conformer au contrat³⁷⁶.

La mise en demeure fait sentir au cocontractant la menace d'une sanction et l'incite à tout faire pour l'éviter. En cela, elle constitue bel et bien pour lui une garantie précieuse.

³⁷⁴ Cour suprême libyenne, 6 mars 1975, Recours administratif N° 8/21, Encyclopédie des principes juridiques, p. 357.

³⁷⁵ Cour suprême libyenne, 1^{er} novembre 1977, Recours administratif N° 1/23, Revue de la Cour suprême, 1978, p. 368.

³⁷⁶ MIFTAH Abdel Hamid, La fin du contrat administratif dans la législation libyenne, Op.cit, p. 195.

B. La motivation de la décision de sanction

Nous avons démontré que l'administration ne pouvait édicter une sanction contre son cocontractant qu'à travers un acte administratif pris par l'autorité compétente. Dès lors que la sanction ne peut être prise que par acte administratif, celui-ci doit être motivé de façon à s'assurer que le pouvoir de sanction n'est pas utilisé de façon arbitraire et à informer, en même temps, le cocontractant des éléments justificatifs de la sanction pour lui permettre, s'il n'en est pas convaincu, de demander l'annulation de la décision par le juge. La motivation constitue donc une garantie supplémentaire pour le cocontractant. En tant qu'acte unilatéral de l'administration, la sanction est par nature soumise à l'ensemble des dispositions et principes applicables à cette catégorie d'actes, dont l'obligation de les assortir de motifs.

Ce qu'on entend par motivation, c'est que la décision mentionne les faits et règles juridiques auxquels se réfère l'administration pour édicter la sanction, ce qui permet de connaître les raisons qui l'ont poussée à sanctionner le cocontractant³⁷⁷.

L'obligation de motiver constitue un gage pour le cocontractant mais aussi pour l'administration dans la mesure où elle la prémunit contre une éventuelle annulation par le juge car celui-ci, dans le contrôle qu'il exerce sur le pouvoir de sanction, se rapporte, comme l'exige la loi, aux motifs de la décision pour en apprécier la légalité³⁷⁸.

Si le droit français impose à l'administration de motiver ses décisions de sanction, c'est parce que la motivation est un critère d'appréciation du respect des droits à la défense, permettant au juge de vérifier si la sanction est proportionnelle à la faute commise.

Cette exigence a été posée par le Conseil constitutionnel français dans sa décision n°82-155 du 30 décembre 1982³⁷⁹.

La notion de motivation des décisions de sanction est apparue au 19^{ème} siècle pour rendre compte de l'obligation faite à l'administration de fournir les motifs de fait et de droit de la sanction³⁸⁰. L'administration doit prouver qu'elle est convaincue de la nécessité de la sanction car on ne peut imaginer que l'administration prenne des décisions qui n'emportent pas sa propre conviction. Elle doit donc faire connaître ce qui fonde sa conviction qu'une sanction doit être prise et, pour cela, indiquer les éléments qui renforcent sa certitude d'obtenir de sa décision le résultat attendu³⁸¹.

La règle, en France et en Libye, demeure que l'administration n'est pas tenue de motiver ses décisions, à moins qu'un texte de loi ne le lui impose. Mais la jurisprudence s'en est mêlée qui l'a soumise à cette obligation, dans certains cas, en l'absence d'une prescription

³⁷⁷ Arrêt de la Haute Cour administrative égyptienne du 22 mars 2003, Recours administratif N° 482175, Collection des principes juridiques, 3^{ème} partie, 2005, p. 191.

³⁷⁸ FREIR Pierre-Laurent, Précis de droit administratif, 3^{ème} éd, Paris, 2004, p. 295.

³⁷⁹ FREIR Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd, Paris, 2006, p. 283. Egalement : CHRISTIAN J., Le juge français face aux sanctions fiscales, Université Robert Schuman, Strasbourg 3, 2002, p. 12.

³⁸⁰ ISAC C, La procédure administrative non contentieuse, Thèse, Paris, 1966, p. 546.

³⁸¹ FREIR Pierre-Laurent, Précis de droit administratif, Op.cit, p. 346.

légale. Lorsqu'il prescrit cette obligation, le juge administratif participe à l'élaboration du droit. Le Conseil d'Etat français fait obligation à l'administration de motiver ses décisions sans s'appuyer sur un texte dans certains domaines, au regard de leur importance particulière ou de la nature spécifique de l'acte considéré, en invoquant parfois la volonté implicite du législateur³⁸².

Ce sur quoi on ne peut émettre un doute, c'est que la motivation des décisions procure aux particuliers une garantie non négligeable, puisqu'elle leur permet, d'une part ainsi qu'au juge, de vérifier la régularité de leurs motifs³⁸³ et d'autre part de s'assurer qu'elles ne sont pas entachées d'un détournement de pouvoir. Elle représente donc une garantie du droit des particuliers à la défense qui est l'un des principaux droits à caractère constitutionnel³⁸⁴.

Avant le 11 juillet 1979, l'administration n'était pas tenue en France de motiver la décision de sanction prise contre son cocontractant, il était laissé au contrat le soin de stipuler une telle obligation, la procédure de la mise en demeure comblant en partie cette lacune dans la mesure où elle avait pour finalité de fixer les obligations dont l'administration entendait sanctionner l'inexécution³⁸⁵.

La loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs est venue élargir le champ d'application de cette obligation qui englobe, d'une façon générale, les décisions individuelles atteignant les intérêts des personnes physiques et morales, les établissements publics, autrement dit l'ensemble des actes administratifs pris par les différentes autorités et relevant du contrôle du juge, de sorte que les mesures d'ordre interne seules font exception³⁸⁶.

Ajoutons que l'absence de motivation génère une accumulation des recours juridictionnels faisant à l'administration le grief de ne pas avoir motivé sa décision, ce qui ne peut manquer de la mettre sous pression et la perturber dans son action³⁸⁷.

La motivation constitue donc une forme substantielle de la décision sans laquelle la sanction serait réputée nulle et s'ajoute aux garanties reconnues aux particuliers³⁸⁸. La loi a déterminé quatre sortes de motivation exigées pour la validité des sanctions³⁸⁹ :

a. La motivation imposée par la loi dont l'omission constituerait un vice de forme entachant la décision d'une violation de la loi.

³⁸² Comme le Conseil d'Etat l'a fait à propos des décisions de refonte des propriétés agricoles en vue d'améliorer l'exploitation agricole. Pour imposer la motivation des décisions, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur la nature des commissions chargées de ce travail et sur les restrictions et garanties auxquelles ce dernier est soumis, tirant argument de la volonté implicite du législateur (Voir CE 17 janvier 1950, BILLAND).

³⁸³ SAMI Jamal Eddine, La justice administrative, Alexandrie, Egypte, 2003, p. 285.

³⁸⁴ MOHAMED Abdellatif, Libertés publiques, 1^{ère} éd, Koweït, 1995, p. 139.

³⁸⁵ DE LAUBADERE André, MODERNE Franck et DEVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 124.

³⁸⁶ D'AMBRA Dominique, L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Paris, 1994, p. 244. Voir : CE 18 mars 1990, Association Acinétiennne d'aide sociale et autre, AJDA, 1990, p. 722.

³⁸⁷ MOHAMED Abdellatif, Libertés publiques, Op.cit, p. 35.

³⁸⁸ CE 21 juillet 1972, Tabari, Recueil Lebon p. 587.

³⁸⁹ AUBT Jean-Marie, DRAGO Roland, Traité des recours en matière administrative, Paris, 1992, p. 395.

b. La motivation qu'impose la nature des choses, celle qui est indispensable au juge dans son appréciation de la légalité de la décision.

c. La motivation qu'impose la nature des autorités administratives qui prennent la décision.

d. La motivation des sanctions prises par les instances disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires.

La motivation des décisions de sanction est une exigence que la jurisprudence française invoque avec constance, appuyée en cela par la doctrine, en raison des conséquences graves qui s'attachent à ces décisions. Elle permet au juge d'exercer un contrôle dont le but est de s'assurer de l'objectivité de l'administration dans la motivation de ses décisions³⁹⁰. Cela peut s'appliquer à la sanction contractuelle qui, assimilée à une décision de sanction, doit être inspirée par des motifs justificatifs. Elle ne peut avoir de tels motifs que s'il existe une situation de fait qui la rendent nécessaire. Le juge doit procéder à l'examen de ces motifs et s'il lui apparaît qu'ils ne sont pas valables ou que l'administration les a à tort jugés valables, la décision de sanction sera réputée non fondée, et en conséquence entachée d'une violation de la loi³⁹¹.

L'administration est donc tenue en France de motiver ses décisions de sanction, en vertu de la loi du 11 juillet 1979 que des circulaires du premier ministre relatives à la motivation des actes administratifs et concernant les contrats administratifs sont venues confirmer les 31/08/1979, 10/01/1980 et 28/09/1987. L'obligation de motivation vaut d'une façon générale pour tous les actes administratifs et plus particulièrement pour les décisions de sanction. La décision doit être écrite et mentionner les dispositions de la loi et les actes du cocontractant sur lesquels elle se fonde³⁹².

La motivation doit en outre obéir à des règles déterminées, et à ce titre comporter une description de la faute imputée au cocontractant, sachant que celle-ci consiste en des faits justifiant la sanction. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de prononcer l'illégalité d'une sanction en raison de l'omission par l'administration de certains des éléments constitutifs d'un fait invoqué qui était par là-même défini de manière par trop imprécise³⁹³.

L'acte administratif est réputé non motivé s'il se contente de mentionner la disposition légale à laquelle il se réfère sans préciser le motif qu'il en tire, s'il est pris à l'encontre de plusieurs personnes sans précision des motifs concernant chacune d'entre elles ou s'il

³⁹⁰ CE 26 juin 1991, Ministère de l'intérieur, Recueil Lebon, p. 667.

³⁹¹ SAMI Jamal Eddine, La justice administrative, Alexandrie, Egypte, 2003, p. 285.

³⁹² CHAPUS René, Droit administratif général, Op.cit, p. 1318; GUTTIER Christophe, Droit du contrat administratif, Paris, 2004, p. 567. Voir également : DUFEAU Jean, Marchés de travaux publics, Op.cit, p. 521; FABERON Yves, La réforme de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes d'aide sociale par la loi du 11 juillet 1979, JCP, doctrine, 1980, p. 2980; Egalement : Le Bulletin, 4 septembre 1979, p. 2146.

³⁹³ CE 26 janvier 1990, SA La cinq, Recueil Lebon, N° 110945, p. 17.

comporte la relation de simples faits sans que l'administration ne mentionne clairement les griefs qu'elle en déduit à l'encontre du cocontractant³⁹⁴.

L'obligation de motiver la sanction, qu'elle soit posée par la loi ou par la jurisprudence, a pour finalité de s'assurer que l'intéressé sera informé des motifs qui l'ont inspirée et ont incité l'administration à l'édicter. L'intéressé sera ainsi mieux à même de concevoir son recours en annulation de la décision ou en indemnité. Il faut pour cela que la motivation soit suffisante, qu'elle éclaire le résultat produit par la décision ainsi que la manière dont il faut statuer en application de la loi³⁹⁵.

L'acte administratif comportant des motifs généraux et stéréotypés est réputé non motivé, ce qui ne veut pas dire que le juge administratif français exige nécessairement de l'administration une profusion de détails. Il suffit que les motifs soient clairs³⁹⁶, sachant que cela ne doit pas être pris à la lettre : une motivation par trop concise conduit parfois à l'imprécision et peut s'avérer insuffisante³⁹⁷.

En ce sens, la motivation peut être d'une clarté suffisante lorsqu'elle se limite à la mention de textes de lois déterminés, alors que le Conseil d'Etat français estime que l'acte attaqué est illégal s'il ne rend pas compte avec assez de précision de la gravité du manquement imputé au demandeur³⁹⁸.

Mais, dans tous les cas, il importe peu que la motivation soit brève ou longue pour peu qu'elle remplisse sa fonction. Si elle est claire et qu'elle dissipe les ambiguïtés, elle est susceptible de constituer une garantie effective. Cela signifie que le but recherché est toujours de s'assurer que l'acte réunit tous les éléments constitutifs exigés, sans considération de sa brièveté ou de sa longueur³⁹⁹.

L'administration est ainsi tenue d'examiner les circonstances au cas par cas et d'éviter les formulations stéréotypées qui ne caractérisent pas à chaque fois la nature spécifique de la faute⁴⁰⁰. Le texte de la décision de sanction doit absolument comporter les motifs sur lesquels elle se fonde⁴⁰¹, et exposer les motifs dont la résultante est la sanction qu'il édicte, et ce afin qu'on puisse être renseigné sur ses motifs et vérifier leur véracité ; avec cependant cette précision que, lorsque l'administration invoque un motif, le juge ne se contente pas d'en vérifier la véracité. Il doit s'assurer qu'il est utile d'en faire découler la décision et que c'est un motif sérieux justifiant l'effet qui découle de l'édiction de la sanction⁴⁰².

³⁹⁴ MODHAFFER Ali, Le pouvoir de sanction de l'administration dans les contrats administratifs au Yémen, Op.cit, p. 270.

³⁹⁵ CE 28 mai 1965, Demoiselle NIFFAULT, Recueil Lebon, p. 315.

³⁹⁶ FRIER Pierre-Laurent, Précis de droit administratif, Op.cit, p. 229. Voir : CE, 14 juin 1991, RFDA, 1992, p. 1016, et CE 26 juillet 1991, AJDA, 1991, p. 911.

³⁹⁷ EL ANZI Saad, Les garanties de procédure en matière disciplinaire, Le Caire, Egypte, 2005, p. 357.

³⁹⁸ DEBBASCH Charles, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 1990, p. 809.

³⁹⁹ MOHAMED Abdellatif, Libertés publiques, Op.cit, p. 163.

⁴⁰⁰ TAREK Sultan, Le pouvoir de sanction de l'administration, Le Caire, Egypte, 2010, p. 82.

⁴⁰¹ CE 27 avril 1999, Moreau, RFDA, 1999, N° 381.

⁴⁰² FRIER Pierre-Laurent, Précis de droit administratif, Op.cit, p. 229.

Une motivation est réputée suffisante si elle énonce l'ensemble des faits que l'on attribue à la personne défaillante et les motifs qui ont incité l'administration à prendre la décision. Si la motivation est insuffisante, l'acte sera nul car réputé non motivé⁴⁰³. En application de ce principe, le Conseil d'Etat français a posé la double condition suivante de la légalité des décisions de sanction : qu'elles soient non seulement motivées mais aussi qu'elles comportent une motivation suffisante⁴⁰⁴. Il insiste, à ce propos, sur le fait que la motivation est suffisante dès lors que la décision comporte les éléments de droit et de fait sur lesquelles elle se fonde⁴⁰⁵. Le Conseil d'Etat a également jugé que, si la décision de sanction mentionne les dispositions applicables au manquement constaté tout en précisant de quel manquement il s'agit et dans quel lieu il a été commis, il y aura lieu de considérer la motivation comme suffisante⁴⁰⁶.

La haute juridiction a eu également l'occasion d'affirmer qu'on ne peut considérer que la volonté du législateur a été respectée si la décision de sanction ne mentionne pas elle-même les motifs, si ceux-ci ne sont pas intégrés à son corpus⁴⁰⁷. C'est le cas lorsque la décision ne fait que renvoyer à un simple avis, à des conclusions ou à tout autre document dont elle n'énoncerait pas la teneur⁴⁰⁸.

En vertu de ces données, ne serait pas considéré comme une motivation valable le fait de renvoyer à des motifs mentionnés dans une précédente décision ou dans des conclusions relatives à un autre objet, quelle que soit l'analogie avec le cas exposé qu'on puisse y déceler. Il y aurait en effet fort à parier que la similitude entre les deux cas n'est qu'apparente et qu'elle dissimule des éléments non négligeables de différenciation. Cependant, on peut admettre que la motivation figure sur un acte pris par l'administration annexé à l'acte édictant la sanction et que celui-ci en fasse mention⁴⁰⁹.

Lorsqu'on aborde cette question telle qu'elle se pose en Libye, on relève que l'administration n'y est tenue de motiver les décisions de sanction qui si la loi lui en fait obligation, contrairement aux règles posées en France. Cela équivaut à ignorer une garantie importante pour le cocontractant contre les abus de l'administration et le mauvais usage qu'elle pourrait faire de son pouvoir dans l'édition de sanctions. Cette position a été affirmée par la Cour suprême dans un arrêt rendu le 3 juin 1984 qui énonce que « la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait que si la loi n'exige pas expressément que l'acte administratif soit motivé, aucune obligation ne pèsera sur l'administration si elle a omis les motifs sur lesquels elle a fondé sa décision »⁴¹⁰.

Une telle attitude a été critiquée par la doctrine libyenne qui a estimé que l'administration devait s'astreindre à motiver les décisions de sanction qu'elle prend contre son

⁴⁰³ MOHAMED Younes, *La pénalité comminatoire*, Le Caire, Egypte, 2012, p. 195.

⁴⁰⁴ CE 30 janvier 2008, AJDA, 2008, p. 227.

⁴⁰⁵ CE 4 janvier 2004, AJDA, 2004, p. 924.

⁴⁰⁶ CE 19 mars 2003, N° 191271. www.jusoor.org.

⁴⁰⁷ CE 6 mars 1949, Tromp, Recueil Lebon, p. 202.

⁴⁰⁸ CE 13 février 1987, Marot, Recueil Lebon, p. 48.

⁴⁰⁹ FRIER Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Op.cit, p. 229.

⁴¹⁰ Cour suprême libyenne, 3 juin 1984, Recours administratif N° 15/25, Revue de la Cour suprême, 1984, p. 443.

cocontractant dans le cadre du contrat administratif, notamment quand il s'agit de sanctions sévères mettant fin définitivement au lien contractuel, telles que la résiliation-sanction, ce qui serait d'un grand secours pour le juge du contrat lorsqu'il exerce son contrôle sur la légalité de la décision. En effet, si le juge établit, grâce au contrôle des motifs, que la décision concernée est prise en violation de la loi, il pourra épargner au cocontractant les rigueurs d'une résiliation et lui accorder une réparation à chaque fois que cela lui paraîtra nécessaire⁴¹¹.

On ne peut donc qu'inciter le législateur et le juge libyens à s'approprier les acquis du droit français en matière de motivation des décisions de sanction prises contre le cocontractant de l'administration – ce qu'il a souvent fait en différentes autres matières. Il s'agit là en effet d'une garantie importante qui serait reconnue à ce cocontractant et qui viendrait s'ajouter à celle que lui procure l'exigence de la mise en demeure. Si l'on considère que, comme nous l'avons relevé à maintes reprises, le droit libyen est en phase avec le droit français dans de nombreux domaines, puisque celui-ci lui a servi historiquement de source de référence, on ne comprend pas qu'il fasse de la motivation des décisions de sanction une exception à une règle bien établie. Il serait donc souhaitable qu'il revienne sur cette position qui, tout en privant les cocontractants de l'administration d'une garantie fondamentale, complique la tâche de contrôle des décisions administratives dévolue au juge. S'il devait faire sienne cette règle de la motivation, il serait souhaitable qu'il l'applique, sans exception, à toutes les catégories de sanctions administratives dont nous allons maintenant examiner l'éventail.

Section 2 : Les types de sanctions édictées par l'administration contre son cocontractant

L'administration prend de multiples sanctions contre le cocontractant défaillant dans l'exécution de ses obligations. Ces sanctions diffèrent selon la gravité du manquement constaté⁴¹². La sanction peut consister en une pénalité motivée par le retard dans l'exécution ou avoir un caractère provisoire, lorsque par exemple l'administration procède à l'exécution aux frais du cocontractant. La faute commise peut également justifier une résiliation du contrat. Les types de sanctions sont donc nombreux : sanction pécuniaire, coercitive ou encore résolutoire. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, les sanctions prises par

⁴¹¹ MIFTAH Abdelhamid, *La fin du contrat administratif*, Op.cit, p. 197.

⁴¹² Cela signifie que la sanction doit être adaptée à la faute commise. En effet, lorsque le cocontractant saisit le juge, celui-ci se prononce d'abord sur ce point et, s'il lui apparaît que le comportement du cocontractant ne justifie pas la sanction qui lui a été infligée, il annulera la décision de sanction. Voilà pourquoi certains considèrent que l'adaptation de la sanction à la faute, dont le contrôle est dévolu au juge, est une garantie d'une extrême importance, empêchant l'administration d'appliquer une sanction disproportionnée, en pénalisant par exemple à l'excès le cocontractant en cas de retard. Cette adéquation est régie par des critères de fait et de droit qui imposent à l'administration la sanction nécessaire et adaptée pour faire face au manquement constaté et aux effets qui en résultent, raisonnablement proportionnée pour l'édification du contrevenant et pour dissuader les tiers de l'imiter. Les règles régissant la sanction doivent de ce fait être objectives. Cf. sur ce point FOUA Mohamed, *Le régime juridique des sanctions administratives*, Le Caire, Egypte, 2007, p. 208. Dans la doctrine française : DREYFUS J., *Les mesures de police affectant l'exécution du contrat*, AJDA, 2010, p. 801; BRISSON Jean-François, ROYERE Aude, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 527; GUETTER C., *Droit des contrats administratifs*, Op.cit, p. 339. Voir : CE 4 mars 1991, Département de la Haute Loire, RDP 1992, N° 40, p. 1537.

l'administration contre son cocontractant, dans le cadre du contrat administratif sont de deux types : les sanctions pécuniaires et les sanctions non pécuniaires. Elles sont toutes soumises au contrôle a posteriori du juge⁴¹³. Les mêmes types de sanctions se retrouvent dans le droit libyen, en application des règlements relatifs aux contrats administratifs qui se sont succédé et selon la jurisprudence de la Cour suprême libyenne. Nous subdiviserons donc cette section en deux sous-sections dont la première sera consacrée aux sanctions pécuniaires que sont la pénalité de retard et la saisie de la caution et la seconde aux sanctions non pécuniaires que sont les sanctions coercitives et les sanctions résolutoires. Nous mènerons à chaque fois une étude comparée des droits français et libyen.

Sous-section 1 : Les sanctions pécuniaires dans le contrat administratif

Ce qui distingue les sanctions pécuniaires, c'est leur nature matérielle. Elles ont pour but de garantir le fonctionnement régulier et continu du service public et consistent en des sommes dont l'administration est fondée à exiger le versement de la part du cocontractant s'il a manqué à ses obligations contractuelles, qu'il se soit abstenu de les exécuter entièrement, qu'il ait tardé à le faire d'une manière satisfaisante ou encore qu'il ait substitué un tiers dans leur exécution sans l'accord de l'administration. Elles sont de deux sortes : la pénalité de retard et la saisie du cautionnement⁴¹⁴.

A : La pénalité de retard

En matière de contrats administratifs, la pénalité de retard est une sanction que l'administration édicte contre son cocontractant lorsqu'il n'a pas exécuté ses obligations dans les délais impartis. C'est l'une des plus contraignantes du fait des effets directs qu'elle vise,

⁴¹³ CAA de Paris, 23 juin 2006, SARL SERBOIS; CAA de Lille, 30 mars 2004, Buromague Online, Code des Marchés publics, 2004, N° 139, note F. Olivier; TA de Nancy, 20 février 2001, SA Ron Zat, Code des Marchés publics, 2001, N° 135; CAA de Lyon, 6 décembre 2001, OPHLM de la Côte d'Or c/SA Mouillot; CE, 10 février 1971, Bonnet, Recueil Lebon, p. 1104.

⁴¹⁴ Une partie de la doctrine a identifié un autre type de sanction pénale que sont les dommages et intérêts qui viennent en réparation du préjudice subi par l'administration du fait du comportement fautif du cocontractant. Ces auteurs considèrent que les dommages et intérêts constituent la sanction première au manquement aux obligations contractuelles. Cf. sur ce point : TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 487. Mais d'autres auteurs estiment que les dommages et intérêts ne constituent pas une sanction administrative. Il ne s'agit que d'une application des règles de droit commun. On retrouve ce point de vue chez ATAF Saadi, Le contrat de fournitures entre la théorie et la pratique, Thèse, Faculté de droit, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, 2005, p. 474, ainsi que chez SHELMANI Hamed, Les prérogatives de puissance publique dans le contrat administratif, Op.cit, p. 176.

Nous considérons pour notre part que les dommages et intérêts sont une contrepartie pécuniaire destinée à couvrir le préjudice subi par une partie au contrat mais qu'ils ne constituent pas une sanction de nature administrative, car l'administration, lorsqu'elle sanctionne, n'est pas tenue de prouver que la défaillance de son cocontractant lui est dommageable. C'est ce que la Cour administrative supérieure égyptienne a entendu signifier en affirmant qu'« il n'est pas exigé, pour que soit édictée une sanction, de prouver l'existence d'un préjudice subi par le service public ». Cf., pour cet arrêt, ABDELAZIZ Abdelmonim, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 164. En revanche, le préjudice est une condition indispensable des dommages et intérêts comme l'indique l'article 166 du Code civil libyen qui dispose que « toute faute causant à autrui un préjudice oblige à réparation celui qui l'a commise ». Sur la base de ces éléments, et l'administration n'étant pas tenue de prouver l'existence d'un préjudice, les dommages et intérêts ne sont pas considérés comme une sanction administrative mais une simple application des règles communes du droit civil. L'administration n'invoque pas un préjudice pour infliger la sanction mais une atteinte au service public, qu'il y ait préjudice ou non.

faire prendre conscience à l'intéressé de la nécessité de hâter l'exécution. L'administration n'a pas recours à cette sanction à seule fin de réagir au manquement à des obligations contractuelles, mais également dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du service public qui doit beaucoup à la bonne exécution du contrat. La pénalité de retard présente beaucoup de caractères qui la distinguent des autres sanctions pécuniaires et que nous aborderons après avoir examiné la définition qu'en donne la doctrine juridique.

1. La définition de la pénalité de retard

Pour préciser la notion de pénalité de retard, il nous faut exposer la définition qu'en donne la doctrine, en France et en Libye. Pour certains auteurs, il s'agit d'une somme que l'administration détermine par avance en accord avec le cocontractant et dont elle procède au recouvrement au cas où ce dernier n'exécute pas ses obligations dans les délais convenus, sans qu'une décision juridictionnelle soit nécessaire et sans qu'elle ait à prouver le préjudice qu'elle a subi⁴¹⁵.

Il en est qui estiment que cette pénalité est imposée pour garantir l'exécution du contrat administratif dans les délais, afin de préserver le bon fonctionnement du service public et qu'elle n'a pas pour fin d'assurer à l'administration une rentrée d'argent ou une réparation du préjudice subi par l'administration contractante. Elle vise avant tout à inciter le cocontractant à respecter les délais d'exécution⁴¹⁶.

Certains auteurs la présentent comme une somme d'argent dont l'administration évalue le montant et qu'elle fait stipuler dans le contrat. Cette somme lui est due en cas de manquement du cocontractant à ses obligations. Elle a donc pour fonction de garantir l'exécution à temps des contrats administratifs et prémunit contre toute atteinte à la régularité et à la continuité du service public⁴¹⁷.

C'est cette dernière définition qui a la préférence de la majorité de la doctrine car elle prend en compte le fait que l'administration ne recherche pas le profit, ne se préoccupant que du service public et de son bon fonctionnement, au service de l'intérêt général.

Il résulte de ces définitions que la pénalité de retard est laissée à l'appréciation de l'administration qui n'est pas tenue de l'infliger au cocontractant. Ce qui suppose que l'infliction des amendes au cocontractant ou le fait de l'en dispenser en tout ou en partie relève de l'appréciation de l'administration, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire à chaque fois que celui-ci est fondé en droit. L'application de la pénalité de retard est un droit

⁴¹⁵ABOU SOU'OUUD Mahmoud, Le pouvoir de l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat administratif, Revue des sciences juridiques et économiques, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, N° 1, 1997, p. 194. Voir également : RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p. 231.

⁴¹⁶ MOUTI' Jabir, Le contrat administratif entre la loi et la jurisprudence, Thèse, Faculté de droit, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, 2006, p. 465.

⁴¹⁷ MEDHET Ghenaim, Le régime juridique de la pénalité de retard dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 18.

contractuel de l'administration auquel elle peut renoncer par une décision motivée que prend l'autorité compétente⁴¹⁸.

Sur cette base, la pénalité de retard se distingue des dommages et intérêts qui visent toujours à la réparation du préjudice subi par l'une des parties au contrat, dans la mesure où elle n'est pas liée à l'existence d'un préjudice. L'administration inflige donc la pénalité de retard prévue au contrat de sa propre initiative, sans avoir à justifier d'un préjudice. Le cocontractant ne peut de ce fait invoquer l'absence de préjudice car, dans le cas où il y a retard dans l'exécution, le préjudice est supposé d'office réalisé du seul fait que le retard est prouvé.

La preuve de l'existence du préjudice n'est donc pas requise pour justifier la pénalité de retard, alors que, s'agissant des dommages et intérêts, elle est indispensable comme l'énonce l'article 166 du Code civil libyen qui dispose que « toute faute causant à autrui un préjudice oblige à réparation celui qui l'a commise ».

Cela nous conduit à distinguer entre la pénalité de retard dans les contrats administratifs et la clause pénale dans les contrats civils. Celle-ci est relative à des dommages et intérêts dont il est convenu par avance et qui sont dus au cas où l'une des parties manque à ses obligations. Pour l'application de la clause pénale, il est requis les mêmes conditions que pour l'exigibilité des dommages et intérêts en général, à savoir qu'un préjudice soit causé à l'autre partie, que la partie responsable soit mise en demeure et qu'un jugement ait statué. Le juge peut revoir les dommages et intérêts à la baisse s'il établit qu'ils ne sont pas proportionnés au préjudice subi. S'agissant des pénalités prévues par les contrats administratifs, tout leur intérêt réside dans la garantie qu'elles fournissent d'une exécution des clauses contractuelles dans les délais convenus, dans l'intérêt d'un bon fonctionnement des services publics. C'est ce qui explique que l'administration les édicte de sa propre initiative, sans qu'il soit nécessaire que soit rendue une décision de justice si les conditions de leur exigibilité sont remplies, notamment une défaillance effective du cocontractant. Elle peut en prélever le montant sur les sommes dues à son partenaire en vertu du contrat, sans qu'elle soit tenue de prouver l'existence d'un préjudice. La preuve donnée par le cocontractant d'une inexistence du préjudice n'est d'ailleurs pas recevable car on considère que l'administration, lorsqu'elle a fixé le délai dans le contrat, est supposée avoir estimé que l'intérêt du service public exigeait que l'exécution se fasse dans un tel délai, sans le moindre retard⁴¹⁹.

Il est également admis que l'application des pénalités est du ressort de l'autorité contractante, en tant que responsable du bon fonctionnement des services publics et, en conséquence, de l'exécution des clauses du contrat. De ce fait, il lui est loisible d'apprécier les circonstances qui président à l'exécution ainsi que la situation du cocontractant et de choisir de lui épargner, en tout ou en partie, l'application des sanctions prévues au contrat et notamment la pénalité de retard. Elle fait ce choix lorsqu'elle estime que le retard ne lui cause

⁴¹⁸ CAA de Nancy, 15 février 2007, Société Sitelec Moselec, N° 04Nc01122.

⁴¹⁹ LETELLIER Hervé, Le pouvoir de contrôle du juge administratif sur les pénalités de retard, *Contrat publics*, N° 4, 2006, p. 95, et du même auteur : Le pouvoir de modulation des pénalités de retard définitivement confirmé, *Contrats publics*, N° 86, 2005, p. 69. Egalement : TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTES Y., *Droit civil, Les obligations*, 6^{ème} éd, Dalloz, 1996, p. 825; SEILLER B., *L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux*, RDP, 2004, p. 481. Voir : CE 4 juin 1976, Société Toulousaine, Recueil Lebon, p. 303.

aucun préjudice. De manière analogue, il peut arriver que l'administration décide qu'elle n'exigera pas l'exécution du contrat dans les délais parce que cela n'est pas nécessaire au regard des obligations qui sont les siennes ou que cela lui coûterait des dépenses inutiles. C'est le cas par exemple lorsque le moment de la fourniture d'instruments sanitaires est arrivé alors que le local destiné à en abriter le montage, et pour la construction duquel elle a passé un autre contrat, n'est pas encore prêt. Ou encore lorsque, à la date prévue pour la fourniture de machines et d'équipements, l'administration ne dispose pas de lieu où les entreposer et que, en même temps, elle estime pouvoir se passer de leur montage. Et on peut citer d'autres exemples similaires. Le fait que l'administration fasse état de telles circonstances est réputé constituer une exonération implicite du cocontractant de la pénalité. Dans la mesure où il n'y avait pas lieu de l'édicter, le cocontractant serait fondé à réclamer la restitution de ce qui aurait été déduit, au titre de la pénalité, des sommes qui lui sont dues⁴²⁰.

La jurisprudence française a admis, dans un arrêt du Conseil d'Etat datant du 29 décembre 2008, que le montant de la pénalité de retard puisse être révisé s'il est trop élevé, c'est-à-dire s'il a été fixé à un niveau excessif⁴²¹. Le Conseil d'Etat a en l'occurrence considéré que l'administration pouvait réviser les pénalités prévues au contrat de telle sorte qu'elles soient ramenées à un niveau raisonnable, qui ne soit ni excessif ni insuffisant et qu'elles soient en adéquation avec la valeur du contrat.

La doctrine⁴²² et la jurisprudence française⁴²³ admettent la nécessité pour l'administration d'adresser au cocontractant défaillant une mise en demeure préalablement à la prise de sanction, au point que certains arrêts du Conseil d'Etat considèrent la mise en demeure comme une procédure de portée générale s'appliquant préalablement à l'édiction de tout type de sanction contractuelle, y compris les sanctions qui sont infligées sans l'intervention du juge. L'administration n'en est dispensée que si le contrat en a décidé ainsi expressément⁴²⁴. Il en va autrement en Libye où la loi n'impose pas à l'administration de mettre en demeure son cocontractant avant d'édicter contre lui une pénalité de retard. L'alinéa 1 de l'article 101 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 dispose que « à l'exception de la pénalité de retard, il n'est pas permis d'édicter de sanction contre le cocontractant avant de l'avoir mis en demeure et avant l'écoulement d'une période fixée par l'autre partie, d'une durée suffisante pour l'exécution de ses obligations, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement ».

Dans cet article, le législateur libyen énonce explicitement que, à titre d'exception à la règle s'appliquant aux sanctions administratives, la mise en demeure n'est pas exigée pour la pénalité de retard, sauf stipulation du contrat. C'est un point de divergence entre les droits français et libyen puisque le premier rend la mise en demeure nécessaire préalablement à l'édiction de toutes les sanctions, la pénalité de retard comprise. Le législateur libyen fait de la

⁴²⁰ RAYNAUD J.M., *Le contrat administratif, volonté des parties ou loi de service public*, RDP, 1985, p. 1188.

⁴²¹ CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, N° 296930, et CE 13 mai 1987, Société Citra-France et autres, RDP, 1988, p. 1427.

⁴²² BENOIT Francis-Paul., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, N° 1103.

⁴²³ CE 3 novembre 1961, Garreau, *Revue de Droit Public et de la science politique*, 1962, p. 377.

⁴²⁴ CE 13 juin 1975, Jean FRANZETTI, *Recueil Lebon*, p. 253.

pénalité de retard une exception en la matière puisqu'il exige la mise en demeure du cocontractant pour toutes les autres sanctions.

La disposition régissant la pénalité de retard dans la loi libyenne figure à l'article 100 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007. Elle est mentionnée dans la liste des sanctions que l'administration peut édicter au titre de son pouvoir d'exécution directe, sans recourir au juge. Et c'est dans l'article 102 du même règlement que les règles d'exigibilité de la pénalité de retard sont énoncées :

« a. Si, au regard des délais convenus initialement ou ayant fait l'objet d'une prolongation, le cocontractant accuse un retard dans l'exécution du contrat, que ce retard concerne la totalité du travail ou l'une de ses phases, une pénalité de retard sera exigible pour la période de retard pris dans l'achèvement et la livraison du travail dans sa totalité ou pour celle du retard pris dans l'accomplissement d'une de ses phases, par rapport à l'échéancier du projet.

b. La pénalité est exigible même s'il ne résulte pas de préjudice du retard et sans qu'une sommation, une mise en demeure ou une quelconque autre mesure soient nécessaires.

c. La pénalité est exigible dans le montant ou le taux fixé par le contrat et elle sera calculée sur la base de la valeur totale du contrat si l'autorité contractante estime que la tranche de travaux ou de fournitures en retard empêche, d'une manière directe ou indirecte, de tirer pleinement profit des travaux ou fournitures effectués dans les délais fixés. Si l'administration estime que la tranche retardataire n'entraîne pas de telles conséquences, elle ne calculera la pénalité que sur la valeur des travaux en retard.

d. Le montant de la pénalité de retard ne saurait excéder les 5% de la valeur totale du contrat, à moins que celui-ci n'ait stipulé un montant supérieur. On entend par valeur totale du contrat sa valeur initiale, augmentée ou diminuée selon les cas des sommes différentielles résultant d'une modification de l'objet ou de la valeur du contrat.

e. L'autorité contractante peut, tout en imposant la pénalité, ajourner son prélèvement auprès du cocontractant si l'intérêt du travail l'exige, à condition que le cocontractant détienne sur cette autorité des créances d'un montant suffisant pour couvrir le montant de la pénalité.

f. L'exigibilité de la pénalité ne remet pas en cause le droit de l'autorité à exiger réparation de tout préjudice résultant du retard.

g. Dans tous les cas, le cocontractant supporte toute augmentation des frais du contrat résultant du retard pris dans l'exécution.

h. Sur demande faite par le cocontractant et mentionnant les causes du retard dans l'exécution, il est possible de le dispenser, en tout ou en partie, de la pénalité de retard sous réserve d'un accord de l'autorité compétente exprimé par une décision de confirmation et d'autorisation de l'opération contractuelle. Dans ce cas, il faudra prendre soin de n'édicter la pénalité qu'après examen des causes alléguées. Si la dispense est accordée, le cocontractant ne peut en aucun cas exiger de l'autorité contractante des dommages et intérêts du fait de cette dispense ».

Dans cet article, les règles régissant la pénalité de retard en droit libyen sont présentées dans le détail, qu'il s'agisse de leur montant, de la possibilité d'en être dispensé ou, d'une manière générale, de toute procédure légale qui les concerne.

La doctrine exige, pour l'édition de la pénalité de retard, que l'administration prenne une décision exécutoire à l'encontre du cocontractant défaillant, à défaut de quoi, la pénalité ne sera pas exigible. En effet, l'édition de cette pénalité n'est pas une obligation pour l'administration dans tous les cas, elle y procède selon une opportunité dont elle est seule juge⁴²⁵.

La pénalité de retard vise, en droit français comme en droit libyen, à garantir l'exécution des contrats dans les délais convenus pour assurer un bon fonctionnement des services publics. Elle permet donc de faire face, sur le plan pratique et d'une manière souple et adaptée, à tout retard dans l'exécution.

2. Les spécificités de la pénalité de retard

La pénalité de retard se distingue des autres sanctions, pécuniaires ou non pécuniaires, par de nombreuses caractéristiques :

a. La pénalité de retard a un caractère conventionnel

La pénalité de retard que l'autorité administrative sera appelée à infliger à son cocontractant est déterminée préalablement par le contrat ou par la loi⁴²⁶.

La loi ou le contrat administratif lui-même mentionne le taux de la pénalité. Il n'est pas rare que le cahier des charges général en fasse mention. C'est ce qui confère à cette sanction son caractère conventionnel, dans la mesure où les deux parties au contrat ne font que s'obliger en vertu des clauses du contrat ou des dispositions légales et réglementaires, celles-ci étant considérées comme partie intégrante du contrat⁴²⁷. En effet, ces dispositions, dans le cadre desquelles le contrat est conclu, sont portées à la connaissance de tous et tous sont réputés en connaître les prescriptions. Quiconque se lie contractuellement à l'administration est donc supposé accepter ces dispositions qui s'intègrent aux clauses des contrats et en deviennent inséparables. Il n'est pas possible de s'y soustraire dès lors que le contrat ne les a pas écartées expressément, en tout ou en partie, ce qui n'est possible que pour celles qui ne sont pas d'ordre public.

Il est admis en France que la pénalité constitue une réparation forfaitaire prévue au contrat et qu'elle n'a pas d'autre source que le texte contractuel ou le cahier des charges⁴²⁸. Et,

⁴²⁵ CE 28 octobre 1953, Société Comptoir des Textiles, RDP, 1954, p. 198. Voir également ABDULAL Hussein, La théorie générale dans le contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 1975, p. 46

⁴²⁶ NAOUAF Abdallah, Le régime juridique des sanctions contractuelles dans le droit administratif comparé koweïtien, Thèse, Faculté de droit, Université d'Alexandrie, Egypte, 2009, p. 43.

⁴²⁷ DE LAUBADERE André, MODERNE Franck et DEVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 103.

⁴²⁸ CE 10 février 1971, Bonnet, Recueil Lebon, p. 1104, et CE, 23 février 2004, Région de la Réunion, Recueil Lebon, pp. 81 et 82. Cf. BOSC André, De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures, RDP, 1921, p. 215.

du fait que la stipulation de la pénalité de retard en fait une clause contractuelle, chacune des parties peut l'invoquer contre l'autre, de sorte que l'administration ne peut réclamer des dommages et intérêts d'un montant supérieur à celui de la pénalité fixée dans le but d'obtenir réparation de la totalité du préjudice résultant de la faute du cocontractant⁴²⁹. De la même manière, le cocontractant ne peut demander une réduction du montant de la pénalité tel qu'il a été fixé dans le contrat, au motif qu'il excéderait la valeur du préjudice effectif résultant de son retard d'exécution⁴³⁰. En outre, la pénalité de retard ne s'applique qu'au manquement aux obligations du contrat lui-même qui l'a stipulée en tant que sanction à ce manquement⁴³¹.

Il en résulte que le caractère conventionnel de la pénalité découle des clauses du contrat administratif et c'est ce que confirment les arrêts précédents du Conseil d'Etat qui posent ce caractère conventionnel en vertu de la règle selon laquelle le texte particulier prime sur les textes généraux et que ce qui a été convenu par la volonté des parties prédomine.

b. La pénalité de retard est automatique

Cela signifie que l'administration l'impose d'elle-même sans avoir à saisir le juge. Si le cocontractant ne respecte pas les délais d'exécution convenus, l'administration lui inflige une pénalité de retard en vertu de ses prérogatives de puissance publique. Ce pouvoir se justifie en tant que garantie de la bonne exécution du contrat qui est rattaché à un service public et à l'intérêt général qu'il réalise. Comme nous l'avons précédemment relevé, le fondement juridique du pouvoir de sanction de l'administration fait l'objet de controverses doctrinales. Certains auteurs soutiennent qu'il est constitué par l'idée de puissance publique, d'autres y voient plutôt le principe de continuité et de régularité du service public. Mais, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer pour l'un ou l'autre de ces points de vue, on constate que c'est l'administration qui impose la pénalité de retard de sa propre initiative pour préserver l'intérêt public au moyen d'un acte administratif motivé et dans le respect de ce qui est stipulé par le contrat⁴³².

Le contrat doit être exécuté dans toutes ses clauses et de bonne foi, la sanction stipulée étant prise par l'autorité contractante si les causes de son édicition sont réalisées. L'autorité est fondée à en déduire le montant des sommes dues au cocontractant en vertu du contrat, sans qu'il lui soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice. De la même manière, il n'est pas permis au cocontractant de prouver l'absence de préjudice. On suppose en effet que l'administration, lorsqu'elle a fixé une durée d'exécution donnée, a jugé que les besoins du service public appelaient une exécution du contrat dans un tel délai. Il en résulte que l'infliction d'une pénalité de retard est l'apanage de l'administration responsable du

⁴²⁹ CE 5 novembre 1969, Office public des HLM de Seine et Oise, Recueil Lebon, p. 474; CE, 10 décembre 1965, Société des Grands Travaux de l'Est et Entreprise Eugène REVERT, Recueil Lebon, p. 681; CE, 15 mai 1987, Hôpital Rural de Breil-sur-Roya, RDP, 1988, p. 1427.

⁴³⁰ CE 14 juin 1944, Sekoulonnes, Recueil Lebon, p. 169.

⁴³¹ CE 27 octobre 1937, Ministère des finances, Recueil Lebon, p. 867; CE, 28 octobre 1953, Société Comptoir des Textiles, RDP, 1954, p. 198. Voir aussi DE LAUBADERE André, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T 2, LGDJ, Paris, 1956, p. 152.

⁴³² EL JABOURI Mohamed, Le pouvoir de l'administration d'édicter des sanctions pénales et financières dans les contrats administratifs, Alexandrie, Egypte, 2014, p. 127.

fonctionnement du service public qui est aussi seule apte à calculer cette pénalité et à déterminer les actes sur la base desquels ce calcul est opéré⁴³³.

C'est en fonction de ces éléments que la jurisprudence a établi que les sanctions prévues par le contrat administratif sont édictées par l'administration de son propre chef, sans qu'elle doive saisir le juge, dès lors que les conditions de leur exigibilité sont réunies du fait d'un manquement constaté chez le cocontractant. Cette automaticité de la pénalité de retard n'est que la conséquence du lien existant entre le contrat administratif et le service public, le retard dans l'exécution du contrat conclu en rapport avec le service public étant un retard dont pâtissent les prestations d'intérêt général que celui-ci est censé proposer de façon continue. Ce caractère automatique des pénalités de retard vise en définitive à se prémunir contre toute interruption dans le fonctionnement des services publics.

c. La pénalité de retard est édictée sans nécessité de prouver le préjudice

Du fait même qu'un retard survienne dans l'exécution des contrats administratifs, le préjudice est présumé constitué. Le relâchement dans l'exécution compromet l'organisation et l'ensemble des dispositions prises par l'administration et qu'elle veille à faire respecter et affecte, fût-ce à une échelle mineure, le déroulement de l'activité étatique. Il y a là une atteinte à l'intérêt public, celui-ci étant toujours au cœur des contrats administratifs. Il n'est donc pas possible d'alléguer, en cas de retard d'exécution, que le préjudice n'est pas constitué car celui-ci ne se limite pas en l'occurrence à la perte du bénéfice immédiat qui est retiré du contrat, il englobe l'atteinte à toute règle, à tout dispositif, toute organisation mis en place par l'administration en vue de la réalisation de l'intérêt général. Voilà pourquoi les sanctions pécuniaires prévues par les contrats administratifs en cas de retard dans l'exécution sont exigibles du simple fait de la constatation de ce retard. Cependant, si l'administration estime que des considérations de justice ou d'intérêt public commandent d'y renoncer, en tout ou en partie, elle doit prendre les mesures légalement exigées pour le renoncement à une prestation pécuniaire due à l'Etat⁴³⁴.

Il suffit que la pénalité de retard soit prévue au contrat car les sanctions que l'administration peut édicter contre son cocontractant et qui sont inscrites dans les clauses contractuelles visent à garantir le bon fonctionnement du service public et le préjudice est supposé constitué du simple fait que la cause de leur exigibilité se réalise. Le relâchement dans l'exécution du contrat est en soi un manquement aux règlements sur la base desquels l'administration a aménagé le fonctionnement du service. Elles résultent d'un accord contraignant qui ne supporte aucun accommodement dans sa mise en œuvre ou l'appréciation de sa portée.

La pénalité de retard est l'une des sanctions pécuniaires les plus importantes, elle est la pierre angulaire du dispositif de sanctions que l'administration a à sa disposition. Elle y recourt lorsque le cocontractant se relâche dans l'exécution de ses obligations. C'est une

⁴³³ FATHER Land W., Etudes sur les sanctions dans le domaine des marchés publics, Paris, 2006, p. 15.

⁴³⁴ MODHAFFER Ali, Le pouvoir de sanction de l'administration dans les contrats administratifs au Yémen, Op.cit, p. 98.

sanction qui est très différente des sanctions pécuniaires analogues s'appliquant dans les contrats civils, telles que la clause pénale et l'astreinte dont elle se distingue par les caractéristiques que nous avons mentionnées. L'administration peut en absoudre le cocontractant même s'il a pris du retard dans l'exécution, mais dans des circonstances déterminées et sur des bases définies, par exemple si la cause du retard est due au fait de l'administration elle-même, ce qui est le cas lorsqu'elle s'est abstenue d'effectuer des actes réclamés par le cocontractant, lorsque des produits appartenant à celui-ci se sont détériorés du fait de l'administration ou encore lorsque le site et les cartes n'ont pas été remis au cocontractant⁴³⁵. La dispense de la pénalité de retard peut également être due à des événements imprévus tels que la force majeure provoquant une impossibilité insurmontable⁴³⁶, comme nous le verrons plus loin.

Des développements précédents, on retiendra que la pénalité de retard est une mesure qui n'a pas tant pour but de punir le cocontractant que de préserver l'intérêt général car le partenaire de l'administration a toute latitude d'éviter une telle sanction pour peu qu'il exécute le contrat dans le délai convenu. L'administration, de son côté, ne l'inflige que pour accélérer l'exécution dans l'intérêt du service, d'une part, et, d'autre part, pour rappeler au cocontractant qu'il est associé à l'opération contractuelle en vue de réaliser les meilleurs résultats.

B : La saisie du cautionnement

Le cautionnement est une somme d'argent dont le montant est fixé par l'administration lors de la conclusion du contrat et que le cocontractant dépose auprès d'elle. C'est un dépôt qui garantit l'administration contre les fautes que le cocontractant pourrait commettre dans l'exécution du contrat. Il est procédé à la saisie de ce cautionnement par l'administration en vertu de son pouvoir d'exécution directe, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement l'autorise et sans que l'administration ait à prouver l'existence d'un préjudice qu'elle aurait subi et qui justifierait la sanction⁴³⁷.

Le cautionnement est de deux sortes : cautionnement provisoire et cautionnement définitif. Le cautionnement provisoire est d'ordinaire défini comme une prestation représentant un taux déterminé de la valeur de la soumission qui est l'objet du marché et qui atteste du sérieux du soumissionnaire. Quant au cautionnement définitif, il est déposé par le soumissionnaire retenu une fois que ce dernier est informé qu'il est l'attributaire du marché. Il constitue une garantie pour l'administration au cas où la responsabilité du cocontractant est engagée pour non-exécution complète du contrat. Le cautionnement définitif est, au même titre que le cautionnement provisoire, une garantie de l'exécution matérialisée par une somme d'argent ou une lettre de garantie délivrée par une banque pour un montant égal au cautionnement. Il est en même temps une garantie pour le cocontractant lorsqu'il engage sa responsabilité financière au cours de l'exécution⁴³⁸.

⁴³⁵ HASSAN Hachem, Les sanctions pécuniaires dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2002, p. 29.

⁴³⁶ SENHOURI Abderrezzak, L'obligation en général, Tome 2, 3^{ème} éd, 1980, p. 1225. Voir également : CHERKAOUI Souad, Contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003, p. 471.

⁴³⁷ EL KABISSI Abdallah, Le pouvoir de l'administration à l'égard de son cocontractant, Op.cit, p. 130.

⁴³⁸ FAHMI Omar, Théorie générale des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1992, p. 262.

Le pouvoir de saisie du cautionnement dévolu à l'administration a un caractère discrétionnaire qui le fait échapper au contrôle du juge à moins qu'elle ne contrevienne au principe de légalité et commette un excès de pouvoir. Il est donc normalement exercé directement par l'administration sans recourir au juge et sans avoir à prouver l'existence d'un préjudice généré par un manquement aux clauses du contrat⁴³⁹.

Le cautionnement devient ainsi une garantie par laquelle l'administration se prémunit contre les effets résultant des fautes du cocontractant en cours d'exécution, lui fournissant l'opportunité de faire face aux responsabilités que le cocontractant lui crée du fait de sa défaillance. La saisie du cautionnement peut de ce fait être vue comme l'équivalent de la clause pénale insérée dans le contrat et applicable contre le cocontractant en cas de manquement à ses obligations. Elle doit être distinguée des dommages et intérêts conventionnels en droit civil car c'est une sanction que l'administration édicte directement sans qu'un jugement n'ait été préalablement rendu et sans que l'administration n'ait à prouver un préjudice subi. De ce point de vue, elle s'apparente aux pénalités de retard, à cette différence près qu'elle est, en tant que sanction pécuniaire, tout à fait indépendante de l'idée de réparation. Voilà pourquoi le juge a autorisé le cumul de la saisie du cautionnement et de la pénalité de retard, à condition que ce cumul n'excède pas le montant des dommages et intérêts nécessaires à la réparation du préjudice causé à l'administration, sur la base du fait que le cautionnement représente la réparation minimale à laquelle l'administration a droit et non pas la réparation maximale. Il est cependant exigé pour l'application du cumul des deux sanctions que celui-ci ne soit pas prohibé expressément par le contrat et que la valeur du préjudice subi par l'administration soit supérieure à celle du cautionnement déposé⁴⁴⁰.

Du fait que le cautionnement équivaut au montant minimal de la réparation due à l'administration, le cocontractant n'est pas fondé à soutenir que le préjudice que celle-ci a subi a une valeur inférieure au montant du cautionnement. Cependant, le cautionnement ne représente pas le maximum des dommages et intérêts que l'administration peut réclamer. Pour cette raison, sa saisie n'empêche pas que l'administration réclame réparation des autres dommages qui lui sont causés et dont la valeur excèderait le montant du cautionnement. La jurisprudence a établi que l'administration était fondée à exiger du cocontractant le paiement du différentiel existant entre le montant du cautionnement et la valeur des dommages effectifs qu'elle aura subis. Et c'est ainsi que, dans le calcul des dommages et intérêts dus, on prendra soin de déduire le cautionnement saisi⁴⁴¹.

La possibilité pour l'administration de se retourner contre le cocontractant défaillant lorsque le montant du cautionnement est insuffisant ne se fonde pas sur les clauses du contrat, elle est tirée des règles de droit commun, c'est-à-dire des dispositions du droit privé qui posent que toute faute génératrice d'un préjudice oblige son auteur à réparation. Ces règles de droit commun ne sont pas incompatibles avec l'idée du cautionnement dans les contrats

⁴³⁹ ISMAIL Mohamed, Les marchés de travaux internationaux, Etude de la nouvelle nature juridique de ces contrats sur la base des dispositions les concernant, Thèse, Faculté de droit, Université du Caire, Egypte, 2000, p. 152.

⁴⁴⁰ AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 350.

⁴⁴¹ ABD EL MOULAY Khaled, Les sanctions pécuniaires dans le contrat administratif, Revue des Recherches Prospectives, N° 18, Bagdad, Irak, 2007, p. 174.

administratifs⁴⁴². Il faudra donc que, lorsqu'elle décide de se retourner contre le cocontractant défaillant pour lui réclamer des dommages et intérêts dont le montant excède celui du cautionnement, l'administration prouve l'existence de sa faute, mais aussi que le dommage causé du fait de cette faute s'évalue à un montant supérieur au cautionnement déposé. Ce, en quoi, la saisie du cautionnement diffère de la pénalité de retard qui est considérée, nous l'avons indiqué, comme une réparation forfaitaire dont la valeur est fixée définitivement dans le contrat, aucune des deux parties ne pouvant la modifier.

Lorsqu'elle décide, à titre de sanction, la saisie du cautionnement, l'administration ne fait qu'utiliser ses prérogatives d'exécution directe, son pouvoir étant alors discrétionnaire, ne donnant pas prise au contrôle juridictionnel à moins que la décision ne soit entachée d'excès de pouvoir.

En France, le Conseil d'Etat autorise l'administration, en l'absence d'une stipulation contractuelle, à fixer elle-même le montant des dommages et intérêts sans recourir au juge⁴⁴³. Il l'autorise de même, en diverses circonstances, à procéder de sa propre initiative au recouvrement de ce montant au moyen d'ordres de paiement⁴⁴⁴.

En droit libyen, c'est l'article 100 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 qui mentionne la saisie du cautionnement au nombre des sanctions que l'administration peut imposer directement. Le même règlement aménage les dispositions relatives aux cautionnements provisoires et définitifs en différentes matières. L'article 40 énonce ainsi que : « 1. La soumission doit être accompagnée d'un cautionnement provisoire et celle qui ne serait pas accompagnée de la totalité du cautionnement provisoire ne serait pas prise en compte; 2. Ce cautionnement est fixé, dans les conditions de l'adjudication et dans la publicité qui en est faite, au taux de 0.50% de la valeur de la soumission; 3. Le cautionnement est versé en espèce, par chèque certifié par une banque opérant en Libye ou par lettre de garantie. Si l'intérêt public l'exige et avec l'accord de l'autorité adjudicatrice, la commission des soumissions peut accepter d'examiner les soumissions non accompagnées d'un cautionnement provisoire à condition qu'ait été fournie une notification de mise en œuvre de la procédure d'émission dudit cautionnement, délivrée par la banque ».

Le même règlement précise dans son article 42 que « 1. Si le soumissionnaire retire sa soumission avant le délai fixé pour l'ouverture des plis, le cautionnement provisoire deviendra propriété de l'autorité adjudicatrice et ce, sans avertissement préalable ni recours au juge ou à toute autre formalité et sans qu'il y ait lieu de prouver l'existence d'un préjudice; 2. Si le soumissionnaire n'a pas acquitté ce cautionnement en application de l'article 40 du présent règlement, il sera tenu de le faire et il appartiendra à l'autorité adjudicatrice de l'exiger; 3. Si le délai de présentation des soumissions est écoulé, le soumissionnaire peut se faire restituer le cautionnement provisoire et, dans ce cas, sa soumission est annulée; 4. Mais, si le délai de présentation des soumissions est écoulé sans que le soumissionnaire ne demande la restitution du cautionnement provisoire, il sera réputé avoir accepté d'être lié par sa soumission, à moins

⁴⁴² CE 17 décembre 1926, Société des Chantiers Industriels, Recueil Lebon, p. 1125.

⁴⁴³ CE 17 décembre 1929, Cie de Navigation Sud-Atlantique, Recueil, p. 892.

⁴⁴⁴ CE 27 décembre 1926, Mannot, Recueil, p. 1123.

qu'il ne renouvelle la validité de sa lettre de garantie jusqu'à ce qu'il informe l'autorité adjudicatrice du retrait du cautionnement provisoire et de son renoncement à la soumission ».

Et l'article 60 d'ajouter : « 1. Le soumissionnaire qui est proclamé adjudicataire doit déposer, dans les trente jours à compter du jour suivant la réception de la notification de son admission par lettre recommandée, un cautionnement définitif équivalent à 2% de son offre. Il devra à cette fin ajouter au cautionnement provisoire un versement complémentaire en espèces ou par chèque certifié jusqu'à concurrence du montant du cautionnement définitif exigé; 2. Le cautionnement définitif n'est pas recouvré si le soumissionnaire retenu pour l'adjudication a procédé à la fourniture de toutes les marchandises à laquelle il s'était engagé et que l'autorité compétente les a acceptées définitivement au cours de la période de trente jours fixée pour le versement du cautionnement définitif. Si la fourniture a été effectuée partiellement et que le prix des marchandises fournies suffit à couvrir le montant de ce cautionnement, le prix sera conservé à titre de cautionnement définitif jusqu'à ce que l'exécution du contrat soit achevée; 3. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa 1 du présent article, l'autorité contractante peut faire des réserves sur la couverture du cautionnement définitif en déduisant son montant selon le même taux, des travaux exécutés ».

Dans l'article 63/1, on trouve la précision suivante : « Si l'adjudicataire s'abstient de verser le cautionnement définitif et de signer le contrat dans le délai fixé, l'autorité contractante doit procéder à la saisie du cautionnement provisoire par lettre recommandée adressée à l'intéressé sans autre formalité et sans saisir le juge. Elle doit saisir l'autorité chargée de la tenue des registres en vertu de l'article 15 du présent règlement afin qu'elle procède à sa radiation des registres ».

Par ailleurs, le montant du cautionnement déposé demeure à la disposition de l'autorité administrative en tant que garantie de recouvrement de toute prestation qui serait due en cas de manquement du cocontractant à ses obligations en matière d'exécution. A la fin de la période de garantie et une fois la livraison définitive effectuée, le compte est régularisé, les prestations dues au cocontractant lui sont versées et il lui est restitué le cautionnement ou ce qu'il en reste après les déductions faites. Le cautionnement est également restitué au cocontractant si l'administration renonce à l'achèvement du contrat pour des motifs en rapport avec l'intérêt général⁴⁴⁵.

C'est ce que la Cour suprême libyenne a affirmé dans un arrêt du 9 juin 1985 dans les termes suivants : « Si l'administration est fondée à renoncer à l'achèvement du contrat pour des motifs d'intérêt général qu'elle apprécie librement, elle doit rendre la lettre de garantie à qui la lui avait adressée, dès son renoncement. Le fait de la conserver, en dépit de la demande de restitution faite par l'intéressé, est considéré comme un comportement fautif de l'administration donnant lieu à réparation de tout préjudice en résultant pour le cocontractant »⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ MAZEN Radi, Les contrats administratifs en droit libyen, Op.cit, p. 97.

⁴⁴⁶ Cour suprême libyenne, 9 juin 1985, Recours administratif N° 8/29, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1985, p. 31.

Les articles du règlement libyen relatif aux contrats administratifs que nous avons cités font ressortir la fonction dévolue au cautionnement en tant que garantie immédiate de certains droits de l'administration contractante. Le but du cautionnement est de garantir le sérieux de la soumission et l'exécution du contrat dans l'intérêt d'un fonctionnement régulier du service public. L'administration est également assurée qu'elle recouvrera auprès du cocontractant les prestations qui lui reviennent. C'est la raison pour laquelle le dépôt du cautionnement est une condition qui s'impose à l'administration⁴⁴⁷.

Nous en concluons que la pénalité de retard et la saisie du cautionnement sont des sanctions pécuniaires que l'administration peut édicter directement sans avoir à saisir le juge. Nous les avons donc étudiés en détail, tenant compte du fait qu'elles sont les sanctions pécuniaires les plus importantes figurant dans la liste des sanctions mentionnées par l'article 100 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007. Il reste que, à côté des sanctions pécuniaires, on trouve un autre type de sanctions, non pécuniaires, que nous allons aborder dans la sous-section 2.

Sous-section 2 : Les sanctions non pécuniaires dans le contrat administratif

Au terme de cette étude consacrée aux sanctions pécuniaires dans le contrat administratif, la question se pose de savoir s'il existe d'autres sanctions qui ne sont pas pécuniaires⁴⁴⁸ et que l'administration peut édicter contre son cocontractant.

La réponse est bien sûr affirmative. De telles sanctions sont dites coercitives et sont destinées à faire pression sur le cocontractant afin qu'il exécute le contrat. Elles peuvent être prolongées par la rupture du contrat au moyen de la résiliation lorsque les motifs et conditions requis sont réunis. C'est ce que nous allons aborder dans le détail.

⁴⁴⁷ EL MAZOUGHJI Abdessalem, *Théorie générale des contrats administratifs, Théorie des obligations*, 2^{ème} partie, 1^{ère} éd, Benghazi, Libye, 1993, p. 276.

⁴⁴⁸ Les sanctions pénales sont des sanctions frappant le cocontractant ou toute autre personne qui commettrait une infraction pénale punie par la loi, que ce soit dans le cadre de l'opération contractuelle ou en dehors de cette opération. De telles sanctions relèvent en général du Code pénal et l'administration les fait prononcer en tant qu'autorité de police et non en tant qu'autorité contractante; elle saisit pour cela les autorités compétentes. Nous n'examinerons donc pas ces sanctions dans la mesure où elles s'appliquent à tous, au cocontractant comme aux autres. Nous n'y faisons allusion qu'incidemment. Le principe est en effet que l'administration ne peut édicter des sanctions pénales contre son cocontractant quelle que soit la gravité de l'infraction commise. Si le législateur mentionne parfois la gravité de certains manquements à des obligations contractuelles, cela veut dire qu'il en découle que la responsabilité du cocontractant est engagée en vertu de la volonté du législateur exprimée dans des textes de lois clairs et explicites et non en vertu de la volonté de l'administration. Même si l'administration peut insérer dans ses contrats des clauses exorbitantes, elle ne peut aller jusqu'à l'édiction de sanctions pénales contre son cocontractant. Car, à supposer même que de telles clauses soit acceptées par le cocontractant, elles seraient nulles car contraires à l'ordre public. L'administration ne peut par exemple pas incarcérer son cocontractant dans un lieu de détention qui lui serait propre, quelle que soit la gravité de l'infraction. Elle est tenue de saisir les autorités compétentes. Ainsi, si l'administration peut, dans certains cas exceptionnels, rendre le cocontractant justiciable de peines pénales, c'est sur le fondement de lois et de règlements qui seuls peuvent prévoir de telles sanctions. Voir à ce sujet : DIHANI Majed, *Les sanctions coercitives dans les contrats administratifs, Etude comparée en droit égyptien et en droit koweïtien*, Master 2, Université du Caire, Egypte, 2008, p. 46 ; TAMMAOUI Souleymane, *Les fondements généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 535. Voir également : FOILLARD Philippe, *Droit administratif, Paradigme*, Paris, 2005, p. 213. Voir aussi dans le même sens RASCHEL Evan, *la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Thèse, Université de Poitiers, 2013, pp 399-400.

A : Les sanctions coercitives

Si le cocontractant manque à ses obligations, l'administration peut recourir à des moyens de pression provisoires pour assurer l'exécution du contrat dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du service public. En mettant en œuvre ces mesures, elle se substitue au cocontractant dans l'exécution des obligations de ce dernier ou lui substitue un tiers.

Ce sont des mesures provisoires car elles ont pour but d'obliger le cocontractant à se hâter d'exécuter le contrat. Elles ne mettent pas fin au contrat mais en confient provisoirement l'exécution à l'administration ou à un tiers. Elles ne peuvent donc être édictées que si le lien contractuel existe, l'administration ou le tiers se substituant au cocontractant et en devenant le mandataire, à qui il revient d'apporter à l'exécution le même soin qu'aux actes accomplis en son nom propre⁴⁴⁹.

Les sanctions coercitives ne mettent pas fin au contrat, permettant à l'administration d'en déléguer l'exécution à une personne autre que le cocontractant initial, celui-ci demeurant responsable devant l'autorité contractante, l'exécution s'effectuant à ses frais et sous sa responsabilité. Le droit de contrôler l'exécution lui reste acquis⁴⁵⁰.

Il est fréquent que l'administration fasse stipuler dans le cahier des charges général ou particulier le droit pour elle de retirer provisoirement l'exécution du contrat au cocontractant pour se substituer à lui ou lui substituer un tiers, si cela lui paraît opportun au regard des circonstances, lorsqu'il est défaillant dans l'accomplissement de ses obligations ou qu'il est incapable de les honorer. Cependant, les sanctions coercitives procèdent d'un droit général reconnu à l'administration, y compris en cas de silence du contrat et du cahier des charges⁴⁵¹.

Les sanctions coercitives prennent des formes différentes qui sont la mise en régie, l'exécution aux frais du cocontractant et la mise sous séquestre⁴⁵². De telles sanctions sont prévues par l'article 100 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007. Mais comme cet article ne mentionne pas la mise sous séquestre dans l'énumération qu'il donne des sanctions coercitives, nous ne l'aborderons pas, nous limitant à l'étude de la mise en régie et de l'exécution aux frais du cocontractant.

⁴⁴⁹ CE 3 mai 1911, Genest, Recueil Lebon, p. 503. Voir : RAYNAUD Dominique, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1991, p. 267.

⁴⁵⁰ CE 3 mai 1935, Société du Chemin de Fer de la Teste, Recueil Lebon, p. 381; CE, 28 mai 1952, Cie de Sainte-barbe de Thelyt, Recueil Lebon, p. 282.

⁴⁵¹ CE 23 juin 1944, Ville de Toulon, RDP, 1945, p.101, Conclusions Odent. Dans ces conclusions, il est soutenu que les décisions édictant la mise sous séquestre et la mise en régie sont réputées motivées dès lors qu'il est établi qu'elles étaient indispensables pour garantir la continuité du service public en cas de défaillance du cocontractant, leur justification résidant dans leur finalité. Cf. également : CE, 25 mars 1966, Ville de Royan, RFDA, 1966, N° 131.

⁴⁵² On entend par mise sous séquestre le fait d'exclure de façon provisoire le concessionnaire défaillant de la gestion du service faisant l'objet de la concession, l'autorité concédante en reprenant la gestion dans l'intérêt d'un bon fonctionnement du service. La mise sous séquestre est la sanction d'un manquement grave que l'administration édicte également s'il y a une menace pour le service public, y compris en l'absence de faute, par exemple si les employés du service engagent une grève dont le concessionnaire n'est pas responsable. Voir à ce sujet : JAMAL Jibril et IBRAHIM Ali, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 195.

1. La mise en régie

Il s'agit d'une sanction coercitive et provisoire prise contre le cocontractant défaillant et par laquelle l'administration se substitue à lui ou lui substitue un tiers à ses frais et sous sa responsabilité⁴⁵³. Cette sanction est d'un usage plus fréquent en matière de contrats de travaux publics. Lorsque le cocontractant prend du retard ou se relâche dans l'exécution de ses obligations, l'administration lui retire le travail attribué en vertu du marché qui s'effectue alors à ses frais et sous sa responsabilité mais sous la supervision directe de l'administration, en totalité ou en partie, pour garantir l'exécution⁴⁵⁴. Il n'en résulte pas qu'il est mis fin au contrat initial conclu entre l'administration et le cocontractant, celui-ci demeurant responsable vis-à-vis de celle-là. La mesure demeure provisoire prenant fin avec l'achèvement de l'exécution ou la résiliation du contrat. Elle ne peut donc durer indéfiniment⁴⁵⁵.

Cependant, l'administration ne peut procéder à la mise en régie, avec tous les effets qui en découlent, qu'en cas de faute commise par le cocontractant, c'est-à-dire d'un manquement à une stipulation expresse du contrat. Lorsque le cocontractant est défaillant ou prend du retard dans l'exécution, la mise en régie devient possible qui consiste en d'autres termes à le placer sous la supervision directe de l'administration pour assurer l'exécution des travaux et le bon fonctionnement du service public, objet du contrat⁴⁵⁶.

Il faut aussi que le cocontractant ait interrompu le travail assez longtemps pour qu'on suppose que les intérêts liés au fonctionnement du service public soient menacés. L'appréciation de la durée de cette interruption est laissée à l'administration sous le contrôle du juge du contrat, de telle sorte que, si le temps d'arrêt imposé se prolonge, l'administration pourra prendre la sanction même en cas de silence du contrat, puisqu'il s'agit d'un pouvoir qu'elle tire de son privilège d'exécution directe⁴⁵⁷.

En conséquence, l'édition d'une mesure de mise en régie suppose une faute grave dans l'exécution par le cocontractant de ses obligations contractuelles⁴⁵⁸. Si la faute est minime, elle n'est pas recevable en tant que motif suffisant de la sanction et le cocontractant pourra en arguer pour engager la responsabilité de l'administration et réclamer des dommages et intérêts⁴⁵⁹.

D'une façon générale, le Conseil d'Etat français estime que, en matière de marchés de travaux publics, le manquement de l'entrepreneur doit revêtir une gravité suffisante pour mettre en danger l'intérêt public, le pouvoir d'appréciation en revenant au juge⁴⁶⁰.

⁴⁵³ ABSI Hassan, Les obligations et les droits des cocontractants dans l'exécution du marché de travaux publics, Op.cit, p. 131.

⁴⁵⁴ FAYADH Abdelmajid, Théorie des sanctions dans le contrat administratif, Op.cit, p. 213.

⁴⁵⁵ GUTTIER Christophe., Droit du contrat administratif, Op.cit, p. 342.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 356.

⁴⁵⁷ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 158.

⁴⁵⁸ ERB Roger, La mise en régie dans les marchés publics, Thèse, Nancy, 1944, p. 30.

⁴⁵⁹ FAYADH Abdelmajid, Théorie des sanctions dans le contrat administratif, Op.cit, p. 157.

⁴⁶⁰ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 157.

Parmi les fautes pouvant justifier la mise en régie, on relève le fait que le cocontractant ne respecte pas les clauses du contrat, par exemple qu'il ne tienne pas compte des délais d'exécution stipulés, ce qui est susceptible de retarder les travaux à la condition toutefois que le retard soit de son fait. A contrario, si le retard est dû à un cas de force majeure ou s'il est le fait de l'administration, le cocontractant échappe à la sanction même s'il a contribué au retard en commettant une faute simple venant s'ajouter à une circonstance extérieure⁴⁶¹.

Parmi les autres illustrations du non-respect du contrat, existe le fait que le cocontractant n'effectue pas les travaux, s'en abstenant sans aucune justification probante. Dans ce cas, le fait pour l'entrepreneur d'arguer d'un retard de paiement de l'administration ou de l'existence d'un litige l'opposant à l'administration maîtresse de l'ouvrage qui serait pendant devant le juge, n'est pas recevable⁴⁶². Et, comme nous l'avons signalé, le juge détient un vaste pouvoir d'appréciation de la gravité de la faute.

En France, il est nécessaire, pour que la mise sous régie soit décidée, que l'administration ait au préalable mis en demeure le cocontractant, attirant son attention sur la faute qu'il a commise pour qu'il y remédie dans un délai déterminé précisé dans la mise en demeure. Il s'agit là d'une condition essentielle de la validité de la sanction en cas de faute grave commise par le cocontractant dans l'exécution de ses obligations⁴⁶³. La mise en demeure, nous l'avons vu, n'est en revanche exigée par le juge libyen que si elle a été prévue au contrat ou au cahier des charges.

Dans les deux pays, le juge peut toujours, en application des règles de droit commun, condamner l'administration à des dommages et intérêts si elle a causé au cocontractant un préjudice en agissant de manière illégale.

Le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 a défini dans son article 103 les cas dans lesquels la mise en régie est possible :

« a. L'autorité contractante est fondée à annuler le contrat administratif ou à décider une mise en régie du marché dans l'un des cas suivants : 1. Si le cocontractant tarde à entamer l'exécution ou l'effectue avec lenteur, de sorte que l'administration puisse craindre qu'il ne l'achève pas dans le délai fixé au contrat et ce, bien qu'elle l'en ai mis en garde par écrit; 2. Si le travail s'est interrompu totalement pendant une période excédant le 1/24^e de la durée totale du contrat sans motif acceptable par l'autorité contractante ; 3. S'il s'est dessaisi du travail, l'a abandonné ou s'il est prouvé qu'il n'a pas entrepris l'exécution comme convenu, ou encore si son travail subit un trouble tel qu'on ne peut en attendre une bonne exécution; 4. Si l'exécution a connu un retard par rapport aux délais convenus et que l'administration estime ne pas devoir lui accorder un délai pour la mener à bien ou s'il s'est montré incapable de réaliser le travail dans le délai que l'administration lui a accordé; 5. S'il a, lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, directement ou indirectement, utilisé des moyens frauduleux ou dolosifs ou eu recours à

⁴⁶¹ BENCHABANE Ali, Les effets du marché de travaux publics sur les parties dans la législation algérienne, Op.cit, p. 122.

⁴⁶² CE 22 janvier 1919, Guyot, Recueil Lebon, p. 55; CE, 22 février 1925, Dolfini, Recueil Lebon, p. 219; CE, 28 mai 1952, Sainte-barbe, Recueil Lebon, p. 282.

⁴⁶³ EL JAMAL Haroun, Les sanctions dans les marchés de travaux publics, Op.cit, p. 200.

la tromperie dans l'exécution du contrat ou dans ses relations avec l'administration au cours de l'exécution; 6. S'il est établi qu'il a engagé, lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, directement ou indirectement, des transactions illégales avec un fonctionnaire de l'Etat ou un employé de l'autorité contractante ou de l'autorité supervisant l'exécution ou s'il s'est rendu complice de l'un d'entre eux; s'il a entrepris d'agir de la sorte pour nuire à l'autorité contractante ou à l'intérêt général 7. Si le cocontractant s'est appauvri, a déclaré sa faillite ou engagé une conciliation avec ses créanciers; 8. S'il a commis une négligence grave dans l'exécution du contrat ou omis d'honorer une de ses obligations substantielles sans entreprendre d'en corriger les effets dans les 15 jours suivant sommation écrite de le faire; 9. Dans les cas prévus aux articles 16, 96 et 98 du présent règlement.

b. En cas d'annulation du contrat, le cautionnement devra être saisi et une pénalité de retard sera exigée, avec si nécessaire la réclamation de dommages et intérêts, la responsabilité du cocontractant demeurant engagée pour les travaux qu'il a exécutés.

c. Dans les cas énumérés dans le présent article, il est possible plutôt que d'annuler le contrat, de procéder à sa mise en régie et à l'exécution aux frais du cocontractant, sa responsabilité demeurant engagée pour les travaux qu'il a exécutés et de le contraindre à des dommages et intérêts et à des pénalités de retard.

d. L'autorité contractante ne peut annuler le contrat ou le mettre en régie qu'avec l'accord de l'autorité ayant attribué le marché et délivré l'autorisation de le conclure.

e. La mise en demeure, l'avertissement, l'annulation du contrat et sa mise sous régie sont notifiés par lettre recommandée sans qu'il faille recourir au juge ou effectuer toute autre formalité, sous réserve des articles 101 et 121 du présent règlement ».

Le même règlement libyen dispose dans son article 120, à propos des actes pris par l'autorité contractante dans le cadre de la mise en régie, que « si le marché est mis en régie en vertu des articles 16, 96, 98 et 103 du présent règlement, l'autorité contractante doit, selon sa libre appréciation et en plus de l'infliction d'une pénalité de retard, effectuer l'exécution des travaux inachevés soit elle-même soit par l'entremise d'un autre cocontractant par voie d'adjudication, d'appel d'offres ou d'entente directe, et ce aux frais de l'entrepreneur et sans que celui-ci puisse réclamer le moindre rabais sur les prix convenus dans le marché qui serait réalisé du fait de la diminution du coût de l'exécution faite à ses frais ».

L'article 121 de ce règlement, précise :

« a. L'autorité contractante a le droit, à l'occasion de la mise en régie décidée conformément aux articles 16, 96, 98 et 103 du présent règlement, de saisir les installations provisoires, les bâtiments, les machines, outils et produits, etc., se trouvant sur le site des travaux et de les utiliser pour achever le travail, sans en être responsable devant l'entrepreneur ou un tiers, ni responsable des dégradations et pertes qu'ils subiraient pour quelque cause que ce soit, et sans avoir à acquitter de droit de location.

b. L'autorité contractante peut également saisir les biens mentionnés dans le précédent alinéa à la fin des travaux, en garantie de ses droits vis-à-vis de l'entrepreneur. Elle peut les vendre sans engager aucune responsabilité en raison de la perte subie par l'entrepreneur de ce fait et prélever de leur prix les droits qu'elle détient sur lui.

c. Dans tous les cas, l'autorité contractante peut se retourner contre l'entrepreneur pour exiger la réparation de tous les préjudices subis du fait de la mise en régie et de tous les frais supplémentaires engagés par rapport à la valeur du contrat. Elle peut prélever ces réparations sur le cautionnement déposé ou sur toute somme qu'elle lui doit prioritairement par rapport à toute autre autorité publique ».

Dans l'article 122 du même règlement, se trouve énoncée la procédure que doit suivre l'administration pour décider la mise en régie :

« a. Dans le cas de la mise en régie totale ou partielle, et dans la durée fixée par la décision, est procédé à un état des machines et des équipements se trouvant sur le site des travaux et dressé au su du délégué de l'autorité contractante et en présence de l'entrepreneur ou de son représentant, après qu'il en a été informé par lettre recommandée. Cet inventaire est reporté sur un procès-verbal signé par le délégué de l'autorité contractante et l'entrepreneur ou son représentant. Si ce dernier ne se présente pas, l'acte est établi en son absence et dans ce cas il est informé du résultat de l'inventaire par lettre recommandée. S'il ne fait pas connaître ses observations dans un délai d'une semaine à dater de la réception, il est réputé avoir reconnu la validité des mentions portées au procès-verbal d'inventaire.

b. L'autorité contractante ne s'engage à garder les machines, outils et équipements se trouvant sur le site que dans la mesure de ce qu'exige l'achèvement du travail ou de ce qu'elle estime devoir garder comme garantie de réalisation de ses droits à l'égard de l'entrepreneur, et l'entrepreneur sera chargé de transporter ce qui excède ces besoins vers le site du travail ».

Que ce soit en France ou en Libye, le contrôle du juge sur la décision de mise en régie, en matière de travaux publics, est un contrôle de légalité et d'opportunité doublé éventuellement d'un pouvoir en matière d'indemnisation. Mais c'est un contrôle qui ne peut mener à l'annulation de la décision⁴⁶⁴. C'est ainsi que la Cour suprême libyenne a estimé dans un arrêt du 4 septembre 1983 que « la jurisprudence de la Cour de céans considère que la décision de mise en régie du marché de travaux publics est une mesure contractuelle. La juridiction administrative, en tant que pleine juridiction, doit contrôler la légalité et la réalité des fautes imputées à l'entrepreneur pour statuer, si besoin est, sur les dommages et intérêts dus à ce dernier, mais elle ne peut prononcer l'annulation de la décision, ce qui représenterait une atteinte au pouvoir de l'administration maîtresse de l'ouvrage d'apprécier les exigences de l'intérêt général dans la poursuite ou non de l'exécution du marché avec le cocontractant. Et, du fait que le requérant ait saisi le juge administratif et se soit limité à lui demander l'annulation de la décision de mise en régie sans réclamer d'indemnisation, alors que le juge administratif n'a pas pouvoir d'annuler la mise en régie du contrat de travaux publics, il résulte que le jugement attaqué qui a rejeté la requête sur cette base a fait une juste application de la loi »⁴⁶⁵.

En conséquence, le juge de contentieux nés du marché de travaux publics en France et en Libye n'a pas le pouvoir d'annuler des mesures prises par l'administration à l'égard de

⁴⁶⁴ CE 25 février 1945, Pico, Recueil Lebon, p. 69.

⁴⁶⁵ Cour suprême libyenne, 4 septembre 1983, Recours administratif N° 4/28, Revue de la Cour suprême, N° 1, 1984, p. 39.

l'entrepreneur. Il se contente de voir dans quelle mesure ces actes ont été pris dans des circonstances donnant le droit à l'entrepreneur de réclamer des dommages et intérêts⁴⁶⁶. Pour le reste, et s'agissant des solutions mises en œuvre par l'administration, celle-ci est réputée toujours agir conformément à l'intérêt général⁴⁶⁷.

2. L'exécution aux frais du cocontractant

Cette sanction est le plus souvent édictée en matière de contrat de fournitures lorsque le cocontractant s'engage à fournir des équipements déterminés nécessaires aux activités dévolues à l'administration. Tout retard ou manquement affectant la fourniture, dans les quantités et spécifications convenues, peut justifier la sanction. L'administration peut y recourir que le contrat l'ait prévu ou non car toute défaillance du fournisseur est susceptible de causer au service public une interruption ou un retard. L'administration peut édicter cette sanction au moyen d'une décision par laquelle elle procède à l'acquisition des marchandises aux frais et sous la responsabilité du fournisseur⁴⁶⁸.

Pour cela, elle doit au préalable respecter une certaine procédure en accordant par exemple au fournisseur un délai initial. Elle lui adresse à cette fin une sommation pour l'informer qu'il a négligé l'exécution de ses obligations. Elle lui inflige en même temps une pénalité de retard, si nécessaire. Si le contrat a prévu la sanction, elle peut se dispenser d'une telle sommation⁴⁶⁹.

L'administration ne peut conclure l'achat aux frais du cocontractant que si celui-ci a commis une faute grave par laquelle il a nui au service public, mettant en danger l'intérêt général. Dans le contrat de fournitures, ces fautes graves justifiant l'achat aux frais du cocontractant sont de différentes sortes : le retard dans la livraison⁴⁷⁰, la non-exécution ou l'incapacité d'assurer la fourniture⁴⁷¹, l'exécution du contrat de manière non satisfaisante, le fait pour le cocontractant de substituer un tiers dans l'exécution sans l'accord de l'administration ou une négligence du cocontractant dans l'exécution de ses obligations qui met en danger le service public⁴⁷².

Les effets juridiques de cette sanction ne diffèrent pas de ceux des autres sanctions coercitives telles que la mise sous régie. C'est une mesure provisoire qui ne met pas fin au contrat, l'administration se substituant au fournisseur dans l'exécution de ses obligations qu'il

⁴⁶⁶ Note JACQUES Robert sous CE, 5 novembre 1969, Société Gaymard et Comba, RDP, 1971, p. 259. Il y est soutenu que le juge du contentieux né des marchés de travaux publics n'a pas le pouvoir d'annuler les mesures prises par le maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur. Il doit se contenter d'examiner les circonstances dans lesquelles l'acte a été pris pour décider si l'entrepreneur a le droit de réclamer une indemnisation.

⁴⁶⁷ ERB Roger, La mise en régie dans les marchés publics, Op.cit, p. 101.

⁴⁶⁸ FAYADH Abdelmajid, Théorie des sanctions dans le contrat administratif, Op.cit, p. 220. Voir également : CHELMANI Hamed, Les prérogatives de puissance publique dans le contrat administratif, Op.cit, p. 201.

⁴⁶⁹ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 33.

⁴⁷⁰ CE 23 mai 1927, Barbet, Recueil Lebon, p. 372.

⁴⁷¹ CE 5 décembre 1934, Société Horme, Recueil Lebon, p. 1149.

⁴⁷² CE 12 janvier 1906, Amsellem, Recueil Lebon, p. 33.

n'a pas honorées, sous sa responsabilité et, selon l'option qu'elle aura choisie, elle pourra exécuter elle-même ou demander à un autre fournisseur de s'en charger⁴⁷³.

Le fournisseur initial supporte les frais découlant de l'exécution, même si le contrat ne l'a pas prévu, sans pouvoir réclamer le différentiel des coûts dans le cas où l'administration aurait exécuté à un prix moindre que le sien. Quant au nouveau fournisseur, sa responsabilité se limite à la livraison, aux frais du fournisseur évincé, de fournitures conformes aux spécifications convenues⁴⁷⁴.

Certains ont considéré que l'administration, lorsqu'elle se porte acquéreuse aux frais du fournisseur défaillant, agit comme si elle en était le mandataire. En conséquence, elle est tenue d'apporter à l'exécution du mandat le soin qu'elle apporte à conduire ses activités propres. Elle ne peut acheter des marchandises autres que celles pour lesquelles elle avait conclu le marché initial. Cependant, elle peut, selon les circonstances, acquérir des marchandises analogues à celles convenues dans le marché même si elles en diffèrent par la qualité, qui serait supérieure ou moindre. Elle pourra lui demander des comptes sur la différence de prix ou de qualité si une telle différence existe⁴⁷⁵.

La compétence du juge du contrat se limite, en matière d'exécution aux frais du cocontractant, à l'octroi de dommages et intérêts en réparation de la sanction, s'il y a lieu, auquel cas il fait une appréciation du manquement imputé au cocontractant et se contente de lui accorder réparation. En d'autres termes, le juge n'a pas compétence, aussi bien en France qu'en Libye, pour annuler la sanction. Il peut à peine en épargner au cocontractant les conséquences financières et lui accorder réparation du préjudice subi⁴⁷⁶.

On relèvera que le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007, déjà mentionné, dispose dans son article 135 que :

« a. Si le cocontractant tarde à fournir les quantités convenues, en tout ou en partie, dans le délai fixé par le contrat, l'administration peut, si elle y voit un intérêt, lui accorder un délai supplémentaire pour procéder à la fourniture, tout en lui infligeant en vertu de l'article 102 du présent règlement une pénalité de retard dont le taux n'excède pas 10% de la valeur des quantités non fournies ou dont la livraison a été retardée et sous réserve que le contrat n'en ait pas décidé autrement.

b. En cas de retard apporté à la fourniture de certaines quantités, et si les quantités affectées par ce retard sont susceptibles d'empêcher de tirer toute son utilité de celles qui ont été fournies, une pénalité est édictée dont le taux n'excèdera pas 5% de la valeur totale du contrat, sous réserve que le contrat n'en ait pas décidé autrement.

c. Dans le cas où le cocontractant ne procède pas à la fourniture dans le délai contractuel ou dans le délai supplémentaire, l'autorité contractante doit prendre,

⁴⁷³ BESSIOUNI Abdelghani, Droit administratif, Alexandrie, Egypte, 2003, p. 565.

⁴⁷⁴ JIBRIL Jamal et ALI Ibrahim, Les contrats administratifs, El Manoufia, Egypte, 1996, p. 221.

⁴⁷⁵ CHERIF Aziza, Etudes sur la théorie du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 2001, p. 181.

⁴⁷⁶ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 159. Voir également, EL HALFAOUI Hamed, La faute dans la responsabilité administrative générée par le contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université du Caire, Egypte, 2001, p. 383.

conformément à l'intérêt public, l'une des deux mesures suivantes après mise en demeure du cocontractant par lettre recommandée sans que soit remis en cause son droit à des dommages et intérêts et à condition qu'il ne résulte pas de la mise en demeure un préjudice à son détriment : 1. L'acquisition auprès d'un tiers et aux frais du cocontractant des biens dont ce dernier n'a pas assuré la fourniture, au moyen de l'un des modes de passation des marchés prévus par le présent règlement. Il sera déduit du cautionnement déposé par le cocontractant ou des sommes qui lui sont dues la valeur du surplus de prix à laquelle s'ajouteront les frais administratifs au taux de 5% de la valeur des biens acquis à ses frais ainsi que toute amende exigible. Si le prix de cette acquisition est inférieur au prix fixé au contrat, le cocontractant ne peut réclamer la différence. 2. La rupture du contrat pour ce qui se rapporte aux biens mentionnés, la saisie du cautionnement définitif et l'imposition de dommages et intérêts, s'il y a lieu ».

Il est admis que la substitution par l'administration d'un tiers au cocontractant défaillant dans l'exécution de ses obligations, dans le cas où le manquement est grave, ne met pas fin au contrat par rapport au cocontractant. Il n'est donc pas possible en droit que l'administration inflige deux sanctions simultanées, c'est-à-dire qu'elle procède à l'exécution aux frais du cocontractant et qu'elle mette un terme au contrat.

Dans son arrêt du 16 février 1978, la Cour suprême libyenne n'a pas hésité à « exercer son contrôle sur le retrait du marché au cocontractant décidé par l'autorité administrative et à retenir contre elle son obstination à lui imposer des spécifications techniques inexactes, la preuve en étant fournie par le fait qu'elle ne les a pas exigées de l'autre entreprise à laquelle elle a confié l'exécution aux frais de la société contractante. La Cour en conclut que cette faute engage la responsabilité de l'administration dans la mise en régie du contrat »⁴⁷⁷.

Il ressort des énoncés cités du règlement libyen, des décisions de la Cour suprême libyenne et de certains arrêts du Conseil d'Etat français que la mise en œuvre des sanctions coercitives, telles que la mise en régie et l'exécution aux frais du cocontractant, suppose que celui-ci ait commis une faute grave. Les fautes simples ne suffisent pas à justifier que l'administration se substitue à lui ou lui substitue un tiers. L'appréciation en est laissée à l'administration sous le contrôle du juge. Le règlement libyen mentionné a déterminé les cas dans lesquels l'administration est fondée à appliquer ces sanctions et il en ressort qu'un certain degré de gravité de la faute doit être constaté.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude des sanctions coercitives, la mise en régie et l'exécution aux frais du cocontractant, celles-là même qui sont régies par l'article 100 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007, à l'exclusion de toute autre. Nous avons donc étudié ces sanctions dans le cadre qu'en a tracé ce règlement en nous efforçant d'en faire une étude comparée avec le droit français. A présent que nous avons fait le tour des sanctions prévues par ce règlement et qui sont la pénalité de retard, la saisie du cautionnement, la mise en régie et l'exécution aux frais du cocontractant, il nous reste à aborder dans le deuxième paragraphe la sanction résolutoire.

⁴⁷⁷Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Recours administratif N° 13/23, Revue de la Cour suprême, 1978, N° 3, p. 59.

B : La sanction résolutoire⁴⁷⁸

Il s'agit de cette sanction sévère que l'administration inflige à son cocontractant lorsqu'il manque à ses obligations contractuelles d'une manière particulièrement grave et qui a pour effet de l'écartier définitivement de l'exécution du contrat⁴⁷⁹.

Au regard de la gravité de cette sanction, l'administration ne se résout à l'édicter qu'après s'être assurée avec certitude que le cocontractant n'est plus en mesure d'apporter aucune collaboration au service public. Elle n'y recourt en réalité que contrainte et forcée, une fois persuadée qu'on ne peut plus espérer du cocontractant qu'il s'amende.

Il est permis à l'administration de rompre le contrat lorsqu'il lui apparaît de façon certaine que le cocontractant n'est plus en mesure d'exécuter ses engagements de manière satisfaisante ou qu'il ne peut plus assurer l'exécution du contrat, faisant courir des risques au service public et à l'intérêt général. L'administration doit alors se passer définitivement de sa participation. Tel, selon certains auteurs, le fondement du pouvoir dévolu en la matière à l'administration⁴⁸⁰.

Se pose alors la question de la nature de cette résiliation : est-ce une application des règles de droit commun relatives à la résiliation du contrat ou bien est-ce une sanction à laquelle le droit administratif confère une nature particulière?

La doctrine s'est divisée sur cette question en deux camps. D'une part, celui des auteurs qui considèrent qu'il ne s'agit là que d'une application du principe posé par le droit civil selon lequel la résiliation est toujours possible lorsque l'une des parties s'abstient d'exécuter ses obligations, l'autre partie pouvant demander la dissolution du lien contractuel pour se libérer de ses propres obligations. Ceux-là considèrent que la sanction résolutoire appliquée au contrat administratif n'est pas d'ordre public et refusent de reconnaître à l'administration le droit de l'édicter si le contrat ou le cahier des charges ne l'ont pas prévue. Autrement dit, en cas de non stipulation de la possibilité d'une sanction résolutoire prononcée

⁴⁷⁸ Il s'agit donc ici de la résiliation en tant que sanction d'une faute grave commise par le cocontractant. Elle met fin à la relation contractuelle. Elle diffère donc de la résiliation ou de la rupture du contrat pour des motifs d'intérêt général. Dans ce dernier cas, l'administration peut mettre un terme au contrat, bien que le cocontractant n'ait pas manqué gravement à ses obligations, pour le seul motif que l'intérêt public l'exige. Voir CE 31 juillet 2009, Sté Jonathan Loisirs, N° 316534. Revue de contrats-marchés publics 2009, comm 332. Note G. Eckert. La résiliation-sanction se distingue également des sanctions coercitives que nous avons examinées par le fait qu'elle met fin au contrat avec pour justification la nécessité de permettre à l'administration de se défaire du concours d'un cocontractant devenu inapte à honorer ses obligations d'une manière satisfaisante, afin de garantir la continuité du fonctionnement du service public. Les sanctions coercitives, quant à elles, ne mettent pas un terme au contrat, ne visant qu'à faire pression sur le cocontractant pour qu'il exécute le contrat. Pour de plus amples précisions, voir : AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 362; DERWICHE Hassan, Les pouvoirs dévolus à l'autorité administrative dans le contrat administratif, 1^{ère} éd, Le Caire, Egypte, 1991, p. 199. Voir également : Dossier, Les effets de la rupture du contrat administratif, ACCP, N° 16, 2002, p. 17.

⁴⁷⁹ ABDELBAADI' Mohamed, Le pouvoir de l'administration en matière de rupture du contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université de Zeqaziq, Egypte, 1993, p. 170. Et NGAMPIO-OBELE-BELLE Urbain, Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs, RFDA, N° 11, novembre 2015, étude 14.

⁴⁸⁰ GEORGE J., Contrat de l'administration, Juris-Classeur administratif, Fasc. 512, 1984, p. 4. Et voir Ph. DELELIS, La résiliation des délégations de service public, CPM 2004, N° 5, p. 41.

par la volonté unilatérale de l'administration, celle-ci devra saisir le juge du contrat pour qu'il la prononce, au même titre que son cocontractant pourrait le faire pour la même raison, conformément aux dispositions de l'article 1184 du Code civil français qui établit que les deux parties au contrat sont réputées être tacitement convenues d'une clause prévoyant la résiliation en cas de manquement de l'une d'entre elles à ses obligations⁴⁸¹.

Mais, d'autre part, c'est une doctrine majoritaire qui s'est rangée dans le camp opposé et qui conteste l'application aux contrats administratifs des dispositions du droit civil. Elle considère en effet que celles-ci ont un autre objet que celui de la résiliation des contrats administratifs. Ces derniers ne sont pas conclus entre particuliers mais entre l'administration, porteuse de l'intérêt général et un particulier animé par un intérêt privé. De plus, c'est l'administration et non pas le juge, comme c'est le cas en droit civil, qui prononce la résiliation du contrat administratif⁴⁸². Et il existe d'autres considérations encore qui alimentent la divergence. Toujours est-il que les tenants de cette thèse estiment que la sanction résolutoire dans le contrat administratif est réputée d'ordre public et qu'elle est dans tous les cas mise au service de l'intérêt général même si elle n'a pas fait l'objet d'une stipulation expresse au contrat ou au cahier des charges⁴⁸³.

Le cahier des charges a aménagé en France les modalités d'édition de la sanction résolutoire du marché des travaux publics. L'article 46/1 du cahier des charges général du 21 janvier 1976 appliqué à ces marchés prévoit qu'il peut être mis un terme à l'exécution des travaux avant qu'ils ne soient achevés au moyen d'une décision de résiliation du marché. De même, l'article 49/2 du même texte prévoit que si l'entrepreneur ne se soumet pas à la mise en demeure, la mise en régie de l'entreprise ou la résiliation peuvent être décidées à titre de sanctions, l'article 49/4 précisant que la résiliation prévue dans son alinéa 2 peut être pure et simple ou aux frais de l'entrepreneur et sous sa responsabilité⁴⁸⁴.

Il est constant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français que l'administration est fondée à résilier le contrat s'il lui apparaît de façon définitive que le cocontractant n'est plus en mesure de participer à l'exécution du contrat de manière satisfaisante⁴⁸⁵. Et il est souvent stipulé dans le cahier des charges général ou particulier que l'administration peut édicter la sanction résolutoire contre le cocontractant défaillant même lorsque cette sanction n'est pas prévue au contrat ni au cahier des charges. Elle se fonde pour cela sur sa prérogative d'exécution directe sans avoir à solliciter du juge un jugement résolutoire⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ JOSSE Pierre, *Les travaux publics et l'expropriation*, S, Paris, 1986, p. 182. Et voir M. WIERNASZ, *Un contrat administratif peut-il inclure une clause de résiliation à l'initiative du contractant de l'administration ?*, AJDA 2013, p. 2147.

⁴⁸² NIGRI E. et JALINIÈRE B., *La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du contractant privé de l'administration à l'épreuve du droit public des contrats*, CPM 2014, étude 4.

⁴⁸³ JEZE Gaston, *Les principes généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 1033. Dans le même sens, voir : BEN ALI Chabane, *Les effets du marché de travaux publics sur les parties dans la législation algérienne*, Op.cit, p. 125; FAYAD Abdelmajid, *La théorie des sanctions dans le contrat administratif*, Op.cit, p. 224.

⁴⁸⁴ *Juris-Classeur administratif*, 1988, Fasc. 522, p. 23.

⁴⁸⁵ CE 4 janvier 1927, *Ville de Paris*, Recueil Lebon, p. 11. TA de Paris, 20 janvier 1959, *Société Raynourd-Passy*, *Actualité juridique*, 1959, p. 227.

⁴⁸⁶ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 171; BONNEAU Henri, *Les marchés de travaux publics*, *Juris-Classeur administratif*, 1970, Fasc. 521, p. 22.

La jurisprudence administrative libyenne reconnaît également ce pouvoir à l'administration lorsque les motifs de sa mise en œuvre sont réunis. La Cour suprême a ainsi considéré dans un arrêt du 24 juin 1981 que « l'administration détient le droit de décider la résiliation du contrat dans deux cas : a. Lorsque le cocontractant a manqué à ses obligations, l'administration pouvant mettre en œuvre la sanction résolutoire sous le contrôle du juge; b. Lorsque l'intérêt public requiert que le contrat soit rompu, par exemple lorsqu'il y a renoncement au projet, auquel cas une réparation juste sera accordée au cocontractant. De même, le pouvoir que détient l'administration de rompre le contrat n'est pas inconditionné, c'est un pouvoir discrétionnaire qui doit être mis au service de l'intérêt général et soumis au contrôle du juge administratif »⁴⁸⁷.

En considération des conséquences attachées à la sanction résolutoire, le pouvoir de l'administration n'est pas inconditionnel mais soumis à des conditions substantielles énoncées par la doctrine et la jurisprudence et même par la loi⁴⁸⁸, d'autant plus que l'administration n'est pas tenue de saisir le juge pour appliquer la sanction et que celle-ci peut être édictée même si aucun document contractuel ne l'a prévue. Ces conditions sont au nombre de deux :

Première condition : Le cocontractant doit avoir commis une faute grave dans l'exécution de ses obligations. On sait que tout manquement à ses obligations dont le cocontractant de l'administration est l'auteur constitue une faute contractuelle. Mais pour qu'il justifie l'édition de la sanction résolutoire, ce manquement doit revêtir un certain degré de gravité. La faute grave est définie comme tout manquement à une obligation contractuelle ou légale substantielle⁴⁸⁹. Sur cette base, une partie de la doctrine française estime que les actes du cocontractant qui justifient la sanction de mise en régie sont susceptibles d'appeler une sanction résolutoire⁴⁹⁰. Or, cette sanction est plus rigoureuse dans ses effets que la mise en régie puisqu'elle aboutit à dessaisir définitivement le cocontractant de l'exécution du contrat⁴⁹¹.

L'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la gravité de la faute de même qu'elle décide si celle-ci est assez grave pour justifier la résiliation. En contrepartie, le juge du contrat, saisi par le cocontractant qui a fait l'objet d'une telle sanction peut contrôler, en termes d'opportunité, l'appréciation faite par l'autorité administrative de la gravité de la faute. S'il s'avère que la faute n'était pas d'une gravité telle qu'elle justifiait la sanction résolutoire, le juge ne peut prononcer la nullité de la décision mais il peut accorder au

⁴⁸⁷ Cour suprême libyenne, 24 juin 1981, Recours administratif N° 1/8, ensemble des principes juridiques établis par la Cour suprême en quarante ans, de 1954 à 1994, in MIFTAH Khalifa et CHELMANI Abdelhamid, La rupture des contrats administratifs, Alexandrie, Egypte, 2013, p. 160.

⁴⁸⁸ BODA J.B., La résiliation pour faute du contrat administratif : une mesure encadrée, Revue de contrats-marchés publics, avril 2015, p. 14.

⁴⁸⁹ MIFTAH Khalifa et CHELMANI Abdelhamid, La rupture des contrats administratifs, Op.cit, p. 170.

⁴⁹⁰ ALLEGROS, Formation et résolution du marché de travaux publics, Paris, 1912, p. 157.

⁴⁹¹ EL FAYYAD Abdelmajid, Les contrats administratifs, La théorie générale et son application en droit koweïtien et comparé, Le Caire, Egypte, 1981, p. 225.

cocontractant une réparation adéquate conforme au régime juridique de la rupture du contrat motivée par des impératifs d'intérêt général⁴⁹².

L'examen des applications qui en sont proposées par le Conseil d'Etat français fait apparaître que les fautes justifiant la sanction résolutoire sont les suivantes :

1. L'abandon du travail par l'entrepreneur et la suspension de l'exécution des travaux objet du contrat⁴⁹³. Il est en effet tenu de poursuivre l'exécution et ne peut l'interrompre même dans l'hypothèse où il aurait demandé la résolution du contrat.

2. Le refus de l'entrepreneur de travaux publics d'exécuter les ordres de services édictés par l'administration⁴⁹⁴.

3. La cession du contrat par l'entrepreneur à un tiers sans autorisation préalable de l'administration maîtresse de l'ouvrage, comportement assimilé à une faute grave entraînant la résiliation⁴⁹⁵.

4. L'exécution entachée de fraude des obligations contractuelles⁴⁹⁶, qui constitue également une faute grave et le fait de ne pas avoir déposé l'intégralité du cautionnement définitif dans les délais exigés⁴⁹⁷.

Tels sont, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, les principaux comportements qui justifient l'édition de la sanction résolutoire, la liste n'étant pas exhaustive.

S'agissant de la Libye, la sanction résolutoire entre dans la compétence de l'administration depuis la promulgation du règlement relatif aux contrats administratifs du 6 mai 1980, ce qui a été confirmé dans les mêmes termes par les règlements suivants ayant le même objet⁴⁹⁸. On retrouve une telle disposition dans le règlement n° 813 de 1994 pris par arrêté de l'ex-comité populaire général (conseil des ministres), dans les règlements similaires n° 263 de 2000, n° 8 de 2004, n° 132 de 2005 et enfin n° 563 de 2007 qui demeure en vigueur. Ce dernier énumère dans son article 103 les cas dans lesquels il est possible d'annuler le contrat et qui sont les mêmes que ceux que nous avons mentionnés à propos de la mise en

⁴⁹² JEZE Gaston, Les principes généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 1037. Et ALHAMA F., L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales, AJDA, 2010, p 1515. Et LICHÈRE François, La fin des contrats administratifs : La fin de la dialectique, l'égalité / stabilité. CPM, avril 2015, p. 3.

⁴⁹³ CE, 18 juin 1975, Malamaire, RDP, 1975, p. 1737; CE, 21 novembre 1952, Macquart, Recueil Lebon, p. 527.

⁴⁹⁴ CE, 25 juin 1971, Sté Etablissement Marius, Recueil Lebon, p. 482; CE, 18 octobre 1935, Pasqualien, Recueil Lebon, p. 952.

⁴⁹⁵ GEORGE J., Contrat de l'administration, Op.cit, p. 24.

⁴⁹⁶ CE 4 mai 1928, Champion, Recueil Lebon, p. 384.

⁴⁹⁷ CE 16 mars 1928, Nivert, Recueil Lebon, p. 384.

⁴⁹⁸ Il faut dire que le législateur libyen n'a que trop souvent promulgué des règlements administratifs, notamment ces dernières années. Un nouveau règlement est publié pratiquement tous les deux ans, ce qui indique beaucoup d'indécision en la matière et entrave le déroulement de l'opération contractuelle. Un contrat peut être conclu sous l'empire d'une réglementation et être exécuté sous l'empire d'une autre, ce qui peut rendre l'exécution difficile, d'autant que l'exécution de certains contrats administratifs requiert la longue durée. Il faut donc souhaiter que le législateur libyen tienne compte de ces considérations et retentisse le processus de réglementation afin que l'opération contractuelle bénéficie de la stabilité et les contractants d'une continuité dans les règles qui leur sont appliquées.

régie et auxquels nous renvoyons. En vérité, les cas mentionnés sont très largement similaires à ceux, précédemment rapportés, qui ont été dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

Le règlement de 2007 énonce l'interdiction de toute cession du contrat à un tiers, en tout ou en partie, qui constituerait une cause de rupture. Son article 96 dispose en effet que « a. La cession du contrat à un tiers, en tout ou en partie, est interdite et les autorités contractantes ne sauraient insérer dans les contrats administratifs une clause l'autorisant. Elles ne sauraient davantage acquiescer à la cession par leurs cocontractants de ces contrats à un tiers. b. Si, en contravention à cette interdiction, le cocontractant cède, en tout ou en partie, le contrat à un tiers, le contrat sera annulé et le cautionnement définitif saisi, le droit à la réparation du préjudice subi demeurant acquis à l'autorité administrative et le cocontractant supportant tout excédant de prix. c. Cependant, le cocontractant peut céder ses créances, en tout ou en partie, à une banque opérant en Libye et ce, sous les conditions suivantes : 1. Que cette cession ne soit exécutée vis-à-vis de l'autorité compétence qu'après avoir donné son accord écrit. 2. Que cette cession ne porte pas atteinte aux droits détenus par cette autorité à l'égard du cocontractant. Si le cocontractant a fait la cession à une banque déterminée, il ne peut se raviser qu'après accord de la banque ».

L'article 104 du même règlement ajoute : « a. Si le cocontractant décède ou si la personne morale chargée de l'exécution disparaît, l'autorité contractante peut mettre un terme au contrat et restituer le cautionnement ou donner son accord aux héritiers légaux ou à ceux qui se substituent à la personne morale pour qu'ils poursuivent l'exécution, s'ils en ont fait la demande et que l'autorité s'est assurée de leurs capacités financières et techniques pour ce faire. Ils doivent alors désigner un délégué qui obtienne l'approbation de l'autorité mentionnée. b. Si le contrat a été conclu avec plus d'un cocontractant et que l'un d'entre eux décède, fait l'objet d'une dissolution ou d'un règlement, l'autorité contractante devra choisir entre la rupture du contrat avec restitution du cautionnement ou le fait de confier aux cocontractants restants la poursuite de l'exécution. c. Dans tous les cas mentionnés dans le présent article, le contrat est rompu par lettre recommandée sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge ni de recourir à toute autre procédure ».

Il ne fait pas de doute que les cas de résiliation-sanction du contrat administratif énoncés dans le règlement libyen relatif aux contrats administratifs ne sont pas exhaustifs car l'administration a le droit de recourir à la résiliation à chaque fois que son cocontractant manque gravement à ses obligations, mettant le service public en danger et étant alors justiciable d'une sanction d'une telle rigueur. De plus, le pouvoir d'édicter la sanction résolutoire est un pouvoir autonome, indépendant du contrat et du cahier des charges que l'administration exerce en tant que pouvoir discrétionnaire reconnu par le législateur pour préserver le fonctionnement du service public⁴⁹⁹.

A côté de cette première condition de la mise en œuvre de la sanction résolutoire, l'existence d'une faute grave, il en existe une seconde, la mise en demeure.

⁴⁹⁹MIFTAH Khalifa et CHELMANI Abdelhamid, La rupture des contrats administratifs, Op.cit, p. 183.

Seconde condition : La mise en demeure du cocontractant préalablement à l'édition de la sanction. En raison de la rigueur de cette sanction et des effets qui en découlent, le Conseil d'Etat français a imposé à l'administration de mettre en demeure son cocontractant et de lui accorder un délai supplémentaire qui lui permette d'exécuter ses obligations. La mise en demeure est donc une obligation générale de l'administration qu'elle doit respecter sous peine de voir sa décision entachée d'un vice de procédure pouvant justifier l'annulation⁵⁰⁰. Cette formalité est exigée même dans le silence du contrat et du cahier des charges qui ne comporteraient pas de clause rendant la mise en demeure obligatoire et épargnant au cocontractant dont le contrat serait résilié les conséquences financières qui en résultent⁵⁰¹.

La doctrine française estime que le non-respect de la procédure préalable à l'édition de cette sanction, dont la mise en demeure fait partie, conduirait à faire échapper le cocontractant aux conséquences coûteuses de la sanction, quelle que soit le degré de gravité de la faute qu'il aurait commise⁵⁰².

Reste que la règle de la mise en demeure n'est pas absolue mais admet des exceptions dans lesquelles l'administration est dispensée de cette formalité. Parmi ces exceptions, à titre d'exemples, citons la mention expresse d'une dispense de la mise en demeure préalable⁵⁰³, l'acte frauduleux du cocontractant, la preuve apportée de l'inutilité de la mise en demeure, l'état de nécessité et d'urgence, ainsi que les autres cas que nous avons abordés en détail lors de notre examen des garanties reconnues au cocontractant en cas de sanction prise contre lui.

La procédure n'est pas très différente en Libye de ce qu'elle est en France. L'administration doit adresser une mise en demeure au cocontractant avant de procéder à la résiliation et ce, en vertu de l'article 101 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 que nous avons mentionné. La Cour suprême libyenne l'a d'ailleurs confirmé dans un arrêt du 1^{er} novembre 1977 qui énonce que « la mise en demeure est obligatoire avant que ne soit demandée la résiliation du contrat de fournitures, dès lors que le contrat ne comporte pas une clause en dispensant l'administration et à moins qu'il n'ait été établi que la mise en demeure est sans utilité, comme c'est le cas lorsque le fournisseur déclare son incapacité d'exécuter le contrat. La mise en demeure ne revêt pas une forme particulière, elle peut se faire par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec avis de réception. Elle doit comporter une sommation ferme d'exécuter le contrat sous peine de résiliation »⁵⁰⁴.

La mise en demeure évite au cocontractant la surprise de la sanction résolutoire, elle attire son attention sur la faute qu'il a commise lui permettant peut-être de la réparer rapidement et d'exécuter le contrat.

⁵⁰⁰CE 12 février 1927, Société pour la reconstruction agricole, Recueil Lebon, p. 203; JEZE Gaston, Les principes généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 1043.

⁵⁰¹LLORENS François, Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, LGDJ, Paris, 1981, p. 435.

⁵⁰²Ibid., p. 437.

⁵⁰³CE 29 janvier 1909, Carreau, Recueil Lebon, N° 17614, p. 123; CE, 18 décembre 1912, Bouyssy, Recueil Lebon, p. 1216 ; CE, 8 novembre 1985, Entreprise Ozilou, N° 40449, RDP, 1986, p. 1738.

⁵⁰⁴Cour suprême libyenne, 1^{er}février 1977, Recours administratif N° 12/23, Encyclopédie libyenne des principes juridiques, p. 352.

Le résultat final auquel aboutit la résiliation, c'est la rupture de la relation contractuelle entre l'administration et son cocontractant qui retournent à la situation qui était la leur avant la conclusion du contrat, quand cela est possible en pratique.

Conclusion du chapitre 2

Ayant achevé l'examen de la résiliation en tant que l'une des sanctions administratives les plus importantes qui peuvent être infligées au cocontractant de l'administration, nous sommes arrivés au terme du chapitre 2 relatif au pouvoir de l'administration d'édicter des sanctions contre son cocontractant. Nous y avons abordé la notion de sanction elle-même, les différents types de sanctions et les modalités de leur mise en œuvre, dans le cadre d'une étude comparée des droits français et libyen que nous avons appliquée à toutes les subdivisions de ce chapitre en abordant les législations des deux pays, leurs jurisprudences respectives, celle du Conseil d'État français et celle de la Cour suprême libyenne, ainsi que les opinions doctrinales, chaque fois que cela fut possible.

Conclusion de la première partie

Nous en avons ainsi terminé avec la première partie de notre recherche consacrée aux principales prérogatives de l'administration dans ses relations avec son cocontractant. Nous y avons abordé dans le chapitre 1 le pouvoir de contrôle et de modification du contrat, puis dans le chapitre 2, le pouvoir de sanction. Notre étude a consisté, comme nous l'avons dit, en une approche comparative des droits français et libyen. Il est évident que, eu égard aux vastes prérogatives dont dispose l'administration à l'égard de son cocontractant, celui-ci dispose en contrepartie de droits à côté des obligations qui pèsent sur lui. Et ce sont ces droits que nous allons aborder dans la deuxième partie.

Partie II : Les droits et les obligations du cocontractant

Nous avons précédemment établi que l'administration disposait, dans ses relations avec son cocontractant, de vastes prérogatives, sans que cela n'empêche que des droits et obligations mutuels découlent pour les deux parties du contrat administratif, comme de tout autre contrat. Cela n'est pas douteux, même si l'administration contractante peut unilatéralement imposer certaines clauses à son partenaire ou dispose de certains autres pouvoirs qui se fondent sur l'idée d'intérêt général qui vient peser sur l'étendue des obligations du cocontractant, en sa qualité de collaborateur de l'administration associé au service public. Ces pouvoirs exorbitants reconnus à l'administration dans l'exécution du contrat administratif confèrent certes à ce dernier une spécificité très marquée mais sans que sa nature contractuelle soit anéantie à son fondement. Si le contrat administratif se distingue, à de nombreux points de vue, du contrat civil, il conserve une force contraignante pour les deux parties en tant que produit de la rencontre de leurs volontés. Car les pouvoirs qui reviennent à l'administration dans ce contrat ne sont pas absolus, ils connaissent des restrictions. Ils s'exercent dans le cadre de la légalité, comme nous l'avons indiqué. Le contrat administratif s'impose donc aux deux parties dans les limites qu'autorisent les contraintes administratives. Des obligations contractuelles pèsent sur l'administration, assorties, au cas où elle y manquerait, de sanctions que le cocontractant serait fondé à réclamer, car l'effet essentiel résultant de la relation contractuelle contraignante pour les deux parties est l'obligation de chacune d'elles d'exécuter ses engagements, sous peine que soit mise en jeu sa responsabilité contractuelle.

Sur la base de ces considérations, le contrat administratif produit, une fois conclu, un ensemble d'effets pour les deux parties. Des droits et obligations réciproques naissent entre l'administration et son cocontractant. Les droits de l'administration sont considérés comme autant d'obligations du point de vue de son cocontractant, et, en contrepartie, les obligations de l'administration sont considérées comme des droits au profit de son cocontractant. Dès lors, le fait pour l'administration de conclure le contrat administratif avec son cocontractant lui imposera des obligations à la constitution desquelles elle a pris part, qu'elle devra respecter afin de donner à l'autre partie la possibilité d'exécuter au mieux ses propres obligations, avec pour résultat un fonctionnement satisfaisant du service public, objet du contrat.

Les droits de l'administration ayant été traités dans la première partie, il convient d'aborder dans cette deuxième partie ceux de son cocontractant. Celui-ci tire ses droits du contrat administratif et l'administration devra donc en assurer l'exécution de telle sorte qu'il puisse réaliser ses droits dont les plus importants sont les droits financiers qui constituent la motivation réelle qui l'ont poussé à contracter, sans compter que l'équilibre financier du contrat administratif est considéré comme l'un des droits les plus importants dont jouit le cocontractant de l'administration.

En contrepartie de ces droits, de nombreuses obligations pèsent sur le cocontractant, qu'il doit remplir. Le plus souvent, les obligations du cocontractant vis-à-vis de l'administration ne sont guère différentes de celles de tout contractant en général. Il est tenu par ses obligations contractuelles conformément aux clauses convenues. Parmi les obligations les plus marquantes qu'il faut relever, notons celle de l'exécution personnelle, au sens que le

cocontractant de l'administration s'engage personnellement à exécuter le contrat et à ne le céder que sous certaines conditions déterminées. Il s'engage également à l'exécuter dans les délais fixés. Ce sont autant de points que nous aborderons dans le cadre d'une approche comparative des droits français et libyen. Tenant compte de ce qui précède, nous examinerons dans cette partie les droits et obligations du cocontractant de l'administration dans deux chapitres successifs :

Chapitre 1: Les droits du cocontractant

Chapitre 2 : Les obligations du cocontractant

Chapitre 1 : Les droits du cocontractant

Une idée centrale domine la problématique des droits du cocontractant de l'administration : celui-ci est toujours animé par la quête du profit. Il n'est pas douteux en effet qu'il n'en vient à contracter que pour réaliser des visées personnelles, attiré par les droits que lui procure le contrat, notamment les droits financiers qu'il obtient en contrepartie des obligations qu'il remplit en vertu du contrat, sous forme de rémunérations qui lui sont acquittés pour des marchandises qu'il fournit, des travaux qu'il exécute ou des services dont il est le prestataire. Il ne faut pas pour autant oublier les autres droits qui lui reviennent en vertu du contrat, des lois et des règlements qui régissent l'organisation et le fonctionnement des services publics.

De même, un préjudice peut être causé au cocontractant du fait de l'utilisation par l'administration de ses pouvoirs. Ou encore des droits peuvent naître à son profit du fait de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat, venant affecter son exécution, susceptibles d'accabler le contractant sur le plan économique et auxquelles celui-ci ne peut faire face lors de l'exécution du contrat, ce qui rend nécessaire une intervention qui restitue au contrat son équilibre économique initial.

Pour que le cocontractant obtienne ses droits, sous forme de prix acquittés, de titres ou d'indemnités, pour que le contrat administratif soit rééquilibré, l'administration doit respecter ses obligations contractuelles en se conformant à toutes les clauses du contrat. Partant de là, nous organiserons ce chapitre en deux sections :

Section 1 : Le respect du contrat par l'administration

Section 2 : Le rééquilibrage financier du contrat administratif

Section 1 : Le respect du contrat par l'administration

On sait que le contrat administratif est un acte contraignant pour les deux parties, l'administration et son cocontractant. Pour que celui-ci obtienne la plénitude de ses droits, l'administration doit respecter ses obligations telles que spécifiées dans le contrat, qu'elles soient générales, prescrites par les clauses de la convention, ou qu'elles concernent les droits financiers du cocontractant. Lorsqu'il a conclu le contrat, ce dernier avait pour objectif principal d'obtenir la contrepartie financière qui en résulterait à son profit. Dans tous les cas, le cocontractant de l'administration est son partenaire dans l'exécution du contrat et participe donc au fonctionnement du service public avec la régularité et la continuité requises, ce qui contribue directement à l'intérêt général. De ce fait, l'administration, en tant que partie au contrat, est tenue de le respecter, c'est-à-dire de respecter les droits de ce partenaire, qu'il s'agisse des droits généraux ou des droits pécuniaires, à défaut de quoi elle s'expose à la sanction. Nous examinerons donc dans cette section les droits généraux du cocontractant auxquels sera consacrée la sous-section 1, puis les droits pécuniaires du cocontractant, qui sont pour lui les plus incitatifs, auxquels nous consacrerons la sous-section 2.

Sous-section 1 : Les droits généraux du cocontractant

Il est évident que lorsque se conclut un contrat, qu'il soit privé ou public, chacune des deux parties se voit reconnaître des droits à l'égard de l'autre. Les droits généraux du cocontractant que l'on peut identifier dans le contrat administratif et qui constituent des obligations pour l'administration consistent en ce que l'administration s'engage à exécuter les clauses du contrat, qu'elle assume ses obligations dans leur totalité et qu'elle les exécute avec toute la bonne foi requise et dans les délais convenus, entre autres obligations qui sont mises à sa charge. Il faut ajouter que, en cas de non exécution des obligations qui lui incombent, l'administration s'exposera à des sanctions, même si celles-ci ne sont pas de même nature que celles encourues par le cocontractant. Nous examinerons donc dans cette sous-section l'étendue des obligations pesant sur l'administration, d'une façon générale, puis la sanction qu'elle encourt en cas de manquement à ces obligations.

A. L'étendue des obligations de l'administration découlant du contrat

Nous avons déjà relevé que l'un des pouvoirs les plus remarquables dont jouissait l'administration était celui en vertu duquel elle peut, par sa volonté unilatérale, imposer à son cocontractant la modification de certaines clauses du contrat. Elle a également un pouvoir de modification des prestations du cocontractant dont elle peut exiger l'augmentation ou la diminution. Mais cela ne signifie pas que le contrat administratif n'engage qu'une des parties, en l'occurrence le cocontractant de l'administration à l'exclusion de celle-ci. Admettre une telle unilatéralité équivaldrait en effet à anéantir le contrat administratif à son fondement. Certes, les parties au contrat administratif ne contractent pas sur un pied d'égalité mais le contrat les oblige cependant toutes les deux, dans la limite de la nature des relations administratives. D'ailleurs, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration n'est pas illimité, comme nous l'avons vu, et s'exerce selon des conditions déterminées afin de préciser des buts bien définis.

Dans cette logique, on relève que la jurisprudence française autant que la jurisprudence libyenne, n'ont reconnu à l'administration des pouvoirs aussi conséquents que pour lui permettre d'amender le contrat dans le sens d'une meilleure adéquation à l'utilité publique. Tant de prérogatives, déjà mentionnées, attribuées à l'administration, n'impliquent pas que cette dernière soit libérée de ses engagements contractuels. Malgré sa nature spécifique, le contrat administratif n'est pas seulement producteur de droits et d'obligations pour le cocontractant, mais il donne naissance également à des droits et obligations pour l'administration. Nous allons donc préciser les obligations principales de l'administration qui représentent autant de droits au bénéfice de son cocontractant.

1. L'obligation pour l'administration d'exécuter le contrat conclu

Dès que le contrat est conclu, naît pour l'administration l'obligation d'en assurer l'exécution, de telle sorte que le cocontractant puisse en faire de même, dans les meilleures

conditions possibles. Ce dernier ne peut en effet entamer l'exécution du contrat que lorsque celui-ci a acquis sa validité définitive, ce qui n'est possible qu'une fois le contrat approuvé par l'autorité compétente désignée à cette fin par le législateur, qu'il s'agisse d'un ministère ou d'une administration publique. Seules peuvent contracter au nom de l'administration des personnes nommément désignées par le législateur. La règle veut que ces personnes exercent elles-mêmes leurs compétences sans qu'il soit permis à d'autres opérateurs de se substituer à elles, elles-mêmes ne pouvant davantage déléguer l'exercice de leurs prérogatives que dans le respect des règles légales prescrites en la matière⁵⁰⁵.

Dès l'approbation du contrat, l'administration doit procéder à son exécution en tenant compte de sa nature, sachant que certains estiment qu'il existe des contrats administratifs que l'administration n'est pas tenue d'exécuter, tels que l'offre de concours⁵⁰⁶. Cette obligation d'exécuter et cette impossibilité d'exécuter s'apprécient en relation avec l'intérêt public et sa réalisation. La jurisprudence du Conseil d'Etat français a ainsi considéré que l'administration n'était pas fondée à résilier le contrat à seule fin de se libérer des obligations qu'il lui impose, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle⁵⁰⁷.

En conséquence, aussitôt que le contrat est devenu définitif, la première obligation reposant sur l'administration consiste à permettre à son cocontractant d'en commencer l'exécution en le munissant des moyens nécessaires à cette fin, qui doivent être mis à sa disposition dès l'achèvement de la procédure d'approbation⁵⁰⁸.

Elle doit par exemple lui remettre, conformément à ce qui est prescrit par le législateur, les documents du projet comprenant les plans et les maquettes, dès la signature du contrat. En effet, l'administration, lorsqu'elle élabore le contrat, fait usage de plans et de croquis accompagnés de mesures et de maquettes conçues par des spécialistes, notamment lorsqu'il s'agit d'un projet de construction. C'est essentiellement sur ces données et ces indications que se fonde l'exécution dévolue au cocontractant et il est indispensable qu'il en

⁵⁰⁵ IBRAHIM Mohamed Ali, *Les effets des contrats administratifs*, Op.cit, p. 148.

⁵⁰⁶ L'offre de concours est un contrat par lequel une personne de droit public ou de droit privé s'engage à contribuer en numéraire ou en nature aux dépenses d'un service public ou de travaux publics. Une personne fait à l'administration une offre de contribution, par exemple un propriétaire offre de contribuer aux dépenses de construction d'une route menant à sa propriété, ou une personne de droit public, telle qu'une chambre de commerce, propose de participer aux dépenses de construction d'une gare ferroviaire ou d'agrandissement d'un port public. Si l'administration accepte l'offre, un contrat dénommé offre de concours est conclu entre l'administration et l'auteur de l'offre (Voir TAMMAOUI Souleymane, *Les fondements généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 139). La règle est que l'offre de contribution est libre même si elle répond à une demande ou à une sollicitation de l'administration. Celui qui propose son concours peut retirer son offre avant que l'administration ne l'ait acceptée, mais une fois l'offre acceptée, il est tenu par son offre. Du côté de l'administration, la règle est que l'offre de concours ne fait pas naître d'obligations à sa charge, elle n'est pas tenue de réaliser le projet proposé même si elle a explicitement accepté l'offre. Si elle y renonce, sa responsabilité pour faute contractuelle ne peut être engagée. Le cocontractant peut seulement, dans une telle hypothèse, se libérer de son obligation d'exécuter ce qu'il avait été convenu. C'est la raison pour laquelle G. JEZE avait refusé de considérer l'offre de concours comme un contrat car elle ne fait pas naître d'obligations à l'égard de l'administration (Voir JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 446).

⁵⁰⁷ C.E 25 juillet 1939, Hayem, Recueil Lebon, p. 528. Et C.E 24 mai 1949, Seer d'Etat aux communications, Recueil Lebon, p. 328. Voir également, CE 23 janvier 1952, Commune de Saint-Rémy-sur-Avre, Recueil Lebon, p. 49.

⁵⁰⁸ NAJJAR Zaki, *La théorie de la nullité dans les contrats administratifs*, Thèse, Université de Aïn Chams, Le Caire, Egypte, 1981, p. 292.

dispose. De même, l'administration doit lui fournir des lieux de travail et lui verser l'avance qui couvre les frais d'acquisition du matériel et des produits qu'il fait venir sur ces lieux⁵⁰⁹.

Dans l'article 31/3 du cahier-type des clauses administratives générales de 1976, le législateur français fait obligation à l'administration contractante de remettre à l'entrepreneur une copie certifiée du contrat, accompagnée de plans, de croquis et de mesures, dès que lui est notifiée l'approbation du contrat, la loi faisant de la date de notification le point de départ de l'exécution qui est arrêté par un ordre de service fixant le début de l'exécution.

C'est également pour permettre à l'entrepreneur d'exécuter ses obligations contractuelles que l'administration est tenue de livrer le lieu de travail en fournissant les travaux et les équipements nécessaires au lancement de l'exécution, tels que le terrassement, l'ouverture de la route, le branchement de l'électricité, etc. Le délai d'exécution ne court qu'à partir de la date de réception par l'entrepreneur du site des travaux, débarrassé de tout obstacle. C'est ce qui est prescrit par l'alinéa 2 de l'article 87 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 : « S'agissant du marché de travaux publics et du marché de fourniture et de montage, ainsi que de tout contrat qui y est assimilé, la durée d'exécution du contrat commence à la date de livraison à l'entrepreneur du site rendu disponible. Si le site n'a pas été préalablement vidé, un accord est conclu sur la durée requise pour le faire. La livraison du site se fait au moyen d'une notification adressée à l'entrepreneur par l'autorité contractante et elle est constatée par procès-verbal signé par les deux parties, établi en deux exemplaires dont l'un est remis à l'entrepreneur et l'autre conservé par ladite autorité. Si l'entrepreneur ou son mandataire ne se présente pas pour prendre livraison du site à la date fixée par l'autorité, un procès-verbal est dressé pour constater son absence, dont la date est considérée comme celle du début de l'exécution ».

Dans l'article 84 de ce même règlement, le législateur libyen énonce que l'administration doit remettre au cocontractant des documents, des croquis et des spécifications : « Sont jointes au contrat les clauses générales de l'accord, les spécifications, les tarifs, les quantités et les croquis, en fonction du cas considéré, ces pièces jointes étant considérées comme des compléments et des annexes au marché ayant valeur de clauses contractuelles. Elles sont signées par toutes les parties. Il appartient à l'autorité contractante de contrôler ces annexes et de s'assurer, avant de les signer, de la concordance de leur contenu avec les clauses du contrat et les dispositions du présent règlement ».

La jurisprudence libyenne a adopté la même position que le législateur, la Cour suprême ayant considéré dans un arrêt du 9 janvier 1980 que « Si l'entrepreneur a exécuté le travail demandé conformément aux conditions et spécifications du contrat, il ne sera pas responsable du défaut qui pourrait affecter ce travail en conséquence des erreurs contenues dans ces conditions et spécifications. Considérant qu'il est établi par le rapport d'expertise que le défendeur au pourvoi a construit le réservoir à la requête de l'autorité administrative compétente et à l'endroit qu'elle lui avait désigné, qu'il a respecté les conditions et spécifications qu'elle avait arrêtées; qu'il est établi que, si le réservoir est impropre à toute

⁵⁰⁹ BENCHAAABANE Ali, Les effets du marché de travaux publics sur les parties contractantes dans la législation algérienne, Op.cit. p. 168.

utilisation, ce n'est pas parce qu'il est dépourvu de couvercles, mais à cause du site choisi par l'administration près de l'édifice affaissé et loin de l'édifice neuf, sans tenir compte de son débit et de celui de cet édifice ; que, si l'autorité compétente s'est trompée dans le choix et la détermination du site, et que le réservoir a été construit conformément aux conditions et spécifications qu'elle a élaborées comme cela était convenu, le défendeur au pourvoi ne peut être tenu responsable de cette faute dont il est établi qu'elle n'est pas de son fait. Et l'arrêt attaqué, en retenant cette appréciation et en faisant droit à la réclamation du défendeur sur la valeur du réservoir selon son coût, couvercles non compris, a statué conformément au droit »⁵¹⁰.

La Cour suprême a donc considéré que, si l'administration s'est trompée dans le choix du site, le cocontractant ne saurait se voir imputer sa faute. Il a donc droit à la totalité de la valeur de son travail, car il n'est pas concevable qu'il soit puni pour l'erreur commise par autrui.

Ainsi, l'administration, aussi bien en France qu'en Libye, est tenue de mettre son cocontractant en capacité d'exécuter le contrat en lui fournissant tous les moyens requis, puisque le partenaire de l'administration est son collaborateur dans la gestion des services publics, donc dans la réalisation de l'intérêt général qui est le but de l'administration. Cette obligation de l'administration d'exécuter le contrat dès sa signature représente de ce fait l'un des droits les plus importants du cocontractant qu'il met au service de l'exécution de ses obligations.

2. L'obligation pour l'administration d'exécuter le contrat de bonne foi

Le contrat administratif constitue un lien juridique qui se fonde sur la bonne foi⁵¹¹, en ce sens que l'administration doit faire de son mieux pour l'exécuter. Parmi les exigences de la bonne foi dont l'administration doit faire preuve dans l'exécution du contrat administratif, selon l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence françaises, ressort le fait qu'elle soit tenue par toutes les obligations nées du contrat et qu'elle exécute de façon adéquate en y mettant la meilleure volonté⁵¹².

Elle doit ainsi respecter toutes les clauses du contrat, quel que soit le caractère plus ou moins substantiel des obligations qu'elles stipulent, telles que celle de prendre livraison des travaux après leur achèvement ou celle de verser des acomptes à l'entrepreneur. Si elle manque à l'une des obligations, elle en est contractuellement responsable. Parmi les clauses les plus importantes qu'elle doit respecter, on relève celle de non-concurrence dans le contrat de concession dont elle ne peut se libérer que dans l'hypothèse d'un changement de circonstances et à condition que l'intérêt général l'exige, par exemple en cas de changement

⁵¹⁰ Arrêt de la Cour suprême libyenne du 9 janvier 1980, recours administratif N° 23/22 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, N° 4, p. 21.

⁵¹¹ LAURENT Bruneau, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2005, p 438.

⁵¹² DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, op.cit, p. 186. Cf. CE 9 janvier 1948, Syndicat du canal de Mokta Marklouf, Recueil Lebon, p. 13, et CE 23 janvier 1953, Compagnies, Recueil Lebon, p. 773.

dans le moyen technique utilisé dans la réalisation du service public, comme la substitution de l'électricité au gaz pour l'éclairage⁵¹³.

La Cour suprême libyenne en a décidé de même dans son arrêt rendu le 29 octobre 1978 et dans les termes suivants : « L'administration doit se plier aux exigences de la bonne foi dans l'exécution du contrat. C'est une règle qui s'applique aux contrats administratifs autant qu'aux contrats civils. Il n'est pas compatible avec la bonne foi que l'administration aggrave, par ses actes, les charges pesant sur son cocontractant et qu'elle sème des embûches sur sa voie au lieu de lui faciliter l'exécution »⁵¹⁴.

De la même manière, la bonne foi commande que l'administration exécute le contrat dans sa totalité, même si elle a le droit de diminuer ou d'augmenter la quantité convenue, ce qu'elle ne peut faire qu'à des conditions déterminées et au nom de considérations précises que nous avons évoquées en examinant le pouvoir de modification du contrat, et en dehors desquelles l'administration est tenue de permettre à son cocontractant d'exécuter la totalité de ses obligations. Elle ne peut, à moins d'une faute ou d'un manquement de la part du cocontractant, lui retirer une partie de l'opération dont il a la charge pour la confier à un autre partenaire. Elle ne peut davantage exécuter le travail elle-même, empêchant le cocontractant d'exécuter ses obligations, ni interrompre, sans un motif dicté par l'intérêt public, l'exécution du contrat, par exemple en refusant la livraison du reliquat de marchandises dont la fourniture a été convenue, ou en interrompant le travail dans le cadre du projet qu'il a été convenu d'exécuter⁵¹⁵.

En cette matière, la Cour suprême libyenne a énoncé, dans son arrêt du 29 octobre 1978, la formulation suivante : « Considérant que l'arrêt attaqué, statuant sur la légalité de la décision de retrait du travail, s'est fondé sur le fait que l'interruption des travaux par l'entrepreneur résultait directement des obstacles que l'administration avait dressés devant le défendeur au pourvoi et qui n'étaient pas le fait de ce dernier, précisant que l'administration avait proposé un projet particulièrement ambitieux qui n'avait pas été précédé d'études suffisantes ni accompagné des spécifications et des plans indiquant le but recherché ; que l'hôpital dont la construction était projeté, s'il avait été réalisé selon les spécifications fournies, aurait dû fatalement être détruit, ce qu'établissait le rapport d'expertise ; que les documents exécutifs de la soumission n'étaient pas complets ce qui a nécessité des modifications, que ces causes sont étrangères à la volonté de l'entrepreneur qui n'y était pour rien ; pour cela, la Cour décide qu'est illégale la décision de l'administration de retrait du travail à l'entrepreneur, surtout après les modifications commandées par l'administration qui ont justifié l'interruption des travaux par l'entrepreneur »⁵¹⁶.

⁵¹³ CE 21 avril 1950, Nuncie, Recueil Lebon, p. 23.

⁵¹⁴ Arrêt de la Cour suprême libyenne du 29 octobre 1978, recours administratif N° 23/19 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1979, p. 22.

⁵¹⁵ CE 6 mai 1931, Sous secrétaire d'Etat aux Finances, C. Bayon, Recueil Lebon, p. 490. Et CE 22 décembre 1932, Amauroux, Recueil Lebon, p. 125. Et Voir aussi CE 21 avril 1943, Sté ouvrière des carrières, Recueil Lebon, p. 415.

⁵¹⁶ Arrêt de la Cour suprême libyenne du 29 octobre 1978, recours administratif N° 23/19 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1979, p. 22.

L'idée de bonne foi a un caractère objectif et est soumise au contrôle du juge, celui-ci étant appelé à prendre en compte les circonstances qui entourent le contrat en cours d'exécution et à apprécier l'effort fourni par l'administration pour remplir ses obligations contractuelles. Le juge aura ainsi à tenir compte des circonstances qui l'empêcheraient de les honorer, par exemple une situation de catastrophe naturelle, telle qu'un tremblement de terre, ou un état de guerre⁵¹⁷.

André DE LAUBADERE mentionne à ce propos des applications faites par le Conseil d'Etat français dans lesquelles le juge trouve tantôt une excuse à l'administration dans la mesure où elle a tout fait de son côté pour remplir ses obligations contractuelles, des circonstances constitutives de force majeure l'ayant seules empêchée de le faire, tantôt des motifs à juger son comportement avec sévérité et à l'attribuer à la mauvaise foi, toujours en considération des circonstances entourant l'exécution du contrat⁵¹⁸.

Tenant compte de ces données, et après avoir examiné les opinions de la doctrine, les décisions de la jurisprudence, ainsi que les législations en vigueur, en France comme en Libye, on se rend compte que le principe de la bonne foi est l'un des plus importants qui s'imposent à l'administration dans l'exécution de ses contrats, afin de respecter le cocontractant et lui permettre d'exécuter le contrat le plus aisément possible. Nous l'avons déjà dit, ce dernier doit être regardé comme un collaborateur de l'administration, qu'elle doit aider dans l'exécution du contrat en lui fournissant tous les moyens requis. L'administration œuvre pour l'intérêt général et l'aide apportée au cocontractant dans l'exécution du contrat permet de réaliser ce but plus rapidement.

3. L'obligation pour l'administration de respecter le délai d'exécution

L'administration est tenue de respecter les délais fixés et d'exécuter le contrat dans les temps convenus. Même s'il est d'usage que les délais fixés par les contrats administratifs soient destinés à obliger le cocontractant de l'administration – ce que nous verrons en détail lors de l'examen des obligations mises à la charge de ce dernier –, il arrive que le contrat stipule expressément que le délai s'impose tout autant à l'administration, ce qui dissipe toute difficulté d'interprétation. Il revient alors aux deux parties de respecter le délai sous peine d'engager leur responsabilité contractuelle pour avoir contrevenu aux stipulations du contrat. Mais il arrive aussi que la clause de délai soit vague ou même que le contrat omette de fixer le délai d'exécution. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat décide qu'il existe une durée raisonnable nécessaire à l'exécution à laquelle l'administration doit se tenir. Elle ne peut donc provoquer par son comportement un allongement du délai d'exécution au-delà de ce qui est raisonnable sans engager sa responsabilité contractuelle. Cette durée raisonnable, le Conseil d'Etat la détermine compte tenu des circonstances, des prestations qu'il faut exécuter et des aptitudes de la société contractante ou de l'entrepreneur⁵¹⁹.

⁵¹⁷ AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 199.

⁵¹⁸ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 187.

⁵¹⁹ CE 7 février 1951, Ville de Paris, Recueil Lebon, p. 76.

Ce principe ne s'applique pas seulement au délai d'exécution intégrale du contrat mais aussi aux délais intermédiaires fixés par le contrat, par exemple le délai convenu pour le début de l'exécution, comme celui de la livraison du site au concessionnaire de travaux publics, ou le délai convenu pour le paiement du prix relatif aux travaux exécutés ou aux marchandises fournies.

Le respect des délais par l'administration aussi bien que par son cocontractant importe aux deux parties. Il permet, d'une part, à l'administration de garantir le fonctionnement du service public dans la continuité qu'exige l'intérêt public par la réalisation des travaux à temps et, d'autre part, au cocontractant de gérer ses comptes à titre prévisionnel et d'anticiper sur ses besoins en main-d'œuvre et en capitaux, ce qui lui garantit d'exécuter le contrat dans les délais et de s'épargner les retards et les sanctions.

En vérité, il nous paraît naturel et logique que l'administration s'oblige à respecter les délais d'exécution, ne serait-ce que parce que le contrat administratif est le moyen principal qui assure un fonctionnement régulier et pérenne de ses services publics. La fixation et le respect des délais d'exécution du contrat administratif ne sont que la traduction dans les faits des règles qui régissent le fonctionnement du service public de telle sorte qu'ils fournissent aux usagers des prestations régulières et continues. En assurant l'exécution du contrat dans les délais, elle fait bénéficier son cocontractant de facilités dans les démarches qu'il doit effectuer et en tire elle-même un bénéfice dans la réalisation de l'intérêt public qui est le but en vue duquel elle a conclu le contrat. Le respect des délais est donc une obligation qui sert l'administration plus qu'elle ne la contraint.

En définitive, ces obligations de l'administration constituent, du point de vue du cocontractant, autant de droits essentiels. Il a le droit d'obtenir que l'administration lui rende possible l'exécution du contrat dès sa conclusion afin que celui-ci soit achevé dans les délais impartis. L'administration doit pour cela lui faciliter l'exécution en lui fournissant tous les moyens nécessaires. Il est en effet un partenaire de l'administration dans l'opération contractuelle et doit bénéficier de cette aide, dans les limites autorisées par la loi. L'administration doit aussi se comporter avec lui en toute bonne foi, ne pas lui faire obstruction, ne pas dresser des obstacles devant lui. A défaut de quoi, l'administration encourt une sanction, comme nous allons le voir maintenant.

B. La sanction du non respect du contrat par l'administration

Nous avons évoqué dans la première partie la sanction du manquement par le cocontractant à ses obligations contractuelles et nous avons alors mis l'accent sur les pouvoirs étendus de l'administration en la matière. Il nous était apparu alors que les sanctions et les pouvoirs dévolus à l'administration pour les édicter excédaient de beaucoup les règles en usage en droit privé. En contrepartie, l'administration ne peut elle-même manquer à ses obligations nées du contrat administratif sans encourir de sanctions, à ceci près que ces sanctions diffèrent dans leur nature de celles que l'administration inflige à son cocontractant. Elles ne sont ni aussi nombreuses ni aussi variées que celles qui sont infligées aux

particuliers. Et le cocontractant de l'administration n'est pas habilité à les édicter lui-même, ne pouvant obtenir la réalisation de ses droits qu'en recourant au juge chaque fois qu'il constate un quelconque manquement de l'administration. Nous examinerons donc successivement la nature de la sanction encourue par l'administration et l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge à son égard.

1. La nature juridique des sanctions édictées contre l'administration

Ces sanctions diffèrent par leur nature de celles encourues par le cocontractant. Celles-ci, édictées par l'administration, peuvent s'interpréter comme une pénalité dans la mesure où le manquement par le cocontractant à ses obligations constitue une atteinte à la bonne marche du service public que l'administration veille à assurer. C'est donc l'administration elle-même qui infligera cette pénalité au cocontractant sans qu'intervienne une autre autorité, le juge par exemple⁵²⁰. D'autre part, les sanctions édictées contre l'administration défaillante ne sont pas aussi nombreuses et diversifiées que celles que le cocontractant peut subir du fait de ses manquements aux obligations du contrat, se limitant aux sanctions pécuniaires tels que les dommages et intérêts, à l'exclusion des sanctions pénales et des mesures coercitives⁵²¹.

Il faut ajouter que le cocontractant ne peut infliger lui-même la sanction à l'administration défaillante et ne peut que s'en remettre au juge qu'il saisit pour lui demander d'édicter la sanction. Il ne peut même pas s'abstenir d'exécuter en application de l'exception d'inexécution, en vigueur en droit privé, qui lui permettrait de faire valoir que l'administration a failli et n'a pas rempli ses obligations. Les règles régissant le service public exigent en effet que ce dernier ne soit, sous aucun prétexte et dans la mesure du possible, perturbé dans son fonctionnement régulier. La qualité de cocontractant passe ainsi au second plan par rapport à celle de collaborateur du service public, et le Conseil d'Etat français a appliqué cette règle dans nombre d'arrêts, relatifs notamment au contrat de concession qui illustre cette situation de la façon la plus remarquable⁵²². D'ailleurs le Conseil d'Etat n'a pas limité la règle au contrat de concession, l'appliquant à d'autres contrats administratifs dont le marché de travaux publics où l'entrepreneur qui a intenté une action en résolution du contrat ne peut interrompre les travaux dans l'attente de la décision du juge⁵²³. L'entrepreneur ne peut davantage invoquer un retard de paiement de l'administration pour suspendre le travail⁵²⁴. Il en va de même pour les fournisseurs qui ne peuvent interrompre la fourniture en arguant d'une faute de l'administration⁵²⁵.

⁵²⁰ BENCHAAABANE Ali, Les effets du marché de travaux publics sur les parties contractantes dans la législation algérienne, Op.cit, p. 146.

⁵²¹ ABDUL ELAL Hassan, La théorie générale dans les contrats administratifs, 2^{ème} partie, 1^{ère} éd, Le Caire, Egypte, 1983, p. 108.

⁵²² CE 7 juin 1929, Cie Française des Câbles télégraphiques, Recueil Lebon, p. 654. Et CE 19 mars 1930, Sté la fusion des gaz, Recueil Lebon, p. 311.

⁵²³ CE 7 mai 1932, Samson, Recueil Lebon, p. 480.

⁵²⁴ CE 28 mai 1952, Cne de Saint- Barbe, Recueil Lebon, p. 282.

⁵²⁵ CE 21 décembre 1938, Bellard, Recueil Lebon, p. 967.

Du fait que la règle se fonde sur les impératifs de continuité et de régularité du service public, certains auteurs ne voient pas d'utilité à la mettre en œuvre lorsque l'exception de non exécution ne met pas en danger le fonctionnement du service public⁵²⁶.

Cependant, la règle selon laquelle le cocontractant de l'administration ne peut invoquer la non-exécution n'est pas absolue, elle admet des restrictions. En effet, cette interdiction qui est faite au cocontractant ne vaut que s'il est en mesure de poursuivre l'exécution. Autrement dit, si le manquement de l'administration est tel qu'il provoque l'incapacité du cocontractant de poursuivre l'exécution, ce dernier n'a pas d'autre choix que d'invoquer la non-exécution⁵²⁷.

On déduit de ce qui précède que le cocontractant n'est pas dans une position égale à celle de l'administration du point de vue de l'édition des sanctions. En conséquence de quoi, la nature juridique de la sanction infligée à l'administration diffère de celle subie par son cocontractant dans le cas d'un manquement de sa part. L'administration inflige elle-même la sanction à son cocontractant sans recourir au juge, alors que ce dernier ne peut le faire, il doit s'en remettre au juge pour édicter la sanction.

C'est l'intérêt général qui commande la protection du cocontractant et partant, la bonne marche du service public. C'est la raison pour laquelle l'atteinte portée par l'administration aux intérêts du cocontractant appelle la sanction. Le fondement juridique de telles sanctions est le même que celui des sanctions infligées au cocontractant quand il manque à ses obligations, il est de nature contractuelle. C'est au niveau de leur régime juridique que diffèrent les deux types de sanctions, appliquées les unes et les autres aux manquements à des obligations contractuelles. La sanction susceptible d'être édictée contre l'administration se définit comme juridictionnelle, le juge pouvant seul la prononcer, alors que celle qu'encourt le cocontractant est une sanction administrative puisqu'elle est édictée par l'administration.

Au regard des larges prérogatives dont bénéficie l'administration, d'une toute autre importance que celles dévolues à son cocontractant, on ne peut imaginer que celui-ci soit habilité à la sanctionner, il devra recourir au juge à cette fin. A défaut de quoi, le principe même qui fonde les contrats administratifs serait remis en cause. Il est en effet admis, comme nous l'avons précédemment démontré, que les deux parties au contrat administratif ne sont pas à égalité de droits et d'obligations. Les droits et les pouvoirs dévolus à l'administration excèdent de beaucoup ceux reconnus à son cocontractant. Cela découle de la nature des contrats administratifs, nature qui repose sur le fait que l'administration œuvre pour l'intérêt général alors que son partenaire contractuel n'a en vue que son profit personnel et n'a pas d'autre moteur que le gain matériel. Il n'en est que plus logique que les sanctions qu'il encourt soient plus contraignantes et rigoureuses que celles encourues par l'administration. On retiendra donc en définitive que l'administration est certes exposée, au même titre que son cocontractant, à la sanction en cas de manquement au contrat mais que la sanction qu'elle encourt diffère dans sa nature de celle encourue par ce dernier.

⁵²⁶ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 546.

⁵²⁷ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 194.

2. Les pouvoirs du juge du contrat à l'égard de l'administration

S'agissant des sanctions susceptibles d'être infligées à l'administration lorsqu'elle a manqué à ses obligations, il est généralement admis que le cocontractant n'a pas d'autre ressource que de recourir au juge, à moins que les deux parties ne soient convenues de s'en remettre à l'arbitrage. Mais se pose la question de savoir quels sont les pouvoirs dont dispose le juge en la matière et quelles sont les sanctions qu'il peut prononcer contre l'administration.

En vertu de son pouvoir discrétionnaire, le juge du contrat est habilité à prononcer des sanctions contre l'administration qui a manqué à ses obligations contractuelles mais c'est un pouvoir qui est assorti de limites précises dont l'interdiction qui lui est faite de lui adresser des injonctions. Il ne peut ainsi ordonner à l'administration de remplir ses obligations contractuelles car il enfreindrait ce faisant le principe de la séparation des pouvoirs. Privé qu'il est du pouvoir d'adresser directement à l'administration une injonction de faire, il ne saurait emprunter des moyens détournés pour arriver à ce résultat en utilisant par exemple le système des astreintes, en usage en droit privé⁵²⁸.

Mais c'est dans sa formule classique que le système des astreintes est prohibé, c'est-à-dire en tant qu'ensemble de mesures visant à contraindre la partie défaillante à exécuter ses obligations contractuelles. En revanche, le Conseil d'Etat français ne s'est pas privé, en la matière, d'imposer à l'administration le choix entre remplir ses obligations et verser les dommages et intérêts auxquels elle est condamnée⁵²⁹, en lui accordant parfois un délai pour opter entre les deux termes de l'alternative⁵³⁰.

La Cour suprême libyenne s'est de même déclarée incompétente, en tant que juridiction administrative, pour se substituer à l'administration et prendre des décisions qui sont du ressort de cette dernière⁵³¹.

Le juge est en droit de condamner l'administration aux dommages et intérêts appropriés. L'obligation de réparer est la sanction la plus naturelle en matière de responsabilité contractuelle de l'administration, celle qui s'accorde le mieux avec le but poursuivi par le partenaire de l'administration lorsqu'il a contracté avec elle la réalisation d'un gain matériel qui ne peut être compromise sans lui causer préjudice. Si la perte de ce gain a été causée par une faute ou un manquement de l'administration, le jugement prononcé ne peut avoir d'autre but que de lui obtenir une réparation par l'administration responsable du préjudice car le manquement par celle-ci à ses obligations engage sa responsabilité⁵³².

Le juge retient donc les règles civiles car elles constituent en la matière le droit commun. Il évalue la réparation en relation avec l'importance du préjudice en tenant compte

⁵²⁸ CE 27 février 1924, Cne de Morzine, Recueil Lebon, p. 266. Et CE 27 janvier 1932, Le loir, S., p. 132. Concl DETTON.

⁵²⁹ CE 18 janvier 1938, Maggi, Recueil Lebon, p. 74. Et CE 9 janvier 1948, Syndicat du canal de Mokta Marklouf, Recueil Lebon, p. 13.

⁵³⁰ CE 23 janvier 1924, Fouché, Recueil Lebon, p. 89.

⁵³¹ EL JABRANI Khalifa, La juridiction administrative libyenne, Le contrôle sur les actes de l'administration, Op.cit, p. 250.

⁵³² BAKKOUCHE Hassan, La responsabilité civile en droit civil, Le Caire, Egypte, sans date, p. 12.

du concours à la faute de chacune des parties. Si la faute est commune, le cocontractant y ayant concouru avec l'administration, il réduit le montant de la réparation en proportion du concours du cocontractant à la faute, évalué en général par un expert que le juge a désigné. Il peut refuser toute réparation au cocontractant si sa faute excède celle de l'administration en appliquant à cette fin les règles du droit civil⁵³³. A cet égard, l'article 166 du code civil libyen dispose que « toute faute causant un préjudice à autrui oblige son auteur à réparation » ce qui implique que toute faute dommageable commise par l'administration ou son cocontractant oblige son auteur à réparation.

Le cocontractant est également fondé à réclamer une indemnité pour des prestations non stipulées par le contrat, qu'il aurait accomplies, mais il ne peut être statué favorablement sur ce droit à la réparation que si le cocontractant prouve que ces prestations exécutées étaient utiles voire indispensables au service public auquel se rattache le contrat⁵³⁴.

Si le cocontractant a droit à la réparation du préjudice qui lui est causé du fait de la non-exécution par l'administration de ses obligations contractuelles, le préjudice doit être prouvé, ce qui est facile en général exception faite des cas où le manquement de l'administration est le résultat de l'utilisation qu'elle fait de ses prérogatives légales, par exemple de son pouvoir de modification des clauses contractuelles. Dans de pareils cas, le juge est tenté de rendre plus difficile l'acceptation de la preuve présentée par l'entrepreneur⁵³⁵. Quant à l'évaluation du préjudice, elle prend en compte la totalité du dommage et de la perte subis par le cocontractant à condition qu'ils aient naturellement résulté du manquement à l'obligation ou du retard apporté à son exécution⁵³⁶.

Le juge peut également prononcer la résolution du contrat en se fondant sur la faute de l'administration et son non respect de ses obligations contractuelles, à condition que le cocontractant en fasse la demande, cette possibilité faisant pendant au droit reconnu à l'administration de résilier le contrat pour faute imputée au cocontractant. La sanction résolutoire est considérée comme l'une des sanctions les plus sévères et les plus graves, comme nous l'avons relevé lors de l'examen du pouvoir de résiliation de l'administration, mais il faut tenir compte de cette différence séparant les deux sanctions homologues et qui tient à l'autorité ayant pouvoir d'édicter chacune d'entre elles. Et, du fait que la résiliation est une sanction extrême, son édicton exige que soient réunis des motifs et des conditions bien précis. Elle ne peut être décidée par le juge, à la demande du cocontractant, que si l'administration a commis une faute grave⁵³⁷.

Parmi les causes justifiant la résolution telles que la jurisprudence du Conseil d'Etat français les a dégagées, le renoncement par l'administration au projet faisant l'objet du contrat,

⁵³³ BENCHABANE Ali, Les effets du marché de travaux publics sur les parties contractantes dans la législation algérienne, op.cit, p. 151.

⁵³⁴ MOHAMED Jaafar, L'indemnisation dans la responsabilité administrative, Le Caire, Egypte, 1987, p. 183.

⁵³⁵ AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 206.

⁵³⁶ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 553.

⁵³⁷ HASSAN Aissa, Les obligations et les droits des contractants dans les marchés de travaux publics, Op.cit, p. 115. Voir également MESTRES J. et MINAIRE G., La reconnaissance apparente d'une résiliation du contrat administratif à l'initiative du contractant privé, CPM, décembre 2014, p. 62.

sans motif raisonnable⁵³⁸, le retard considérable occasionné par l'administration à l'exécution du contrat⁵³⁹, l'interruption par l'administration des travaux objet du contrat, pour une longue durée et sans motif valable⁵⁴⁰. Une autre cause serait que l'administration ait lourdement sanctionné le cocontractant sans qu'il ait commis une faute assez sérieuse pour le justifier, par exemple qu'elle ait pris à son encontre une de ces mesures coercitives que nous avons examinées dans la première partie⁵⁴¹ ou qu'elle ait résilié le contrat en invoquant sa responsabilité. Il aurait la possibilité de le contester et d'obtenir un jugement résolutoire sous la responsabilité de l'administration afin de s'épargner les conséquences de la sanction⁵⁴². Cependant, le Conseil d'Etat français rejette la demande en résolution lorsque l'administration a tardé à verser au cocontractant les sommes dues pour ce qu'il a exécuté du contrat, se contentant de lui allouer une indemnité et les intérêts dus pour les sommes payées en retard⁵⁴³.

En France, le cocontractant doit d'abord s'adresser à l'administration avant d'introduire une action résolutoire, soit sur le fondement d'une clause du contrat administratif soit sur le fondement de la règle de la décision préalable qui constitue l'un des fondements du contentieux de l'indemnisation.

En Libye, la Cour suprême a considéré que la non-livraison par l'administration d'un site affecté au travail ayant entraîné un retard dans l'opération d'exécution, constitue un motif de résolution du contrat. Elle affirme ainsi dans l'arrêt qu'elle a rendu le 13 mai 1983 que « dès lors que l'arrêt attaqué a établi que le défendeur a bien adressé une sommation à l'autorité administrative contractante, que cette dernière a gardé le silence et n'a pas donné suite à sa demande de livraison du site, que le défendeur a ainsi établi la faute grave de l'administration qui a tardé dans l'exécution du contrat dont elle n'a pas respecté les clauses, cette faute ayant causé à l'intéressé un préjudice qui justifie la résolution du contrat et l'allocation de dommages et intérêts, il résulte que l'arrêt qui a statué dans ce sens a fait une juste application de la loi »⁵⁴⁴.

D'une façon générale, l'exigence d'un recours administratif préalable sert l'intérêt du cocontractant du point de vue du délai de résolution du litige qui est court relativement à la durée de la procédure juridictionnelle qui exige, pour statuer, un temps long, sachant que le recours administratif ne retire pas au cocontractant le droit de recourir à la justice.

Le jugement résolutoire produit deux résultats principaux. Le premier est qu'il est mis fin au contrat, le jugement prenant effet à compter de la date d'introduction de l'action même

⁵³⁸ CE 2 mars 1952, Ville de Poissy, Recueil Lebon, p. 774.

⁵³⁹ CE 16 mai 1923, Glaenger, Recueil Lebon, p. 405. Il est cependant exigé que le retard soit si grand qu'il excède le degré raisonnable compatible avec l'intention commune des deux parties. Preuve en est que le Conseil d'Etat a pu refuser de mettre fin au contrat alors même que l'administration en avait retardé l'exécution dans certains cas pendant cinq ans, accordant cependant des dommages et intérêts au cocontractant. Voir à ce propos : CE 29 janvier 1936, Lesieur, Recueil Lebon, p. 140.

⁵⁴⁰ CE 29 janvier 1947, Bonguet, Recueil Lebon, p. 351.

⁵⁴¹ CE 19 juillet 1907, Boyer, Recueil Lebon, p. 705.

⁵⁴² CE 7 décembre 1949, Sté Georges Messer, RDP 1952, p. 709.

⁵⁴³ CE 31 décembre 1919, Leonard, Recueil Lebon, p. 970. Et CE 5 août 1920, San voisin, Recueil Lebon, p. 819.

⁵⁴⁴ Arrêt de la Cour suprême libyenne du 13 mai 1983, recours administratif N° 27/13 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1984, p. 40.

si, comme nous l'avons vu, le cocontractant qui demande la résolution est tenu de poursuivre l'exécution. Le second est que le cocontractant a droit à réparation, l'indemnité dans ce cas étant totale, couvrant toutes les pertes qu'il a subies et le manque à gagner occasionné par la résolution du contrat, en tenant compte de toutes les prestations exécutées entre l'introduction de l'action et le prononcé du jugement résolutoire. Les dommages et intérêts sont évalués à la date à laquelle le juge prononce la décision⁵⁴⁵.

Il résulte de ce qui précède que le juge détient un pouvoir discrétionnaire dans l'édition de la sanction contre l'administration, selon des critères juridiques déterminés et que l'administration, en tant que partie au contrat administratif, n'est pas à l'abri des sanctions. Elle les subit lorsqu'elle contrevient aux clauses du contrat, au même titre que son cocontractant même si la sanction prononcée contre elle est de nature spécifique du fait de la spécificité du contrat administratif lui-même. Elle y dispose en effet de pouvoirs plus étendus que son cocontractant du fait qu'elle est en charge de l'intérêt public, alors que son partenaire au contrat n'a en vue que la réalisation du profit, d'une contrepartie pécuniaire que nous allons maintenant examiner de plus près.

Sous-section 2 : Les droits pécuniaires du cocontractant

Le droit de percevoir la contrepartie pécuniaire convenue par le contrat est l'un des principaux droits reconnus au cocontractant de l'administration⁵⁴⁶. C'est la matérialisation du mobile réel qui l'incite à contracter, à savoir la quête du profit. Cette contrepartie, il la reçoit pour couvrir les frais occasionnés par l'exécution de l'opération et pour réaliser un bénéfice licite. Elle prend une forme différente selon le contrat administratif considéré. Elle est ainsi constituée, dans le contrat de concession, par les redevances que le concessionnaire perçoit des usagers du service public. Dans les marchés de travaux publics et de fourniture ainsi que dans la plupart des autres contrats, la contrepartie prend la forme d'un prix qui est convenu par le contrat⁵⁴⁷. Certains considèrent par ailleurs que les dommages et intérêts que le cocontractant reçoit et qui lui sont alloués par le juge en conséquence d'une faute de l'administration entrent dans les droits pécuniaires qui lui sont reconnus.

Il est constant aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence, en France comme en Libye, que l'administration ne peut porter atteinte à la rémunération due au cocontractant, ni à ses droits pécuniaires en général. Elle ne peut ainsi modifier les clauses financières du contrat parce ce sont elles qui garantissent ses droits. Le pouvoir de modification du contrat détenu par l'administration, nous l'avons déjà relevé, ne s'exerce que sur les clauses relatives au fonctionnement du service public. Le cocontractant n'a conclu avec l'administration qu'en vue de bénéficier de ses avantages financiers. Il n'est donc pas possible d'y porter atteinte en procédant à la modification des clauses qui s'y rapportent sous peine que les décisions prises à

⁵⁴⁵ CE 15 juillet 1955, Cne de Vie fezenese, AJDA, p. 407. Et RAKOTONDRAHASO F.T., L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs, CPM, 2014, étude 1. Et voir également DENIZOT A., Les modalités d'indemnisation du contractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général, JCPA, 2012, p. 2395.

⁵⁴⁶ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2011, p. 251.

⁵⁴⁷ RICCI Jean Claude, Droit administratif général, Op.cit, p. 232.

cette fin par l'administration soient annulées⁵⁴⁸. L'autorité contractante est tenue de respecter les obligations financières stipulées comme l'a affirmé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 9 mars 1951 qui pose que les clauses relatives aux prix sont considérées comme autonomes et insusceptibles de modification⁵⁴⁹. La haute juridiction l'a rappelé dans un arrêt récent, insistant sur la nécessité d'établir dans le contrat des règles claires et nettes, notamment dans les clauses financières qui doivent être précises⁵⁵⁰.

Sur cette base, nous examinerons les droits pécuniaires du cocontractant qui sont constitués par les prix, les redevances et les indemnités, en exposant l'ensemble des détails relatifs à ces droits, ce que justifie leur importance aux yeux du cocontractant de l'administration qui n'a conclu avec l'administration qu'en vue de les réaliser⁵⁵¹. Nous mènerons cette approche dans les deux paragraphes suivants, le premier consacré aux prix, en particulier leur fixation et leur mode de règlement, et le second consacré aux redevances et aux indemnités.

A. Le prix

Le prix est l'axe essentiel des droits du cocontractant. Lorsque ce dernier présente sa soumission, il doit d'abord s'astreindre à préciser le prix pour lequel il est disposé à effectuer la prestation prévue. Ce prix, il doit le mentionner dans sa soumission et, de ce fait, il est fixé, dans la plupart des cas, au su des deux parties lors de la conclusion du contrat. Nous examinerons successivement le mode de fixation du prix, en abordant les différentes manières de l'établir, puis son mode de règlement.

1. La fixation du prix

Les doctrines française et arabe⁵⁵² s'accordent à considérer que la contrepartie pécuniaire que reçoit le cocontractant est une des conditions du contrat soumises à la négociation et à la volonté des parties. En effet le cocontractant est un particulier mu par la recherche du gain et, sans son consentement au prix qu'il percevra en contrepartie de ses services, le contrat ne peut être valablement constitué. Il est donc exclu que l'administration le fixe unilatéralement puis lui impose de l'avaliser. Elle peut certes proposer un prix mais le cocontractant est libre de conclure ou de s'en abstenir. Ce caractère contractuel du prix le rend intangible, puisqu'il ne peut être modifié qu'avec l'accord de l'autre partie⁵⁵³.

⁵⁴⁸ PEQUINOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 4.

⁵⁴⁹ CE 9 mars 1951, Dindonna, Recueil Lebon, p. 149.

⁵⁵⁰ CE 5 mai 2010, Bernard, BJCP 2010, p. 266 Concl. Escaut, JCP (Semaine juridique), édition administration et collectivités territoriales 2010, 2288 note M. COLLET. Voir RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, éd. 2012, p. 280.

⁵⁵¹DULOUM Bertrand, La succession de contrats identiques entre les mêmes parties, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2007, p.319.

⁵⁵²AUBY Jean Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens, domaines, travaux publics, expropriations, Op.cit, p. 237. Cf. pour la doctrine arabe : TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 561.

⁵⁵³AUBY Jean Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens, domaines, travaux publics, expropriations, Op.cit, p. 238.

Ce principe d'intangibilité est dicté par des considérations financières et juridiques. S'il était permis à l'administration de modifier unilatéralement la contrepartie pécuniaire de ses contrats, les particuliers seraient pour le moins peu enclins à conclure avec elle et elle serait en peine de se procurer des partenaires pour collaborer à la gestion de ses services publics. Ceci, pour l'aspect pratique de la question. S'agissant de son aspect juridique, si le pouvoir de modification de certaines clauses contractuelles, qui est reconnu à l'administration, tire son fondement du rattachement du contrat au service public et à sa bonne marche, les clauses relatives à la contrepartie pécuniaire ou au prix de l'exécution des travaux sont sans rapport avec la gestion du service, et rien ne justifie dès lors leur modification.

Cependant l'intangibilité du prix convenu n'implique pas qu'il soit irrémédiablement gelé. Le contrat initial peut être modifié par l'un des deux moyens suivants :

- Un accord entre l'administration et son cocontractant qui peut être conclu et annexé au contrat initial. Cet avenant comporte une modification du prix du contrat avec l'énoncé exprès fait par l'autorité compétente de son intention de modifier le prix. Cette intention doit être clairement exprimée, la modification devant être approuvée par l'autorité compétente pour conclure le contrat initial⁵⁵⁴.

- La publication d'une loi portant modification des prix ou accordant à l'une des parties contractantes le droit de demander la modification du prix convenu à l'origine. On a pu constater en France que le législateur intervenait dans le domaine des contrats administratifs, une des manifestations de cette intervention étant la promulgation d'une loi révisant les conditions financières d'un contrat déterminé ou plus généralement d'une catégorie de contrats dont les clauses sont modifiées. Un des exemples en est la loi du 26 décembre 1892 qui prescrit le versement anticipé de la contrepartie pécuniaire due à l'une des parties avant le délai fixé par le contrat. Le législateur peut accorder à l'administration des pouvoirs spéciaux pour exécuter ses obligations contractuelles dans la mesure où certaines prérogatives peuvent faire obstacle à l'application des clauses relatives à la rémunération du cocontractant⁵⁵⁵.

La règle veut que le prix soit fixé dans le contrat administratif par l'accord de l'administration et de son cocontractant, c'est ce qui nous a fait dire que la condition relative à la fixation du prix avait un caractère contractuel. Le prix est contenu dans une clause incluse dans le corps du contrat ou dans des documents indépendants annexés. Une autre règle est que le prix doit être chiffré mais il peut être arrêté autrement, par exemple en renvoyant à des éléments extérieurs au contrat. Cette pratique est illustrée par le fait de convenir de se référer, comme base de calcul, aux prix pratiqués à un moment déterminé⁵⁵⁶. Le prix moyen retenu dans les adjudications au cours de l'année ayant précédé la conclusion du contrat peut être utilisé comme base de calcul dans certains contrats déterminés⁵⁵⁷.

La nature du contrat commande aussi le mode de fixation du prix. Dans le marché de travaux publics, par exemple, le prix peut être établi de façon globale pour l'ensemble de

⁵⁵⁴ CE 12 janvier 1922, Leroy, Recueil Lebon, p.23.

⁵⁵⁵ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 209.

⁵⁵⁶ CE 26 octobre 1945, Sté Lampe rationnelle, Recueil Lebon, p. 215.

⁵⁵⁷ CE 2 juin 1938, Chauvel, Recueil Lebon, p. 546.

l'opération selon la formule du forfait. Lorsque les travaux sont complexes et de natures différentes, on peut adopter des séries de prix. Le prix est par ailleurs fixé en rapport avec une unité de mesure, par exemple le mètre carré, dans les marchés dits sur devis ou à l'unité de mesure. Dans les marchés de fourniture, le prix peut être déterminé globalement pour la quantité commandée ou séparément pour chaque sorte de marchandise commandée⁵⁵⁸.

Cela signifie que la rémunération du cocontractant est fixée avec précision dans le contrat qui détermine, dans sa forme la plus simple et la plus usitée, l'ensemble des prestations que le cocontractant doit fournir ainsi que le montant qu'il recevra en contrepartie. Le prix est réputé définitif dès l'instant où le contrat est conclu sans qu'il soit tenu compte des circonstances qui précèdent ou qui suivent cet instant⁵⁵⁹. Et de même, à partir de cet instant, le prix est établi et s'impose aux deux parties. Celles-ci ne peuvent s'en affranchir au motif qu'elles se seraient trompées dans le calcul ou qu'elles auraient mal apprécié les circonstances⁵⁶⁰. Et il n'est naturellement pas question ici des erreurs matérielles que les parties auraient commises dans l'opération de calcul ou dans l'évaluation de la quantité des travaux. Le cocontractant ne peut réclamer un différentiel de prix dû à l'augmentation du coût de la vie ou du niveau des prix survenue après la conclusion du contrat⁵⁶¹. Il ne peut davantage faire valoir que l'administration a payé un prix plus élevé dans d'autres cas similaires⁵⁶² ni que la valeur réelle des marchandises fournies excède le prix convenu⁵⁶³.

D'une manière générale, le cocontractant ne peut réclamer une augmentation du prix en se fondant sur des considérations d'équité. Dans les cas précédents, ma question est tranchée sans difficultés, puisque c'est le contrat qui a déterminé le prix ainsi que tous les éléments qui s'y rattachent, et que, en cas de différend entre les deux parties, il suffira de revenir au contrat. Le problème ne se pose que dans les cas où le contrat n'a pas précisé le mode de détermination du prix. Comment le fixer, dans une telle hypothèse, et selon quelle procédure ?

La situation se présente ainsi lorsque l'administration demande par exemple à son cocontractant dans le cadre d'un marché de gré à gré de lui fournir des marchandises et de lui en présenter ensuite la facture. On a alors recours à la méthode définie par la loi pour déterminer le prix, à moins qu'on ne le fixe par référence au prix du marché. La situation est semblable lorsque l'administration ordonne à l'entrepreneur ou au fournisseur d'exécuter des prestations plus importantes que celles convenues contractuellement. Mais il faut distinguer alors deux cas, selon que les prestations supplémentaires sont de même nature que celles ayant fait l'objet du contrat initial, le prix initial étant alors appliqué, ou de nature différente, le prix étant alors évalué selon une méthode nouvelle⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 214.

⁵⁵⁹ CE 17 janvier 1951, Ville de Joinville-le-Pont, Recueil Lebon, p. 24.

⁵⁶⁰ CE 16 octobre 1948, Antoine, Recueil Lebon, p. 939. Et, CE 21 mai 1948, Coopérative production, Recueil Lebon, p. 641.

⁵⁶¹ CE 5 février 1931, Ancône, Recueil Lebon, p. 137. Et CE 5 juin 1942, Etable - Bancal, Recueil Lebon, p. 191.

⁵⁶² CE 9 mars 1951, Dindonna, Recueil Lebon, p. 148.

⁵⁶³ CE 19 janvier 1938, Assoc, Synd propriétaire de Behières, Recueil Lebon, p. 56.

⁵⁶⁴ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 569.

Il faut également examiner le cas où le cocontractant réalise des prestations supplémentaires sans que l'administration ne le lui ait expressément demandé, ce qui se produit le plus souvent dans les marchés de travaux publics. Rien n'empêche cependant que s'appliquent à d'autres types de marchés les règles prescrites par la jurisprudence à propos de l'exécution des marchés de travaux publics. Le principe en la matière demeure que le cocontractant se limite à l'exécution des prestations demandées, sans en ajouter d'autres de son propre chef, et ce sous peine d'avoir à supporter les conséquences de sa faute. Mais le Conseil d'Etat français a atténué, à de multiples égards, la rigueur de cette règle. Il autorise le cocontractant qui est allé dans l'exécution au-delà de ses obligations convenues, à réclamer la rémunération de ses prestations supplémentaires dans les cas suivants :

Premièrement, dans le cas de travaux indispensables, plus exactement de travaux qui, bien que non convenus dans le contrat, s'avèrent en cours d'exécution, indispensables à la bonne réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art. Si le Conseil d'Etat consent à ce que la contrepartie de ces travaux soit payée, il insiste dans de nombreux arrêts sur leur caractère indispensable, exigeant qu'on ne puisse s'en dispenser et qu'ils soient d'une nécessité impérative⁵⁶⁵, sans exclure cependant, dans certains autres arrêts, les cas de simple nécessité⁵⁶⁶, et tenant dans tous les cas pour preuve de cette nécessité le fait que l'administration en fasse l'aveu⁵⁶⁷. Mieux encore, il lui suffit parfois que l'administration ne conteste pas la nécessité de ces travaux⁵⁶⁸. Et, si le caractère indispensable des travaux supplémentaires est établi, l'administration devra en payer la contrepartie sur la base du prix convenu au contrat pour les travaux initiaux⁵⁶⁹.

Deuxièmement, dans le cas de travaux utiles, ceux que ne commande pas la nécessité, comme dans le précédent cas, mais qui sont pour l'administration d'une utilité qui ne pose aucun doute. Le Conseil d'Etat alloue une contrepartie pour ces travaux mais à la condition que l'administration ne se soit pas opposée à leur exécution⁵⁷⁰. Et bien que l'utilité de ces travaux pour l'administration soit établie consécutivement à une initiative librement prise par le cocontractant, puisqu'il n'est pas exigé pour que celui-ci en soit indemnisé qu'elle lui ait donné l'ordre de les effectuer, le Conseil d'Etat français a rendu le 17 octobre 1975 un arrêt refusant au cocontractant une indemnité supplémentaire pour les travaux utiles qu'il avait accomplis, affirmant que l'administration ne lui avait pas donné l'ordre écrit ni verbal de les effectuer⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ CE 18 avril 1945, Oréface, Recueil Lebon, p. 78 ; CE 22 juin 1945, Belvézy, Recueil Lebon, p. 133 ; CE 20 novembre 1935, Brunet, Recueil Lebon, p.1553. Et CE 22 décembre 1936, Savi, Recueil Lebon, p.1145.

⁵⁶⁶ CE 3 février 1938, Pelau, Recueil Lebon, p.1367.

⁵⁶⁷ CE 9 février 1951, Ville de Nice, Recueil Lebon, p. 80.

⁵⁶⁸ CE 5 août 1910, Gravelle, Recueil Lebon, p. 821.

⁵⁶⁹ CE 11 juin 1943, Grands travaux de Marseille, Recueil Lebon, p. 148.

⁵⁷⁰ CE 10 mars 1944, Pelau, Recueil Lebon, p. 88.

⁵⁷¹ CE 17 octobre 1975, Commune de Canari, RDP 1976, p. 623. Conclu de Jacques Robert. En l'espèce, une commune rurale avait conclu avec une société privée un marché relatif à la remise en état d'une route. Le cahier des charges et des clauses générales auquel renvoyait le marché stipulait que les travaux supplémentaires devaient faire l'objet d'un ordre de service écrit. Du fait que la société a remis en état une portion de la route qui n'était pas incluse dans le marché et à propos de laquelle n'avait été édicté aucun ordre écrit ou oral, le Conseil d'Etat a refusé d'indemniser la société pour les travaux supplémentaires effectués, bien que ces travaux fussent=

Lorsque l'utilité des travaux supplémentaires est établie, le Conseil d'Etat accorde un droit à leur règlement mais sur un autre fondement que celui retenu pour les travaux indispensables puisqu'il retient ici le critère de l'utilité qu'en retire l'administration⁵⁷². On considère en effet dans ce cas que la responsabilité de l'administration repose sur l'idée d'enrichissement sans cause, alors que, dans le cas des travaux indispensables, prévaut l'idée d'un prolongement du contrat qui est conforme à l'intention supposée des parties. On suppose en effet que les deux parties ont consenti par avance à ce que le cocontractant accomplisse l'ensemble des travaux nécessaires à une réalisation satisfaisante du projet entrepris⁵⁷³.

En Libye, l'article 88 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 dispose que « le cocontractant a droit à la rémunération convenue au prix déterminé par le contrat. Il n'a droit à aucun supplément résultant d'une augmentation des prix du marché survenue pendant la durée de l'exécution, en prenant en compte toute indemnisation ou augmentation de la rémunération que le contrat déterminerait dans les limites des dispositions du présent règlement. Il est possible d'augmenter la contrepartie pécuniaire du contrat dans le cas de l'exécution de législations promulguées après la conclusion du contrat et donnant lieu à un accroissement des obligations financières mises à la charge du cocontractant. Dans tous les cas, cet accroissement n'affecte la valeur du contrat qu'après approbation de l'autorité compétente pour adjuger le marché et en autoriser la conclusion ». L'article 14 du même règlement définit dans les termes suivants les règles d'évaluation des prix dans les contrats administratifs : « A. L'autorité qui a demandé la passation du marché détermine les prix avec le maximum de précision et en tenant compte des éléments suivants : 1. Les prix du marché, ainsi que les prix des ouvrages et fournitures précédents et les prix de référence. 2. Les prix sont évalués soit au forfait global soit sur la base du prix à l'unité ou à la catégorie multiplié par le nombre d'unités commandées ou par la quantité mentionnée sur les états quantifiés, et ce, en fonction de la nature de l'ouvrage et des exigences de l'intérêt général. 3. Sont évalués les prix des fournitures provenant de l'étranger en incluant les frais de chargement, de transport, d'assurance des marchandises contre les risques éventuels, ainsi que les impôts et taxes y afférent. B. L'autorité qui a demandé la passation du marché doit mentionner avec clarté les bases de son évaluation des prix ainsi que l'autorité ou les autorités qui l'ont aidée dans cette évaluation ».

On trouve également dans ce règlement des conditions générales régissant les prix et qui s'imposent aux soumissionnaires. L'article 33 dispose ainsi que « lors de l'élaboration des prix qu'il propose, le soumissionnaire doit respecter les règles suivantes : A. Les prix doivent être déterminés dans la monnaie libyenne et exprimés clairement, soit au forfait global soit sur la base du prix à l'unité ou à la catégorie multiplié par le nombre d'unités commandées, soit à partir de la quantité mentionnée et ce, suivant la méthode définie par l'avis d'adjudication, sachant qu'il est possible que les prix, portés en monnaie libyenne, soient également précisés

=utiles au village. Le Conseil d'Etat a estimé que ces travaux n'était pas indispensables et qu'ils n'avaient pas été ordonnés, ne serait-ce qu'oralement, par l'autorité contractante.

⁵⁷² CE 5 avril 1922, Tandy, Recueil Lebon, p. 325.

⁵⁷³ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 223. Et JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 674.

en monnaie étrangère quand il s'agit, dans des marchés de différentes natures, de fournitures étrangères. Dans ce cas, la monnaie libyenne est la monnaie de référence. De même les obligations de l'autorité contractante sont fixées et maintenues tout au long de la durée d'exécution sur la base du cours de cette monnaie à la date de l'ouverture des plis, s'agissant de l'adjudication, et sur la base du cours de cette monnaie à la date de la soumission des offres, s'agissant des marchés sur appel d'offres et par entente directe. B. Les prix doivent être déterminés sur la base d'une seule et même règle pour permettre une comparaison correcte et équitable. La valeur finale doit être conforme aux prix des catégories, sans tenir compte de toute fluctuation des cours de la monnaie ou de toute modification affectant les impôts et taxes fixés. C. A des fins de comparaison, le prix inclut le coût des fournitures, les frais de chargement, de transport, de prise en charge, d'emballage, de réception et d'assurance des marchandises, ainsi que les dépenses de livraison à l'autorité contractante et de conservation durant la période de garantie. Il inclut également toutes les dépenses supportées par le soumissionnaire au titre de toutes les clauses, les frais de montage et de maintenance si nécessaire, les impôts, droits, taxes et prestations obligatoires que le cocontractant s'engage à acquitter. D. Le prix est inscrit à l'encre liquide ou sèche, en chiffres et en toutes lettres, en langue arabe, et en cas de différence entre les deux libellés, le prix porté en toutes lettres constitue la référence. Il est interdit de raturer ou de gommer les mentions sur les listes de prix, sur les tableaux de catégories, ou tout autre document. Pour rectifier une mention, il est nécessaire de la réécrire à l'encre en chiffres et en toutes lettres et d'apposer une signature. E. Le prix de chaque catégorie est fixé sur la base de l'unité mentionnée sur le tableau des catégories, en nombre, en poids, en mesure, en capacité, etc., sans modification de cette unité. F. Une soumission dont le prix serait indiqué comme étant un certain pourcentage du prix du moins disant n'est pas prise en compte. G. Dans les adjudications de marchés de fourniture, lorsque le soumissionnaire a omis de déterminer dans les tarifs le prix d'une catégorie de marchandises à fournir, on considèrera que cela signifie qu'il s'abstient de soumissionner pour la catégorie concernée. H. Dans les adjudications de travaux publics, lorsque le soumissionnaire a omis de déterminer le prix relatif à l'une des clauses, la commission d'adjudication devra, pour la comparaison entre sa soumission et celles des autres candidats, affecter à cette clause le prix le plus élevé parmi ceux proposés par les autres soumissionnaires. Si l'adjudication est attribuée à ce soumissionnaire, le marché sera conclu sur la base de la valeur de la soumission qu'il a présentée, nonobstant le droit que conserve la commission d'écarter sa soumission. I. La commission d'adjudication doit réviser les prix proposés dans les soumissions, en partie ou en totalité. Elle peut procéder à des rectifications matérielles, si nécessaire, et ce afin de les comparer aux prix du marché ou aux prix résultant d'évaluations antérieures à l'avis de mise en adjudication ».

On peut ainsi constater que la fixation des prix est régie en France et en Libye par des règles et des conditions précises que l'administration doit respecter, et qu'il n'y a pas en la matière de différence notable entre les droits des deux pays. Au contraire, les modes de fixation du prix sont pratiquement identiques, ce que fait ressortir l'examen d'arrêts du Conseil d'Etat français et les dispositions du règlement libyen applicable aux contrats administratifs. Il convient maintenant d'examiner l'étape consécutive à la fixation des prix, celle de leur règlement. Nous aborderons donc les modes de règlement du prix par l'administration.

2. Le règlement du prix

Une fois le prix fixé de façon détaillée, vient le moment où l'administration devra l'acquitter à son cocontractant qui a exécuté l'ensemble des obligations mises à sa charge. En effet, si le cocontractant a un droit ferme et irrévocable au prix convenu aux termes du contrat administratif, le règlement de ce prix se fait sous condition d'exécution de ses obligations et le cocontractant défaillant ne peut en réclamer le paiement. Il faut donc s'assurer que toutes les obligations du cocontractant ont été exécutées.

En France, le décret du 11 mai 1953 relatif aux contrats de l'Etat et des établissements publics fait obligation à l'administration de s'assurer de l'exécution par le cocontractant de ses obligations nées du contrat administratif, et ce, dans un délai déterminé prévu par ce contrat. Si l'administration se dérobe à ses obligations en la matière, elle encourt des amendes prononcées au profit du cocontractant⁵⁷⁴. En principe, c'est l'autorité contractante qui est débitrice et il n'est en général pas difficile de l'établir car les clauses du contrat sont suffisamment précises en la matière. Mais il arrive qu'un doute existe sur l'autorité débitrice et, dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat tranche en appliquant la règle de la personne publique pour le compte de laquelle le travail a été exécuté⁵⁷⁵.

Quant au créancier, il s'agit du cocontractant de l'administration à qui elle doit régler le prix selon les principes applicables en droit privé⁵⁷⁶. Parfois, le prix n'est pas réglé au créancier en personne, ses propres créanciers recourant à l'action indirecte pour obtenir de l'administration le prix qui lui est dû⁵⁷⁷.

La règle spécifique à la comptabilité de l'Etat qui veut que le règlement ne se fasse qu'après service rendu, s'applique au règlement du prix. Son application à la lettre impliquerait que le cocontractant de l'administration doit avoir rempli toutes ses obligations avant de réclamer son dû. Mais en pratique, on constate que le cocontractant s'engage à consentir des dépenses importantes pour achever l'ouvrage, objet du contrat, ou faire venir les marchandises dont la fourniture est demandée. L'exécution peut durer longtemps et le cocontractant est appelé alors à contracter des prêts auprès des banques pour financer son ouvrage. C'est la raison pour laquelle le législateur, en France et en Libye, a décidé que le cocontractant pouvait obtenir des acomptes qui lui permettent de remplir ses obligations dans les délais et qui constituent un financement administratif du contrat dispensant le cocontractant de recourir au financement bancaire⁵⁷⁸.

Le procédé du paiement anticipé a connu dans la législation française une évolution, se heurtant d'abord à la règle du paiement après service fait, interdisant le règlement de tout acompte avant que les décrets du 2 mai 1938 et du 19 mars 1939 ne permettent une avancée,

⁵⁷⁴ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 237.

⁵⁷⁵ CE 30 janvier 1935, Dame Blot et Devred, *Recueil Lebon*, p. 133. Et CE 19 janvier 1945, Banque d'escompte, *Recueil Lebon*, p. 21.

⁵⁷⁶ CE 14 mai 1945, Etablissement Brandt, *Recueil Lebon*, p. 309.

⁵⁷⁷ CE 18 mars 1927, Fauvet, *Recueil Lebon*, p. 360.

⁵⁷⁸ WALINE Marcel, *Droit administratif*, Op.cit, p. 423.

faisant obligation à l'administration d'inclure dans le contrat des clauses permettant de payer des acomptes au cocontractant⁵⁷⁹.

Le décret du 19 mars 1939 a institué un régime juridique de règlement d'acomptes équivalant à une partie des obligations que le cocontractant a exécutées. Ce décret a adopté une solution de compromis préservant le respect du principe du paiement après service fait, mais permettant que le cocontractant puisse, dans le même temps, recouvrer une partie du prix correspondant aux obligations effectivement exécutées. Le décret s'est fondé sur l'idée de transfert de propriété, en ce sens que, si l'administration règle au cocontractant un prix partiel en contrepartie de matières premières qu'il a effectivement acquies au bénéfice de l'ouvrage, ce règlement est soumis à la condition que la propriété de ces matières se trouve transférée à l'administration contractante⁵⁸⁰.

En dépit de l'avancée réalisée grâce à l'application du décret du 19 mars 1939, cette notion de transfert de propriété constituait une entrave au paiement partiel anticipé. Et pour surmonter ces difficultés apparues dans l'application du décret, un autre décret fut pris le 11 mai 1953 qui devait modifier en profondeur les règles du paiement anticipé, avec pour objectif d'assurer une plus grande efficacité du financement du contrat par l'administration et de libérer des contraintes du financement bancaire. Marcel WALINE⁵⁸¹ faisait remarquer que le financement bancaire n'était pas accordé gratuitement au cocontractant qui devait payer une contrepartie. Pour cette raison, si le cocontractant ne bénéficie pas d'une aide financière de l'administration lui permettant de remplir ses obligations contractuelles dans les délais, il sera contraint de majorer le prix indiqué dans sa soumission en y ajoutant le coût du crédit bancaire qu'il a contracté, de sorte que, en pratique, c'est l'autorité administrative qui supportera la charge du financement bancaire.

D'autre part, le décret du 11 mai 1953 a abandonné la condition du transfert de propriété introduite par le décret du 19 mars 1939 et il a mis l'accent sur le caractère provisoire des sommes remises à titre d'acomptes, qu'elles soient la contrepartie de travaux réalisés effectivement ou de prestations non encore exécutées. Celui qui reçoit ces sommes en paiement en demeure débiteur jusqu'à ce que le compte final ait été établi⁵⁸².

Le décret du 11 mai 1959 affirme en outre le caractère obligatoire du règlement d'une partie du prix correspondant aux obligations exécutées par le cocontractant. Et, si ce décret a renoncé à l'idée de transfert de propriété comme condition du paiement anticipé, le code français des contrats administratifs de l'année 1979 a affirmé dans son article 162 le caractère obligatoire du règlement d'une partie du prix équivalant aux obligations exécutées sans soumettre ce règlement à la condition d'un transfert de propriété. Ce qui signifie que, si l'administration s'engage à verser une partie du prix correspondant aux matières premières

⁵⁷⁹ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 254.

⁵⁸⁰ Ibid. p. 254 et s.

⁵⁸¹ WALINE Marcel, *Droit administratif*, Op.cit, p. 423.

⁵⁸² DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 254.

achetées par le cocontractant pour les utiliser dans l'ouvrage, ce règlement n'est pas conditionné par le transfert de la propriété de ces matières à l'autorité administrative⁵⁸³.

Le règlement anticipé est ainsi devenu un droit reconnu au cocontractant vis-à-vis de l'administration, celle-ci ne pouvant plus lui refuser d'inclure dans le marché une clause lui permettant de se faire verser la contrepartie pécuniaire des obligations qu'il a effectivement exécutées.

L'article 156 du code français des contrats administratifs de 1979 dispose également que le cocontractant ne peut recevoir, au titre des acomptes versés en contrepartie d'une exécution partielle de ses obligations, un règlement excédant 60% de la valeur initiale du contrat.

Et, en vertu de l'article 327 du même code, le cocontractant ne peut se voir verser un acompte que s'il présente une caution personnelle qui s'engage avec lui solidairement à rembourser, si cela s'avère nécessaire, 50% du prix partiel objet d'un règlement anticipé, l'administration pouvant exiger, avant la conclusion du contrat, une majoration de ce pourcentage si la nature du contrat le commande.

Quant aux délais et à la procédure de règlement du prix, c'est le contrat qui les détermine habituellement et les cahiers des charges générales veillent à les régler. Le décret du 11 mai 1953 a consacré des dispositions au délai de règlement dans le but de permettre aux cocontractants d'obtenir le règlement des prix dus aussitôt que possible après qu'ils aient rempli leurs obligations. Ces facilités sont de deux ordres :

- D'abord, le décret fait obligation à l'administration de vérifier que le cocontractant a exécuté ses obligations contractuelles dans un délai déterminé fixé par le contrat, dans la mesure où cette vérification est la première étape nécessaire du calcul du prix selon la méthode que nous avons explicitée. Au cas où l'administration se dérobe à cette obligation, le décret prévoit que 15 jours après l'écoulement du délai prévu au contrat, le cocontractant acquiert automatiquement le droit à des intérêts moratoires.

- Ensuite, le décret fait obligation à l'autorité administrative de procéder au mandatement du prix dû au cocontractant dans les trois mois suivant la vérification faite de l'exécution de ses obligations contractuelles, le défaut de mandatement dans le délai fixé emportant de plein droit l'obligation de lui acquitter des intérêts moratoires⁵⁸⁴.

Outre ces facilités prescrites au profit du cocontractant par le décret du 11 mai 1959 à propos des délais et procédures de règlement, le code français des contrats administratifs de 1979 a consacré quelques dispositions au délai de règlement du prix, veillant à établir un équilibre entre le droit du cocontractant à être payé au plus vite et l'intérêt financier de l'autorité contractante. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 178 du code, l'administration s'engage à procéder au mandatement dans un délai n'excédant pas les 45 jours et courant à compter de l'expiration du délai de règlement fixé par le contrat. Dans certains types de contrats,

⁵⁸³GEORGET J., L'exécution de contrat administratif, JCPA, 1973, p.18 et s.

⁵⁸⁴DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p265.

l'administration peut disposer d'un délai plus long qui est fixé par arrêté du ministre de l'économie et des finances mais qui ne peut excéder les 3 mois. Dans les cas où le contrat n'a pas fixé un délai de règlement du prix, le délai prévu par cet alinéa court à compter de la réclamation du prix par le cocontractant, adressée à l'administration par lettre recommandée avec avis de réception ou remise directement contre reçu. Une fois que le cocontractant est en possession de l'avis de réception ou du reçu de dépôt de la demande, il doit s'adresser à l'administration comptable compétente pour y accomplir les formalités de paiement du prix. Le non respect par l'administration des délais prévus par l'alinéa 1 de l'article 178 mentionné ouvre automatiquement droit, au profit du cocontractant, au versement d'intérêts moratoires⁵⁸⁵.

En application de l'alinéa 2 de l'article 178 du code, le délai de règlement du prix mentionné à l'alinéa précédent n'est suspendu qu'au cas où l'administration informe le cocontractant qu'il doit fournir d'autres documents requis, ce qu'elle doit faire huit jours au moins avant l'expiration du délai de l'alinéa précédent, par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre doit porter à la connaissance du cocontractant que le délai de règlement est suspendu jusqu'à la remise des documents demandés qui doit se faire également par lettre recommandée avec avis de réception. Une fois que cette suspension du délai a pris fin, il faut accorder à l'autorité administrative ayant compétence pour procéder au paiement un délai minimal de quinze jours pour effectuer le mandatement du prix, ce dernier délai commençant à courir du simple fait que la suspension a pris fin⁵⁸⁶.

Après cet examen des règles régissant la matière en droit français, il nous faut, pour respecter notre approche comparative, évoquer ce qu'il en est en droit libyen. Dans son article 90, le règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 organise l'une des modalités de règlement du prix, le crédit documentaire. Il dispose ainsi que « Nonobstant les dispositions des articles 118⁵⁸⁷ et 134⁵⁸⁸ du présent règlement, la rémunération prévue au contrat peut être réglée par un crédit documentaire ouvert auprès d'une banque opérant en Libye, si le contrat l'a stipulé, à condition que la partie bénéficiaire supporte les frais d'ouverture et de consolidation du crédit, conformément aux règles et usages bancaires. La libération des versements se fait par des lettres émanant de l'autorité contractante ou par des listes de versements créditées par elle, une fois que le mandatement a été approuvé ». L'article 91 du même règlement dispose, d'autre part, que « L'autorité contractante peut, après enregistrement du contrat auprès de l'administration fiscale et la réception du site du travail, verser à l'entrepreneur, à la demande de ce dernier, un acompte n'excédant pas 15% de la valeur du marché, et ce en contrepartie de la présentation d'une lettre de garantie remplissant les conditions édictées à l'article 41 du présent règlement et produisant ses effets jusqu'à la date du règlement du compte final prévu à l'article 125 du présent règlement. S'agissant des

⁵⁸⁵ Code français des contrats administratifs de l'année 1979, p. 65.

⁵⁸⁶ Code français des contrats administratifs de l'année 1979, p. 67.

⁵⁸⁷ Cet article 118 dispose que « La comptabilité et le versement de la rémunération due pour les travaux exécutés se font au forfait sur la base d'états provisoires qui sont établis selon des modalités convenues au contrat ».

⁵⁸⁸ L'article 134 traite des conditions de paiement des prix des catégories fournies. Il dispose que « Le prix des catégories fournies est payé après leur analyse et leur examen technique, et après leur vérification et leur acceptation par la commission de réception de l'autorité contractante ou de l'autorité compétente en la matière ».

contrats impliquant des considérations particulières, l'acompte mentionné dans le présent article peut excéder le taux indiqué à la condition que l'autorité compétente pour autoriser la conclusion du contrat approuve l'augmentation et que celle-ci n'excède pas 25% de la valeur du contrat. Dans tous les cas, le versement anticipé peut se faire par tranches successives conformément aux valeurs des lettres de garantie présentées. Ces lettres peuvent contenir une disposition permettant une diminution progressive de leur valeur en proportion de l'acompte versé. Cet acompte est retranché des montants dus au cocontractant par pourcentages correspondant à la caution de recouvrement à la fin de l'exécution du contrat. La condition de livraison du site de travail avant le paiement du versement anticipé ne s'applique pas aux marchés de fourniture et de conseil ». L'article 116 du même règlement précise que « le règlement s'effectue sur la base des travaux faits et des quantités fournies effectivement, peu importe à cet égard qu'ils soient supérieurs ou inférieurs aux travaux et quantités mentionnés dans les documents annexés au contrat, et que cet écart, en plus ou en moins, résulte d'une erreur dans le calcul initial ou de modifications du contrat intervenues en vertu de dispositions du présent règlement ».

Le règlement énonce par ailleurs dans son article 119 les règles du paiement fait à l'entrepreneur pour les travaux réalisés : « Les sommes dues à l'entrepreneur sont réglées sous forme d'acomptes correspondant aux travaux effectivement réalisés selon l'avancement des travaux et dans le respect des modalités suivantes : A. Pour un taux maximal de 95% de la valeur des travaux prévus, s'agissant des travaux effectivement réalisés en conformité avec les conditions et spécifications, et ce, à raison des catégories portées au tableau des prix. Il est également possible de verser les 5% restants contre une lettre de garantie remplissant les conditions mentionnées à l'article 41 du présent règlement et valable jusqu'à l'écoulement d'une durée de 3 mois à compter de la date fixée en principe pour la réception des travaux, et à condition que le contrat ne stipule pas un dépassement de ce délai. B. Pour un taux maximal de 75% de la valeur prévue, s'agissant des produits dont l'entrepreneur a obtenu la fourniture et qui sont effectivement nécessaires aux travaux conformément au calendrier retenu par l'autorité contractante, et ce, à la condition qu'ils soient en bon état, conformes aux normes, agréés par l'autorité contractante et entreposés correctement. La part qui en est utilisée dans l'exécution sera déduite lors du règlement effectué pour travaux réalisés. C. Les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent à l'outillage et aux équipements et matières fournis au site des travaux pour y être montés et ce jusqu'à ce qu'il ait été procédé à leur montage. Les machines qui sont la propriété de l'entrepreneur et qu'il utilise dans les travaux n'entrent pas en ligne de compte. D. L'autorité contractante a le droit d'organiser les versements faits à l'entrepreneur pour les travaux exécutés d'une manière différente de celle qui vient d'être décrite si la nature des travaux l'exige, en tenant compte des clauses du contrat y afférent et à condition que soit conservée dans tous les cas une part d'au moins 5% de la valeur des travaux réalisés pour garantir une bonne exécution. Cette part peut être versée contre une lettre de garantie conforme aux conditions posées par l'alinéa A du présent article ».

Le texte aborde également dans son article 125 le règlement à l'entrepreneur du compte final, dans les termes suivants : « L'autorité contractante établit les états définitifs comportant tous les travaux achevés effectivement ainsi que le règlement du compte final, au

plus tard dans les trois mois suivant la date de la livraison préliminaire des travaux convenus, y compris les travaux supplémentaires. Les sommes dues à l'entrepreneur lui sont aussitôt versées, déduction faite des versements anticipés et de toute autre somme dont il serait redevable ».

Pour terminer, on relève que l'article 128 du règlement évoque le règlement final des sommes dues à l'entrepreneur, en ces termes : « Une fois écoulée la période de garantie et après la livraison définitive des travaux, le compte est réglé de façon définitive et le reste des sommes dues à l'entrepreneur lui sont payées. La caution définitive lui est restituée s'il en reste un reliquat, ainsi que les sommes saisies, y compris les montants conservés à titre de garantie d'une bonne exécution des travaux. Lui sont rendues également les lettres de garantie précédemment fournies en application du présent règlement, après déduction de toutes sommes dont l'entrepreneur serait devenu débiteur à l'égard de l'autorité contractante pendant la durée de la garantie ».

B. Les redevances et les indemnités

Les droits pécuniaires du cocontractant ne se limitent pas au prix, ils comprennent aussi aux yeux de certains les redevances et les indemnités. Le prix demeure certes le droit pécuniaire le plus important détenu par le cocontractant à l'égard de l'administration, mais d'aucuns considèrent que la redevance prélevée par le concessionnaire compte également parmi ses droits pécuniaires. Et il ne fait pas de doute que les indemnités allouées par le juge au cocontractant au détriment de l'administration doivent également y compter. Nous allons donc examiner successivement ces deux autres catégories de droits pécuniaires reconnus au cocontractant.

1. Définition de la redevance

La redevance est la contrepartie financière qui revient au cocontractant dans le cadre des contrats de concession. Ce sont des prestations pécuniaires que l'autorité concédante autorise le concessionnaire à recouvrer auprès des particuliers qui bénéficient du service public mis en concession. Elles sont qualifiées de redevances⁵⁸⁹ et, ne constituant ni un salaire ni un prix, elles se distinguent des avantages pécuniaires stipulés dans les autres contrats administratifs et qui ne peuvent être modifiés par l'administration. Les conditions relatives aux redevances dans les contrats de concession de service public sont des conditions générales et réglementaires que l'administration peut modifier sans en référer au concessionnaire⁵⁹⁰. La doctrine en avait d'abord jugé autrement, mais c'est une opinion qui est actuellement abandonnée, la redevance étant la rémunération du cocontractant dans la concession et cependant exclue de la règle qui en interdit la modification par l'administration. Elle compte en effet parmi les conditions réglementaires susceptibles de modification. C'est la raison pour laquelle elle est dénommée ainsi pour la distinguer du prix, du salaire ou du

⁵⁸⁹AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 375. Et Voir dans la même sens BEN ALI-PRIEUR Nabila, les contrats d'exploitation des biens immatériels, étude de droit français et droit marocain, Thèse, Université de Strasbourg, 2014, p.297.

⁵⁹⁰ EL JABOURI Mohamed, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 189.

bénéfice qui constituent la rémunération dans les autres contrats⁵⁹¹. Ce point de vue n'est plus discuté dans la doctrine arabe, notamment en Egypte qui est la référence historique de la plupart des droits des pays arabes. Le législateur égyptien a tranché cette question dans l'article 5 de la loi n° 129 de 1974 en disposant que « le concédant peut toujours lorsque l'exige l'utilité publique, modifier unilatéralement les règles du service public mis en concession et en particulier les tarifs appliqués »⁵⁹².

De ce fait, on considère qu'il revient à l'autorité concédante de modifier les tarifs s'appliquant aux contrats de concession parce qu'ils représentent des redevances et non pas des prix. La doctrine française en a jugé autrement qui distingue, à propos des redevances, deux situations :

La première concerne la relation entre l'administration, le concessionnaire et les usagers pour laquelle cette doctrine adopte le point de vue qui soutient que les conditions relatives à la fixation de la redevance a un caractère réglementaire, en ce sens que l'administration peut les modifier chaque fois que l'intérêt général le commande.

La seconde concerne la relation entre l'administration et le concessionnaire pour laquelle on considère que les conditions gardent leur caractère contractuel, l'administration ne pouvant modifier la contrepartie pécuniaire convenue.

Un tel point de vue aboutit à reconnaître à cette condition une double nature⁵⁹³.

L'administration a donc toute latitude de modifier la redevance en conformité avec ce qu'exige l'intérêt du service, voire de la fixer et de l'évaluer de son propre chef. Mais, ce faisant, elle doit préserver l'égalité des usagers à l'égard du service tout en se pliant aux règles arrêtées en la matière par le législateur. Les contrats de concession déterminent quant à eux les redevances que le concessionnaire peut prélever sur les usagers et il est d'usage que l'administration les fixe en fait elle-même après consultation du concessionnaire, sans que cette consultation ne leur confère un caractère contractuel, comme déjà précisé. La redevance peut être fixée de manière précise mais on constate aujourd'hui qu'une certaine souplesse est admise, l'administration se contentant de déterminer le tarif maximum. Gaston JEZE estimait à ce sujet que cela n'impliquait pas que le concessionnaire fixe en toute indépendance, dans les limites de ce tarif maximal, le montant qu'il prélève sur les usagers, mais qu'il lui fallait recueillir sur ce point l'approbation de l'administration⁵⁹⁴.

Mais André DE LAUBADERE considère que la condition d'approbation par l'administration posée par JEZE n'a pas lieu d'être et que la jurisprudence ne l'a pas entérinée

⁵⁹¹ MIFTAH Abdelhamid, CHELMANI Hamed, Les contrats administratifs et leurs règles de conclusion, Op.cit, p. 220.

⁵⁹² TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p.578.

⁵⁹³ CE 25 juin 1948, Journal l'Aurore, S., 1948, p. 71.

⁵⁹⁴ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 556. L'auteur soutient que « tout tarif doit être homologué, s'il ne dépasse pas le maximum ».

puisque le Conseil d'Etat français laisse au concessionnaire toute liberté de fixer la redevance dans les limites du tarif maximal⁵⁹⁵.

Il n'est guère important de distinguer les deux opinions examinées, dès lors qu'on admet que l'administration a le droit de modifier la redevance à tout moment. Un tel pouvoir permet à l'autorité de réviser le tarif maximal stipulé ainsi que la redevance effectivement perçue par le concessionnaire. L'opinion de JEZE était peut-être davantage fondée en tant qu'elle renforçait le contrôle de l'administration. Mais on observe, d'un autre côté, que l'administration quand elle accorde au concessionnaire la liberté que nous avons mentionnée, insère le plus souvent dans le contrat une clause expresse imposant l'approbation par l'autorité de la redevance qu'il décide effectivement de prélever.

Il faut par ailleurs relever que, quelle que soit la modalité de fixation de la redevance qui est retenue, des restrictions sont apportées à la liberté reconnue en la matière à l'administration et au concessionnaire. Ces restrictions peuvent être rapportées à deux considérations.

La première est le principe de l'égalité de traitement des usagers qui régit les services publics et qui s'impose à l'administration lorsqu'elle fixe unilatéralement la redevance et au concessionnaire lorsqu'une certaine latitude lui est laissée de le faire. Il est admis en droit administratif que le principe d'égalité s'applique à toutes les catégories de services publics⁵⁹⁶. L'administration a tenté d'y soustraire les services publics industriels et commerciaux au motif que ces services sont gérés dans des conditions qui relèvent du droit privé et qu'ils échappent en conséquence au principe d'égalité. Mais le Conseil d'état français a catégoriquement rejeté cette appréciation⁵⁹⁷.

En tout état de cause, l'égalité n'est naturellement pas de portée absolue, elle implique seulement que le traitement doit être le même lorsque les circonstances sont similaires. A *contrario*, un traitement différencié est possible si les circonstances diffèrent. Ce qui est en revanche proscrit par la règle de l'égalité, c'est que des privilèges soient reconnus à certains usagers sans aucune justification recevable. La redevance peut donc être différente en raison de l'éloignement du lieu où la prestation est fournie, ou en raison de la nature ou du moment de la prestation demandée. Cependant, le Conseil d'Etat a rejeté toute variation des prix de l'électricité qui serait justifiée par la superficie de la propriété de l'utilisateur⁵⁹⁸, ou toute disparité des prix de la fourniture d'eau en fonction de la capacité financière des hôtels, restaurants et

⁵⁹⁵DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 227. L'auteur s'appuie sur l'arrêt suivant : CE 3 avril 1953, Ville de Rance, Recueil Lebon, p. 424. Contestant l'interprétation faite par JEZE des arrêts qu'il invoquait, il relève que les contrats de concession qui y étaient en cause stipulaient expressément que l'administration devait approuver les redevances fixées par le concessionnaire dans le cadre du tarif maximal.

⁵⁹⁶CHAPUS René, Droit administratif général, Op.cit, p. 609.

⁵⁹⁷CE 1^{er} avril 1938, L'alcool dénaturé, RDP, 1939, p. 487.

⁵⁹⁸CE 1^{er} juillet 1936, Veyne, Sirey, 1937, p. 105. (Un tel tarif est établi selon des règles qui, pour des usagers remplissant les mêmes conditions par rapport au service public, n'étaient pas égales pour tous).

cafés⁵⁹⁹, ou encore la fixation du prix de vente qui opère une discrimination entre des usines selon qu'elles ont été créées avant ou après une date déterminée⁶⁰⁰.

La seconde est la fixation expresse par le législateur du prix correspondant au service proposé, comme c'est le cas pour l'électricité, le gaz, le kérosène, etc. Dans de pareils cas, ni l'administration ni le concessionnaire ne peut déroger au tarif légal. C'est ce qu'affirme le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 dont l'article 93 dispose que « dans son exécution du contrat administratif, le cocontractant doit respecter les dispositions légales en vigueur en Libye, notamment en ce qui concerne le travail et les droits des travailleurs, la sécurité sociale, l'assurance des marchandises et des moyens de transport, les douanes, les impôts et timbres, etc. Il supporte les frais nécessaires, y compris ceux exigés pour l'obtention de la licence nécessaire à l'exercice de son activité ».

Et, si la redevance fixée dans le contrat de concession s'impose au cocontractant, lui interdisant de réclamer davantage, il est admis que l'autorité contractante peut s'entendre avec lui sur une augmentation destinée à faire face à des circonstances nouvelles, pour peu que soit respectée la procédure prévue à cet effet⁶⁰¹. On admet également que si l'administration refuse d'approuver cette augmentation, le juge ne peut se substituer à elle pour augmenter la redevance prévue au contrat⁶⁰², à moins que le contrat de concession n'ait énoncé des règles de révision du tarif en cas de changement de certaines circonstances déterminées et dans l'hypothèse où l'administration et le concessionnaire ne seraient pas d'accord sur le taux approprié de l'augmentation. Un tel cas est à distinguer de l'état d'imprévision que nous aborderons plus loin.

Le pouvoir reconnu à l'administration de ne pas approuver l'augmentation des redevances entre ainsi dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire élargi qui ne peut être limité que par les clauses du contrat, comme la clause de révision des prix en liaison avec un changement de circonstances. Ce pouvoir est également limité lorsque l'administration a garanti au concessionnaire une part déterminée des bénéfices du service public, ce qui lui fait obligation d'approuver une augmentation qui assure la réalisation de ce taux, à moins qu'elle ne souhaite supporter elle-même la différence entre ce qui est alloué au contractant et ce que le contrat lui a garanti⁶⁰³. Il n'en demeure pas moins que, si le juge ne peut modifier les clauses relatives aux redevances sans l'accord de l'administration, l'entêtement de l'administration à refuser peut conduire à sa condamnation pécuniaire pour faute⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ CE 10 février 1928, chambre syndicale des propriétaires marseillais, Recueil Lebon, p. 222. (Le règlement avait institué un régime de faveur à l'avantage de certains usagers).

⁶⁰⁰ CE 1^{er} avril 1938, L'alcool dénaturé, RDP, 1939, p. 487. (Si le principe de l'égalité de traitement entre usagers ne fait pas obstacle à ce qu'un barème de prix de cession différents soit institué faisant état des situations différentes dans lesquelles les industriels acheteurs peuvent se trouver au regard du service public, il résulte de l'instruction que tel objet n'a pas été visé dans l'espèce).

⁶⁰¹ SANNARI Mohamed, Principes et règles des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, sans date, p. 266.

⁶⁰² CE 21 janvier 1944, Sté d'entreprises, Recueil Lebon, p. 23.

⁶⁰³ CE 30 juin 1937, Tramways de Saint Quentin, Recueil Lebon, p. 647.

⁶⁰⁴ CE 14 janvier 1955, Sté La fusion des gaz, Recueil Lebon, p. 218.

2. Les indemnités

Le cocontractant peut obtenir de l'administration par voie contentieuse des prestations financières sur le fondement de la responsabilité contractuelle. C'est le cas lorsque l'administration manque à ses obligations contractuelles et commet une faute qui cause un préjudice au cocontractant. Une telle faute est constituée par exemple lorsque l'administration résilie le contrat ou procède à son retrait dans d'autres cas que ceux prévus par la loi. Il en va de même lorsqu'elle prend contre son partenaire une sanction sans mise en demeure dans les matières où une telle mesure préalable est exigée⁶⁰⁵.

La question se pose ici de savoir quel est l'effet juridique produit par l'exercice du droit dont dispose l'administration de mettre fin unilatéralement au contrat. Qu'en est-il alors des droits du cocontractant, de l'indemnisation qui lui est due du fait du préjudice subi en raison du manque à gagner résultant de la résiliation du contrat ? Le droit reconnu à l'administration de mettre fin unilatéralement au contrat avant l'échéance prévue, et sans que son partenaire n'ait commis de faute dans son exécution⁶⁰⁶, est un privilège exceptionnel qui impose qu'on reconnaisse au cocontractant, à titre de contrepartie, un droit à réparation. Le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 admet ce droit à réparation puisqu'il énonce dans son article 107 que « l'autorité contractante peut mettre fin au contrat à tout moment, sans que le cocontractant n'ait commis de faute, si l'intérêt public le commande, à la condition que l'autorité accepte de suivre la procédure contractuelle. Dans ce cas, elle paie au cocontractant la rémunération due pour l'exécution des travaux, lui restitue les cautions qu'il a déposées, en l'indemnisant si nécessaire ».

La résiliation du contrat par l'administration peut priver le cocontractant des avantages financiers que lui procure l'exécution intégrale du contrat et peut le mettre dans une situation difficile s'il n'a pas encore consommé les capitaux investis dans l'exécution. Aussi, afin que le cocontractant ne supporte pas les charges résultant pour lui de l'exercice de cette prérogative unilatérale de l'administration, la jurisprudence a-t-elle reconnu l'existence d'une responsabilité contractuelle sans faute de l'administration ouvrant droit, au profit du cocontractant, à un droit à réparation, à la condition que la résiliation lui ait causé un préjudice⁶⁰⁷.

La réparation due en l'occurrence ne saurait se fonder sur l'existence d'une faute de l'administration qui n'a fait qu'exercer un droit que lui accorde le contrat en vertu des principes généraux. Le cocontractant a donc droit à une réparation intégrale du fait d'une résiliation décidée pour des motifs d'intérêt général, sans qu'il faille prouver une faute de l'administration. C'est une responsabilité objective non fondée sur une faute contractuelle. A peine est-il exigé que l'administration n'ait pas mis fin au contrat à titre de sanction prise contre le cocontractant pour une faute qu'il aurait commise. Par ailleurs, l'indemnité due au cocontractant diffère dans sa détermination, son montant et sa base de calcul. Le montant et

⁶⁰⁵ EL HARRARI Mohamed, *Les règles du droit administratif libyen*, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd, Tripoli, Libye, 1998, p. 238.

⁶⁰⁶ OKACHA Hamdi, *Les contrats administratifs dans l'application du travail*, Alexandrie, Egypte, 1998, p. 284.

⁶⁰⁷ GALLAY C., *Les contrats entre personnes publiques*, Thèse, Toulouse, 1988, p. 276.

les éléments de l'indemnité pour cause de résiliation peuvent découler du contrat lui-même ou des lois et règlements auxquels il est soumis. C'est ce qu'on appelle l'indemnité conventionnelle pour laquelle les clauses du contrat et les dispositions des lois et règlements sont mises en œuvre pour établir le principe de l'indemnisation, les bases de calcul de l'indemnité ainsi que toutes les données qui s'y rapportent. En la matière, la liberté contractuelle des parties est totale dans la fixation de l'indemnité consécutive à la révocation unilatérale du contrat pour des motifs d'intérêts public⁶⁰⁸.

Les parties peuvent définir avec précision les éléments de calcul de l'indemnité allouée au cocontractant et peu importe la nature de l'accord conclu à ce sujet. Elles peuvent ainsi s'accorder, en vertu d'une clause expresse, pour écarter toute idée d'indemnisation du cocontractant découlant de la révocation du contrat, pour fixer une indemnité forfaitaire, pour limiter la réparation aux dommages effectivement subis, à l'exclusion du gain manqué, ou encore inclure dans la réparation les pertes et le manque à gagner qui affectent le cocontractant⁶⁰⁹.

Dans le cas où le contrat et les lois et règlements n'ont pas arrêté le principe de la réparation, son montant et ses éléments, c'est le juge qui s'en charge et la réparation sera dans cette hypothèse totale, incluant les pertes et le gain manqué. L'indemnité allouée est dite alors juridictionnelle⁶¹⁰.

On observe aussi que, en l'absence d'une clause conventionnelle ou d'une disposition légale déterminant le montant de l'indemnité due en cas de résiliation du contrat pour des motifs d'intérêt public, il n'existe aucune règle contraignante régissant la fixation du montant de la réparation. Toutefois, le Conseil d'Etat français a posé le principe d'une réparation totale du préjudice subi du fait de cet anéantissement anormal du contrat, englobant le gain manqué⁶¹¹. Cependant, la haute assemblée a estimé, dans ce même cadre, qu'aucune réparation n'était due au cocontractant dans deux cas :

- **Le premier** est celui où le contrat stipule expressément qu'aucune réparation n'est due lorsqu'il est mis fin au contrat pour des motifs d'intérêt général⁶¹².
- **Le second** est celui où la résiliation du contrat ne cause aucun préjudice réel au cocontractant, les principes généraux régissant l'octroi d'une réparation posant la nécessité de l'existence d'un préjudice effectif⁶¹³.

Il faut noter que Georges VEDEL estime que l'administration n'est fondée à mettre fin au contrat par sa volonté unilatérale que pour des motifs dictés par l'intérêt général⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ MIFTAH Abdelhamid, CHELMANI Hamed, Les contrats administratifs et leurs règles de conclusion, Op.cit, p. 227.

⁶⁰⁹ CE 23 mai 1962, Ministre des finances, Recueil Lebon, p. 342.

⁶¹⁰ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 714.

⁶¹¹ MOGENET R., Les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales, T 1, 1986, p. 33.

⁶¹² CE 1^{er} novembre 1930, Teyssere, Recueil Lebon, p. 912.

⁶¹³ CE 21 décembre 1928, Société Nerson, Recueil Lebon, p. 1340.

⁶¹⁴ VEDEL Gorges, Droit administratif, Op.cit, p. 656.

Le cocontractant a également un droit à obtenir réparation du fait du retard mis à lui régler sa rémunération, comme l'indique l'article 92, alinéa 2, du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 : « Si le paiement de la rémunération de l'entrepreneur ne s'est pas fait au bout des six semaines consécutives à la réception par l'autorité contractante de l'extrait présenté par l'entrepreneur, celui-ci sera indemnisé au taux de 0,25% de la valeur des versements retardés pour tout ou partie des semaines de retard, sans que l'indemnité n'excède, dans tous les cas, le taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale libyenne ».

Le droit à l'indemnisation est donc l'un des principaux droits pécuniaires du cocontractant. Il doit être indemnisé dans tous les cas prévus par les lois et règlements. Et l'administration est tenue de respecter ce droit et de lui verser l'intégralité de ce qui lui est dû, sous peine de décourager les particuliers de se lier à elle par contrat. Elle doit également veiller à réaliser les buts du contrat, dont les droits du cocontractant, pécuniaires et non pécuniaire, sont partie intégrante. Cependant, des circonstances indépendantes de la volonté de l'administration et de son cocontractant peuvent rendre le respect de ces droits particulièrement difficile. Se pose alors la question de savoir quelles sont les mesures que l'administration doit prendre pour garantir ces droits, d'une part, et l'intérêt général, d'autre part. Elle devra revoir l'équilibre financier du contrat comme nous allons le voir dans la section 2 qui est consacrée à cette question.

Section 2 : L'équilibre financier du contrat

Nous avons déjà vu que l'administration disposait de larges pouvoirs dans la conduite de ses relations avec son cocontractant, du fait que le contrat administratif possède des spécificités qui le singularisent par rapport au contrat de droit privé, dominé par le principe de l'autonomie de la volonté avec tout ce qu'il en découle, notamment le fait que le contrat est considéré comme la loi des deux contractants. L'administration dispose en vertu des spécificités du contrat administratif de prérogatives tellement étendues qu'elle peut s'autoriser à modifier des clauses d'exécution de la convention et à adresser des injonctions au cocontractant. Cela tient à des considérations relatives à la garantie d'un bon fonctionnement du service public au service de l'intérêt général, avec des conséquences sur les droits et obligations du cocontractant, qui peuvent être revus à la hausse ou à la baisse sans qu'il soit consulté et sans qu'il puisse contester en faisant valoir la règle du droit acquis ou celle de l'autonomie de la volonté.

Cependant, si le cocontractant a consenti à coopérer au fonctionnement du service public qui est l'objet du contrat, il ne saurait accepter que ce soit au détriment de ses droits fondamentaux, essentiellement pécuniaires, sous peine de supporter seul le coût de l'intérêt général. En s'engageant dans le lien contractuel, il escomptait l'obtention de ses droits dans leur intégralité et, si ses obligations peuvent être revues à la hausse aussi bien qu'à la baisse, il faut qu'il en soit de même pour ses droits puisqu'il faut qu'il existe un équilibre entre les unes et les autres. Par leur nature même, les contrats administratifs supposent un équilibre entre les

charges incombant aux deux parties⁶¹⁵ que l'on exprime par l'idée de l'équilibre financier du contrat.

Même lorsqu'il fait une juste évaluation des choses et qu'il fait montre de pertinence dans le jugement et l'anticipation, le cocontractant peut avoir à affronter des circonstances exceptionnelles, des événements imprévus ou des difficultés inattendues. Il peut être également soumis à des risques administratifs ou économiques. Autant de causes génératrices d'un surplus de charges rompant, à ses dépens, l'équilibre financier du contrat et lui causant de réelles pertes. Il serait alors équitable qu'il ne les supporte pas seul et que l'administration en prenne sa part en l'indemnisant des préjudices qu'il subit, même en l'absence de toute faute qui lui serait imputable. L'aggravation conséquente des charges du cocontractant, survenue en cours d'exécution de la convention, alors même qu'elle était imprévisible au moment de sa conclusion, affecte l'économie du contrat qui perd son équilibre financier, et compromet son exécution correcte de la part du cocontractant. Ainsi, nous consacrerons deux sous-sections à l'examen détaillé de cette idée de l'équilibre financier du contrat administratif.

Sous-section 1 : La notion d'équilibre financier du contrat administratif

Nous aborderons dans cette sous-section le concept d'équilibre financier du contrat administratif en nous référant aux points de vue de la doctrine et des arrêts de la jurisprudence qui lui ont été consacrés. Nous verrons également comment cette notion est apparue et a évolué et quel est son fondement juridique en droit français et en droit libyen.

A. Le concept d'équilibre financier du contrat administratif

Il nous faut d'abord définir ce concept, examiner l'approche qu'en font la doctrine et la jurisprudence puis son fondement juridique.

1. Définition de l'équilibre financier du contrat administratif

Spécifique au contrat administratif, l'idée d'équilibre financier signifie que les droits et obligations des parties doivent être établis lors de la conclusion du contrat d'une manière telle qu'ils soient financièrement équilibrés, conformément à la volonté commune des deux partenaires contractuels, et que cet équilibre doit être maintenu jusqu'à l'achèvement de l'exécution du contrat⁶¹⁶. En conséquence, si une prestation déterminée se voit augmentée ou diminuée, l'administration doit nécessairement faire en sorte que soit préservé l'équilibre financier du contrat, sauf dans les cas où le déséquilibre occasionné est minime ou s'il était prévisible au moment de la conclusion du contrat⁶¹⁷.

⁶¹⁵ SAID Ali, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la charia islamique, Etude comparée, Le Caire, Egypte, 2006, p. 5.

⁶¹⁶ POUYOD Dominique, La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 252.

⁶¹⁷ FOUDA Raafat, Etudes de droit administratif, Contrats et biens, Le Caire, Egypte, 1995, p. 107.

Il faut prendre en compte le fait que cet équilibre ne constitue pas une garantie accordée au cocontractant contre un éventuel déficit. C'est une équation visant à maintenir dans sa nature le contrat tel que les parties ont voulu le conclure. C'est la raison pour laquelle le droit à un rééquilibrage financier du contrat est un droit fondamental du cocontractant, le prolongement naturel de son droit reconnu à la contrepartie pécuniaire convenue⁶¹⁸.

L'équilibre financier suppose, en cas d'atteinte portée à l'économie du contrat qui en rend l'exécution coûteuse et problématique, que l'administration intervienne pour faire cesser le déséquilibre⁶¹⁹. Si elle s'abstient de le faire et laisse le contractant seul face au surplus de charges qu'il supporte, c'est l'intérêt public qui en pâtira. Car, en pareille circonstance, ce sera de deux choses l'une : ou bien le cocontractant interrompt l'exécution car il est impuissant à la poursuivre, ce qui est dommageable pour l'intérêt public ; ou bien il persévère dans l'exécution mais il l'effectue d'une manière qui n'est pas satisfaisante en raison des difficultés auxquelles il fait face et qui amoindrissent ses capacités. Voilà pour le court terme. A long terme, le fait pour l'administration d'abandonner son partenaire à son sort, de ne pas l'aider à surmonter le déséquilibre qui affecte l'économie du contrat du fait de circonstances imprévisibles, va dissuader d'éventuels partenaires doués de compétences de contracter avec elle et de collaborer à la gestion de ses services publics. Cela encouragerait les plus médiocres à se substituer dans cette tâche aux plus méritants, les moins compétents sur les plans techniques et financiers proposeront leurs services, ce qui ne peut, là encore, que nuire à la gestion des services publics⁶²⁰.

Ce sont ces considérations qui ont conduit la doctrine française et arabe à proposer une définition de l'équilibre du contrat administratif. Les points de vue de ces auteurs sont bien sûr divergents. Une partie de la doctrine française, sous l'impulsion de Georges PEQUIGNOT, estime que l'équilibre financier du contrat administratif implique que les droits du cocontractant égalent ses obligations, si on les soumet à une opération comptable, après que le contrat aura subi des modifications introduites par l'administration. Autrement dit, l'équilibre financier du contrat est ramené à une équation, au sens que les droits et les obligations du cocontractant doivent demeurer égales une fois qu'ils ont été révisés à la hausse ou à la baisse⁶²¹.

D'autres auteurs considèrent que l'idée de l'équilibre financier du contrat administratif ne suffit pas à elle seule pour justifier l'indemnisation dans tous les cas où le juge administratif alloue une réparation pour faute commise par l'administration. Elle recouvre une réalité qui ne fait pas de doute et ne peut être niée dans la mesure où la flexibilité des obligations du cocontractant suppose celle des droits qui sont les siens vis-à-vis de l'administration. Il est donc naturel que ses droits s'adaptent à ses obligations quand celles-ci sont augmentées ou réduites, tout au moins lorsque l'augmentation ou la réduction sont le fait de l'administration. Mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit rigoureusement d'une

⁶¹⁸ MAURICE Sadek, La loi organisant les adjudications et des licitations dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1998, p. 28.

⁶¹⁹ WALINE Jean, Droit administratif, 25^{ème} éd, Dalloz, 2014, p 481.

⁶²⁰ ZOUHEIRY Riad, Les manifestations du pouvoir de l'administration dans l'exécution des marchés de travaux publics, Master 2, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Bagdad, Irak, 1975, p. 249.

⁶²¹ PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Op.cit, p. 363.

correspondance arithmétique, comme le préconisent les tenants du point de vue précédent. C'est d'ailleurs cette rigidité arithmétique qui sert d'argument à la critique⁶²² faite à l'idée d'équilibre financier du contrat administratif. Si tel était le sens donné à cette idée, la critique serait acceptable. Mais les tenants de ce second point de vue voient dans l'équilibre financier une direction générale qu'il faut prendre pour conserver au contrat la nature qu'il avait au moment de sa conclusion. Il faut le traiter comme un phénomène naturel. De même que les animaux et les plantes croissent et régressent en conservant pour l'essentiel leurs spécificités et leur apparence, le contrat administratif peut voir ses obligations croître ou se réduire à l'initiative de l'administration sans perdre son équilibre économique qui participe de ses spécificités originelles. Une telle direction ne peut être accueillie que favorablement par le juge puisqu'elle le guide dans son évaluation de l'indemnité⁶²³.

Sur cette base, la notion d'équilibre financier qui a reçu l'aval de la doctrine constitue le corollaire du droit de modification dans la mesure où ce droit n'existe pas en droit privé. L'idée d'équilibre financier du contrat n'y a pas non plus d'équivalent, étant une règle fondamentale s'appliquant aux effets du contrat administratif. Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration a pour pendant une obligation essentielle de rétablir l'équilibre financier du contrat administratif tel qu'il était au moment de sa conclusion⁶²⁴.

Sans doute le cocontractant de l'administration consent-il à collaborer à la bonne marche du service public en exécutant le contrat qu'il a passé avec elle, mais son mobile essentiel reste le gain. Il faut donc qu'une augmentation des charges qu'il supporte du fait d'une modification unilatérale du contrat soit compensée de telle sorte que l'équilibre financier du contrat soit maintenu.

Dès lors, il faut entendre la notion d'équilibre financier non pas au sens d'un équilibre arithmétique mais au sens d'une équivalence honnête des prestations⁶²⁵.

Le déséquilibre financier du contrat est ce qui motive le principe de l'indemnisation due au contractant dans tous les cas. Ce qui s'accorde avec une représentation de l'équilibre financier en tant que simple orientation générale visant à conserver au contrat la nature qu'il avait lors de sa conclusion. Quant au moyen que représente l'indemnisation, il diffère selon les circonstances qui se répercutent sur l'équilibre financier du contrat. Lorsque celles-ci étaient prévisibles, l'indemnisation est régie par les clauses du contrat ou des cahiers des charges qui lui sont annexés relatives à la révision de la rémunération due au cocontractant. Et quand elles étaient imprévisibles, l'allocation par le juge d'une indemnisation est décidée sur la base des

⁶²² BADAOUÏ Saroit, *Théorie du fait du prince*, Op.cit, p.129.

⁶²³ TAMMAOUI Souleymane, *Les fondements généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 578.

⁶²⁴ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, op.cit, p. 219. Et Bonnard, *précis de droit administratif*, 3^{ème} éd, 1970, p. 620.

⁶²⁵ Cette formule a été utilisée à l'occasion de l'affaire dite *Compagnie Générale Française des Tramways*. C'est le commissaire du gouvernement Léon Blum qui l'a proposée dans ses conclusions. Celles-ci affirment que le contrat de concession est celui qui établit le plus d'équité entre les avantages dudit contrat et les obligations inhérentes. A partir de là, les jurisconsultes du droit administratif ont utilisé ces termes pour éclaircir l'idée d'équilibre financier du contrat administratif. Voir CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, S. 1911, 3,1, note Hauriou, R.D.P. 1910, p. 270.

théories que les juridictions administratives et la doctrine ont élaborées à ce sujet⁶²⁶. Ces théories sont celles des circonstances exceptionnelles et du fait du prince que nous examinerons plus loin.

La Cour suprême libyenne a eu l'occasion de recourir à la notion d'équilibre financier du contrat administratif dans son arrêt du 3 juin 1984. Elle y affirme que « quand le contrat administratif prescrit un rééquilibrage financier du contrat au cas où certaines conditions déterminées sont réunies, il n'y a pas lieu de faire application de la théorie des circonstances exceptionnelles de la théorie du fait du prince. Il suffit d'appliquer les clauses du contrat à la lumière des faits de l'instance et de l'intention commune des parties. L'équilibre financier du contrat n'est pas entendu au sens d'équilibre arithmétique absolu mais en tant que nécessité de corriger l'atteinte portée à l'économie du contrat et dont résulte une aggravation des charges financières du cocontractant lui causant une perte avérée »⁶²⁷.

Comme il n'est pas équitable que le cocontractant supporte seul les charges financières, l'administration devant en assumer sa part dans une proportion déterminée, en tant que partie au contrat, la Cour suprême libyenne a jugé dans un arrêt du 2 avril 1980 que « si l'autorité administrative a modifié les obligations de son cocontractant, rencontré des circonstances exceptionnelles, des difficultés imprévues, ou encore si l'entrepreneur a été exposé à des risques économiques, et qu'il en est résulté un surplus de charges financières affectant l'équilibre financier du contrat, l'entrepreneur a droit à ce que l'administration lui apporte sa contribution dans une proportion déterminée afin qu'il ne supporte pas seul toute la perte. Elle l'indemniserà pour les dommages qu'il a subis même si elle n'a commis aucune faute et l'indemnité différera selon les cas en fonction des justifications qui peuvent lui être apportées »⁶²⁸.

Cette idée de l'équilibre financier du contrat a trouvé également un écho dans le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 dont l'article 105 dispose que « lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles générales qu'on ne peut éviter, qu'il n'était pas possible de prévoir et qui sont susceptibles de rendre l'exécution de l'obligation coûteuse sans pour autant qu'elle en devienne impossible, menaçant le cocontractant de pertes graves, celui-ci a droit à une indemnité qui restitue de façon raisonnable au contrat son équilibre financier. Si ces circonstances perdurent et qu'on ne peut espérer qu'elles cessent, il peut être mis fin au contrat à sa demande ».

On retire de ces dispositions que l'équilibre financier du contrat administratif se définit comme la participation de l'administration au maintien de la stabilité du contrat en cas de circonstances exceptionnelles imprévisibles, qu'elles soient politiques, économiques, financières ou naturelles, pouvant rompre l'équilibre au détriment du cocontractant. Dans cette situation, l'administration doit intervenir pour restituer au contrat son équilibre financier

⁶²⁶ AL JARISSAT Riad, La théorie de l'équilibre financier du contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université de Ain Shems, Le Caire, Egypte, 2007, p. 54.

⁶²⁷ Cour suprême libyenne, 3 juin 1984, recours contentieux N° 29/5, Revue de la Cour suprême, N° 4, 1984, p. 28.

⁶²⁸ Cour suprême libyenne, 2 avril 1980, recours contentieux N° 25/23, Revue de la Cour suprême, N° 1, 1980, p. 24.

antérieur, en indemnifiant le cocontractant pour les pertes subies, totalement ou partiellement selon les circonstances considérées.

2. Le fondement de l'équilibre financier du contrat administratif

Pour de nombreux auteurs⁶²⁹, ce fondement se ramène à l'intention commune des parties, idée reprise par nombre d'arrêts du Conseil d'Etat français. Mais cela n'est envisageable qu'en présence d'une clause expresse du contrat relative à la garantie par l'administration de l'équilibre financier et c'est ce que l'on rencontre en effet dans les conditions stipulées en matière de révision de la rémunération du cocontractant. C'est d'une interprétation des clauses du contrat relative au rééquilibrage financier qu'il sera alors question⁶³⁰.

Dans l'hypothèse où le contrat n'a pas expressément prévu une garantie par l'administration de l'équilibre financier, c'est à l'équité et à l'intérêt du service public qu'on en appellera. L'administration n'a pas le droit d'indemniser le cocontractant pour tout dommage résultant de son intervention et de l'utilisation qu'elle fait de son pouvoir. D'un autre côté, ce droit est établi dans l'intérêt du service public car il permettra au cocontractant de remplir ses obligations, tout en encourageant les particuliers à contracter avec l'administration⁶³¹.

L'idée d'équilibre financier du contrat administratif, outre qu'elle repose sur la simple équité, se fonde sur la réalisation de l'intérêt public que l'administration poursuit au moyen des contrats administratifs qu'elle conclut. Outre les idées d'intention commune et d'équité, certains trouvent un double fondement à la notion d'équilibre financier du contrat administratif qui se construit sur l'équité, comme c'est le cas dans les contrats de droit privé, et sur un second fondement distinctif tiré de l'intérêt général et s'exprimant dans la garantie d'un bon fonctionnement du service public grâce à l'exécution des travaux et à leur réalisation rapide. Un tel intérêt prévaut en effet sur le souci étroit de ménager le Trésor public⁶³².

Ce sont donc des considérations pratiques relatives à l'intérêt public qui dictent l'impératif d'équilibre financier du contrat et qui en constituent le fondement, beaucoup plus que l'intention commune des parties comme le soutiennent certains auteurs. Car, si l'intention commune est utile à l'interprétation des contrats administratifs, celle-ci doit être adaptée à la spécificité de ces contrats. La notion d'équilibre financier est, à l'origine, le pendant des pouvoirs étendus de l'administration au moyen desquels elle remodèle les obligations du cocontractant. Ce phénomène est étranger aux contrats de droit commun. D'autre part, le recours à l'intention commune en tant que fondement de la règle de l'équilibre financier suppose que le contrat renferme une clause qui le permette. Lorsque c'est le cas, c'est le contrat qui fait office de fondement, à défaut de quoi, d'aucuns chercheront le fondement de la

⁶²⁹BONNARD Roger, précis de droit administratif, Op.cit, p. 641. Et JEZE Gaston, Le régime juridique du contrat administratif, R.D.P, 1945, p. 681.

⁶³⁰ CE 10 avril 1935, Ville de Toulon, R.D.P 1935, p. 783, Concl Andrieu.

⁶³¹ ALI Abd El Maoula, Les circonstances survenant au cours de l'exécution du contrat administratif, Etude comparée, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1991, p. 504.

⁶³² BENCHABANE Ali, Les effets du marché de travaux publics sur les parties contractantes dans la législation algérienne, Op.cit, p. 200.

règle dans l'équité qui s'applique en l'absence de clause prévoyant la survenue d'un déséquilibre dans l'économie du contrat⁶³³.

En définitive, le cocontractant a un droit au maintien de l'équilibre financier du contrat administratif qui s'assimile au droit au maintien de ses avantages financiers, de telle sorte que sa rémunération soit équivalente à ses charges. Si des circonstances ou des événements viennent aggraver ces charges en cours d'exécution du contrat, l'administration doit l'indemniser et participer aux pertes afin que l'équilibre du contrat soit rétabli.

Cette règle de l'équilibre financier est ce qui justifie pour l'essentiel l'indemnisation en matière de responsabilité contractuelle sans faute, lorsque le préjudice découle d'un fait imputable à l'administration. Elle peut donc constituer dans le cas du fait du prince le fondement de l'indemnité allouée au cocontractant, sans lequel il n'y aurait pas de motif à réparation. Il devient ainsi possible de lier la responsabilité contractuelle sans faute à la règle de l'équilibre financier du contrat sans qu'aucune contradiction philosophique n'en résulte⁶³⁴.

Quant à la responsabilité engagée dans le cadre de la théorie de l'imprévision, nous aurons l'occasion de voir ultérieurement qu'elle est certes une responsabilité sans faute mais certainement pas une responsabilité contractuelle, celle-ci constituant le terrain fertile du principe de l'équilibre financier.

Si une partie de la doctrine donne au principe de l'équilibre financier une portée générale qui aurait pour conséquence que l'administration serait tenue de le rétablir dans tous les cas où il viendrait à être compromis, que ce soit par son propre fait ou pour des raisons étrangères à sa volonté, une autre partie de la doctrine rejette une telle généralisation comme inopportune et injustifiée. La règle de l'équilibre financier ne suffit pas à elle seule à justifier l'indemnisation du cocontractant lorsque la perturbation qui affecte le contrat n'est pas le fait de l'administration. De même qu'elle ne justifie pas l'indemnisation allouée par le juge dans le cas de l'état d'imprévision, par exemple, qui ne s'applique pas du simple fait que les événements imprévisibles ont provoqué un déséquilibre financier du contrat : il faut qu'ils en aient bouleversé l'économie⁶³⁵.

Dans cette hypothèse, l'idée de l'équilibre financier du contrat conduit à une indemnisation non pas partielle mais intégrale du cocontractant. De même que l'administration ne s'engage pas, dans le cas d'une application de la théorie de l'imprévision, à rétablir l'équilibre originel du contrat mais se limite à aider le cocontractant à surmonter les circonstances qui empêchent l'exécution du contrat.

Il faut enfin préciser que l'idée d'une protection de l'équilibre financier du contrat dans l'intérêt du cocontractant est sans rapport avec la faute de l'administration, elle n'est conçue qu'à partir de la nécessité de protéger l'intérêt financier du cocontractant si des événements surviennent qui sont étrangers à sa volonté et aggravent considérablement ses charges,

⁶³³ SAID Ali, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la charia islamique, Etude comparée, Op.it, p. 48.

⁶³⁴ Voir RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, édition 2012, p. 298 et s.

⁶³⁵ AL JARISSAT Riad, La théorie de l'équilibre financier du contrat administratif, Op.cit, p. 57.

sachant qu'une telle protection profite également à l'intérêt général. L'atteinte aux intérêts privés du cocontractant n'est en effet pas sans conséquence sur l'intérêt public puisqu'elle dissuade les particuliers et les grandes entreprises de contracter avec l'administration. Pire encore, le service public dans l'intérêt duquel le contrat a été conclu peut en subir un préjudice si le cocontractant interrompt l'exécution du fait d'événements imprévisibles qui bouleversent l'économie du contrat et en rendent l'exécution trop coûteuse pour le cocontractant. Autrement dit, le contrat administratif, du fait qu'il constitue la convergence de deux volontés, fait naître des obligations, à la fois à la charge du cocontractant et de l'administration. Il est donc légitime que le cocontractant exige que les obligations de l'administration soient remplies en invoquant le principe de l'équilibre financier du contrat, dont l'élaboration et le perfectionnement ont grandement participé à l'évolution des contrats administratifs.

Nonobstant les divergences doctrinales que l'on constate à propos du fondement de ce principe et qui sont dues à des angles d'approche différents, l'examen des points de vue de la doctrine française et arabe fait ressortir un accord sur l'importance de ce principe, qui compte parmi les plus fondamentaux appliqués aux contrats administratifs. Il permet de maintenir un certain équilibre du contrat lorsque des circonstances de tous ordres, économique, politique, financier ou naturel, viennent à menacer l'économie du contrat. Car l'administration est alors tenue de contribuer avec le cocontractant à rétablir le contrat dans son état antérieur, en lui rendant son équilibre, d'une part, et en préservant l'intérêt général, d'autre part.

B. Création et évolution de la notion d'équilibre financier du contrat administratif

L'idée d'équilibre financier du contrat a été formulée pour la première fois en France en 1910 par le commissaire du gouvernement Léon BLUM devant le Conseil d'Etat lorsqu'il a affirmé que le contrat contenait des droits et obligations et que l'équité exigeait qu'il y ait autant que possible une équivalence honnête entre les prestations imposées au cocontractant et les droits qui lui sont reconnus. D'où il résulte que, si un fait quelconque dû à l'administration vient fausser l'équilibre financier du contrat, il faudra que le préjudice qui en découle pour le cocontractant soit réparé afin que le contrat retrouve son équilibre⁶³⁶.

Lorsque nous avons exposé la notion d'équilibre financier du contrat administratif, nous avons relevé que le cocontractant s'exposait à une intervention de l'administration tendant à augmenter ses obligations stipulées ou à les diminuer. C'est un fait qui importe aux yeux du cocontractant de l'administration dans la mesure où la possibilité d'augmenter ou de diminuer ses obligations doit s'accompagner d'une possibilité d'augmenter ou de diminuer ses droits. Ce principe a été consacré dans la célèbre affaire de la Compagnie française des tramways qui a donné lieu à l'arrêt rendu le 11 mars 1910 par le Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement BLUM avait en effet estimé que « Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si, par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir

⁶³⁶ CE 11 mars 1910, Cie générale française des Tramways, Recueil Lebon, p.216. Conclusion. Voir également CE 3 décembre 1920, Formasse, R.D.P.1921, p.80, conclusions Corneille. Et CE 9 mars 1928, Cie Scieries françaises, R.D.P.1928, p. 236. Concl Latournerie.

d'intervention quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges, d'obligations et de droits [...], rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge administratif. Il démontrera que l'intervention, bien que régulière en elle-même, bien qu'obligatoire pour lui, lui a causé un dommage dont réparation lui est due »⁶³⁷.

Après avoir exposé d'une part que, si le concédant peut, si nécessaire, imposer au concessionnaire au nom de l'intérêt général, une aggravation de ses obligations pour garantir le fonctionnement du service public, le commissaire BLUM affirme d'autre part le principe de l'équivalence honnête, qui implique, en contrepartie, le droit du concessionnaire à un rééquilibrage financier du contrat. Il affirme à ce sujet : « Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées... Les avantages et les charges doivent s'équilibrer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui... C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession ».

C'est ainsi que, dès son apparition en France, l'idée d'équilibre financier du contrat a été mise au rang des principes qui régissent le contrat administratif. Parmi les applications qu'en a faites le Conseil d'Etat français, citons son arrêt rendu le 2 février 1983 dans l'affaire des Transports publics urbains. Il y affirme expressément le droit pour l'administration de modifier les clauses du contrat unilatéralement, en application des règles générales régissant les contrats administratifs, en faisant du droit à l'équilibre financier du contrat le pendant de ce pouvoir de modification⁶³⁸.

Après cette brève présentation historique de l'émergence en France de la notion d'équilibre financier du contrat administratif, il convient d'examiner son apparition en Libye. Bien que le droit libyen soit récent, on s'aperçoit que la jurisprudence, en l'occurrence la Cour suprême libyenne en sa qualité de plus haute juridiction du pays, a reconnu le principe de l'équilibre financier du contrat administratif dans de nombreux arrêts. Par exemple, dans son arrêt du 2 avril 1980 qui énonce que « si l'autorité administrative modifie les obligations contractuelles de son cocontractant ou rencontre des circonstances exceptionnelles ou des difficultés imprévisibles, ou encore si l'entrepreneur fait face à des risques économiques dont il résulte une aggravation de ses charges qui affectent l'équilibre financier du contrat, le cocontractant est fondé à attendre de l'administration qu'elle apporte sa contribution, dans des proportions données, de telle sorte qu'il ne supporte pas seul la perte. Elle l'indemnise pour les dommages qu'il subit même si elle n'a commis aucune faute, le montant de l'indemnité variant selon les cas conformément aux éléments de justification qui permettent de l'évaluer »⁶³⁹.

⁶³⁷ UNTREMARIER Elise, Le régime des contrats administratifs, Fiche pédagogique Virtuelle, faculté de droit de Lyon, 2010, p. 8.

⁶³⁸ CE 2 février 1983, Union des transports publics et urbains, Recueil Lebon, p. 33.

⁶³⁹ Cour suprême libyenne, 2 avril 1980, Op.cit. p. 24.

Le législateur libyen a également pris acte de l'idée d'équilibre financier dans les règlements successifs relatifs aux contrats administratifs dont le dernier date de 2007 et comporte l'article 105 libellé comme suit : « Si des circonstances exceptionnelles générales surviennent, ayant un caractère insurmontable et imprévisible, susceptibles de rendre l'exécution de l'obligation, sinon impossible, du moins si coûteuse que le cocontractant s'en trouve menacé de pertes lourdes, celui-ci a droit à une indemnisation qui restitue au contrat son équilibre financier. Si ces circonstances se prolongent sans qu'on puisse en prévoir le terme, il peut être mis fin au contrat à sa demande ».

On peut donc constater que le principe de l'équilibre financier du contrat administratif est pris en compte, malgré la relative nouveauté du droit libyen comparé au droit français. Toute personne au fait des questions libyennes ne s'en étonnera pas, sachant que le droit libyen est largement inspiré du droit français bien qu'il suive sa propre évolution. Il n'y a en tout cas pas de différence notable à relever en la matière entre les deux droits nationaux.

On retire de ce qui précède que les contrats administratifs se fondent sur une adéquation entre les obligations qu'ils imposent et les avantages qu'en retirent les contractants. Si l'administration introduit une modification dans ces obligations, les avantages doivent également être modifiés afin que l'équilibre financier de la convention soit maintenu, car ce dernier est toujours supposé existant dans le contrat, justifiant que le cocontractant de l'administration soit indemnisé sans que le contrat ne l'ait stipulé. Il n'est en effet conforme ni à l'équité ni à l'intérêt général que le cocontractant supporte seul le coût de cette modification. Cette situation ne signifie pas que chaque partie, l'administration et son cocontractant, adopte vis-à-vis de l'autre une attitude consistant à guetter l'occasion à saisir ou se comporte comme le protagoniste d'un différend. C'est tout simplement le droit régissant la relation entre l'autorité administrative et son cocontractant qui fait que l'administration doit appréhender la question sous un angle qui permet de tenir compte de considérations particulières qui priment sur le simple souci de ménager les finances de l'Etat, l'objectif fondamental étant d'assurer le bon fonctionnement du service public, dans la continuité, la qualité du travail fait et des prestations fournies et la célérité de leur réalisation. Ce sont les mêmes raisons qui incitent le cocontractant à appréhender cette question tout en considérant qu'il collabore librement avec l'administration à la réalisation de l'intérêt public et qu'il doit donc le faire avec dévouement.

Tout cela suppose une confiance réciproque entre les deux parties, de la bonne foi, de l'entraide et l'acceptation du point de vue opposé pour venir à bout des difficultés et des obstacles qui se dressent devant l'exécution du contrat. C'est à cette condition que l'autorité administrative pourra être assurée de la bonne exécution réalisée dans les délais convenus et que son cocontractant pourra lui-même être assuré de recevoir, contre le dévouement dont il a fait preuve et la qualité du travail qu'il a fourni, la juste rémunération qui lui revient. L'administration a par ailleurs nombre d'applications et de moyens qui lui permettent de mettre en œuvre la théorie de l'équilibre financier du contrat administratif ; c'est ce que nous allons aborder dans la sous-section suivante.

Sous-section 2 : Les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat administratif

On sait que l'idée d'équilibre financier du contrat administratif ne trouve pas d'application dans le cas où le cocontractant a droit à réparation du fait d'une faute de l'administration. Elle ne vaut que dans les cas où le cocontractant doit être indemnisé sans qu'une faute puisse être imputée à l'administration, des causes étant survenues après la conclusion du contrat et durant son exécution qui provoquent un déséquilibre financier, compliquent l'exécution du contrat et le rendent excessivement onéreux pour le cocontractant, et ce, en aggravant ses charges financières, ce qui nuit à la poursuite de l'exécution et par voie de conséquence au bon fonctionnement du service public et à la rapidité de réalisation des travaux. Et, dans la mesure où ces préoccupations résument les finalités de l'action de l'administration, c'est en toute logique qu'elle intervient et concourt à aplanir les difficultés rencontrées en versant une indemnité pécuniaire au cocontractant qui a subi le préjudice afin qu'il poursuive l'exécution et que le service, objet du contrat, puisse continuer à fonctionner. Nous allons donc examiner dans cette sous-section les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat administratif ainsi que leurs applications législatives et jurisprudentielles en France et en Libye, c'est-à-dire les cas dans lesquels le cocontractant aura droit à une indemnité sans comportement fautif de l'administration. Ces cas sont la théorie de l'imprévision et la théorie du fait du prince que nous aborderons successivement.

A. La théorie de l'imprévision

C'est la principale théorie retenue par la jurisprudence en France comme en Libye et, en raison de son importance, nous l'examinerons en détail. Nous en aborderons d'abord la notion en la définissant et en rappelant les conditions de son apparition, puis nous nous pencherons sur ses conditions d'application. Et, pour finir, nous en évoquerons les résultats et les effets qui en découlent. Autant d'aspects que nous mentionnerons en menant la comparaison entre les droits français et libyen, au moyen des principaux arrêts rendus par le Conseil d'Etat français et la Cour suprême libyenne.

1. La notion d'état d'imprévision

Après la conclusion du contrat et tout au long de son exécution, des circonstances et des événements, naturels, économiques ou politiques, qui étaient imprévisibles et qui sont indépendants de la volonté des parties⁶⁴⁰, peuvent survenir. Le cocontractant ne pouvait les prévoir ni les anticiper au moment où le contrat a été conclu, ni y remédier ou y faire face une fois ces événements advenus. Ces circonstances sont générales et troublent l'économie du contrat, rendant son exécution plus coûteuse que les parties ne l'avaient prévu. Cette exécution devient dès lors pour le cocontractant la cause d'une perte grave, excédant la limite raisonnable et habituelle. Ce sont ces circonstances qui constituent l'état d'imprévision qui

⁶⁴⁰ LEBRETON Gilles, Droit administratif général, 8^{ème}éd, Dalloz, 2015, p 320.

permet au cocontractant de solliciter de l'administration qu'elle supporte la perte causée en lui octroyant une réparation équitable aussi longtemps qu'elles dureront⁶⁴¹.

Si l'état d'imprévision ne rend pas l'exécution du contrat impossible⁶⁴², il bouleverse l'économie dudit contrat dont l'exécution devient une gageure. Le cocontractant n'en est pas moins tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations. Il ne peut cependant pas être abandonné seul face à ces circonstances qu'il ne pouvait prévoir et d'ailleurs il n'est pas dans l'intérêt de l'administration que l'exécution du contrat en soit affectée avec tous les effets qu'on peut redouter pour le service public⁶⁴³.

Si l'administration doit venir en aide à son cocontractant en partageant avec lui l'accroissement des charges extracontractuelles qu'il subit, c'est afin de rétablir l'équilibre financier du contrat tel qu'il existait avant que ne surviennent ces circonstances⁶⁴⁴. Son aide doit permettre de surmonter la mauvaise passe, à savoir la crise que traverse l'exécution du contrat ; elle unit ses efforts à ceux du cocontractant pour vaincre l'impasse de l'imprévision, sachant qu'il n'y a d'indemnité due au partenaire de l'administration en raison de l'état d'imprévision que si une perte grave est subie qui bouleverse l'économie du contrat⁶⁴⁵.

On sait que l'état d'imprévision est une création jurisprudentielle que l'on doit au Conseil d'Etat français⁶⁴⁶, dont l'arrêt célèbre dans l'affaire du Gaz de Bordeaux, en 1916, est

⁶⁴¹ VEDEL Georges, *Droit administratif*, Op.cit. p. 227. Et CHAPUS René, *Droit administratif général*, Op.cit. p. 1212. CE 19 février 1992, SA Dragages et travaux publics, Dalloz 1992, p. 1109. Cf. dans la doctrine arabe : MOHIEDDINE Salim, *La Théorie de l'état d'imprévision en droit civil et dans la jurisprudence islamique*, Etude comparée, Alexandrie, Egypte, 2007, p. 72.

⁶⁴² C'est la force majeure qui rend l'exécution impossible et non pas l'état d'imprévision. Elle consiste également en un événement imprévisible, insurmontable, indépendant de la volonté des parties, survenant après la conclusion du contrat et rendant l'exécution impossible. De cette définition, ressort la différence entre la force majeure et l'état d'imprévision. S'ils ont en commun l'imprévisibilité et le caractère insurmontable, la différence vient de ce que la force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation alors que l'imprévision rend l'exécution très coûteuse et difficile mais pas impossible. C'est ce que mentionne le règlement libyen de 2007 relatif aux contrats administratifs, dans son article 106, sous le titre « Force majeure » : « Le cocontractant est libéré de l'exécution de ses obligations lorsque survient une force majeure rendant l'exécution du contrat =impossible ». Ce qui signifie que la force majeure provoque l'extinction de l'obligation, le débiteur n'étant pas comptable de l'inexécution. En revanche, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne supprime pas l'obligation mais la ramène à une dimension raisonnable, la perte étant partagée entre le débiteur et le créancier. Voir sur cette question : GHANNAM Cherif, *L'effet du changement de circonstances dans les contrats commerciaux de l'Etat*, Thèse, université de Mansourah, Egypte, 2007, p. 20.

⁶⁴³ LAUBADERE André, VENEZIA Jean-Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., 10^{ème} éd, T. 1, 1988, p. 636.

⁶⁴⁴ CLOUZOT L, *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : Une impossible désuétude*, RFDA, 2010, p.973.

⁶⁴⁵ ABDELMOULA Ali, *Les événements imprévisibles qui surviennent lors de l'exécution du contrat administratif*, Op.cit. p. 14.

⁶⁴⁶ Certains soutiennent, contre cette paternité largement reconnue du Conseil d'Etat français, que la théorie a ses racines dans la jurisprudence islamique et dans le Coran. La jurisprudence islamique a élaboré la théorie selon laquelle la nécessité rend licite ce qui est prohibé. On sait que l'islam interdit la consommation des animaux non égorgés rituellement ainsi que celle du vin. Mais il la rend licite dans des cas exceptionnels déterminés, par exemple lorsque la nourriture manque et que l'on peut craindre la mort, on peut consommer la viande prohibée en raison de la circonstance imprévisible, ou encore, s'il n'y a pas d'eau disponible et que la vie de l'individu est en danger, il peut consommer du vin. Le fondement en est le verset 173 de la sourate 2 du Coran : « Il vous est certes interdit de consommer la chair d'une bête morte, le sang, la viande de porc, et ce sur quoi on a invoqué un autre qu'Allah. Il n'y a pas de péché pour celui qui est contraint, mais il ne faut ni abuser ni transgresser. Dieu est pardon et miséricorde ». L'un des premiers califes, dits « califes bien inspirés », Omar Ibn El Khattab n'a, par=

à la base de la théorie de l'imprévision. Cette théorie est apparue en relation avec les événements de la Première Guerre mondiale et les bouleversements économiques, sociaux et politiques qu'elle a causés. Ce sont des événements que nul ne pouvait alors prévoir et pas davantage les conséquences économiques qui en ont résulté. La guerre a entraîné une chute de la monnaie et une inflation telle qu'il était difficile de ramener les positions contractuelles à ce qu'elles étaient avant le début des opérations militaires. Cet arrêt est donc considéré comme étant à la base de la théorie de l'imprévision. Au départ de l'affaire, se trouve l'augmentation considérable des prix du charbon⁶⁴⁷ après l'ouverture des hostilités qui a amené la Société de l'éclairage de la ville de Bordeaux à considérer que les tarifs qu'elle percevait en contrepartie de l'éclairage de la ville étaient trop faibles pour couvrir ses frais. Elle a donc demandé à l'autorité concédante une augmentation des tarifs mais a essuyé un refus, l'administration maintenant son exigence de l'exécution de la concession en arguant du fait que cette exécution n'était pas impossible, le charbon étant disponible même si son prix avait augmenté. La société a saisi le Conseil d'Etat qui a mis en œuvre un principe nouveau tiré de la règle du fonctionnement du service public et affirmant que, lorsque des circonstances imprévues surviennent qui sont susceptibles d'aggraver les charges du concessionnaire au point d'affecter gravement l'équilibre du contrat, ce dernier a le droit de demander à l'administration, ne serait-ce qu'à titre provisoire, de participer jusqu'à un certain point aux pertes qu'il subit⁶⁴⁸.

Cette décision garde à ce jour toute sa pertinence même si le Conseil d'Etat français a introduit des aménagements qui ont fait évoluer la théorie dans plusieurs de ses aspects dont on peut citer les suivants :

Premier aspect : il est apparu dans les années qui ont suivi la Première Guerre mondiale que les bouleversements économiques, avec la baisse de la valeur de la monnaie et l'augmentation des prix qu'elle a entraînée, ont donné naissance à un climat économique inédit dans lequel il était clair que les positions contractuelles ne pouvaient revenir à leur situation initiale. Cela a conduit le Conseil d'Etat à adopter des solutions nouvelles pour compléter la théorie de l'imprévision et l'appliquer, notamment en ce qui concerne la fin de l'état d'imprévision, dans l'affaire Compagnie des tramways de Cherbourg jugée le 9 décembre 1932⁶⁴⁹.

Deuxième aspect : La Seconde Guerre mondiale a provoqué des modifications dans la vie économique, l'Etat devenant un opérateur dans de nombreux secteurs économiques. Le champ de la théorie de l'imprévision s'en est trouvé élargi englobant les actes des autorités administratives après qu'il ait été limité à des manifestations totalement étrangères à l'Etat. Le problème nouveau qui est alors apparu avait trait au critère de distinction entre le fait du

=ailleurs, pas hésité à suspendre l'application de la peine prévue pour le vol (couper la main du voleur) lors d'une année de famine. Cela ne s'explique que par l'existence de circonstances imprévisibles et exceptionnelles qui ont imposé la non-application des règles en vigueur pour leur en substituer d'autres plus appropriées aux circonstances. Pour en savoir plus sur ce point de jurisprudence islamique, consulter : SAID Ali, La théorie de l'état d'exception dans les contrats administratifs et la charia islamique, Op.cit. p. 38.

⁶⁴⁷ Le charbon était alors la source d'énergie utilisée pour produire le gaz. Son prix était passé de 35 à 117 francs entre janvier 1915 et mars 1916. Le contrat de concession entre la Société Gaz de Bordeaux et l'administration avait été conclu auparavant.

⁶⁴⁸ CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Eclairage, Recueil Lebon, p. 125. Concl Chardent. D. 1916. 3.35. S. 1916. 3.17, note Hauriou.

⁶⁴⁹CE 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Recueil Lebon, N° 89655. Concl Josse.

prince et l'imprévision du fait de l'existence dans les deux situations d'une origine commune qui est un acte de l'autorité administrative. Le Conseil d'Etat en a traité dans l'arrêt Ville d'Elbeuf du 5 juillet 1949⁶⁵⁰.

Troisième aspect : Le Conseil d'Etat a proclamé un principe nouveau dans l'arrêt Département des Hautes Pyrénées⁶⁵¹ du 12 mars 1976, affirmant que le cocontractant était en droit de demander réparation pour la période consécutive à l'extinction du contrat de concession, ce qui donne à penser que la théorie de l'imprévision a une autre justification que le service public, d'autres considérations pouvant légitimer l'indemnisation.

En Libye, cette théorie est évoquée dans le code civil et dans le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007. L'article 147 du code civil libyen énonce dans son premier alinéa le principe selon lequel « le contrat constitue la loi des parties » avant d'évoquer dans l'alinéa 2 la théorie de l'imprévision dans les termes suivants : « Cependant, lorsque surviennent des événements exceptionnels à caractère général qui n'étaient pas prévisibles et qui rendent l'exécution de l'obligation contractuelle, sinon impossible, ou du moins excessivement coûteuse pour le débiteur au point de le menacer de pertes graves, le juge peut, en fonction des circonstances et après avoir pesé l'intérêt des deux parties, ramener l'obligation excessive à une plus juste proportion, tout accord contraire étant considéré comme nul ».

Sous le titre « Etat d'imprévision », l'article 105 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 énonce pour sa part : « S'il survient des circonstances exceptionnelles générales imprévisibles et susceptibles de rendre l'exécution de l'obligation contractuelle, sinon impossible, du moins excessivement coûteuse pour le cocontractant au point de le menacer de pertes graves, ce dernier a droit à une indemnité qui restitue au contrat un équilibre financier raisonnable. Si ces circonstances perdurent et qu'on ne peut s'attendre à ce qu'elles cessent, il peut être mis fin au contrat à la demande du cocontractant ».

Nous avons mentionné que le Conseil d'Etat français avait considéré la guerre comme un état d'imprévision dans l'arrêt rendu dans l'affaire du Gaz de Bordeaux et c'est ce dont s'est inspirée la Cour suprême libyenne dans sa décision du 9 janvier 1980 quand elle a affirmé que « la guerre s'apparente à l'état d'imprévision dont il résulte que, dans le cas où l'exécution de l'obligation s'avère excessivement coûteuse, l'administration doit contribuer avec le cocontractant au surplus de charges découlant de ces circonstances »⁶⁵².

Il faut noter que le champ d'application de la théorie de l'imprévision est très varié, les circonstances qui le constituent pouvant être naturelles, comme par exemple un séisme ou des inondations, ou économiques, telles qu'une augmentation importante des salaires et des prix. Il peut s'agir également d'un acte pris par une autorité autre que l'autorité contractante, par exemple une loi ou un règlement nouveaux susceptibles de bouleverser l'économie du contrat, une déclaration de guerre, ou encore d'autres événements provoquant l'augmentation des prix,

⁶⁵⁰ CE 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Recueil Lebon, p. 385.

⁶⁵¹ CE 12 mars 1976, Département des Hautes Pyrénées, Recueil Lebon, N° 91471. p. 155.

⁶⁵² Cour suprême libyenne, 9 janvier 1980, recours administratif N° 24/31, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1980, p. 16.

la rareté des produits ou une grande difficulté dans l'exécution du contrat. Malgré la diversité des circonstances provoquant l'état d'imprévision, elles supposent la réunion de conditions communes que nous allons maintenant aborder.

2. Les conditions de l'état d'imprévision

Nonobstant la nature des événements qui provoquent l'état d'imprévision, ils doivent tous remplir certaines conditions déterminées. Dans son arrêt du 1^{er} mars 1992, la Cour suprême libyenne énonce à ce propos : « Pour que s'applique la théorie de l'état d'imprévision, il faut que se produise un événement exceptionnel, d'occurrence rare, qu'il soit général, affectant un ensemble de personnes et non pas le seul débiteur, qu'il ne soit pas possible de le prévoir ni de l'empêcher, et que cet événement rende très coûteux l'exécution de l'obligation. Si ces conditions sont réunies dans l'événement considéré, le juge peut ramener l'obligation à un niveau raisonnable mais il faut que l'obligation existe, qu'elle n'ait pas été exécutée »⁶⁵³.

De cet arrêt ainsi que des décisions rendues par le Conseil d'Etat français et que nous avons mentionnées, on peut dégager les conditions suivantes qui sont exigées pour que s'applique la théorie de l'imprévision :

Première condition : L'événement doit être imprévisible et inévitable

C'est la condition essentielle de l'application de la théorie. L'événement ne doit pas être prévisible et ne pas constituer un aléa que les contractants ont eu l'intention commune d'affronter au moment où ils ont contracté, auquel cas ils l'auraient prévu et se seraient donné les moyens de le surmonter une fois qu'il s'est produit⁶⁵⁴. La notion d'imprévisibilité de l'acte, de la circonstance ou de l'événement qui entrave l'exécution du contrat a une acception relative, en ce sens qu'il n'y a pas d'imprévisibilité absolue. L'imprévisibilité n'est donc pas appréciée en tant que telle mais dans sa relation avec les autres circonstances concomitantes⁶⁵⁵.

Tout contrat comporte des aléas et tout contractant avisé évalue ces aléas et en pèse les conséquences. S'il a manqué à ce devoir de prudence, il devra en supporter les conséquences. Quant à la circonstance contre laquelle le contractant doit être protégé, c'est celle qui est au-delà de tout ce que les parties au contrat peuvent prévoir et dont il résulte qu'elle est insurmontable. Cela dit, l'événement qui est surmontable, même s'il était imprévisible, n'est pas constitutif d'un état d'imprévision. C'est ce que le Conseil d'Etat a rappelé dans nombre de ses décisions en affirmant que ce sont les effets de l'événement qui doivent être imprévisibles⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Cour suprême libyenne, 1^{er} mars 1992, Revue de la Cour suprême, N° 3 et 4, 1992, p. 113.

⁶⁵⁴ KHALED Tahar, Droit administratif, Amman, Jordanie, 1^{ère} éd, 1977, p. 276.

⁶⁵⁵ ABDELADHIM Abdessalam, Les effets de l'état d'imprévision et des difficultés matérielles sur l'exécution du contrat administratif, Le Caire, 1999, p. 54.

⁶⁵⁶ CE 4 novembre 1932, Sté Cau assainissement, Recueil Lebon, p. 916. Et CE 10 mars 1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A 1948, p. 331. Et Voir également CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de La Seine, JCP 1994, p. 224.

En Libye, le règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 insiste dans son article 105, précité, sur la nécessité d'établir l'imprévisibilité des circonstances survenues afin que la théorie de l'imprévision puisse s'appliquer au litige.

La Cour d'appel de Benghazi insiste sur ce point dans son arrêt du 15 janvier 1991 en affirmant que « la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence, considère que l'application de la théorie de l'imprévision suppose que des événements et circonstances, naturels ou économiques, ou des actes effectués par une autorité administrative autre que celle qui a contracté, surviennent en cours d'exécution du contrat administratif, que le cocontractant ne pouvait envisager lors de sa conclusion et qui ne soient pas surmontables, susceptibles de causer à ce dernier des pertes graves troublant l'économie du contrat de façon substantielle. En conséquence, l'événement survenu doit avoir un caractère d'imprévisibilité »⁶⁵⁷.

C'est ce que relève la Cour suprême libyenne lorsqu'elle affirme que « l'événement susceptible d'être invoqué est un événement exceptionnel, d'occurrence rare et imprévisible. Le fait importun dont argue le défendeur au pourvoi est la publication d'un arrêté interdisant la consommation d'alcool ou le jeu de hasard qui n'est pas de caractère exceptionnel puisqu'il est possible de le prévoir. En effet, la Libye a été et sera un pays musulman et sa Constitution, dans le cadre de laquelle le contrat a été conclu, dispose que sa religion est l'Islam. Certaines de ses provinces avaient promulgué, avant que le système fédéral ne soit supprimé, une loi portant interdiction de la consommation d'alcool. D'autre part, le Code pénal la considère comme une infraction dans des cas particuliers. Du fait que le contrat de concession stipule que le concessionnaire est soumis, dans la gestion d'un hôtel, aux lois et règlements en vigueur et à venir, il ressort que l'autorité contractante pouvait prévoir dans l'avenir la publication de réglementations. Et le concessionnaire aurait dû en tenir compte car, quand il a accepté la concession sur cette base, l'interdiction de l'alcool et du jeu était aussi prévisible pour lui. De ce fait, le caractère d'exceptionnalité ne peut être reconnu à l'événement qui ne peut être considéré comme une surprise. En conséquence, il ne peut réclamer une réparation pour la perte subie en invoquant l'état d'imprévision. En résumé, les événements imprévisibles sont ceux qui sont au-delà de toute prévision imaginable par le cocontractant lors de la conclusion du contrat. Il n'y a donc pas lieu de mettre en œuvre la théorie de l'imprévision lorsque le préjudice était prévisible »⁶⁵⁸.

S'agissant du critère de l'imprévisibilité il s'apprécie par rapport à un individu ordinaire. Il faut qu'il ne soit pas dans la capacité d'une personne ordinaire de prévoir l'événement si elle se trouvait dans la position du cocontractant au moment de la conclusion, et ce sans qu'il soit nécessaire de considérer si le cocontractant l'avait ou non prévu. C'est donc un critère objectif et non pas personnel. C'est la raison pour laquelle le juge ne va explorer la pensée du cocontractant pour savoir s'il avait prévu ou non l'événement. Il se contentera d'établir si l'événement ou l'acte est de ceux qu'on peut normalement prévoir dans les circonstances qui ont présidé à la conclusion du contrat⁶⁵⁹. La doctrine s'accorde à

⁶⁵⁷Cour d'appel de Benghazi, 15 janvier 1991, Recours administratif N° 16/73 (Non publié).

⁶⁵⁸ Cour suprême libyenne, 23 avril 1980, recours administratif N° 24/65, Revue de la Cour suprême, N° 1, 1980, p. 41.

⁶⁵⁹ EDHENIBAT Mohamed, Précis de droit administratif, Amman, Jordanie, 2005, p. 274.

considérer qu'il faut que l'événement soit impossible à éviter ou à surmonter. Si l'on suppose le cas d'un événement exceptionnel qui survient mais qu'il était possible d'éviter ou dont il était possible d'éviter les conséquences en fournissant un effort raisonnable, on considèrera qu'un tel événement ne peut justifier l'application de la théorie de l'imprévision⁶⁶⁰.

L'événement doit donc être imprévisible et insurmontable pour que s'applique la théorie de l'imprévision. Tel est le critère essentiel sur lequel s'accordent les droits français et libyen.

Deuxième condition : Que l'événement soit indépendant de la volonté des contractants

Cette deuxième condition est établie par la doctrine classique⁶⁶¹. Le cocontractant ne peut réclamer d'indemnisation s'il a causé les événements constitutifs de la difficulté d'exécution ou encore s'il pouvait les éviter mais qu'il s'en est abstenu. S'il apparaît qu'il a joué un rôle dans la survenue de l'événement ou qu'il ne l'a pas évité parce qu'il a commis une faute ou une négligence, il supportera seul les conséquences de son acte ou de sa défaillance. L'événement ou la circonstance doivent obligatoirement être extérieurs aux contractants, c'est-à-dire indépendants de leur volonté qui n'est en rien la cause de leur survenue⁶⁶².

Si on admettait que l'état d'imprévision pouvait résulter du fait des contractants, on inciterait le cocontractant à le provoquer pour se dérober à ses obligations. Il était donc nécessaire que l'imprévision soit tout à fait indépendante de la volonté des parties. Le débiteur qui aurait recours à des procédés dilatoires dans l'exécution, en attendant que l'état d'imprévision soit constitué ou que ses effets s'aggravent, serait considéré comme responsable des circonstances qui l'ont provoqué ou de l'aggravation de leurs conséquences. S'il n'avait pas tergiversé dans l'exécution, il n'y aurait pas eu lieu de parler d'état d'imprévision⁶⁶³.

Le Conseil d'Etat français applique cette condition avec rigueur et refuse toute réparation au cocontractant chaque fois que l'événement considéré peut lui être imputé, qu'il ait causé l'événement intentionnellement ou par négligence ou qu'il ait omis de fournir les efforts nécessaires pour l'éviter, dans l'hypothèse où cela était possible. Si le cocontractant a en partie causé les événements constitutifs de l'état d'imprévision ou a contribué par sa faute à l'accroissement de ses charges, le juge en tiendra compte dans l'évaluation de la réparation⁶⁶⁴.

Si l'administration a provoqué par sa faute ou par son propre fait des événements susceptibles de causer un dommage au cocontractant, elle devra le réparer. Nous verrons que cette réparation se fonde sur la faute ou le fait du prince. Et la question qui se pose ici est relative à l'hypothèse où l'état d'imprévision est dû au fait de l'administration sans qu'elle ait

⁶⁶⁰ TAFOUNA Ibrahim, Les difficultés de l'exécution du contrat administratif, Master 2, Faculté de droit, Université de Tripoli, Libye, 2008, p. 149.

⁶⁶¹ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 491, qui définit l'état d'imprévision comme indépendant de la volonté des parties.

⁶⁶² EL HARARI Mohamed, Les fondements du droit administratif libyen, Op.cit. p. 239.

⁶⁶³ EL MAZOUGH I Abdessalem, Théorie générale de la science juridique, Tome 3, Théorie générale des contrats, p. 344.

⁶⁶⁴ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 102.

commis de faute : le cocontractant qui a subi un préjudice sera-t-il privé de réparation s'il lui est impossible de bénéficier de la théorie du fait du prince, que nous aborderons plus loin?

A cette question, le Conseil d'Etat français répond par la négative et autorise le cocontractant à réclamer une réparation sur la base de la théorie de l'imprévision si les autres conditions en sont réunies⁶⁶⁵. En Libye, la Cour suprême a retenu cette solution à propos d'un litige relatif au forage de deux puits dans la ville d'Yefren. La société contractante avait manqué à ses obligations, renonçant à forer le second puits, ce qui avait conduit le ministère de l'agriculture, autorité contractante, à lui retirer le projet. Mais cette autorité a tardé à passer un nouveau marché pour le forage du second puits, laissant passer environ vingt-deux mois après la décision de retrait. C'était l'époque où la guerre d'octobre 1973 avait éclaté entre les Arabes et Israël ce qui avait provoqué une nette augmentation des prix. L'administration a voulu se retourner contre la première société contractante pour lui réclamer le montant de l'augmentation qui avait affecté les prix. Mais le juge ne lui a pas accordé l'équivalent de la totalité de l'augmentation qu'elle réclamait, en considérant qu'elle avait participé à la réalisation de l'état d'imprévision en tardant à trouver un remplaçant à la société éconduite⁶⁶⁶.

En résumé, l'état d'imprévision doit être indépendant de la volonté des parties au contrat.

Troisième condition : Que l'état d'imprévision survienne pendant l'exécution du contrat

Il doit intervenir après la conclusion du contrat et avant l'achèvement de son exécution, ce qui suppose que l'exécution se prolonge un certain temps pendant lequel survient l'état d'imprévision qui bouleverse l'économie du contrat⁶⁶⁷. C'est la raison pour laquelle l'application de la théorie est plus probable et évidente dans les contrats de longue durée. Cependant, si on a affaire à un contrat instantané et que des circonstances exceptionnelles surviennent après sa conclusion, rien ne s'oppose à l'application de la théorie de l'imprévision pour peu que ses conditions sont réunies, même si, en pratique, cela est plutôt rare⁶⁶⁸.

Si on admet que l'état d'imprévision ne doit se produire que pendant l'exécution du contrat, quelle position adopter à l'égard de l'imprévision qui survient après la conclusion du contrat, c'est-à-dire sa signature, et avant son exécution, ou encore après la période fixée pour son exécution? On peut apporter à cette question la réponse suivante :

* S'agissant des circonstances qui surviennent avant la conclusion du contrat, en principe, le juge n'indemnise pas leurs conséquences dommageables. Néanmoins, si l'on considère que la conclusion du contrat passe par différentes étapes, on devra prendre en compte l'événement qui survient après le dépôt de la soumission et la signature du marché. Lorsque l'événement survient dans cet intervalle, le Conseil d'Etat français accorde une

⁶⁶⁵ CE 8 décembre 1944, Sté l'Energie industrielle, R.D.P, 1946, p. 317. Avec rapport de Monsieur Detton et Conclusions JEZE. Et CE 3 mars 1949, min .T.P. contre E.D.F, Dalloz 1953, p. 309.

⁶⁶⁶ Pour plus de précisions, voir : Cour suprême libyenne, 9 janvier 1980, recours administratif N° 24/31, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1980, p. 16.

⁶⁶⁷DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, Droit administratif, 12^{ème} éd, S., 2010, p 471.

⁶⁶⁸ MEHENNA Mohamed, Principes et règles du droit administratif en République arabe d'Egypte, Alexandrie, Egypte, 1973, p. 76.

réparation de ses conséquences dommageables⁶⁶⁹. Si l'événement se produit alors que l'administration n'a pas achevé l'examen de la soumission dans le délai fixé, chaque concurrent a le droit de retirer sa soumission, et, dans le cas où il ne l'a pas fait, il sera réputé avoir été au courant de la circonstance survenue et n'aura aucun droit à réparation⁶⁷⁰.

* S'agissant des circonstances qui surviennent après la fin de la durée d'exécution fixée, en principe, il n'y a pas de droit à réparation car de telles circonstances n'ont aucune incidence sur l'exécution qui est supposée achevée au moment où elles sont survenues. Mais qu'en est-il lorsque l'exécution s'est prolongée au-delà de la durée prévue, de sorte que ces circonstances l'ont affectée? Dans ce cas, la solution ne présente pas de difficultés et si la cause du retard est imputable à une faute du cocontractant, il doit en supporter les conséquences⁶⁷¹. En revanche, la réparation est due si le retard est imputable à une faute de l'administration, mais il en va autrement dans le cas où l'administration a accepté la prolongation de l'exécution à la requête du cocontractant. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat accepte d'appliquer la théorie de l'imprévision⁶⁷².

En Libye, la Cour suprême a retenu l'idée que l'événement imprévisible doit se produire pendant l'exécution du contrat. Elle a pu ainsi affirmer : « Considérant que le demandeur au pourvoi demande que lui soit alloué le montant mentionné dans sa requête, au regard des circonstances imprévisibles qui ont affecté l'exécution du contrat de concession; que le contrat a été exécuté effectivement et que la livraison a été faite le 23 janvier 1983; que le demandeur s'est adressé à l'autorité administrative par lettre datée du 22 avril 1984 pour lui demander de l'aider à supporter la perte occasionnée du fait de cette exécution; qu'il a donc fait cette demande plus d'un an après l'exécution de la concession et sa livraison définitive; que le rejet de la demande n'est donc pas contraire à la loi et n'en constitue pas une application erronée »⁶⁷³.

Quatrième condition : Que l'événement provoque une atteinte à l'équilibre financier du contrat

Il ne suffit pas que l'état d'imprévision provoque pour le cocontractant de l'administration un simple manque à gagner ou une occasion perdue de réaliser un bénéfice, encore faut-il qu'il subisse une perte et qu'elle soit importante, une perte simple ne pouvant justifier la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision. Autrement dit, la perte occasionnée doit rejaillir sur l'équilibre financier du contrat⁶⁷⁴, elle doit être d'une ampleur et d'une continuité telle qu'on puisse craindre que le cocontractant ne soit dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard du service public⁶⁷⁵.

⁶⁶⁹ CE 12 janvier 1938, Commune d'Antony, Recueil Lebon, p. 20.

⁶⁷⁰ CE 15 janvier 1932, Sté Les Limousins, Recueil Lebon, p. 64.

⁶⁷¹ CE 29 avril 1949, Débusque, Recueil Lebon, p. 191.

⁶⁷² CE 8 décembre 1948, Min. Pord .ind. Recueil Lebon, p. 643.

⁶⁷³ Cour suprême libyenne, 1^{ère} mars 1992, Revue de la cour suprême, N° 3 et 4, 1992, p. 113.

⁶⁷⁴ MOHAMED Ahmed, La responsabilité pour risque de l'administration dans les droits français et égyptien, Thèse, université d'Ain Shems, Le Caire, Egypte, 1995, p. 130.

⁶⁷⁵ MASKOUNI Sabih, Les juridictions administratives libyennes, Benghazi, Libye, 1974, p. 500.

Cependant, le bouleversement de l'économie du contrat est compris de façon relative et s'apprécie au cas par cas en tenant compte des données du contrat. Le Conseil d'Etat prend en compte de multiples considérations, telles que le chiffre d'affaires du cocontractant, le montant des réserves de financement dont il dispose et la plus ou moins grande facilité qu'il a d'obtenir les fonds nécessaires à son activité⁶⁷⁶.

Le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 énonce cette condition dans son article 105 comme étant celle qui « rend l'exécution de l'obligation, sinon impossible, du moins excessivement coûteuse, menaçant le cocontractant de subir une perte exorbitante ». Peu importe que le cocontractant perde ses bénéfices, en tout ou en partie, car une telle perte est normale et prévisible. Il doit être menacé de subir une perte écrasante qui lui rendrait l'exécution particulièrement éprouvante, sans qu'elle devienne impossible, car dans ce cas il serait face à un cas de force majeure et non à un état d'imprévision. La Cour d'appel de Benghazi a décrit l'atteinte à l'équilibre financier du contrat comme suit : « Que des pertes exorbitantes frappent le cocontractant qui remettent en cause l'économie du contrat »⁶⁷⁷. La Cour suprême libyenne en fait aussi mention, affirmant qu'« il faut que la perte résultant de la circonstance imprévisible excède la perte normale que tout contractant supporte, pour constituer une perte exceptionnelle qui entraîne l'intervention du juge pour ramener l'obligation exorbitante à un niveau raisonnable »⁶⁷⁸.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude des conditions nécessaires à la constitution de l'état d'imprévision qui oblige l'administration à partager avec le cocontractant les pertes qu'il a subies. Celui-ci est indemnisé du fait de l'occurrence de telles circonstances. Mais, est-il indemnisé intégralement ou partiellement? Autrement dit, si ces conditions sont réunies, quels sont les effets qui en résultent? C'est la question que nous allons aborder.

3. Les effets résultant de l'état d'imprévision

L'état d'imprévision est un état intermédiaire entre la situation normale dans laquelle le contractant peut remplir ses obligations contractuelles et le cas de force majeure qui conduit à le libérer de ses obligations⁶⁷⁹. C'est à partir de cette considération que se déterminent les effets attachés à l'état d'imprévision, tels que les a définis le Conseil d'Etat français. De l'application de cette théorie, il résulte l'obligation pour le cocontractant de poursuivre l'exécution du contrat et de remplir ses obligations car l'exécution n'est pas rendue impossible par l'état d'imprévision. L'impossibilité d'exécuter libre de l'obligation de le faire, alors que dans l'état d'imprévision, l'exécution devient excessivement coûteuse tout en demeurant possible. En dépit de la difficulté qu'il rencontre, il doit poursuivre l'exécution pour assurer la

⁶⁷⁶ CE 8 novembre 1944, Cie Chemins de fer d'Enghien, Recueil Lebon, p. 657.

⁶⁷⁷ Cour d'appel de Benghazi, 15 septembre 1991, Recours administratif N° 16/73, p. 16 (Non publié).

⁶⁷⁸ Cour suprême libyenne, 9 janvier 1980, recours administratif N° 24/31, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1980, p. 16.

⁶⁷⁹ THIERRY Kirat, L'Allocation des risques dans les contrats, RIDE, Association internationale de droit Economique 2003, N° 3, p. 26.

continuité du service public, la relation contractuelle étant une relation de collaboration dans l'intérêt de ce service⁶⁸⁰.

Cela exige du cocontractant qu'il s'efforce au mieux d'exécuter ses obligations, qui sont indissociables de l'intérêt général et de la qualité des prestations fournies aux usagers du service public. Quelle que puisse être l'ampleur des difficultés auxquelles il fait face, il doit donc poursuivre l'exécution du contrat, en se concentrant sur ces enjeux qui ne sont pas sans rapport avec l'indemnisation à laquelle il a droit en raison du coût exorbitant de l'exécution du contrat⁶⁸¹.

Que le cocontractant suspende l'exécution en invoquant l'imprévision et l'administration ne manquera pas de lui infliger des sanctions, notamment des pénalités de retard. L'état d'imprévision ne saurait constituer une excuse à la non-exécution du contrat dès lors que celle-ci est possible et que l'imprévision ne s'est pas mue en cas de force majeure. Le cocontractant ne peut donc suspendre l'exécution⁶⁸².

Le Conseil d'Etat a reconnu au cocontractant qui a poursuivi l'exécution de ses obligations en dépit de la survenue d'un état d'imprévision le droit d'exiger que lui soient épargnées les pénalités de retard. Car si le respect par le cocontractant des délais d'exécution est essentiel du fait que ces délais sont adaptés aux besoins du service public, objet du contrat, les difficultés rencontrées dans l'exécution normale du contrat dans les délais doivent être prises en compte, car devant être considérées comme une excuse justifiant l'exonération des sanctions encourues ou leur allègement⁶⁸³.

Le Conseil d'Etat français fait preuve en la matière d'un certain pragmatisme. Il peut, dans certains cas, allouer une réparation sur la base de la théorie de l'imprévision, prenant en compte la difficulté des circonstances subies par le cocontractant qui aura interrompu l'exécution, tout en déduisant du montant de l'indemnité les pénalités de retard⁶⁸⁴. Il peut tout aussi bien, dans d'autres cas, refuser l'indemnisation.

S'agissant de la Libye, on ne trouve pas dans la pratique de points de divergence avec la position du Conseil d'Etat français. En cas d'imprévision, le cocontractant doit poursuivre l'exécution dès lors qu'elle demeure possible. Nous avons relevé plus haut que le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 évoquait dans son article 105 « des circonstances exceptionnelles générales imprévisibles et susceptibles de rendre l'exécution de l'obligation contractuelle, sinon impossible, du moins excessivement coûteuse pour le cocontractant au point de le menacer de pertes exorbitantes ». L'article 106 ajoute sous le titre « Cas de force majeure : « Le cocontractant est dispensé de l'exécution de ses obligations si une force

⁶⁸⁰ ABDELADHIM Abdessalem, Les effets de l'état d'imprévision et des difficultés matérielles sur l'exécution du contrat administratif, Op.cit. p. 85.

⁶⁸¹ SAID Ali, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la charia islamique, Etude comparée, Op.cit. p. 150.

⁶⁸² Il peut arriver en pratique que l'état d'imprévision se mue en cas de force majeure en très peu de temps. Le cocontractant peut alors interrompre l'exécution pendant cette période puis la reprendre quand la force majeure disparaît, à défaut de quoi, il ne pourra invoquer l'imprévision. Pour plus de précisions, voir : CE 30 juin 1932, Commune de Gange, Recueil Lebon, p. 647. Et CE 28 février 1941, Min .T.P, Recueil Lebon, p. 23.

⁶⁸³ CE 10 avril 1923, Sté d'éclairage d'Oloron, Recueil Lebon, p. 682.

⁶⁸⁴ CE 13 novembre 1953, Charnit et Collet, AJDA 1954, p. 66.

majeure survient qui la rend impossible ». La dispense d'exécution en cas de force majeure est donc ici formulée expressément alors qu'il n'en est pas de même s'agissant de l'état d'imprévision. On en retire que le cocontractant est, dans le cas de l'état d'imprévision, tenu de poursuivre l'exécution, ce qui est conforme aux options retenues par le droit français.

A côté de cette obligation faite au cocontractant de poursuivre l'exécution, un autre effet important de la théorie de l'imprévision est le droit reconnu au cocontractant de se voir allouer une indemnité adéquate. Dès lors que les conditions de l'imprévision sont réunies et que le cocontractant a poursuivi l'exécution, il est en droit de solliciter l'aide de l'administration pour surmonter cette circonstance et ce qu'il en a résulté pour lui comme aggravation de ses charges financières et comme bouleversement de l'économie du contrat, l'exécution du contrat étant devenue problématique. L'administration est, dans cette circonstance, tenue de supporter avec lui le poids de ses charges et de l'aider à surmonter cette mauvaise passe⁶⁸⁵.

L'affirmation du devoir de l'administration de porter secours à son collaborateur dans la gestion du service public implique qu'elle l'indemnise en partie pour la perte qu'il a subie. La théorie de l'imprévision vise en effet à répartir cette charge entre le cocontractant et l'administration afin que se poursuivent à la fois l'exécution du contrat et la marche du service public et que l'intérêt général soit préservé⁶⁸⁶.

Cette indemnisation, qualifiée de partielle, a un caractère provisoire puisqu'elle se rattache à l'état d'exception. Elle est allouée par l'administration en attendant un retour à l'équilibre financier du contrat afin de surmonter la circonstance exceptionnelle qui en a causé le déséquilibre. Le retour à l'équilibre financier se produit par la disparition de sa cause, c'est-à-dire de l'événement naturel ou économique qui a provoqué l'aggravation des charges du cocontractant, avec le retour des prix à leur niveau antérieur après leur soudaine augmentation, ou avec une réaction adéquate de l'administration à cet événement de façon à mettre fin au déséquilibre financier par la révision des conditions contractuelles dans le sens d'une adaptation aux nouvelles circonstances.

Cependant, s'il apparaît qu'il est impossible de rétablir l'équilibre financier du contrat du fait de la prolongation de l'état d'imprévision, la situation doit être traitée par les deux parties d'un commun accord, même si cela est difficile du fait que le cocontractant n'est pas enclin à poursuivre l'exécution d'un contrat dont il n'espère plus aucun gain et que l'administration ne peut continuer à payer pour un contrat dont l'évaluation s'avère impossible. Dans une telle hypothèse, la solution consistera pour l'une des parties, qui y est habilitée, à intenter une action en résolution du contrat. Et, dans l'hypothèse où les deux parties ne peuvent conclure un nouvel accord qui leur permette de faire face à l'état d'imprévision et où le juge est saisi en conséquence d'une action en résolution, celui-ci fera droit à la demande et allouera une indemnité à l'une d'entre elles s'il est avéré que c'est l'entêtement de l'autre qui a

⁶⁸⁵ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit. p. 219.

⁶⁸⁶ AMIN Mohamed Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit. p. 430.

empêché un nouvel accord qui aurait été l'alternative à la résolution⁶⁸⁷. Le juge n'est en effet pas habilité à modifier les conditions du contrat, il ne peut que prendre acte de la volonté explicite ou implicite des parties et l'appliquer au litige. Le juge ne peut de sa propre initiative modifier les clauses du contrat, son pouvoir se limite à l'octroi d'une indemnisation appropriée en cas d'imprévision et à la résolution du contrat à la demande de l'une des parties⁶⁸⁸. Il fait application d'un certain nombre de règles pour l'évaluation de la réparation en se fondant sur la théorie de l'imprévision, et sollicite éventuellement l'avis d'experts pour déterminer le montant approprié de l'indemnité. Ces règles sont les suivantes :

* Il faut déterminer les dates de début et de fin de la circonstance exceptionnelle. C'est un point très important car le calcul des pertes dont on peut demander la réparation sur le fondement de la théorie de l'imprévision commence à compter de ce que l'on appelle le seuil de l'imprévision qui se situe à l'instant où l'augmentation des prix a atteint un niveau excédant le maximum qui était prévisible à la conclusion du contrat. Tant que les prix n'ont pas excédé ce maximum, le juge ne peut allouer d'indemnité et il n'est pas rare que le Conseil d'Etat le rappelle⁶⁸⁹.

* Il faut déterminer la perte effective subie par le cocontractant durant cette période qui est sériée au plus près, cette perte devant avoir réellement été causée par l'état d'imprévision. Toute perte ayant une autre cause, telle qu'une faute du cocontractant par exemple, doit être écartée du décompte⁶⁹⁰.

* Il faut répartir le poids de la perte entre l'administration et le cocontractant. Le plus souvent, le juge fait supporter à l'administration une charge plus grande, le cocontractant assumant toujours une partie des pertes, fût-elle réduite. Même si elle considère qu'il est nécessaire que le cocontractant supporte une partie des pertes, la jurisprudence du Conseil d'Etat en fait supporter la part la plus importante à l'administration, n'exigeant du cocontractant qu'une participation symbolique⁶⁹¹. Le Conseil d'Etat fait entrer dans cette répartition des charges des considérations nombreuses, telles que l'attitude adoptée par le cocontractant pour faire face à la circonstance imprévisible et la surmonter, la situation économique générale du projet, le degré de stabilité économique dans le pays et d'autres considérations encore, tirées des éléments de calcul des pertes et profits⁶⁹².

Quant au fondement juridique de l'indemnisation dans la théorie de l'imprévision, il donne lieu à de multiples interprétations comme nous l'avons mentionné à propos de l'idée d'équilibre financier du contrat administratif. Certains croient le découvrir dans l'intention commune des parties, d'autres dans la nature spécifique des contrats administratifs et leur lien

⁶⁸⁷ CE 21 janvier 1944, Sté d'entreprise, Recueil Lebon, p. 23.

⁶⁸⁸ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, op.cit. p.133.

⁶⁸⁹ CE 8 août 1924, Gare de Brive, Recueil Lebon, p. 818. Et CE 3 janvier 1936, Commune de Tureia, Recueil Lebon, p. 6. Et CE 21 novembre 1947, Petot, Recueil Lebon, p. 647.

⁶⁹⁰ CE 30 mars 1933, Ville d'Oran, Recueil Lebon, p. 379. Et CE 27 novembre 1931, Tramway de Besançon, Recueil Lebon, p. 1063.

⁶⁹¹ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 483. Et CE 8 novembre 1935, Ville de Lagny-sur-Marne, Recueil Lebon, p. 1026.

⁶⁹² CE 19 février 1926, Gaz de la Ciotat, Recueil Lebon, p. 197. Et CE 23 juin 1926, Cie générale pour l'éclairage, Recueil Lebon, p. 637.

avec le service public et nous en avons déjà évoqué les justifications, auxquelles nous renvoyons. Relevons pour conclure sur ce point que l'examen des positions doctrinales et jurisprudentielles en France et en Libye ne fait pas apparaître de réelles divergences concernant la théorie de l'imprévision.

B. La théorie du fait du prince

C'est, avec la théorie de l'imprévision, l'une des théories les plus importantes mises en œuvre par la jurisprudence en France comme en Libye. Nous nous efforcerons donc de la définir et d'en détailler les conditions et les effets.

1. Définition de la théorie du fait du prince

C'est une théorie relativement ancienne, élaborée et mise en œuvre par le Conseil d'Etat français. Les auteurs ont souvent relevé les évolutions qu'elle a connues et mis en évidence sa souplesse. Parmi ceux qui ont les premiers constaté ces caractères, on remarque le doyen Hauriou dans son commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 11 mars 1909 : « La catégorie du fait du prince, écrivait-il, est peut-être une des catégories juridiques provisoires dans lesquelles on range tout d'abord des cas qui surprennent parce qu'ils font exception à des idées reçues, puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates et qu'il vaudrait peut-être mieux les étudier chacun dans leurs particularités »⁶⁹³.

Parmi les auteurs qui ont fourni une définition du fait du prince, WALINE écrit : « On appelle fait du prince un acte de l'autorité publique aggravant, sans faute, la situation d'un cocontractant d'une collectivité publique »⁶⁹⁴.

De son côté, Georges VEDEL ramène à un fait du prince des actes réguliers pris par l'autorité publique contractante et qui ont un effet défavorable sur les intérêts de son cocontractant⁶⁹⁵.

La doctrine française moderne définit le fait du prince comme un risque résultant de l'exécution des prérogatives de l'autorité publique contre son cocontractant, dont les mesures que prend l'autorité administrative contractante qui peuvent entraver le travail du cocontractant⁶⁹⁶.

D'autres auteurs le définissent comme l'entrave faite à l'exécution du contrat au moyen d'actes de l'instance publique contractante et qui rejaillit sur le cocontractant de l'administration. Dans cette situation, la théorie est mise en application par la restauration de

⁶⁹³ CE 11 mars 1909, Compagnie générale des tramways, S. 1911, p. 1.

⁶⁹⁴ WALINE Marcel, traité de droit administratif, 6^{ème} éd, 1963, p. 620.

⁶⁹⁵ VEDEL Georges, Droit administratif, Op.cit. p. 228. Dans le même sens voir CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas, TOURBE Maxime, Droit administratif, 14^{ème} éd, S., 2014, p. 511.

⁶⁹⁶ ROUAULT Marie-Christine, Droit administratif, 4^{ème} éd, Gualino Editeur, E.J.A, Paris, 2007, p. 172.

l'équilibre financier du contrat, ce qui donne droit à l'indemnisation du cocontractant pour les effets produits par ces actes⁶⁹⁷.

Le Conseil d'Etat français applique cette théorie et accorde réparation au cocontractant de l'administration lorsque l'autorité publique prend une décision susceptible de lui occasionner un préjudice⁶⁹⁸.

Sarait BADAOUÏ définit le fait du prince comme toute mesure prise par une autorité publique et qui conduit à faire supporter au cocontractant de l'administration des charges nouvelles pouvant rendre l'exécution du contrat plus difficile et plus onéreuse pour lui. Une telle décision peut revêtir diverses formes. Elle peut consister en une modification introduite directement par l'autorité contractante dans les clauses du contrat, en une législation à portée générale modifiant les lois et règlements financiers et fiscaux, en une modification de règles du droit du travail, du droit douanier ou relatives à l'importation et l'exportation. Il faut alors que de telles modifications ajoutent aux charges du cocontractant, lui fassent supporter des obligations plus rigoureuses et plus contraignantes dans ses relations avec les opérateurs participant au projet et qu'elles aient un lien avec le contrat conclu avec l'administration. Le même auteur constate que l'idée dominante dans la doctrine française est que les mesures et décisions concernées, lorsqu'elles émanent de l'autorité contractante, entraînent l'application de la théorie du fait du prince qui oblige l'administration à indemniser intégralement son cocontractant des dommages qu'il subit ou des charges qui lui sont imposées dans l'exécution de ses obligations⁶⁹⁹.

La doctrine libyenne a apporté sa contribution à la définition du fait du prince qui est, selon Sabih MASKOUNI, toute mesure prise par l'autorité publique susceptible d'aggraver les charges financières du cocontractant de l'administration et de rendre plus difficile l'exécution de ses obligations contractuelles⁷⁰⁰.

La définition du fait du prince ressort également de l'arrêt rendu le 21 février 1974 par la Cour suprême libyenne dans la formulation suivante : « L'ordre donné par l'autorité contractante d'interrompre le travail remplit toutes les conditions de la mise en œuvre de la théorie du fait du prince. La mesure a été prise par l'autorité contractante, il en est résulté pour le cocontractant un dommage qui, quelle que soit son ampleur, n'a affecté nul autre que lui et cette mesure n'était pas prévisible. Il n'est pas exigé pour l'application de la théorie que la mesure ait un caractère général, elle peut être spécifique et il suffit qu'elle émane de l'autorité contractante elle-même quel que soit le motif qui l'a inspirée : qu'il s'agisse d'une révision totale du projet ou de tout autre motif librement apprécié par l'autorité, sans qu'il soit besoin de considérer si la mesure a été ou non entachée d'une faute commise par l'administration »⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ MORAND-DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, 8^{ème} éd, Montchrestien, E.J.A, Paris, 2003, p. 423. Et EL-BEHERRY Ibrahim, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2004, p. 463.

⁶⁹⁸ CE 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon, p. 197.

⁶⁹⁹ BADAOUÏ Sarait, La théorie du fait du prince, Op.cit. p. 194.

⁷⁰⁰ MASKOUNI Sabih, Les juridictions administratives libyennes, Op.cit. p. 433.

⁷⁰¹ Cour suprême libyenne, 21 février 1974, recours administratif N° 19/3, Revue de la Cour suprême, N°1, p. 26.

Soulaymane TAMMAOUI définit le fait du prince comme étant un acte pris par l'autorité publique, sans qu'une faute ne lui soit imputable, dont il découle un effet sur la situation du cocontractant de l'administration et qui entraîne pour l'autorité contractante l'obligation d'indemniser le cocontractant de tous les dommages qu'il a subis de ce fait, de sorte que soit rendu au contrat son équilibre financier⁷⁰².

Le fait du prince peut être entendu de deux manières : au sens large, il consiste en une mesure prise par l'autorité publique et affectant d'une manière ou d'une autre l'exécution des obligations contractuelles⁷⁰³; au sens étroit, il consiste en une mesure prise par l'autorité contractante et affectant les conditions d'exécution du contrat⁷⁰⁴. Dans le premier cas, la mesure est prise par toute autorité publique, qu'il s'agisse ou non de l'autorité contractante, alors que, dans le second cas, elle est nécessairement prise par l'autorité contractante.

D'une façon générale, et sans qu'il faille davantage entrer dans les détails, les définitions que nous avons exposées convergent pour constater que l'administration est l'auteur d'un acte dont résulte pour le cocontractant un préjudice qui rejait sur l'opération contractuelle. Il est alors faite obligation à l'administration d'indemniser le cocontractant des conséquences de cet acte, même si elle n'est pas fautive et a agi régulièrement. Il suffit que cet acte soit susceptible d'aggraver les charges financières du cocontractant. Elle doit intervenir et indemniser le cocontractant pour rétablir l'équilibre financier du contrat.

On en conclut que le fait du prince est une mesure que prend l'administration dans le cadre des contrats administratifs, sans commettre de faute, cette mesure étant imprévisible du point de vue du cocontractant au moment de la conclusion du contrat et susceptible de lui causer un dommage qui rompt l'équilibre financier du contrat, justifiant ainsi une indemnisation.

2. Les conditions d'application de la théorie du fait du prince

Ces conditions se déduisent des définitions que nous venons de mentionner.

Première condition : Que la mesure prise affecte un contrat administratif

Il faut qu'il existe un contrat administratif, au sens où on l'entend et que nous avons précédemment défini. La théorie du fait du prince est propre au droit administratif et n'a pas d'équivalent dans le droit commun. Elle ne s'applique donc qu'aux litiges relatifs à un contrat administratif. Celui-ci est générateur d'une responsabilité contractuelle pour l'administration, sachant que tout contrat conclu par l'administration n'est pas administratif. On ne saurait donc appliquer la théorie aux contrats civils de l'administration ni aux mesures que prennent certaines autorités administratives et qui affecteraient le budget d'une personne privée, sans

⁷⁰² TAMMAOUI Soulaymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit. p. 600.

⁷⁰³ LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, Tome 2, 1986, p. 420. Et ROUSSET Michel, ROUSSET Olivier, Droit administratif, L'action administrative, 2^{ème} éd, P.U.G, 2004, p. 191.

⁷⁰⁴ CHARKAOUI Souad, Les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1995, p. 532.

que celle-ci ne soit liée contractuellement à l'une de ces autorités ayant pris une telle mesure, quelle que puisse être la gravité des dommages causés à cette personne⁷⁰⁵.

En conséquence de quoi, le champ d'application de la théorie du fait du prince englobe tous les contrats administratifs, ainsi que toutes les mesures prises par l'autorité contractante et susceptibles d'affecter l'exécution des clauses du contrat, sans qu'il faille faire de distinction entre la mesure dommageable qui modifie directement le contrat et celle qui affecte le contrat de l'extérieur en créant pour le cocontractant des charges nouvelles imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Une telle condition est normale dès lors que notre étude est relative aux contrats de droit public.

Deuxième condition : Que l'acte dommageable émane de l'autorité administrative contractante

La jurisprudence du Conseil d'Etat français a considéré avec constance, depuis l'arrêt Ville de Toulon⁷⁰⁶ rendu le 4 mars 1949, que la théorie du fait du prince ne s'applique qu'aux effets des mesures prises par la personne publique contractante. Cet arrêt avait constitué une nouvelle orientation par rapport à la jurisprudence antérieure qui prônait, au titre de la théorie du fait du prince, l'indemnisation intégrale pour les actes pris par une administration étrangère au contrat.

Autrement dit, le Conseil d'Etat considérait auparavant que l'acte dommageable pouvait être l'œuvre d'une autorité autre que l'autorité contractante, position qu'il a abandonnée à l'occasion de l'arrêt Ville de Toulon pour décider que cet acte devait avoir été pris par l'autorité contractante, sans quoi la théorie du fait du prince ne s'appliquerait pas. Cela supposait que, à côté de l'Etat, il existe d'autres personnes publiques. Les personnes publiques connues sont l'Etat, les départements, les villes et villages et les établissements publics. Lorsque l'une de ces personnes de droit public conclut un contrat, le fait du prince ne peut émaner que d'elle. S'il émane d'une autre personne, c'est la théorie de l'imprévision qui s'applique⁷⁰⁷.

Cette position se retrouve dans la jurisprudence libyenne, affirmée par la Cour suprême : « La théorie qui s'applique aux faits de l'espèce est celle du fait du prince et non pas celle de l'imprévision. En effet, l'ordre d'interrompre le travail donné par l'autorité contractante remplit toutes les conditions de la mise en œuvre de la théorie du fait du prince. L'ordre a été donné par l'autorité contractante, il en est résulté pour le cocontractant un dommage qui, quelque soit son ampleur, n'a affecté nul autre que lui et cette mesure n'était

⁷⁰⁵EL HOULOU Raghieb, Les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2009, p. 181.

⁷⁰⁶ Cet arrêt est relatif aux effets d'actes entrepris par l'Etat qui ont affecté un contrat administratif conclu par la commune de Toulon avec un particulier. Le Conseil d'Etat y affirme : « Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la Société du gaz et l'électricité du Sud-est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont été ordonnées par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement due à des circonstances exceptionnelles, indépendantes du fait des parties ». (CE 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon, p. 197).

⁷⁰⁷ BOUAMRANE Adel, Théorie générale des décisions et contrats administratifs, Alger, Algérie, 2010, p. 120. Voir également : OTHMANE Hussein, Les règles de droit administratif, Beyrouth, Liban, 2008, p. 649, et EL JORF Taima, Le droit administratif, Etude comparée de l'organisation et de l'apparition de l'autorité publique, Le Caire, Egypte, 1980, p. 453.

pas prévisible. Il est exigé, pour l'application de la théorie du fait du prince, que l'autorité qui a pris la décision soit partie au contrat. Et le fait qu'elle soit partie au contrat n'empêche pas de la considérer comme une autorité publique pouvant radicalement modifier le projet, objet du contrat, et en interrompre l'exécution. Cela lui est possible et relève de son pouvoir, si ce n'est qu'elle tombe, ce faisant, sous le coup du fait du prince et doit indemniser intégralement le cocontractant »⁷⁰⁸.

On voit que la jurisprudence libyenne se situe sur le même registre que la jurisprudence française en exigeant que l'acte dommageable soit l'œuvre de l'autorité contractante pour que la théorie du fait du prince s'applique. Si c'est une autre autorité qui est l'auteur de l'acte, c'est une autre théorie qui s'appliquera.

Troisième condition : Qu'il résulte de la mesure administrative un préjudice

Il faut qu'il résulte du fait du prince un dommage pour le cocontractant, que le fait dommageable lui cause un préjudice certain et direct⁷⁰⁹. Il faut donc qu'une perte manifeste soit causée au cocontractant mais cette perte peut consister en un manque à gagner.

Le Conseil d'Etat français a jugé que si l'administration demande à son cocontractant de relever les salaires de ses employés pour qu'ils s'accordent avec l'augmentation consentie au profit des salaires payés à la main-d'œuvre, le cocontractant ne peut demander une indemnité. Dans ce cas en effet, l'administration s'est contentée d'attirer son attention sur le niveau des traitements et salaires en vigueur. En revanche, si elle exige de lui qu'il verse des salaires plus élevés que les salaires moyens en usage, il peut réclamer une indemnité⁷¹⁰.

On relèvera qu'il n'est pas exigé que le préjudice résultant du fait du prince soit d'un certain degré de gravité. Il peut être simple ou grave. De même, il peut consister en un dommage effectif ou en une simple diminution du gain escompté par le cocontractant. Le Conseil d'Etat n'exige, à ce propos, qu'un trouble à l'équilibre financier du contrat tel que nous l'avons défini.

En Libye, et du fait que la responsabilité née du fait du prince est de nature contractuelle, il est nécessaire pour qu'elle soit engagée qu'il résulte de la mesure prise par l'autorité administrative un préjudice causé au cocontractant sans que soit considéré le degré de gravité de ce préjudice. C'est ce qu'affirme l'arrêt de la Cour suprême, daté du 21 février 1974, dans les termes suivants : « L'ordre d'interrompre le travail réunit toutes les conditions nécessaires à l'application de la théorie du fait du prince, c'est-à-dire qu'il émane de l'autorité administrative contractante, qu'il en résulte un préjudice pour le cocontractant et lui seul, à l'exclusion de toute autre personne, et quel que soit le degré du préjudice »⁷¹¹.

La jurisprudence exige donc qu'un préjudice résulte de l'acte pris par l'autorité administrative, sans considération de son degré de gravité. L'existence d'un préjudice suffit à

⁷⁰⁸ Cour suprême libyenne, 21 février 1974, Op.cit. p. 27.

⁷⁰⁹ EL MADANI Mohamed, Le droit administratif libyen, Le Caire, Egypte, 1965, p. 355.

⁷¹⁰ CE 27 mars 1920, Consort Ferons, Recueil Lebon, p. 375. Et CE 13 février 1924, Grand Champ, Recueil Lebon, p. 177.

⁷¹¹ Cour suprême libyenne, 21 février 1974, Op.cit. p. 27.

ouvrir droit à une réparation intégrale, comme l'affirme la Cour suprême quand elle précise « quel que soit le degré du préjudice ».

Quatrième condition : Que la mesure soit imprévisible

La mesure prise par l'administration doit être imprévisible au moment de la conclusion du contrat. Si les clauses contractuelles avaient prévu la mesure, le cocontractant ne peut demander réparation en faisant valoir qu'il a subi un préjudice⁷¹². Ce caractère d'imprévisibilité signifie que l'acte de l'administration doit avoir surpris le cocontractant, que celui-ci se trouve face à une situation que ni lui ni une personne ordinaire n'aurait pu prévoir au moment de la conclusion du contrat, ni à la lecture du cahier des charges ni lors de l'examen qu'il aurait fait du projet. Conformément à ce qui est constant en doctrine et en jurisprudence, en France comme en Libye, le critère utilisé pour établir l'imprévisibilité est un critère objectif et non pas subjectif. Il faut qu'il n'ait pas été possible pour une personne ordinaire, se trouvant dans la situation du cocontractant, de prévoir au moment de la conclusion du contrat l'acte soudain de l'administration, sans considérer si le cocontractant lui-même avait ou non prévu l'acte⁷¹³.

La condition d'imprévisibilité ne s'entend nullement au sens absolu du terme car aucun acte ou événement n'est imprévisible dans l'absolu. On parle ici d'une mesure de l'administration qui n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat. On ne juge donc de l'imprévisibilité qu'à propos d'un contrat déterminé en relation avec les conditions de sa conclusion et l'appréciation en est laissée au juge du contrat qui doit s'assurer avant de se prononcer sur l'indemnisation qu'une personne ordinaire, se trouvant dans la position du cocontractant, n'aurait pu prévoir que l'administration prenne soudainement la mesure préjudiciable⁷¹⁴.

En Libye, on considère que, si le cocontractant avait prévu la mesure dommageable lors de la passation du contrat, il ne peut demander de réparation en vertu de la théorie du fait du prince dont l'une des conditions d'application serait absente. A ce propos, la Cour suprême libyenne a considéré que « parmi les choses qui sont prévisibles lors de la conclusion du contrat, se trouve le fait que soient introduites des modifications par augmentation ou par réduction, conformément à l'appréciation faite par l'autorité administrative du projet et de l'objectif qu'elle poursuit en le réalisant, à la condition que ces modifications soient limitées et ne changent pas le projet en son fondement. Et c'est bien ainsi qu'il en a été à propos du contrat conclu entre le demandeur et la partie défenderesse puisque les clauses 10-19 et suivantes organisent les relations entre les parties dans le cas où l'administration veut introduire des modifications, spécifiant le volume de ces modifications, leur proportion par rapport à la valeur du contrat, ce qui sera dû à l'entrepreneur ainsi que les cas où les modifications ne lui donneront droit à aucune contrepartie. Le contrat n'a pas mentionné l'arrêt du travail par l'université islamique, demanderesse, et n'y a fait allusion ni de près ni de loin.

⁷¹² ABDELHAMID Miftah et CHELMANI Hamed, Les contrats administratifs et leurs règles de conclusion, Op.cit. p. 245.

⁷¹³ BOUCHARREB Zohra, La théorie du fait du prince et ses effets en droit administratif, Master 2, Faculté de droit, Université Kasdi Merbah, Ouargla, Algérie, 2014, p. 24.

⁷¹⁴ CHEMRI Ahmed, La force contraignante du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 2012, p. 60.

Au contraire, en tant que partie au contrat, elle devait s'abstenir de tout acte faisant obstacle à l'exécution et non pas ordonner l'arrêt de l'exécution. D'où il ressort que la défense de l'autorité administrative, consistant à soutenir que la décision qu'elle a prise était prévisible en vertu du contrat, constitue un moyen inapproprié et infondé en fait et en droit »⁷¹⁵.

Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence s'accordaient à reconnaître à l'administration le pouvoir de modifier unilatéralement les clauses du contrat, même lorsque celui-ci ne l'a pas prévu et sans que le cocontractant n'y ait consenti, en raison de la spécificité des contrats administratifs. Le cocontractant est donc supposé savoir que ce pouvoir existe et sa mise en œuvre ne saurait être regardée comme imprévisible. En revanche, l'imprévisibilité peut s'appliquer à l'ampleur de la modification. Si le contrat avait envisagé la modification introduite dans l'ampleur et la portée qui est la sienne, la condition d'imprévisibilité n'est pas remplie et la théorie du fait du prince ne peut s'appliquer. Ainsi, la condition d'imprévisibilité ne concerne pas le pouvoir de modification dans son principe car celui-ci est toujours prévisible, réputé connu du cocontractant, mais elle concerne les limites de la modification et son étendue.

Cinquième condition : Que l'administration n'ait pas commis de faute

Il faut que l'administration n'ait pas commis de faute en prenant la mesure dommageable, car l'engagement contractuel de l'administration ne peut restreindre son action en tant qu'autorité publique au service de l'intérêt général. Lorsque l'administration contractante agit dans les limites de ses attributions et qu'il résulte de son action un préjudice pour le cocontractant, elle engage sa responsabilité dans le cadre du fait du prince, sans qu'il faille considérer qu'une faute a été commise. La responsabilité engagée est alors certes contractuelle mais sans faute. En revanche, si l'acte de l'administration est fautif, elle sera responsable au titre de la faute commise⁷¹⁶.

La théorie du fait du prince suppose donc que l'administration ait pris une mesure régulière, imposée par le bien public et entrant dans ses attributions. La réparation due au cocontractant du fait d'une telle décision légale, si celle-ci lui a causé un préjudice, se fonde sur le fait que les obligations contractuelles de l'administration ne peuvent restreindre son action en tant qu'autorité publique et, du fait que la mesure qui constitue un fait du prince a eu un effet direct sur l'exécution du contrat ; en en modifiant les conditions ou en aggravant de façon imprévisible les charges du cocontractant, on a affaire à des effets qui sont de nature contractuelle. Et l'administration étant partie au contrat, sa responsabilité est elle-même contractuelle.

En revanche, lorsque l'administration prend des mesures illégales dans une intention autre que celle de réaliser l'intérêt général, elle a un comportement fautif et engage sa responsabilité contractuelle, sans rapport avec la théorie du fait du prince⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Cour suprême libyenne, 21 février 1974, op.cit. p. 77.

⁷¹⁶ SALAMA Wahib, Cours approfondis sur les contrats administratifs, L'équilibre financier du contrat et l'idée d'indemnisation non fondée sur la faute, Le Caire, Egypte, 2000, p. 30.

⁷¹⁷ TEFOUNA Ibrahim, Les difficultés de l'exécution du contrat administratif, Op.cit. p. 203.

Ce point est confirmé par la Cour suprême libyenne dans un arrêt rendu le 26 octobre 1978 et qui affirme que « dès lors que le jugement attaqué s'est essentiellement fondé sur la faute de l'administration dans le cadre du projet contractuel et relativement à des situations prévues dans le contrat, il s'agit d'un manquement aux obligations mises par la loi à la charge de l'administration de coopérer, de ne pas entraver l'action du cocontractant et de ne pas ajouter à ses charges de façon anormale et au-delà des limites raisonnables. Il n'est donc pas justifié d'invoquer la théorie du fait du prince qui suppose que l'administration contractante n'a pas commis de faute »⁷¹⁸.

Pour résumer ce qui précède, les conditions mentionnées sont celles dont la réunion permet au cocontractant de demander une indemnisation du fait de l'acte ou de la mesure entreprise par l'administration. Des effets résultent par ailleurs de l'application de la théorie du fait du prince, que nous allons maintenant examiner.

3. Les effets résultant de la théorie du fait du prince

Si les conditions mentionnées sont réunies, la théorie du fait du prince produira son effet principal, à savoir l'indemnisation intégrale accordée au cocontractant et qui couvre tout les dommages qu'il a subis du fait de l'intervention de l'administration, de sorte que soit rétabli l'équilibre financier du contrat. Cet effet se réalise dès lors qu'il est établi que l'acte dommageable de l'administration relève du fait du prince, dans le cas contraire, le cocontractant peut avoir recours à la jurisprudence⁷¹⁹.

L'indemnisation intégrale englobe, en droit français comme en droit libyen, deux éléments essentiels qui sont la perte et le manque à gagner occasionnés. Dans le premier, entrent les pertes causées par le surplus de dépenses dû au surenchérissement des prix, des taxes et autres salaires, qui se traduisent par des frais réels engagés et diffèrent en fonction de la nature des modifications survenues et de leurs conséquences. Si l'administration a demandé une réalisation plus rapide, cela a pu causer au cocontractant des coûts supplémentaires en termes de prix et de salaires élevés. De même, toutes sortes de pertes ont pu être occasionnées qu'il faudra évaluer si tant est qu'il existe un lien de causalité entre elles et la mesure que l'autorité contractuelle a imposé au cocontractant⁷²⁰.

Quant au second élément, le manque à gagner, il inclut les sommes que le cocontractant aurait dû percevoir sans l'acte légal entrepris par l'administration. Ce sont les sommes que le cocontractant pouvait raisonnablement espérer gagner si l'équilibre financier du contrat n'avait pas été rompu par le fait du prince car il a le droit d'être indemnisé pour le gain, pour le travail fait et pour le capital investi, l'indemnisation devant couvrir la rémunération qu'un cocontractant peut attendre normalement de son exécution complète du

⁷¹⁸ Cour suprême libyenne, 26 octobre 1978, Revue de la Cour suprême, N° 3, p. 82.

⁷¹⁹ BADAoui Saroit, La théorie du fait du prince, Op.cit, p. 209. Et voir également, DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 65.

⁷²⁰ DEBBASCH Charles, Droit administratif, 6^{ème} éd., Economica, Paris, 2002, p. 544.

contrat. Mais dans le calcul du gain manqué, il ne faut pas déroger à la règle selon laquelle l'indemnité ne peut excéder le volume du dommage réel⁷²¹.

L'indemnisation peut être fixée dans le contrat lui-même et les parties peuvent s'accorder contractuellement sur le montant qui sera alloué au cocontractant en réparation du préjudice qu'il a subi. Dans ce cas, il n'est pas exigé que la réparation soit intégrale, les deux parties pouvant convenir de la limiter à une partie du préjudice, conformément à l'appréciation qu'elles ont de leurs intérêts⁷²².

L'administration n'a pas le droit d'exiger dans le contrat son exonération totale de la réparation de tous les dommages résultant du fait du prince. Une telle clause serait frappée de nullité comme contraire à l'ordre public et aux principes généraux du droit administratif établissant le droit du cocontractant à être indemnisé conformément aux théories applicables au régime des contrats administratifs qui garantissent son droit à l'équilibre financier du contrat. A ce sujet, la Cour suprême libyenne affirme dans son arrêt du 16 février 1978 que « le cocontractant de l'administration attend de la conclusion du contrat la réalisation d'un bénéfice tout en collaborant avec l'administration au fonctionnement du service public dans la régularité et la continuité. Il a le droit de réclamer les indemnités intégrales du fait que le pouvoir de modification de l'administration est l'une des applications du fait du prince. Il a également droit à l'équilibre financier du contrat. L'administration doit respecter les exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats et il en va ainsi pour les contrats administratifs comme pour les contrats civils »⁷²³.

De même, l'indemnisation intégrale peut être fixée par voie législative lorsque le fait du prince émane de la loi. Le législateur fixe alors l'indemnité appropriée pour alléger le préjudice causé par le fait du prince. Un exemple de ce type s'est présenté lorsque le législateur français a adopté la loi du 5 septembre 1940 relative à la résiliation des contrats conclus pour répondre aux besoins de la défense nationale, loi qui a déterminé les modalités d'indemnisation des cocontractants ayant subi un préjudice du fait de la résiliation de plein droit de leurs contrats. Cette question a fait l'objet de l'arrêt rendu par le conseil d'Etat dans l'affaire Pillard⁷²⁴.

Si l'indemnité n'est prévue ni dans le contrat ni par la loi et que les parties n'ont pas convenu d'un montant déterminé, c'est le juge qui s'en charge. Il doit alors prendre en compte les pertes réelles subies par le cocontractant lorsqu'il a consenti des dépenses qui n'étaient pas prévues et qu'il se serait épargnées sans la mesure légale qui a été prise. Il doit aussi prendre en compte le gain manqué que lui promettaient les clauses du contrat⁷²⁵.

⁷²¹ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit. p. 223.

⁷²² JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit. p. 76.

⁷²³ Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Recours administratif N° 15/18, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1978, p. 59.

⁷²⁴ CE 1^{er} septembre 1944, Pillard, Recueil Lebon, p. 240.

⁷²⁵ ABDELHAMID Miftah et CHELMANI Hamed, Les contrats administratifs et leurs règles de conclusion, Op.cit. p. 253.

Cependant, le Conseil d'Etat français a exclu, dans des cas exceptionnels, le principe de la réparation intégrale en matière de fait du prince. Il en va ainsi lorsque l'administration met fin à ses contrats en raison d'un état de guerre ou d'un cessez-le-feu. Le Conseil d'Etat s'est limité dans ces cas à indemniser le préjudice résultant de la résiliation, sans prendre en compte le gain manqué du fait de l'interruption de l'exécution⁷²⁶.

Le Conseil d'Etat n'alloue pas davantage de réparation intégrale dans le cas où le cocontractant a concouru par sa propre faute à une partie des dommages résultant du fait du prince ou a participé à l'aggravation de ces dommages. Le juge déduit alors de l'indemnité le montant correspondant à la faute du cocontractant⁷²⁷.

Les deux solutions mentionnées sont, à notre avis, conformes à la logique et à l'équité. L'état de guerre revêt un caractère général et son poids est supporté par tous les citoyens. S'il est légitime que le cocontractant ne subisse pas à lui seul des pertes, il ne doit pas mettre à profit la situation et les circonstances créées pour multiplier ses gains. Quant au cas où le préjudice résulte de la faute exclusive du cocontractant, celui-ci doit en supporter les conséquences et s'il a concouru à la faute, il est juste qu'il supporte la perte en proportion de son concours à ladite faute, en vertu de l'adage selon lequel l'auteur de la faute ne saurait en tirer profit.

Il est exigé par ailleurs que le cocontractant continue à exécuter le contrat. En effet, si l'effet principal de la théorie du fait du prince est l'indemnisation intégrale du cocontractant, cet effet n'est produit qu'à la condition que celui-ci ait poursuivi l'exécution des travaux prévus par le contrat, tant que cela est possible. La règle est qu'il ne résulte pas de l'action de l'administration ayant conduit à l'application de la théorie une exonération du cocontractant de son obligation de poursuivre l'exécution, malgré les difficultés rencontrées et à moins que celles-ci ne rendent l'exécution impossible. Dans cette dernière hypothèse, on se trouverait face à un cas de force majeure qui dispense le cocontractant de la poursuite de l'exécution⁷²⁸. Dans la théorie du fait du prince, le cocontractant ne peut tirer prétexte de l'acte de l'administration pour interrompre l'exécution de ses obligations, il doit poursuivre sa collaboration pour le bien de l'intérêt général⁷²⁹.

On déduit de cette obligation pour le cocontractant de poursuivre l'exécution du contrat en dépit des difficultés nées de l'acte légal pris par l'administration, les résultats suivants :

Premier résultat : Le cocontractant qui interrompt l'exécution de ses obligations s'expose à des sanctions contractuelles, notamment à une pénalité de retard. Le cocontractant qui n'a pas interrompu l'exécution de ses obligations peut en revanche demander à être exonéré de cette pénalité si le retard qu'il a apporté à l'exécution était causé par les difficultés auxquelles il a

⁷²⁶ CE 23 janvier 1952, Secrétaire d'Etat C. CHAMBOUVET, Recueil Lebon, p. 50. Cet arrêt concerne la résiliation par l'administration de l'un de ses contrats du fait de l'invasion par l'Allemagne du Sud de la France.

⁷²⁷ CE 28 novembre 1924, Tanti, Vaudrons et Brulebois, Recueil Lebon, p. 940.

⁷²⁸ BENAHMED Houria, Le rôle du juge administratif dans la résolution du contentieux des marchés publics, Master 2, Faculté de droit, Université de Tlemcen, Algérie, 2011, p. 120.

⁷²⁹ ABDELWAHAB Mohamed, Principes et règles de droit administratif, Beyrouth, Liban, 2005, p. 539.

fait face en conséquence de l'acte de l'administration contractante. C'est ce que dispose l'alinéa C de l'article 102 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 : « Sur demande faite par le cocontractant dans laquelle il expose les causes du retard pris dans l'exécution, il est possible de l'exonérer, entièrement ou partiellement, de la pénalité de retard, à la condition que l'autorité compétente pour attribuer le marché et autoriser sa conclusion y donne son accord ».

Second résultat : Le cocontractant qui a interrompu l'exécution de ses obligations à cause d'un fait du prince ne peut réclamer une indemnisation car il aura porté atteinte à cela même qui justifie l'indemnisation, c'est-à-dire la bonne marche du service public. L'interruption qu'il aura causée au fonctionnement du service prive l'indemnisation de tout son intérêt.

Nous atteignons ici le terme de notre étude consacrée aux difficultés qui peuvent s'opposer à l'exécution du contrat administratif, à savoir l'état d'imprévision et le fait du prince. Le premier se rapporte à toutes les circonstances qui peuvent survenir et qui entravent le déroulement de l'opération contractuelle, alors que le second a trait au fait imprévisible dû exclusivement à l'administration. La différence essentielle entre les deux tient au volume de l'indemnisation accordée au cocontractant : dans la théorie de l'imprévision, l'indemnisation est partielle, dans la mesure où l'administration contribue à rétablir l'équilibre financier du contrat en réparant une partie du préjudice causé du fait de l'événement survenu; alors que, dans la théorie du fait du prince, l'indemnisation est intégrale englobant la perte et le gain manqué.

Conclusion du chapitre 1

Nous en avons ainsi terminé avec le chapitre premier consacré aux droits du cocontractant de l'administration, c'est-à-dire aux droits qu'il tire du contrat en vertu des lois et règlements en vigueur, en France et en Libye. Nous avons, à chaque fois que cela était possible, fait état des arrêts du Conseil d'Etat français et de la Cour suprême libyenne. Ces arrêts traitent des droits pécuniaires du cocontractant qui sont ses droits les plus importants dans la mesure ils représentent les mobiles qui l'incitent à contracter avec l'administration, et déterminent les différentes rémunérations qui reviennent au cocontractant. Nous avons également étudié les situations dans lesquelles l'équilibre financier du contrat administratif est affecté. Il est alors apparu que l'administration devait intervenir pour rétablir cet équilibre. Et nous avons enfin examiné les difficultés qui pouvaient surgir dans l'exécution de la convention par le cocontractant, ainsi que leurs modalités de traitement et ce, à travers l'étude des théories principales qui s'appliquent au contrat administratif, celles de l'imprévision et du fait du prince. Nous avons mené toute cette étude sous l'angle de la comparaison entre les droits français et libyen, sans relever de divergences fondamentales entre les deux, ce qui ne saurait surprendre, le droit libyen s'inspirant largement du droit français.

Cette étude des droits du cocontractant faisait suite à celle des droits et obligations de l'administration. Elle sera suivie dans le prochain chapitre par l'examen des principales obligations du cocontractant de l'administration.

Chapitre 2 : Les obligations du cocontractant de l'administration

Nous avons déjà relevé que le contrat administratif était un contrat au sens plein du terme et qu'il produisait pour les parties des effets qui se déclinent en droits et en obligations. Après avoir examiné dans le chapitre précédent les droits du cocontractant, nous allons à présent nous pencher sur ses obligations. Elles sont nombreuses et variées⁷³⁰. Le plus souvent, c'est le contrat qui les détermine dans ses clauses. Dans le contrat de concession, par exemple, le cocontractant s'engage à créer le service public, à l'organiser et à le gérer. Dans le marché de travaux publics, l'entrepreneur s'engage à exécuter les travaux convenus dans les délais fixés. Et dans le marché de fourniture, le fournisseur s'engage à fournir les marchandises désignées dans les délais prévus.

Mais les obligations du cocontractant ne sont pas toutes déterminées dans le contrat administratif, elles se définissent aussi en vertu des lois et règlements qui régissent le fonctionnement du service public dont le cocontractant participe au fonctionnement, aux côtés de l'administration, directement ou indirectement, et également en vertu de la coutume et des usages, notamment en ce qui concerne les contrats ayant une nature commerciale, comme les marchés de fourniture⁷³¹.

Ces obligations sont donc nombreuses et varient d'un contrat administratif à l'autre, sans relation avec la nature particulière du contrat. D'une façon générale, on retrouve parmi les principales obligations celles que nous avons mentionnées dans le chapitre précédent lorsque nous avons examiné les pouvoirs de l'administration contractante, comme celle d'exécuter le contrat de bonne foi, car tous les contrats obéissent à une règle générale qui fait obligation aux parties d'exécuter de bonne foi. Autre exemple, le devoir d'exécuter les orientations et directives de l'administration en tant qu'autorité de contrôle, de se soumettre aux ordres de service qu'édictent les délégués et représentants de l'administration lorsqu'ils sont conformes à la loi et en remplissent les conditions, comme nous l'avons précisé. De même, le cocontractant doit correctement exécuter les travaux, dans le respect des spécifications et des modalités prévues dans le contrat et le cahier des charges.

Ce sont là les obligations générales du cocontractant qui sont similaires aux obligations qui découlent des contrats de droit commun. Mais, le contrat administratif se distingue par d'autres obligations qui marquent sa spécificité, telles que celle d'exécuter personnellement ses engagements et de respecter les délais prévus pour préserver le bon fonctionnement du service. Ce sont donc des obligations plus rigoureuses que celles qui découlent du droit privé qui s'imposent au cocontractant de l'administration, car la faute commise dans le cadre du contrat administratif n'est pas une simple faute contractuelle, mais une faute contre le service public du fait des défaillances qu'elle provoque dans son fonctionnement⁷³².

⁷³⁰ LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, SIRINELLI Jean, Droit administratif, 11^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2015, p. 298.

⁷³¹ CE 8 juillet 1927, Les tiers, Recueil Lebon, p. 165. Et CE 2 juillet 1954, Galopin, R.D.P 1955, p. 227.

⁷³² LAURANS Y, La caducité des contrats administratifs, RFDA, 2011, p. 495.

Si nombreuses que soient les obligations du cocontractant de l'administration, nous n'en étudierons que les plus importantes. Nous examinerons donc l'obligation d'exécuter personnellement, c'est-à-dire de ne confier l'exécution à un tiers que dans le respect des lois et règlements en vigueur. Nous aborderons également l'obligation d'exécuter dans le délai fixé par le contrat et conformément aux dispositions légales et réglementaires, ce qui n'est pas sans rapport avec la nécessité de garantir le bon fonctionnement du service public. Nous nous intéresserons à la fixation de ce délai, à la possibilité de le prolonger et à son expiration ainsi qu'aux causes de l'extinction et aux modalités de livraison des travaux, provisoire et définitive. Cette étude sera menée dans une approche comparative des droits français et libyen qui se référera d'une part à la jurisprudence du Conseil d'Etat et aux législations françaises en la matière, et d'autre part aux dispositions du règlement libyen relatif aux contrats administratifs actuellement en vigueur et aux arrêts de la Cour suprême libyenne.

Section 1 : L'obligation d'exécuter personnellement

Le cocontractant s'engage à exécuter ses obligations stipulées dans le contrat et le cahier des charges. C'est une obligation personnelle en vertu d'un principe général qui s'applique à tous les contrats de l'administration quel que soit leur mode de conclusion, adjudication, appel d'offres ou marchés négociés. Les considérations personnelles sont importantes dans le choix du cocontractant car l'administration n'est pas indifférente à ses capacités techniques et financières, ni à son comportement personnel ou à sa nationalité, entre autres qualités qui s'attachent à la personne. Autant de considérations qui inspirent l'administration lorsqu'elle met en œuvre son pouvoir discrétionnaire pour refuser une candidature à l'adjudication ou à l'appel d'offres afin de ne pas s'imposer de contracter avec une personne dont elle se défie.

Nous allons donc aborder la notion d'exécution personnelle et les effets qui en découlent. Nous nous demanderons si le cocontractant a le droit de céder, totalement ou partiellement, son contrat à un tiers et, si la réponse est positive, s'il a besoin pour cela de l'autorisation de l'administration contractante ou si au contraire il peut se dispenser d'en référer à elle. Nous répondrons à ces questions et à d'autres dans les subdivisions suivantes de cette première section.

Sous-section 1: La notion d'exécution personnelle

Il faut définir cette notion en mettant en relief la signification qu'elle revêt. Quels éléments recouvre cette personnalisation qui s'impose au cocontractant aussi bien qu'à l'administration? Nous examinerons également les effets de l'exécution personnelle, dans l'hypothèse du décès ou de la faillite du cocontractant. Quel est le parti que doit alors prendre l'administration?

A. La définition de l'exécution personnelle

L'exécution personnelle signifie qu'une partie au contrat doit l'exécuter elle-même, que la personnalité de l'une des parties ou celle des deux parties est un élément substantiel de l'opération contractuelle. En droit civil, on trouve l'idée d'une prise en compte de la personne de l'une des parties ou de l'une de ses qualités, sans que soit considérée celle de l'autre partie⁷³³.

S'agissant des contrats administratifs, cette considération de la personne s'applique au seul cocontractant de l'administration pour la conclusion et l'exécution du contrat. La personnalité ou les qualités attachées au concessionnaire sont ainsi déterminantes dans le contrat de concession. Elles le sont également dans les marchés de travaux publics et de fourniture qui sont conclus par l'administration *intuitu personae* et sont exécutés personnellement par le cocontractant, même si cette considération est plus ou moins marquée en raison du type de contrat, selon que celui-ci est plus ou moins rattaché au service public et à l'intérêt général⁷³⁴.

A ce propos, il faut faire état de la controverse doctrinale qui a suscité une discussion en France. Gaston JEZE a pu considérer que la règle de l'*intuitu personae* vaut seulement pour certaines catégories de contrats administratifs car le fondement de cette règle se situe dans le lien qui existe entre le contrat et le service public. Il est donc logique, selon lui, que son application dépende de l'intensité de la relation des deux contractants au service, et qu'elle soit appliquée avec d'autant plus de rigueur que cette relation est grande. L'auteur en déduit que la jurisprudence doit en faire l'application la plus rigoureuse dans le domaine des contrats de concession du fait que le concessionnaire exerce une influence totale sur le service dont il a la gestion⁷³⁵.

De son côté, André DE LAUBADERE constate que la jurisprudence ne confirme pas la position de JEZE, du moins dans l'application de la règle à l'exécution, puisqu'elle fait application de l'obligation à tous les contrats d'exécuter personnellement, sans réserver de traitement particulier aux contrats de concession⁷³⁶.

Quant à la doctrine arabe, elle soutient la position de Gaston JEZE, estimant que le facteur personnel ne constitue pas un but en soi, qu'il n'est qu'un moyen que l'administration utilise pour assurer l'exécution du contrat administratif au mieux de l'intérêt du service public.⁷³⁷

⁷³³ AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit. p. 57.

⁷³⁴ FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 2, Bruxelles, Belgique, 1969, p. 11 et s.

⁷³⁵ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit. p. 215.

⁷³⁶ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 104.

⁷³⁷ TAMMAOUI Soulaymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit. p. 418. Cf. également : BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 240.

Pour notre part, nous pensons que ce facteur personnel joue un rôle important dans le cadre de l'ensemble des contrats administratifs en raison de leur lien avec le service public, d'autant plus que l'exécution personnelle ne s'entend pas au sens matériel de l'expression mais au sens de la responsabilité personnelle du cocontractant dans l'exécution.

S'agissant de l'étendue qu'il faut donner à ce facteur d'*intuitu personae*, elle comprend l'ensemble des qualités essentielles qui seront prises en compte pour la conclusion du contrat et qui détermineront le degré de bonne foi requis dans son exécution. Comme il s'agit de contrats administratifs, le but recherché, l'intérêt général auquel le cocontractant est convié à participer n'est en outre pas sans importance, il est donc l'un des critères d'appréciation de ces qualités, dont voici quelques exemples :

1. La capacité financière : De sérieuses potentialités financières existant chez le cocontractant sont sans aucun doute la meilleure garantie d'une bonne exécution du contrat au service de l'intérêt général, plus particulièrement dans les contrats dont l'exécution exige un financement important, tels que les contrats de concession qui concourent aux prestations offertes aux usagers du service public.

2. La compétence technique : En la matière, les aptitudes du cocontractant sont soumises à l'appréciation de l'administration, notamment en ce qui concerne les contrats dont l'exécution exige une maîtrise des règles de l'art à un haut niveau, comme c'est le cas pour les marchés de travaux publics, d'autant plus que l'entrepreneur engage sa responsabilité qu'il ne peut dégager qu'en réalisant l'ouvrage conformément aux conditions et spécifications convenues, en leur consacrant plus de soin qu'on peut en attendre du commun des individus⁷³⁸.

3. La nationalité : Elle entre en ligne de compte lorsqu'il s'agit de certains types de contrats administratifs, ceux qui engagent la sécurité de l'Etat, par exemple les contrats de fourniture militaire.

On peut constater le lien qui existe entre ces qualités requises chez le cocontractant et le but assigné aux contrats, le bien public. Ces qualités ne sont pas une fin en soi, elles constituent un moyen de réalisation de la satisfaction des besoins des usagers, qui est le but du service public.

Le législateur français a pris soin de mettre l'accent sur cette équation personnelle du cocontractant dans le cahier des clauses administratives générales (CCAG) de l'année 1976 qui dispose dans son article 22 que l'entrepreneur est tenu d'élire domicile à proximité des travaux après en avoir pris livraison définitive, et d'informer l'ingénieur chargé du contrôle de tout changement de domicile afin qu'il puisse lui notifier tout élément nouveau. Cette disposition se justifie par la nécessité pour l'entrepreneur de se trouver en un lieu connu, proche du chantier, afin que l'administration se voie faciliter la communication avec lui et que lui-même puisse superviser personnellement l'exécution de l'ouvrage⁷³⁹.

⁷³⁸ EL JAMAL Haroun, Les sanctions dans les marchés de travaux publics, Op.cit. p. 371.

⁷³⁹ Voir l'article 22 du CCAG de 1976 qui fait obligation à l'entrepreneur d'élire domicile à proximité du chantier dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la signature du marché.

On retrouve de nombreuses conditions qui doivent se trouver réunies dans la personne du cocontractant de l'administration dans le code des marchés publics de l'année 2004, plus exactement dans ses articles 44 et 45. Le premier de ces articles interdit aux personnes physiques ou morales qui se trouveraient en liquidation judiciaire de soumissionner, la même interdiction étant édictée pour les personnes physiques dont la faillite a été prononcée ou qui ont fait l'objet d'une telle mesure sous la juridiction d'un Etat étranger⁷⁴⁰. Quant au second article, il dispose que le prétendant à un marché public doit produire les justifications suivantes :

a. Des attestations permettant de mesurer ses aptitudes professionnelles, techniques et financières et dont la liste est fixée par un arrêté du ministre compétent.

b. Une copie des jugements lorsque le candidat est en état de redressement judiciaire.

c. Une déclaration par laquelle il atteste qu'il n'est pas interdit de concourir pour l'obtention d'un marché public.

d. Une déclaration par laquelle il atteste qu'il est en règle sur le plan de ses obligations fiscales et sociales, accompagnée d'une attestation établie par les administrations et organismes compétents, un arrêté du ministre compétent étant pris pour fixer la liste de ces administrations et organismes ainsi que la liste des impôts et cotisations qui peuvent donner lieu à la production d'attestations.

e. Une attestation indiquant que le candidat n'a pas fait l'objet dans les cinq ans qui précèdent la conclusion du marché de condamnations pénales portées au casier judiciaire.

Autant de dispositions qui traduisent le souci du législateur français de prendre en compte la personnalité du cocontractant pour établir des critères précis d'habilitation à concourir. On en trouve l'équivalent en droit libyen dans l'article 17 du règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 qui dispose qu' « il est exigé de tout candidat à la passation d'un marché avec une autorité ou une unité administrative qu'il remplisse les conditions suivantes : A. Que son nom soit inscrit et classé auprès de l'autorité compétente; B. Qu'il ne lui soit pas interdit d'entrer en relation d'affaires avec les autorités et unités administratives et qu'il n'ait pas fait l'objet d'une exclusion de toute conclusion de marché avec elle; C. Qu'il n'ait pas été condamné pour des faits délictueux mettant en cause la loyauté ou la bonne foi ».

L'article 35 du même règlement précise dans deux alinéas successifs : « A. Quiconque présente une soumission en matière de travaux publics doit remettre, dans un livret séparé joint à la soumission, des informations relatives à ses antécédents professionnels dans des travaux similaires, en en précisant le genre, la valeur et la date, ainsi que les travaux similaires réalisés pour le compte d'autorités publiques libyennes. B. S'il n'a pas déjà effectué pareils travaux, il doit justifier de travaux analogues à ceux de l'adjudication qu'il aurait réalisés, en

⁷⁴⁰ Et les personnes physiques et morales ayant fait l'objet d'un redressement judiciaire ou d'une mesure similaire sous un régime de droit étranger, doivent justifier qu'elles ne sont pas sous le coup d'une suspension de leur activité pendant la période prévue pour l'exécution du marché (Article 44/2 du code des marchés publics de 2004. Cf. Code administratif de 2006, p. 2227).

précisant leur localisation et les dates de leur achèvement. Il doit faciliter à ceux que la commission des soumissions compétente aura désignés à cette fin, la vérification et la constatation de ces travaux ».

Dans son article 54, le règlement énonce les cas d'exclusion de certaines soumissions et on retrouve parmi les personnes concernées celles qui ne satisfont pas aux conditions requises pour contracter. Dans son alinéa D, l'article dispose ainsi que « Les soumissions présentées par les personnes ou les entreprises qui ne remplissent pas les conditions exigées pour la participation à l'adjudication édictées par l'article 17 du présent règlement ou par celles qui ont fait l'objet d'une décision d'interdiction de contracter avec les autorités publiques en vertu de l'article 18, ne sont pas recevables ».

Enfin, le règlement affirme dans son article 81 la nécessité de s'assurer de la personnalité du cocontractant. Il énonce : « A. L'autorité contractante doit, avant de procéder à la signature du contrat, s'assurer de la personnalité du cocontractant, de sa nationalité, de sa compétence pour signer le contrat, de ses pouvoirs délégués par la société ou l'entreprise qu'il représente. Ces mentions doivent figurer en tête du contrat auquel doivent être joints les documents justificatifs. B. Les mentions relatives au domicile du cocontractant, à son siège principal – s'il s'agit d'une société ou d'une entreprise, à l'adresse où on peut lui adresser une correspondance en Libye, doivent figurer au contrat, ainsi que son engagement à faire connaître tout changement d'adresse qui surviendrait. A défaut de cette dernière mention, il sera permis de lui communiquer tout avis ou information à l'adresse mentionnée au contrat ».

On peut donc retenir de ce qui précède que le droit français et le droit libyen prennent en considération la personnalité du cocontractant et lui accordent de l'importance lors de la conclusion du contrat, car elle n'est pas sans incidence sur le déroulement et l'avenir de l'opération contractuelle. Dans les deux législations, on prend soin de s'assurer que le contrat sera passé avec des personnes qui jouissent de la capacité financière et de la compétence technique nécessaires à l'aboutissement du projet, ce qui ressort des articles tirés des législations des pays que nous avons mentionnés. Il faut également se demander ce qu'il se passerait si le cocontractant personne physique venait à décéder alors même que l'exécution du contrat serait en cours, ce qui n'est pas rare, ou encore si le cocontractant personne morale venait à être déclaré en faillite. Ce sont des hypothèses dans lesquelles le cocontractant ne serait plus en mesure de poursuivre l'exécution. Que deviendrait alors le contrat? Faudra-t-il y mettre fin ou en poursuivre l'exécution? Quelle est la procédure à suivre dans ce cas? Ce sont des questions qui trouveront leurs réponses dans l'examen que nous allons faire des effets juridiques découlant de l'exécution personnelle du contrat.

B. Les effets de l'exécution personnelle

Comme nous l'avons relevé, l'administration tient compte dans la conclusion des contrats administratifs de la personnalité du cocontractant, qu'il s'agisse de ses potentialités financières et techniques, de sa réputation, de son expérience ou de toute autre considération du même ordre qu'elle examinera en se reportant au dossier qu'il soumet auquel sont annexés tous les documents justificatifs exigés par la loi. Mais, en dépit de toutes les précautions

législatives et pratiques qui sont prises, des circonstances postérieures à la conclusion du contrat peuvent survenir qui modifient les données relatives au cocontractant et peuvent faire douter de son aptitude à exécuter le contrat, au point parfois de rendre impossible la poursuite de l'exécution personnelle, dans les cas de décès ou de faillite de l'intéressé. Quels effets, de telles circonstances rejaillissant directement sur la règle de l'exécution personnelle, auront-elles sur la relation contractuelle en droit français et en droit libyen?

1. L'effet produit sur l'exécution du contrat par le décès du cocontractant

Le législateur et l'administration ne peuvent se désintéresser des conséquences du décès du cocontractant sur l'exécution du contrat. Ils veillent en conséquence à prescrire dans le cahier des charges les dispositions à prendre dans ce cas, la personnalité du cocontractant étant un élément important du contrat. Deux solutions sont possibles : la poursuite ou l'extinction de la convention.

En France, les cahiers des clauses générales apportent des réponses à ce problème. A cet égard, les solutions prescrites ne sont pas uniformes, elles sont aussi variées que les catégories de contrats administratifs. En matière de marchés de travaux publics, l'article 37 du cahier des clauses générales des marchés de travaux publics de l'année 1972 dispose que, lorsque l'entrepreneur décède, le contrat est résilié de plein droit et sans indemnisation, à moins que l'autorité administrative n'accepte les offres de poursuivre l'exécution du marché faites par les héritiers de l'entrepreneur⁷⁴¹.

En matière de marchés de fourniture, l'article 62 du cahier des clauses générales applicables aux marchés industriels de 1971 prévoit que dans le cas où le cocontractant décède ou perd sa capacité juridique, ses héritiers ou ses tuteurs continueront l'exécution du marché. Cependant, le ministre peut prononcer la résiliation du marché à leur demande ou s'il estime que la bonne exécution de la convention est indissociable de la compétence personnelle du cocontractant⁷⁴².

S'agissant des contrats de concession, André DE LAUBADERE relève que les cahiers de clauses générales énoncent généralement que tout changement dans la personne du concessionnaire exige l'approbation préalable de l'autorité administrative, ce qui inclut naturellement le cas où le concessionnaire décède⁷⁴³.

On peut penser que les divergences constatées dans les solutions apportées s'expliquent par l'importance plus ou moins grande accordée au facteur personnel dans les différents contrats administratifs. Il s'agit en effet d'un facteur qui n'est pas une fin en soi mais le gage d'une bonne exécution du contrat dans l'intérêt du service public.

Dans le domaine des marchés de travaux publics, la prise en compte de la personnalité du cocontractant et de sa compétence technique revêt une grande importance qui justifie les exigences posées par le cahier des clauses générales qui vont jusqu'à imposer la résiliation du

⁷⁴¹ C.C.G, Cahier des clauses générales des marchés des travaux du ministère de l'agriculture de 1972, p. 41.

⁷⁴² C.C.G applicables aux marchés industriels de 1971, p. 40.

⁷⁴³ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p.118.

marché de plein droit en cas de décès de l'entrepreneur, à moins que l'administration n'accepte l'offre de poursuite de l'exécution faite par ses héritiers si elle considère que cela est conforme à l'intérêt général⁷⁴⁴.

En revanche, l'équation personnelle du cocontractant est de moindre importance dans les marchés de fourniture du fait qu'on peut envisager, au regard de la nature de ces contrats, une poursuite de l'exécution par les héritiers du défunt, si tant est qu'ils justifient de la même compétence que lui, à moins que le marché ne soit résilié soit à la demande des héritiers soit parce que l'administration estime qu'il faut recourir à une compétence égale à celle du défunt⁷⁴⁵. Mais, en cas de silence des cahiers de clauses générales et du contrat lui-même sur la conduite à tenir dans cette circonstance, quelle est la solution à adopter?

D'aucuns estiment que le décès du cocontractant n'entraîne pas en soi une résiliation de plein droit, l'administration se réservant seulement le droit d'y recourir si elle considère que la personnalité du défunt était une garantie déterminante de la bonne exécution du marché. Ce qui signifie que les héritiers auront l'obligation de poursuivre l'exécution aussi longtemps que l'administration n'aura pas mis en œuvre son pouvoir de résiliation⁷⁴⁶.

Dans le contrat de concession, c'est au regard du lien étroit qui rattache le concessionnaire au service public que Gaston JEZE a considéré que le décès du concessionnaire devait entraîner la résiliation de plein de droit⁷⁴⁷, ce que conteste André DE LAUBADERE en s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat⁷⁴⁸. Il fait en effet le constat que la haute juridiction administrative se contente de faire coïncider les exigences du service public et les droits des héritiers et il en déduit qu'il résulte du décès du concessionnaire les conséquences suivantes :

- a. La non résiliation du contrat du seul fait du décès du concessionnaire.
- b. La concession passe aux héritiers sans que soit requis l'accord de l'administration, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement⁷⁴⁹.
- c. Lorsque le contrat a stipulé que l'accord de l'administration est nécessaire pour que les héritiers se substituent dans l'exécution au *de cuius*, le pouvoir de l'administration s'assimile à ceux dont elle dispose en matière de cession ou de sous-traitance du contrat que nous examinerons plus loin. De LAUBADERE estime à ce propos qu'elle ne peut opposer un refus qu'au cas où les héritiers ne justifient pas de la compétence requise pour poursuivre

⁷⁴⁴ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 250.

⁷⁴⁵ AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 113.

⁷⁴⁶ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 118.

⁷⁴⁷ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 231.

⁷⁴⁸ CE 5 juillet 1935, Commune de Reuilly, S. 1935, 3, p. 121. Note Albert. Et CE 15 décembre 1937, Ville d'Alger, Recueil Lebon, p. 1083. Et CE 21 avril 1950, Nuncie, Recueil Lebon, p. 231.

⁷⁴⁹ DE LAUBADAIRE fait ici référence à l'arrêt CE 3 avril 1925, Ville de Mascara, Recueil Lebon, p. 382. Il critique à ce propos le commentaire fait par Albert sur l'arrêt Commune de Rilly, précédemment mentionné, qui considère que l'accord de l'administration est nécessaire en cas de changement de concessionnaire, quel qu'en soit le motif. DE LAUBADERE estime en effet que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne confirme pas cette opinion. Cf. DE LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 119.

l'exécution. Il précise que, si l'on se réfère à la jurisprudence, il n'est pas exigé des héritiers qu'ils aient la compétence personnelle qui était celle du défunt et qu'il suffit qu'ils soient assez compétents pour poursuivre l'exécution⁷⁵⁰.

En outre, et parmi les questions qui se posent lors du décès du cocontractant, on relève celle qui consiste à se prononcer sur les aptitudes des héritiers à prendre le relais lorsqu'ils sont mineurs. Jèze y répond en affirmant que l'administration a l'obligation de résilier le contrat tout en se réservant la possibilité, dans certains cas, de conclure un nouveau contrat avec la veuve du défunt, en son nom ou au nom de ses enfants mineurs sur lesquels elle exerce le droit de tutelle⁷⁵¹.

Toutes ces solutions s'appliquent au cas où le cocontractant était une personne physique. Mais qu'en est-il lorsqu'il s'agit d'une personne morale, par exemple une société? Pour certains, les choses sont simples : la dissolution de la société met fin au contrat, car une personne morale telle que la société n'a pas d'héritiers. Cependant, le contrat ne prend fin qu'une fois accomplie la procédure de dissolution définitive. Pendant la période de liquidation, la société garde une existence légale et devra continuer à exécuter le contrat. L'administration ne peut arguer du fait que la liquidation est en cours pour mettre fin au contrat, à moins que celui-ci n'en ait stipulé autrement⁷⁵².

S'agissant de la procédure à suivre en Libye en cas de décès du cocontractant, l'article 104 du règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007, figurant sous la partie intitulée « le cas du décès du cocontractant ou de l'extinction de la personne morale », énonce les dispositions suivantes : « A. Lorsque le cocontractant décède ou que l'entité morale chargée de l'exécution cesse d'exister, l'administration peut mettre fin au contrat en restituant la caution, comme elle peut consentir à sa continuation par les héritiers, le successeur légal ou celui qui prend la suite de l'entité morale, s'ils le demandent et si l'autorité administrative s'est assurée de leur aptitude financière et technique à poursuivre l'exécution. Ils devront alors désigner un délégué qui devra être agréé par l'administration. B. Si le contrat a été conclu avec plus d'un cocontractant et que l'un des cocontractants décède, est dissous ou liquidé, l'administration aura le choix entre la résiliation du contrat accompagnée de la restitution de la caution et la désignation des autres cocontractants pour la poursuite de l'exécution. C. Il est mis fin au contrat dans tous les cas mentionnés au présent article par lettre recommandée, sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge ni de prendre une quelconque autre mesure ».

Le législateur libyen a donc défini avec clarté la marche à suivre en cas de décès du cocontractant, sans s'arrêter à aucune considération supplémentaire ni tenir compte des opinions doctrinales. En cas de décès du cocontractant, il appartient à l'administration de prendre la décision qui lui paraît appropriée et elle est libre de mettre fin au contrat ou de le prolonger avec les héritiers si elle estime qu'ils ont la capacité technique et financière d'en poursuivre l'exécution.

⁷⁵⁰ DE LAUBADERE, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 119.

⁷⁵¹ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 232.

⁷⁵² CE 10 mai 1940, Nussbaumer, *Recueil Lebon*, p. 165. Et CE 19 décembre 1936, Touche vieux, *Recueil Lebon*, p. 1138.

La solution retenue en cas de décès du cocontractant est donc proche de celle retenue par le droit français. Elle fait primer les dispositions législatives et réglementaires ainsi que les clauses du contrat et, si aucune solution ne s'y trouve consignée, elle décidera librement de mettre fin au contrat ou d'en poursuivre l'exécution avec les héritiers, selon ce qui lui paraîtra le plus propre à servir l'intérêt général.

2. L'effet produit sur l'exécution du contrat par la faillite du cocontractant

De même que dans le cas précédemment abordé du décès du cocontractant, il existe des dispositions qui s'appliquent aux cas où il est en faillite ou en état d'insolvabilité. Les solutions qui doivent être mises en œuvre en la matière sont normalement prévues par les cahiers des charges dont certains prescrivent parfois que la résiliation s'impose de plein droit. D'autres documents de même nature ne conçoivent la résiliation que comme une simple possibilité ouverte à l'autorité administrative et qu'elle peut choisir en vertu de son pouvoir discrétionnaire⁷⁵³. De la même manière, en cas de liquidation judiciaire, les cahiers des charges font en général une distinction entre la situation où le tribunal permet au cocontractant de poursuivre son activité et celle où il le lui interdit⁷⁵⁴.

De ce point de vue, en France, l'article 37 du cahier des clauses générales des travaux publics de l'année 1972 prévoit dans son paragraphe 2 la résiliation de plein droit du contrat en cas de faillite de l'entrepreneur, à moins que l'administration n'accepte les offres de poursuivre le marché faites par les créanciers du failli. Le même article décide également que la liquidation judiciaire de l'entrepreneur met en elle-même fin au contrat dès lors que le tribunal n'autorise pas l'entrepreneur à continuer son activité⁷⁵⁵.

Quant aux contrats de fourniture de guerre, l'article 66 du cahier des clauses générales des contrats industriels de l'année 1971 prévoit que le contrat n'est pas résilié de plein droit en cas de faillite, mais l'administration dispose d'un pouvoir de résiliation si elle considère que cette mesure sert l'intérêt général. Dans les cas de liquidation judiciaire, l'administration prend une décision de résiliation lorsque le tribunal interdit au cocontractant de poursuivre son activité⁷⁵⁶.

C'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a, en différentes occasions importantes, fourni l'interprétation de ces règles édictées dans les cahiers des clauses⁷⁵⁷.

⁷⁵³ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 253.

⁷⁵⁴ AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 119.

⁷⁵⁵ CCG des marchés des travaux du ministère de l'agriculture 1972, p. 41.

⁷⁵⁶ Cf. sur ce point l'article 59, paragraphes 2 et 3 du Cahier des clauses générales des marchés de fourniture de 1965 (p. 40), qui confirme la résiliation du contrat en cas de faillite du cocontractant, avec possibilité que le syndic, mandataire désigné par la justice pour aider les créanciers à réaliser leurs droits, poursuive « l'exécution si le tribunal a autorisé la poursuite de l'activité et que le ministre a accepté la proposition de continuer l'exécution ». Voir à ce sujet DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 121.

⁷⁵⁷ CE 30 juin 1943, Commission administrative de l'hôpital de Fontainebleau, Recueil Lebon, p. 169. Et CE 28 novembre 1952, Sté Coopérative des ouvriers et techniciens du bâtiment, Recueil Lebon, p. 542.

S'agissant des contrats de concession de service public, Gaston JEZE a estimé que, du fait de leur nature spécifique et de leur exécution successive, la faillite du cocontractant entraînait la résiliation de plein droit. Ce point de vue, qui est confirmé par les cahiers des clauses relatives à la concession, s'appuyait sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français⁷⁵⁸.

Les points que nous venons d'aborder se rapportent aux cas qui sont réglés par les cahiers des clauses générales. Mais quelle solution retenir en cas de silence de ces documents sur ce point alors même que le contrat ne règle pas les dispositions à prendre? Certains estiment que, conformément aux règles jurisprudentielles, la faillite ne conduit pas en soi à mettre fin au contrat, l'administration ayant seulement latitude de le faire si l'intérêt général l'exige⁷⁵⁹.

En vérité, laisser à l'administration la latitude de résilier le contrat, et considérer donc qu'il n'y est pas mis fin de plein droit, est une option qui s'accorde avec l'orientation que nous avons pris soin de dégager dans cette sous-section et qui implique que la personnalisation du contrat n'est pas une fin en soi, mais un simple moyen de s'assurer que l'exécution du contrat administratif favorisera l'intérêt général et l'intérêt des usagers du service public.

En Libye, le règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 n'accorde pas à l'administration le pouvoir discrétionnaire de résilier le contrat en cas de faillite ou d'insolvabilité du cocontractant. Il prévoit cependant les cas dans lesquels l'annulation du contrat est possible, parmi lesquels la faillite ou l'insolvabilité du cocontractant. Son article 103 dispose ainsi : « L'autorité contractante peut annuler le contrat administratif ou le retirer au cocontractant dans l'un des cas suivants : lorsque le cocontractant est insolvable, qu'il a déclaré faillite ou qu'il a engagé une conciliation avec ses débiteurs ».

Le législateur libyen dispose donc clairement et explicitement que l'administration a le droit d'annuler le contrat ou de le retirer au cocontractant lorsqu'il déclare faillite, qu'il est en état d'insolvabilité ou qu'il a engagé une conciliation avec ses créanciers. Elle a de ce fait la possibilité de résilier le contrat en cas de faillite du cocontractant si elle considère qu'une telle décision est conforme à l'intérêt général.

Cette position du législateur libyen est une garantie essentielle de protection du Trésor public car le cocontractant qui a si mal géré ses affaires qu'il a été mis en faillite, pour quelque motif que ce soit, ne peut être fiable quand il s'agit d'opérations engageant des fonds publics.

Enfin, le choix personnalisé fait par l'administration dans la conclusion de ses contrats ne révèle sa pertinence qu'une fois que les travaux ont été achevés selon les spécifications convenues et qu'ils ont été livrés au maître de l'ouvrage dans les délais requis.

⁷⁵⁸JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 234. Et CE 23 janvier 1903, Compagnie d'électricité de Cognac, Recueil Lebon, p. 38.

⁷⁵⁹ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p. 122. Et CE 22 mars 1902, Chambon, Recueil Lebon, p. 244.

Sous-section 2 : La cession du contrat

Il résulte de la prise en considération de la personnalité du cocontractant une conséquence nécessaire : celui-ci s'engage à exécuter ses obligations personnellement ou à en charger son représentant qu'il mandate à cette fin après accord de l'administration donné conformément aux lois et règlements. Le but recherché est d'éloigner les intermédiaires qui ne seraient mus que par l'intérêt personnel. Le cocontractant est en effet un collaborateur de l'administration et œuvre au bon fonctionnement du service public, ce qui n'est pas forcément le souci de celui qui se substituerait à lui dans l'exécution. A quoi servirait que l'administration choisisse parmi les candidats celui qui réunit les qualités les plus aptes à garantir une collaboration au service public, si celui-ci pouvait céder aussi facilement le contrat à un tiers ?

Ces considérations induisent un certain nombre d'interrogations dont la première consiste à savoir si le cocontractant peut céder le contrat. Il faut aussi se demander, dans le cas où la réponse est affirmative, s'il doit pour cela obtenir l'accord de l'administration et si la cession de la totalité du contrat est possible ou bien si la seule cession partielle peut se faire par le biais de ce qu'on appelle un contrat de sous-traitance. Il faut, bien sûr, également se demander quels sont les effets de la cession. C'est à toutes ces questions que nous répondrons dans cette sous-section en abordant successivement les deux sortes de cession possibles : la cession totale (A) et la cession partielle ou sous-traitance (B).

A. La cession totale du contrat

La cession est un acte juridique par lequel le cocontractant de l'administration confie à un tiers le soin d'assurer l'exécution du contrat dans sa totalité, c'est-à-dire l'ensemble de ses obligations contractuelles, ce qui signifie qu'un autre cocontractant se substitue au cocontractant initial et devient responsable de l'exécution du contrat. On a alors affaire à un nouveau contractant et à un nouveau contrat. La cession implique donc que le cocontractant se désiste de tous les droits et obligations résultant du contrat et qu'un tiers se substitue à lui dans l'exécution de la totalité du contrat⁷⁶⁰.

Un tel acte fait sans aucun doute disparaître du contrat administratif cet élément d'*intuitu personae* dont l'administration fait un moyen de s'assurer que l'intérêt public sera privilégié. C'est la raison pour laquelle la doctrine convient que le cocontractant ne peut procéder à cette substitution sans l'acceptation préalable de l'autorité administrative tant il apparaît qu'une cession faite sans cette acceptation réduirait à néant la personnalisation de l'exécution du contrat avec tout ce qu'elle suppose d'évaluation des capacités techniques et financières du cocontractant. Celui-ci ne peut en conséquence céder le contrat à un tiers qui n'aurait pas ces capacités ou dont la réputation serait douteuse⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ KHALIL Abderrahmane, Les principes généraux relatifs aux effets des contrats administratifs et leur application, Le Caire, Egypte, 1994, p. 32.

⁷⁶¹ FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Op.cit, p. 248.

Il est donc clair que le cocontractant ne peut transmettre ses droits et obligations contractuelles sans l'accord de l'administration qui, avant de conclure avec lui, s'était assurée de sa compétence et de ses aptitudes, et avait ainsi acquis le droit d'exiger de lui qu'il exécute personnellement le contrat. D'aucuns considèrent qu'il n'est pas nécessaire que l'interdiction de la cession du contrat sans l'autorisation de l'administration soit prescrite par un texte, puisqu'elle se déduit de la personnalisation de l'opération contractuelle. Le manquement par le cocontractant à son obligation cardinale d'exécuter personnellement est une faute grave entraînant la résiliation ou l'annulation du contrat sous sa responsabilité⁷⁶².

Cette règle est constante en droit français et en droit libyen : le cocontractant ne peut céder le contrat au profit d'un tiers, personne physique, société ou groupement, sans l'accord explicite de l'administration. Généralement, ce sont les cahiers des charges ou les contrats qui édictent cette règle, cela n'empêche pas qu'elle s'applique même en l'absence de toute stipulation. Et toute contravention à la règle expose le cocontractant à des sanctions pouvant aller, de l'avis unanime de la doctrine française, jusqu'à la résiliation de plein droit et sans indemnisation⁷⁶³.

En Libye, cette règle est énoncée par le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de l'année 2007, actuellement en vigueur, dont l'article 96 dispose que « le cocontractant ne peut céder à autrui le contrat, en tout ou en partie. Il est interdit aux autorités contractantes d'insérer dans leurs contrats toute autorisation de cession et d'accepter la cession par les cocontractants de leurs contrats à autrui ».

On peut donc constater que la règle de non cession du contrat est consacrée aussi bien par la loi que par la jurisprudence et l'unanimité de la doctrine. Comme la condition exigée pour la cession est l'acceptation de l'administration, il nous faut examiner deux situations : la première est celle où la cession se fait sans cet assentiment et la seconde est celle où elle s'effectue avec cet assentiment. Nous pourrions alors faire ressortir les effets résultant de chacune de ces situations.

1. La cession du contrat sans l'acceptation de l'administration

Ce qu'il advient parfois en pratique, c'est que le cocontractant qui a remporté le marché, mu par l'attrait du gain facile ou par tout autre mobile, le vend à un tiers à l'insu de l'administration contractante qui se trouve face à un partenaire dont elle ne sait rien et dont elle ne connaît pas les compétences. Bien entendu, il en résulte la nullité du contrat qu'il n'est possible de contester d'aucune manière auprès de l'administration, laquelle n'est liée par une quelconque relation avec le nouveau venu, aucun lien contractuel n'existant entre le cessionnaire et l'autorité administrative. Le cocontractant initial, avec lequel elle a signé le marché, demeure à ses yeux le seul responsable du contrat. Un tel comportement, contraire à l'engagement d'exécuter personnellement, est réputé sans effet sur la relation nouée entre

⁷⁶²JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 215.

⁷⁶³AUBY Jean Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens, domaine travaux public, expropriation, Op.cit, p. 124.

l'administration et le contractant initial, qui ne s'en trouve pas libéré de sa responsabilité d'exécuter le marché intégralement⁷⁶⁴.

Mieux encore, cette cession est considérée, nous l'avons déjà dit, comme un manquement à l'une des obligations essentielles du cocontractant et constitue à ce titre une faute grave justifiant des sanctions sévères telles que la résiliation du contrat sous sa responsabilité, si le contrat n'en a pas décidé autrement. C'est la position adoptée par la doctrine en France comme en Libye⁷⁶⁵.

Un tel acte est en outre réputé ne produire aucun effet à l'égard de l'administration et du cessionnaire. Le Conseil d'Etat a constamment affirmé qu'il n'existait aucune relation entre eux dès lors que l'administration n'a pas approuvé la cession⁷⁶⁶. Le nouveau venu ne peut obtenir de l'administration aucun droit contractuel car, pour elle, il n'est qu'un tiers étranger au contrat qu'elle peut écarter du site de l'ouvrage et de toute exécution, comme de toute collaboration au service public⁷⁶⁷. Tout cela n'empêche pas cependant le cessionnaire qui aurait exécuté les clauses du contrat initial de se retourner contre l'administration maîtresse de l'ouvrage pour lui réclamer une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause, ni de réclamer ses droits civils, en sa qualité de créancier du cocontractant initial, par la voie de l'action indirecte et du transfert de droit, en vertu des règles du droit civil⁷⁶⁸.

En application de la règle de la personnalisation de l'opération contractuelle, le cocontractant initial demeure responsable du contrat qu'il a cédé sans l'accord de l'administration, même si cette responsabilité n'est engagée, selon certains auteurs, que dans le cas où la cession a causé un préjudice à l'administration⁷⁶⁹.

Le législateur libyen a interdit, en vertu du règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007, toute cession à un tiers, qu'elle soit totale ou partielle. L'article 96 de ce texte dispose : « A. Le cocontractant ne peut céder le contrat, totalement ou partiellement, à un tiers. Il est interdit à l'autorité administrative d'insérer dans ses contrats administratifs toute autorisation de cession, et d'accepter la cession par ses cocontractants de leurs droits à un tiers ; B. Si, en contravention avec la disposition précédente, le cocontractant cède le contrat totalement ou partiellement, le contrat est annulé et la caution définitive est saisie, nonobstant le droit de l'administration à être indemnisée pour le préjudice subi et à faire supporter au cocontractant toute augmentation des prix ; C. Cependant, le cocontractant peut céder tout ou partie de ses droits à une banque publique libyenne aux conditions suivantes : 1. Que cette cession ne soit exécutée à l'égard de l'autorité contractante qu'après son accord écrit ; 2. Que

⁷⁶⁴ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 40. Voir également : TAMMAOUI Soulaymane, *Les fondements généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 420.

⁷⁶⁵ CE 17 décembre 1926, Monnat, *Recueil Lebon*, p. 3. Et RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, op.cit, p. 349. Parmi les textes français qui disposent que la cession ne peut se faire sans l'accord de l'administration, on relève l'article 10 du cahier des clauses générales des routes et des ponts de 1976.

⁷⁶⁶ BENCHABANE Ali, *Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne*, Op.cit, p. 246.

⁷⁶⁷ HILMI Omar, *Les effets des contrats administratifs*, Op.cit, p. 30.

⁷⁶⁸ FAYAD Abdelmajid, *La théorie des sanctions dans le contrat administratif*, Op.cit, p. 129.

⁷⁶⁹ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 109.

cette cession ne porte pas atteinte aux droits que détiendrait cette autorité vis-à-vis du cocontractant. Si le cocontractant a fait cette cession auprès d'une banque déterminée, il ne peut revenir sur cette cession qu'avec l'accord de cette banque ».

Le législateur a donc clairement interdit au cocontractant la cession à un tiers, en renforçant cette interdiction par celle faite aux autorités contractantes d'inclure dans leurs contrats toute autorisation de cession. Le texte cité mentionne également les sanctions auxquelles s'exposerait le cocontractant en cas de cession faite sans accord de l'administration qui peuvent aller jusqu'à l'annulation du contrat avec saisie de la caution et éventuellement le paiement de dommages et intérêts. L'administration qui aurait subi un préjudice du fait de la cession est en droit d'en réclamer réparation. Le texte désigne également la partie à laquelle le cocontractant peut céder le contrat, soit une banque libyenne, en précisant qu'une telle cession doit recueillir l'accord écrit, et non pas seulement oral, de l'administration, à défaut de quoi la cession serait une atteinte portée aux droits détenus par l'autorité administrative à l'égard du cocontractant. A défaut de cet accord écrit, la cession n'aurait pas d'effet vis-à-vis de l'administration. Ces dispositions étant expresses, elles ne se prêtent à aucune manœuvre possible d'interprétation.

La Cour suprême libyenne en apporte la confirmation dans un arrêt rendu le 13 mars 2004 lorsqu'elle affirme que « le règlement relatif aux contrats administratifs exige, pour la cession par le cocontractant avec l'administration à une banque libyenne, des droits qu'il détient à son égard, l'accord écrit de l'administration concernée, ce qui signifie que cet accord est une condition de l'opposabilité de la cession à l'administration »⁷⁷⁰.

On en conclut que la législation et la jurisprudence en France et en Libye s'accordent à refuser la cession à un autre cocontractant de tout ou partie du contrat, lorsque l'administration n'y a pas consenti, car cela est contraire à l'élément d'*intuiti personae* qui caractérise le contrat. Une telle cession serait donc nulle car contrevenant à l'ordre public et le cocontractant doit s'en abstenir sous peine de sanctions pouvant aller jusqu'à l'annulation du contrat sous sa responsabilité. Sans compter qu'elle expose le cocontractant à payer des dommages et intérêts à l'administration si la cession est dommageable à cette dernière. Il reste à se demander ce qu'il en est dans le cas où l'administration a consenti à la cession. Autrement dit, quels sont les effets résultant de l'acceptation de la cession par l'administration? Et d'ailleurs lui est-il permis de consentir à la cession? C'est ce que nous allons examiner dans ce qui suit.

2. La cession du contrat avec l'accord de l'administration

Il arrive qu'en cours d'exécution du contrat, le cocontractant en vienne à faire face à des éléments nouveaux qui invalident sa compétence technique ou ses capacités financières, qu'il souhaite céder le contrat à un tiers ayant la compétence et les capacités voulues, et qu'en même temps, l'autorité administrative estime que l'intérêt public et les exigences du service public commandent d'approuver la cession. Dans de telles circonstances, certains auteurs

⁷⁷⁰ Cour suprême libyenne, 13 mars 2004, Recours administratif N° 46/582, non publié.

pensent que rien ne s'oppose à ce que l'administration accepte la cession⁷⁷¹. Elle le fait car elle est consciente que des circonstances peuvent survenir qui rendraient difficile la poursuite de l'exécution par le cocontractant initial. Au lieu de procéder à la résiliation du contrat ou à son retrait pour contracter à nouveau avec une autre partie, avec ce que cela suppose de procédure à accomplir et de retard apporté au projet, elle pourra alors considérer qu'il vaut mieux consentir à la cession au nom de l'intérêt public, qui est son but ultime, dont *l'intuiti personae* n'est que l'un des moyens⁷⁷².

Le cocontractant initial est susceptible de perdre nombre des qualités qui avaient séduit l'administration lors de la conclusion du contrat. Il peut par exemple perdre sa position financière, ses capacités techniques peuvent s'affaiblir, entre autres changements qui peuvent affecter négativement l'intérêt général. Si le cocontractant demande alors qu'il lui soit permis de céder le contrat à un tiers en qui les qualités requises par l'administration sont réunies et que celle-ci estime que cela lui assure une exécution du contrat de la manière qu'elle souhaite, d'aucuns considèrent que rien n'empêche que l'administration accepte l'offre pour le bien de l'intérêt général⁷⁷³.

Il s'agit alors de savoir quelle est la marge de liberté que conserve l'administration pour refuser son acceptation.

Lorsqu'on examine la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, on relève de nombreuses décisions relatives au contrat de concession dans lequel la personnalité du cocontractant retenu par l'administration est mise en exergue. On y constate qu'il est exigé de l'administration saisie d'une demande d'approbation de la cession qu'elle se prononce dans un délai approprié. Elle n'a donc aucun intérêt à garder le silence et, lorsqu'elle le fait, elle peut engager sa responsabilité⁷⁷⁴.

L'administration ne peut refuser par principe, elle doit fonder sa décision de refus sur des motifs raisonnables afférents à l'intérêt général, par exemple l'inaptitude financière ou technique du nouveau contractant. Si les motifs qu'elle invoque s'avèrent peu pertinents, le cocontractant peut obtenir du juge du contrat qu'il annule la décision de refus⁷⁷⁵. Il peut aussi solliciter une résiliation du contrat pour faute de l'administration ou réclamer une réparation du dommage qui lui est causé par la décision de refus⁷⁷⁶.

Si les arrêts du Conseil d'Etat ne sont ni aussi nombreux ni aussi nets en ce qui concerne les autres contrats administratifs, nous ne doutons pas que les principes mentionnés s'y appliquent tout autant, même si les applications sont en pratique rares. La personnalisation des obligations y est certes moins marquée que dans les contrats de concession, et tout ce que

⁷⁷¹ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 425.

⁷⁷² JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 214.

⁷⁷³ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 246.

⁷⁷⁴ CE 19 février 1932, Melon, Recueil Lebon, p. 206. Et CE 6 février 1946, Défargues, Recueil Lebon, p. 41.

⁷⁷⁵ CE 8 mars 1944, Commune de Balaguères, Recueil Lebon, p. 80. Et CE 1^{er} juillet 1949, Cie Guadeloupéenne, Recueil Lebon, p. 264.

⁷⁷⁶ CE 20 mars 1942, Dame veuve Bastit, Recueil Lebon, p. 92. Et CE 12 avril 1935, Sté rurale de distribution électrique, S. 1935, 3. p.121.

l'on peut dire du droit de l'administration de refuser la cession du contrat, c'est qu'il participe de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont l'administration doit faire un bon usage sous la contrainte que lui impose l'intérêt général.

Quant à la procédure d'approbation de la cession par l'administration, elle comporte l'obligation pour le cocontractant qui sollicite la cession d'adresser à l'administration une demande écrite afin qu'elle puisse étudier la situation du cessionnaire et s'assurer que ses capacités financières et techniques lui permettent d'assumer les charges imposées par le contrat⁷⁷⁷.

S'agissant de la forme que doit emprunter la décision de l'administration, cette dernière est en principe libre de choisir celle qui lui paraît la plus adéquate. Aucune forme ne lui est imposée tant qu'il n'existe aucun texte qui en dispose autrement, comme c'est le cas en Libye où le législateur exige que la cession, totale ou partielle, soit faite par écrit, en vertu de l'article 96 du règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 déjà mentionné. En France, où il n'y a pas d'équivalent à l'article 96 du règlement libyen, l'accord de l'administration n'est pas soumis à une forme déterminée, il peut être acquis tacitement, comme l'affirment certains arrêts du Conseil d'Etat⁷⁷⁸. Ce qui diffère des prescriptions de la loi libyenne figure dans l'article 96 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 disposant que la cession ne peut avoir lieu qu'après l'accord écrit de l'administration, comme nous l'avons indiqué, précisant que « le cocontractant peut céder en tout ou partie de ses droits à une banque libyenne aux conditions suivantes : 1. Que cette cession ne soit exécutée à l'égard de l'autorité contractante qu'après son acceptation écrite; 2. Que cette cession ne porte pas atteinte aux droits que détiendrait cette autorité vis-à-vis du cocontractant. Si le cocontractant a fait cette cession auprès d'une banque déterminée, il ne peut revenir sur cette cession qu'avec l'accord de la banque ».

Ainsi donc, en Libye, l'administration ne peut consentir à la cession que par écrit comme le confirme la Cour suprême dans un arrêt rendu le 13 mars 2004 lorsqu'elle affirme que « le règlement relatif aux contrats administratifs exige, pour la cession par le cocontractant avec l'administration à une banque libyenne des droits qu'il détient à son égard l'accord écrit de l'administration concernée, ce qui signifie que l'accord écrit est une condition de l'opposabilité de la cession à l'administration »⁷⁷⁹.

En ce qui concerne l'autorité compétente pour approuver la cession, la règle veut que ce soit celle qui a conclu le contrat initial, sauf lorsque le législateur en a disposé autrement et désigné une autre autorité pour le faire⁷⁸⁰.

La décision approuvant la cession du contrat rejaillit sur la situation juridique du cessionnaire (le nouveau cocontractant) et du cédant (le cocontractant initial). Par rapport au

⁷⁷⁷SANNARI Mohamed, Les moyens de conclusion du contrat administratif, Le Caire, Egypte, sans date, p. 403.

⁷⁷⁸CE 10 janvier 1930, Commune de Pointe-à-pitre, Recueil Lebon, p. 32. Et CE 27 octobre 1937, Min. Fin et Chauvin, Recueil Lebon, p. 867.

⁷⁷⁹Cour suprême libyenne, 13 mars 2004, Recours administratif N° 46/582, non publié (précédemment cité).

⁷⁸⁰CE 9 juillet 1924, Sté secteur électrique, Recueil Lebon, p. 656.

premier, l'accord donné par l'administration à la cession vaut conclusion d'un nouveau contrat qui vient se substituer au contrat initial créant entre l'administration et lui un lien contractuel direct. Il sera donc seul responsable devant elle, à moins que le contrat n'en stipule autrement. Le cocontractant initial se dégage donc de ses obligations contractuelles, la relation qui l'unit à l'administration prenant fin dès que celle-ci a accepté la cession, le cessionnaire devenant le seul responsable de l'entière exécution de la convention, sauf stipulation contraire, et le seul destinataire des orientations et directives de l'administration. En contrepartie, le cessionnaire détient le droit exclusif de percevoir la rémunération due pour l'exécution du contrat⁷⁸¹.

Sur ce point, la Cour suprême libyenne a statué comme suit : « Attendu que le ministère des communications a approuvé la cession totale du contrat initial conclu auparavant le 2 janvier 1969 avec la société A, ainsi que la substitution à cette dernière de la société italienne; qu'il découle de cette approbation que le nouveau cocontractant se substitue au cocontractant initial dans les obligations de celui-ci vis-à-vis de l'administration, c'est-à-dire que s'est créé entre l'administration et le cessionnaire un lien contractuel direct, et que ce dernier est réputé être le seul responsable devant l'administration, dès lors qu'il n'est pas stipulé autrement; que, en conséquence, le cocontractant initial est libéré de ses obligations »⁷⁸².

S'agissant des effets produits à l'égard du cocontractant initial, l'approbation de la cession par l'administration le libère de toutes ses obligations vis-à-vis de l'administration qui ne peut donc lui demander de poursuivre l'exécution du contrat. Elle ne peut davantage s'abstenir de lui restituer la caution ou ce qu'il en reste, si ce n'est dans la limite des sommes éventuellement litigieuses. Cependant, on constate que la plupart des contrats administratifs français stipulent que le cocontractant initial demeure le garant de son successeur⁷⁸³.

Voilà ce qu'il en est pour ce qui se rapporte à la cession intégrale du contrat, en Libye et en France, et qui ressort de la jurisprudence et de la loi. Il nous reste à étudier le cas de la cession partielle, plus fréquemment dénommée sous-traitance.

B. La sous-traitance

Nous avons précédemment indiqué que la personnalisation des contrats administratifs impliquait nécessairement l'engagement du cocontractant à exécuter personnellement ou par l'intermédiaire d'un mandataire agréé par l'administration. Nous avons également vu que les législateurs français et libyen veillaient scrupuleusement à l'application de cette règle en interdisant la cession du contrat sans l'accord de l'administration. Nous avons examiné dans le paragraphe précédent la cession totale du contrat, en explicitant la notion, les conditions et les effets. Nous allons maintenant aborder la cession partielle, que l'on appelle aussi sous-traitance, en observant que nous privilégierons le concept de sous-traitance parce qu'il est le

⁷⁸¹ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 194. Et DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 125.

⁷⁸² Cour suprême libyenne, 10 janvier 1974, Recours administratif N° 19/6, *Revue de la Cour suprême*, N° 1, p. 376.

⁷⁸³ ABSI Hassan, *Les obligations et les droits des parties dans l'exécution du marché de travaux publics*, Op.cit, p. 39 et s.

plus usité mais aussi pour éviter toute confusion entre les règles qui le régissent et celles qui s'appliquent à la cession totale. Nous allons donc d'abord en préciser la notion en en fournissant la définition et en la distinguant des notions voisines. Nous examinerons ensuite les effets résultant de la sous-traitance pour toutes les parties concernées.

1. Définition de la sous-traitance

C'est un contrat en vertu duquel le cocontractant initial noue une relation conventionnelle avec un tiers, relative à l'exécution d'une partie déterminée des obligations stipulées par le contrat⁷⁸⁴. C'est, autrement dit, l'acte juridique que conclut le cocontractant initial avec un tiers en vue de l'exécution partielle de l'objet du contrat⁷⁸⁵.

La sous-traitance exige qu'il soit possible de fractionner l'objet du contrat, ce qui est toujours le cas des contrats administratifs, toutes catégories confondues. D'un point de vue pratique, nombre de contrats administratifs appellent la participation de plusieurs personnes à l'exécution de leur objet car le progrès technique ainsi que la spécialisation, la division du travail, qui l'accompagnent, impliquent nécessairement une pluralité de contributions à l'exécution du contrat. Il en va ainsi par exemple lorsqu'un entrepreneur s'engage auprès de l'administration à édifier un grand ensemble destiné à l'habitation. Des considérations de spécialité et de division du travail exigent qu'il sous-traite à plusieurs sociétés, spécialisées respectivement dans le creusement des fondations, dans la préparation du béton, dans la construction, dans le raccordement à l'électricité, dans la fourniture et le montage des ouvrages de menuiserie, etc⁷⁸⁶.

En France, la sous-traitance est régie par la loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975 qui définit la sous-traitance comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »⁷⁸⁷.

L'article 1 de cette loi, modifié par l'article 61 de la loi N° 2001-1168 du 12 décembre 2001, précise :

« Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux opérations de transport, le donneur d'ordre initial étant assimilé au maître d'ouvrage, et le contractant du transporteur

⁷⁸⁴ VELLAS Romain, Le droit de la sous-traitance et la nouvelle organisation industrielle aéronautique, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 14.

⁷⁸⁵ RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p. 347.

⁷⁸⁶ JAMAL Jibril et IBRAHIM Ali, Les effets des contrats administratifs, Op.cit, p. 490.

⁷⁸⁷ www.legifrance.gouv.fr

sous-traitant qui exécute les opérations de transport étant assimilé à l'entrepreneur principal »⁷⁸⁸.

On ne trouve pas de disposition analogue dans le droit libyen, le règlement relatif aux contrats administratif de l'année 2007 ne fournissant pas une définition de la sous-traitance qu'il aborde cependant dans son article 97 sous le titre « Dispositions relatives à la sous-traitance » : « A. Nul ne peut conclure un contrat de sous-traitance pour l'exécution de tous les travaux qui font l'objet du contrat. B. Il est cependant permis de conclure une sous-traitance avec des parties spécialisées ayant la compétence et l'expertise requise pour l'exécution de certains des travaux entrant dans l'objet du contrat, à condition que l'autorité compétente y ait consenti par écrit. Le cocontractant demeure responsable solidairement avec le sous-traitant de l'exécution des obligations du contrat. C. Priorité sera accordée dans la sous-traitance aux instruments nationaux d'exécution s'ils justifient de la compétence, de l'expérience et de la spécialisation requise pour les travaux objet du contrat. Dans ce cas, l'accord de l'autorité compétente n'est pas exigé pour une valeur du contrat n'excédant pas une proportion de 25%, obligation étant faite de l'en informer ».

Certains considèrent que la sous-traitance n'est pas une atteinte manifeste à l'idée de personnalisation de l'exécution du contrat administratif, car elle n'implique pas tant l'obligation personnelle d'exécuter matériellement le contrat que le fait pour le cocontractant d'être responsable de l'exécution. La sous-traitance est donc permise dès lors que le cocontractant initial demeure, à l'égard de l'administration, garant et responsable personnellement de l'exécution de la totalité du contrat⁷⁸⁹.

En cela, la sous-traitance diffère nettement de la cession totale du contrat. Dans ce dernier cas, le cessionnaire se substitue au cédant dans toutes ses obligations si l'administration a donné son accord, et entre lui et cette dernière se noue un lien contractuel. Dans la sous-traitance, ce n'est pas le cas, il n'y a pas de substitution d'un cocontractant à un autre, le sous-traitant se voyant confier l'exécution d'une partie du contrat sous la responsabilité du cocontractant initial avec le maintien du lien contractuel entre celui-ci et l'administration, maître de l'ouvrage. Ce qui signifie que le cocontractant initial demeure responsable de l'exécution, y compris dans la partie du contrat dont l'exécution est dévolue au sous-traitant, car l'administration ne connaît pas d'autre responsable que lui. A ce titre, il peut s'exposer à des sanctions pour non-exécution ou retard dans l'exécution même si cela est le fait du sous-traitant. Il n'y a donc pas d'autre lien direct entre le sous-traitant et l'administration que celui qui serait expressément prévu par les lois et règlements⁷⁹⁰.

Sous-traitance et cession totale diffèrent également du point de vue de l'atteinte qu'ils portent à la personnalisation du contrat. Celle-ci est entièrement remise en cause dans le cas de la cession totale, avec la substitution d'un cocontractant à un autre alors même qu'il ne réunit peut-être pas les qualités qui ont incité l'administration à choisir le cocontractant initial et qui étaient la garantie d'un bon fonctionnement du service public objet des travaux. Alors

⁷⁸⁸ www.legifrance.gouv.fr

⁷⁸⁹ AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 69.

⁷⁹⁰ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 222.

que dans celle-là, la cession ne s'effectue au profit du nouveau cocontractant que pour une partie du contrat et la considération personnelle subsiste, d'autant que le cocontractant qui cède partiellement le contrat demeure seul responsable devant l'administration de la totalité de l'exécution incluant la part cédée au sous-traitant⁷⁹¹.

La sous-traitance est en définitive une cession partielle qui préserve la personnalisation du contrat, sachant que l'obligation d'exécuter personnellement ne signifie pas tant responsabilité de l'exécution matérielle que responsabilité personnelle d'assurer une exécution conforme à l'intérêt du service public⁷⁹².

La sous-traitance diffère par ailleurs de ces actes juridiques qu'entreprend le cocontractant avec les tiers en cours d'exécution du contrat dans le but de se faciliter la tâche, comme les conventions qu'il conclut pour se fournir en produits tels que les matières premières, les ressources de financement, l'expertise technique, ou pour acquérir les marchandises dont il doit assurer la fourniture, etc.⁷⁹³ Ce sont autant d'opérations qui ne le conduisent pas à associer les tiers à l'exécution d'une partie du contrat ni à y prendre part directement, et qui n'affectent ni la règle de l'exécution personnelle ni le caractère personnalisé du contrat. Les tiers ne font que faciliter la tâche d'exécution dévolue au cocontractant, ce qui vaut pour les conventions que ce dernier conclut avec les agences de l'emploi qui lui fournissent la main-d'œuvre spécialisée dont il a besoin. De tels accords n'impliquant donc pas l'association directe des tiers à l'exécution d'une partie déterminée du contrat, ils sont licites en règle générale en vertu de la liberté reconnue au cocontractant de choisir le mode d'exécution de ses obligations. Cette liberté n'est limitée que par des clauses expresses qui obligerait à acquérir des marchandises précises ou à recourir à des participations déterminées, ou par des dispositions qui existeraient à ce propos dans les lois et règlements⁷⁹⁴.

En dépit des similitudes qui peuvent apparaître entre ces différentes situations et la sous-traitance, celle-ci possède ses caractères propres dans la mesure où elle suppose que le sous-traitant exécute une partie du contrat dont il est responsable vis-à-vis du cocontractant initial dans les cas où le contrat peut être découpé en parties distinctes.

La sous-traitance est considérée comme l'un des principaux prolongements de l'idée de personnalisation du contrat car elle rend plus facile à l'administration autant qu'à son cocontractant la tâche d'exécution du contrat administratif. En effet, sans la sous-traitance, l'administration serait contrainte à conclure des contrats avec plusieurs partenaires pour exécuter un seul et même projet, afin de satisfaire aux exigences du progrès technique, avec la spécialisation et la division du travail qu'il suppose et la superposition des responsabilités engagées dans l'exécution du contrat qui en résulte. Or, c'est précisément ce que l'administration ne souhaite pas, en application du principe de l'unité de garantie qui se réalise idéalement dans le fait que le cocontractant initial est responsable seul et personnellement

⁷⁹¹ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 106.

⁷⁹² BENCHABANE Ali, *Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne*, Op.cit, p. 255.

⁷⁹³ CHAMRI Ahmed, *La force obligatoire du contrat administratif*, Op.cit, p. 122.

⁷⁹⁴ CE 11 mars 1927, Lorenzo, *Recueil Lebon*, p. 314.

devant l'administration de l'exécution de l'intégralité du contrat. Au regard de l'importance acquise par le procédé de la sous-traitance, d'aucuns considèrent qu'en l'absence de toute clause l'interdisant au cocontractant, son acceptation par l'administration est toujours supposée acquise⁷⁹⁵.

Cependant, si utile que soit la sous-traitance, sa légalité ainsi que celle des effets qu'elle produit à l'égard de l'administration dépendent de l'acceptation préalable que doit accorder l'administration au cocontractant initial, implicitement ou explicitement selon ce qu'en auront décidé les lois, les règlements ou les cahiers des clauses concernés.

En France, la procédure d'obtention de cette acceptation exige que le cocontractant initial soumette à l'administration une demande écrite précisant le nom du sous-traitant proposé, afin que l'administration puisse s'informer de ses capacités et de son aptitude à remplir ses obligations, et s'assurer que le contrat sera rempli dans les meilleures conditions. L'administration fait connaître sa décision dans les 21 jours suivant la réception de la demande, son silence au terme de ce délai valant acceptation de la sous-traitance demandée⁷⁹⁶.

En Libye, c'est l'article 97 du règlement relatif aux contrats administratifs qui traite de la sous-traitance et qui définit la procédure à suivre dans les termes suivants : « Le cocontractant peut conclure un contrat de sous-traitance avec des parties spécialisées ayant la compétence et l'expérience pour exécuter les tâches prescrites par le contrat, à condition que l'autorité contractante y consente par écrit, le cocontractant demeurant responsable solidairement avec le sous-traitant de l'exécution des obligations du contrat ».

Les législateurs français et libyen s'accordent donc, au vu de ces dispositions, sur la forme écrite que doit prendre l'acceptation de la sous-traitance.

Enfin, il nous faut signaler que l'idée de sous-traitance a connu une évolution, de même que les rôles du cocontractant initial et de l'administration, du point de vue de la volonté de chacun d'entre eux de voir se nouer la relation de sous-traitance. La doctrine française relève deux modèles nouveaux de sous-traitance. Le premier est dénommé sous-traitance imposée au cocontractant initial dans lequel la volonté de ce dernier ne détermine pas le choix du sous-traitant que l'administration lui impose en vertu d'un droit qu'elle détient d'un texte de loi ou d'une clause contractuelle lorsque cette clause prévoit la cession d'une partie du contrat à un tiers qui en assumera l'exécution⁷⁹⁷. L'administration recourt à ce type de sous-traitance dans le marché de travaux publics, et ce pour différentes raisons, par exemple pour permettre aux petites entreprises d'accéder au marché des travaux et leur donner l'occasion de participer à la réalisation d'ouvrages nationaux, ou pour répartir le coût du projet sur le plus grand nombre d'entrepreneurs possible et généraliser le bénéfice qui en est tiré en

⁷⁹⁵ FLAMME Maurice André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Op.cit, p. 15.

⁷⁹⁶ Voir l'article 2 du Code des marchés publics, 1975, Et voir également le code administratif, 1989, p. 1167.

⁷⁹⁷ FLAMME Maurice André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Op.cit, p. 23.

termes d'emploi essentiellement. Dans certains autres cas⁷⁹⁸, le but recherché est de permettre aux entreprises d'acquérir de l'expérience⁷⁹⁹.

En réalité, et quel que soit le but poursuivi, ce type de sous-traitance allège le poids de la responsabilité assumée par le cocontractant initial en cas de défaillance dans l'exécution, car, s'il s'avère que c'est le sous-traitant qui a causé la défaillance, notamment en cas de retard dans l'exécution, c'est à son encontre que l'administration édictera des sanctions financières. Le cocontractant s'étant vu imposer le sous-traitant par l'administration, sa responsabilité sera dérogée.

Quant au second modèle nouveau de sous-traitance, c'est celui dans lequel le sous-traitant est désigné dès le départ en vertu du contrat que l'administration conclut avec le cocontractant initial. On parle alors de sous-traitant principal nommé dont la figure apparaît clairement dans les marchés de fourniture industrielle, notamment ceux qui se rattachent au service public de la Défense, et l'administration est conduite à y recourir par différents facteurs. Ce type de sous-traitance se distingue par le fait que le sous-traitant y apparaît dans le contrat initial dont il est signataire et dont il s'engage auprès de l'administration, solidairement avec le cocontractant initial, à exécuter les clauses⁸⁰⁰.

A la lumière de ce qui précède, cette catégorie de sous-traitant s'engage auprès de l'administration à livrer les marchandises à fournir au contractant dans le délai fixé au contrat, à défaut de quoi il s'exposerait à des pénalités de retard édictées par l'administration. Dans cette forme de sous-traitance, il est en outre permis à l'administration de payer au sous-traitant la rémunération qui lui est due pour la partie du contrat dont il a assuré l'exécution, sans que cela n'affecte le principe de l'unité de garantie et ce qu'il en découle en termes de responsabilité personnelle du cocontractant initial d'exécuter la totalité du contrat⁸⁰¹.

Cela dit, et quel que soit le type de sous-traitance considéré, cession partielle du contrat par le cocontractant initial, sous-traitance imposée ou autre, le procédé produit les mêmes effets et résultats sur la relation créée entre toutes les parties. Et ce sont ces effets que nous allons examiner à présent.

2. Les effets de la sous-traitance

On entend par effets de la sous-traitance les résultats qu'elle produit que ce soit dans la relation entre l'administration, d'une part, le cocontractant initial et le sous-traitant, d'autre part, ou dans la relation entre ces deux derniers. Ces résultats diffèrent selon que la sous-traitance s'est faite sans l'acceptation de l'administration ou avec son approbation.

⁷⁹⁸ GODFRIM Philippe, *Droit administratif des biens*, 3^{ème} éd., Paris, 1987, p. 197.

⁷⁹⁹ BENCHABANE Ali, *Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne*, Op.cit, p. 255.

⁸⁰⁰ DAUMARD Jacques, *les sous-traitants dans les marchés industriels*, A.J.D.A, janvier 1962, p. 7.

⁸⁰¹ Ibid., p. 7.

Il faut d'abord relever que la sous-traitance effectuée sans l'acceptation de l'administration est nulle par détermination de la loi⁸⁰², solution soutenue par la doctrine et la jurisprudence. Elle n'est donc pas opposable à l'administration et constitue une faute contractuelle exposant le cocontractant, au nom du principe de l'exécution personnelle, aux plus sévères sanctions qui peuvent aller jusqu'à la dissolution du contrat à ses entiers dépens. La doctrine majoritaire estime par ailleurs que l'administration décide de façon discrétionnaire d'accepter ou de refuser la sous-traitance⁸⁰³.

En conséquence, une sous-traitance conclue sans l'accord de l'administration ne fait naître aucune relation contractuelle entre l'administration et le sous-traitant qui ne peut obtenir d'elle aucun droit contractuel. Toute requête qu'il aurait à lui soumettre obéirait aux règles générales du droit civil, notamment celles qui s'appliquent à l'enrichissement sans cause ou celles qui régissent la réclamation faite aux tiers par le créancier des droits qu'il détient sur son débiteur. C'est en tout cas l'avis unanime de la doctrine⁸⁰⁴.

Quant aux relations entre l'administration et le cocontractant initial, la sous-traitance ayant été conclue sans l'accord de l'administration, elle est réputée ne pas exister vis-à-vis d'elle. Le cocontractant initial demeure seul responsable devant elle de l'exécution intégrale du contrat. En plus du droit qu'elle détient de résilier le contrat aux frais du cocontractant, elle est fondée à lui demander réparation de tout préjudice qu'elle subirait du fait du manquement à cette obligation majeure d'exécuter⁸⁰⁵.

S'agissant de la relation existant entre le cocontractant initial et son sous-traitant dans le cas où l'administration n'a pas donné son accord, elle est qualifiée de contractuelle et relève du droit privé comme toute relation de cet ordre régie par le droit⁸⁰⁶.

A l'opposé, lorsque la sous-traitance a recueilli l'acceptation de l'administration, elle produit des effets à l'égard de toutes les parties. Le sous-traitant se substitue au cocontractant initial dans l'exécution d'une partie des tâches prévues au contrat, sans pour autant en devenir partie, la relation contractuelle entre les deux parties originelles, l'administration et le cocontractant initial, demeurant entière⁸⁰⁷.

L'acceptation de l'administration n'empêche pas que le cocontractant initial demeure entièrement responsable de l'exécution des obligations du contrat, comme l'indiquent les lois et règlements et notamment l'article 97 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs

⁸⁰² Il faut noter que le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 n'exige pas l'acceptation de l'administration lorsque la sous-traitance n'excède pas les 25% de la valeur du contrat, à condition que l'administration ait été informée de l'opération. Voir pour de plus amples informations l'article 97 de ce règlement, déjà mentionné.

⁸⁰³ AUBY Jean-Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens domaine travaux public, expropriation, Op.cit, p. 224.

⁸⁰⁴ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 443.

⁸⁰⁵ KHALIL Abderrahmane, Les principes généraux relatifs aux effets des contrats administratifs et leur application, Op.cit, p. 42.

⁸⁰⁶ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 259.

⁸⁰⁷ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 225.

de 2007 lorsqu'il affirme que « le cocontractant demeure responsable solidairement avec le sous-traitant de l'exécution des obligations du contrat ».

Ce qui implique que l'acceptation par l'administration du contrat de sous-traitance est, de ce point de vue, sans effet sur sa relation avec le cocontractant initial. Autrement dit, le principe de l'exécution personnelle reste valable dans sa pleine signification. D'aucuns considèrent que l'acceptation de l'administration ne fait que légitimer, légaliser, l'engagement du cocontractant dans la relation de sous-traitance, sans pour autant faire naître entre elle et le sous-traitant une relation contractuelle directe. En conséquence de quoi, le sous-traitant ne peut se retourner contre l'administration au moyen d'une quelconque action directe, même s'il commet une faute dans l'exécution. Chacun des deux ne peut intenter d'action contre l'autre que conformément aux règles générales du droit civil⁸⁰⁸.

Mais d'autres auteurs contestent ce point de vue négateur de l'existence de toute relation juridique entre l'administration et le sous-traitant. Ils estiment qu'il se justifiait par le passé mais pas depuis que le législateur français est intervenu pour permettre à l'administration de procéder directement avec le sous-traitant au règlement financier relatif aux travaux dont il a assuré l'exécution. Ils visent par là le décret du 11 mai 1953 qui a mis fin à une situation dans laquelle il était interdit au sous-traitant d'obtenir directement de l'autorité administrative une contrepartie financière. Le paiement se faisait par le truchement du cocontractant initial, y compris pour la part du contrat exécutée par le sous-traitant⁸⁰⁹, ce que plusieurs arrêts du Conseil d'Etat avaient confirmé⁸¹⁰.

Depuis la promulgation du décret mentionné, il est devenu possible pour le sous-traitant d'obtenir la contrepartie financière directement auprès de l'autorité contractuelle, avec l'accord du cocontractant initial. La responsabilité est donc solidaire entre eux car il ne serait pas équitable que le cocontractant initial soit seul responsable, à l'exclusion du sous-traitant, alors que l'administration garantit à ce dernier ses droits financiers. Sans compter que l'irresponsabilité du sous-traitant ne l'encouragerait pas à s'impliquer dans l'exécution.

La sous-traitance conclue avec l'accord de l'administration produit des effets bien précis. La présence de l'administration dans ce contrat est devenue évidente. Dès lors qu'elle y a consenti, le sous-traitant est introduit dans une relation juridique avec l'administration. Son acceptation n'est pas seulement un moyen de légitimer le sous-traitant, elle constitue une prise de position dont elle doit assumer la responsabilité et qu'elle ne peut faire mine d'ignorer⁸¹¹.

Il y a donc bel et bien une relation qui se noue entre l'administration et le sous-traitant, quand bien même elle se limiterait à l'aspect financier qui peut donner lieu à une action directe. Par ailleurs, l'administration peut exercer son droit de contrôle de l'exécution sur la part dévolue au sous-traitant, selon les modalités déjà étudiées du contrôle de l'exécution.

⁸⁰⁸ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 113.

⁸⁰⁹ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Op.cit, p. 228.

⁸¹⁰ CE 16 janvier 1937, Boyaute, Recueil Lebon, p. 58. Et CE 23 février 1938, Elbs, Recueil Lebon, p. 199. Et CE 29 juin 1951, Sté d'installation des services publics, Recueil Lebon, p. 384.

⁸¹¹ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 137.

Quant à la relation entre le cocontractant initial et le sous-traitant, il est constant qu'elle s'assimile à celle qui se noue entre deux personnes de droit privé et qu'elle est donc régie par le droit commun⁸¹².

En dépit de la certitude de cette dernière donnée qui implique que le contentieux né entre le cocontractant initial et le sous-traitant relève du juge de droit commun qui applique le droit privé, certains émettent une réserve en se fondant sur le fait que l'accord conclu entre ces deux parties pour l'exécution d'une partie du contrat administratif renvoie généralement aux cahiers des clauses générales dont relève le cocontractant initial dans sa relation avec l'administration. On peut alors se demander dans quelle mesure l'accord de sous-traitance peut être affecté par les stipulations de ce cahier des clauses générales.

A première vue, on peut supposer que le renvoi fait par l'accord de sous-traitance au cahier des clauses générales permet d'appliquer telles quelles les clauses du cahier des clauses. On en déduirait alors que le sous-traitant serait soumis, lors de l'exécution de ses obligations, aux mêmes règles qui régissent l'exécution de ses obligations par le cocontractant initial, qu'il s'agisse des modalités de l'exécution, de son délai ou des sanctions qui s'appliqueraient en cas de retard d'exécution⁸¹³.

En fait, il est difficile d'adhérer à une telle interprétation. En effet, même si le sous-traitant est soumis au contrôle et aux orientations de l'administration en vertu de l'accord qu'il a conclu avec le cocontractant initial, le renvoi en termes généraux au cahier des clauses n'emporte, à propos de la relation qu'il entretient avec le cocontractant initial, que l'application des principes contenus dans lesdites clauses, dès lors que ces principes ne sont pas incompatibles avec les clauses détaillées de l'accord de sous-traitance⁸¹⁴.

S'agissant de la modalité de paiement de la rémunération, rien ne s'oppose à ce qu'on applique à la relation entre le sous-traitant et le cocontractant initial les règles relatives au paiement de la rémunération qui sont contenues dans le cahier des clauses générales, à condition que le cocontractant initial soit, dans tous les cas, garant du respect des engagements financiers pris à l'égard du sous-traitant, de telle sorte que ce dernier n'ait pas à supporter les conséquences d'un retard apporté au paiement par l'administration de la rémunération due au cocontractant initial. Mais l'application de ces règles dépend de l'existence d'une clause explicite dans l'accord de sous-traitance renvoyant en la matière au cahier des clauses générales régissant la relation entre l'administration et le cocontractant initial⁸¹⁵.

Pour ce qui concerne les sanctions qu'encourt le sous-traitant en cas de retard d'exécution, il ne fait pas de doute que, lorsque l'accord de sous-traitance ne renvoie pas à ce que prévoit le contrat conclu entre l'administration et le cocontractant initial en matière de sanctions applicables au retard d'exécution, le cocontractant initial ne peut imposer au sous-

⁸¹² RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit, p. 349.

⁸¹³ AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 101.

⁸¹⁴ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 262.

⁸¹⁵ FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Op.cit, p. 30.

traitant des clauses pénales en cas de retard semblables à celles que l'administration peut lui imposer à lui-même. C'est pour cette raison qu'en cas de retard apporté à l'exécution par le sous-traitant, le cocontractant initial ne peut que lui réclamer des pénalités de retard⁸¹⁶.

Nous achevons ainsi l'examen des effets de la sous-traitance, c'est-à-dire des conséquences qui en résultent sur la relation contractuelle existant entre l'administration et son cocontractant et entre l'administration et le sous-traitant, ainsi que l'examen de l'étendue de la relation qu'elle institue entre le cocontractant et le sous-traitant. Nous en avons ainsi terminé avec la section 1 consacrée à l'exécution personnelle du contrat administratif qui constitue, comme nous l'avons vu, l'une des plus importantes obligations du cocontractant de l'administration. Celui-ci ne peut en effet céder le contrat, en tout ou en partie, qu'avec l'accord de l'administration et dans les limites définies par la loi et le règlement. D'autre part, il doit respecter le délai fixé par le contrat pour garantir l'accomplissement de l'intérêt général et ne pas encourir de sanctions de la part de l'administration, notamment des pénalités de retard. Pour en savoir plus à ce sujet, nous allons maintenant examiner en détail l'obligation d'exécuter dans le délai fixé.

Section 2 : L'obligation d'exécuter dans la durée déterminée

Le cocontractant doit respecter le délai d'exécution, celui-ci étant primordial dans la théorie du contrat administratif. Il est constant que le contrat administratif constitue l'un des moyens privilégiés que l'administration utilise dans la gestion de ses services publics dont la règle de base est qu'elle doit en assurer la régularité et la continuité. Cette règle trouve sa traduction effective dans le respect du délai d'exécution des contrats administratifs afin que soit assurée la permanence des prestations fournies par les services publics.

L'élaboration d'un régime distinctif de sanctions qui permet d'infliger des peines sévères au cocontractant de l'administration qui manque à ses obligations est, sans doute, l'indice du lien étroit établi entre l'importance accordée au délai d'exécution et la réalisation de l'intérêt général par la régularité et la continuité des services publics.

Au regard de l'importance accordée aux délais d'exécution des contrats administratifs, le cahier des clauses générales et le code des contrats administratifs français ont veillé à consacrer un certain nombre d'articles à la question. Il en va de même en Libye où le règlement relatif aux contrats administratifs accorde la même importance au sujet en mettant l'accent sur les sanctions encourues par le cocontractant qui n'exécuterait pas ses obligations dans le délai fixé.

D'autre part, l'examen du délai d'exécution, en tant que notion de base régissant les obligations du cocontractant, est l'occasion d'évoquer de nombreux points tels que la définition de la durée de l'exécution et son mode de computation qui nous conduisent à étudier la fixation de la durée d'exécution (sous-section 1), puis l'expiration du délai

⁸¹⁶ ABSI Hassan, Les obligations et les droits des parties dans l'exécution du marché de travaux publics, Op.cit, p. 85.

d'exécution (sous-section 2), qui comporte la question des motifs de l'expiration et celle de la livraison des travaux, que celle-ci soit provisoire ou définitive.

Sous-section 1: La fixation de la durée d'exécution du contrat administratif

Dans la mesure où la fixation de cette durée est cruciale pour la bonne gestion du service public, il nous faut d'abord préciser la notion de durée d'exécution (A), en examinant la définition et le mode de computation et d'énonciation, que ce soit en vertu de stipulations du contrat ou des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, pour ensuite étudier l'idée de prolongation de la durée d'exécution (B), que cette prolongation résulte du fait de l'administration ou d'une autre cause, telle que la force majeure.

A. La notion de fixation de la durée

Pour dégager cette notion, il nous faut d'abord définir la durée dans les contrats administratifs de toutes sortes, contrats de concession, marchés de travaux publics et de fourniture. Il nous faut aussi dégager les modalités de fixation de la durée d'une manière telle qu'elle ne laisse aucune place à l'incertitude, en particulier le mode de computation du délai tel qu'établi par les lois et règlements en vigueur.

1. La définition de la fixation de la durée

Elle diffère selon la nature du contrat administratif considéré. Dans le domaine des contrats de concession de service public, l'expression « durée d'exécution » exprime plusieurs sens différents. On peut entendre par là le temps qui est accordé au concessionnaire et à l'administration pour l'exploitation du service public. C'est ce que l'on appelle la durée de l'exploitation qui est relativement longue car on ne peut concevoir qu'une concession ne dure que quelques mois. Cette durée peut être de plusieurs années puisqu'il faut donner au concessionnaire la possibilité d'amortir les dépenses nécessaires à l'opération d'exploitation⁸¹⁷.

Dans une autre acception de l'expression, on entend par durée d'exécution la période durant laquelle le concessionnaire s'engage à mettre en place les équipements et appareillages nécessaires à l'opération d'exploitation du service public, tels que les appareils de forage dans les concessions pétrolières ou les usines dans les concessions d'éclairage⁸¹⁸.

On peut également comprendre l'expression comme se référant aux délais périodiques dans lesquels le cocontractant s'engage à fournir les prestations aux usagers du service de manière permanente et régulière⁸¹⁹, comme les horaires de fonctionnement des trains et autres moyens de transport qui peuvent faire l'objet de concession⁸²⁰, ces horaires étant en général fixés en accord avec l'autorité concédante. Certains voient dans la durée prise dans cette

⁸¹⁷ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 289.

⁸¹⁸ EL JABOURI Mohamed, Le pouvoir de l'administration d'édicter des sanctions pénales et financières dans les contrats administratifs, Op.cit, p. 173.

⁸¹⁹ FRASSON Vanessa Les clauses de fin de contrat, Thèse, Université de Lyon 3, Jean Moulin, 2014, p. 22 ss.

⁸²⁰ ABDELAZIZ Khalifa, Les fondements généraux des contrats administratifs Op.cit, p. 178.

acceptation la traduction effective de la règle générale qui prescrit un fonctionnement continu et régulier des services publics pour garantir une prestation permanente et régulière aux usagers, ce qui est attesté par la constance des interventions de l'autorité concédante dans l'organisation des horaires que le cocontractant s'engage à assurer dans les prestations périodiques qu'il fournit aux usagers⁸²¹.

Dans les marchés de travaux publics, la durée d'exécution prend aussi des significations différentes. C'est la période de temps dans laquelle l'entrepreneur s'engage à réaliser l'ouvrage demandé conformément aux clauses du marché et au cahier des charges, que cet ouvrage consiste en l'édification d'infrastructures ou en travaux de maintenance d'équipements existants⁸²².

Il faut opérer une distinction entre, d'une part, le cas d'édification et d'amélioration d'installations dans lequel on entend par durée d'exécution la période durant laquelle l'entrepreneur s'engage à réaliser l'ouvrage conformément aux spécifications convenues, et, d'autre part, le cas où l'ouvrage consiste en travaux de maintenance dans un délai déterminé. Comme l'a affirmé Gaston JEZE⁸²³, il y a dans ce dernier cas deux sortes de durée :

a) La durée pendant laquelle l'entrepreneur est tenu d'effectuer les travaux de maintenance commandés, c'est-à-dire durant laquelle il met ses moyens à la disposition de l'administration;

b) La durée pendant laquelle l'entrepreneur s'engage à exécuter le travail demandé.

Il faut relever que la durée d'exécution dans les marchés de travaux publics possède un caractère spécifique, en raison du contrôle permanent et de la supervision directe que l'administration exerce sur les projets qui font l'objet de ce type de marchés.

En ce qui concerne les marchés de fournitures, la doctrine en distingue deux sortes : les marchés à fournitures uniques, dans lesquels la durée d'exécution s'entend de celle au terme de laquelle le cocontractant s'engage à livrer les marchandises commandées, et les marchés à fournitures multiples dont l'exécution se réalise de façon successive, par exemple les contrats de fourniture industrielle.

Il en résulte qu'on entend par délai dans le marché de fourniture la durée au terme de laquelle le fournisseur s'engage à livrer les marchandises objet du marché⁸²⁴.

Dans certains contrats administratifs, il est possible de séquencer les durées d'exécution, en déterminant des tranches, dont les dates sont fixées par avance, pour la livraison de certaines réalisations dans le marché de travaux publics, ou certaines marchandises dans le marché de fourniture. Dans ce cas, comme l'a prescrit le législateur français, la durée d'exécution s'entend de celle de la totalité des travaux commandés,

⁸²¹ AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 128.

⁸²² BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 270.

⁸²³ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 290.

⁸²⁴ HILMI Omar, Les effets des contrats administratifs, Op.cit, p. 314.

englobant la période de l'installation des équipements et des travaux préliminaires ou préparatoires⁸²⁵.

Quelle que soit la signification donnée à la durée d'exécution, elle revêt une grande importance pour l'administration et son cocontractant, chacun d'entre eux étant tenu de remplir ses engagements à la date fixée. Cette obligation a été affirmée par les jurisprudences française et libyenne dans des arrêts rendus par le Conseil d'Etat français et la Cour suprême libyenne, le non-respect par le cocontractant du délai fixé constituant une faute qui l'exposerait à une sanction même si l'administration lui accorde un délai supplémentaire pour achever le travail. Cette jurisprudence considère que les pénalités de retard prévues au contrat, qui sont susceptibles d'être édictées directement sans recourir au juge, ne visent qu'à inciter à une exécution des obligations dans le délai imparti.

Le législateur libyen a fait sienne cette préoccupation et, dans l'alinéa A de l'article 18 du règlement relatif aux contrats administratifs consacré aux cas où le cocontractant serait privé du droit de contracter, il mentionne celui où il excéderait le délai convenu. Il dispose en effet que « sous réserve de l'application de toutes les autres mesures prévues par la loi, il peut être décidé, par arrêté du Comité populaire général (le conseil des ministres) de priver le cocontractant à titre définitif ou pour une durée fixée par l'arrêté du droit de contracter directement ou indirectement avec les autorités administratives ou les unités administratives dans les cas suivants : A. S'il a apporté un retard à l'exécution d'un contrat administratif, excédant le délai convenu sans justifications acceptées par l'autorité contractante ».

L'alinéa A de l'article 103 du même texte prévoit également les cas dans lesquels il peut être procédé à l'annulation ou au retrait du contrat, et parmi ces cas certains sont relatifs au délai : « A. L'autorité contractante peut annuler le contrat administratif ou le retirer au cocontractant dans l'un des cas suivants : 1. S'il en a débuté l'exécution en retard ou a tardé à en débiter l'exécution d'une manière telle que l'autorité contractante estime qu'il ne pourra pas l'achever dans le délai prévu au contrat, bien qu'il ait été averti par écrit. 2. Si l'exécution du contrat n'a pas été faite dans les délais convenus et que l'autorité contractante n'estime pas opportun de lui accorder un délai supplémentaire ou qu'il n'a pu achever l'exécution dans le délai supplémentaire qui lui a été accordé ».

Et l'alinéa A de l'article 102, consacré aux causes d'exigibilité de la pénalité de retard, dispose : « Si le cocontractant n'exécute pas le contrat dans le délai convenu, qu'il s'agisse du délai initial ou du délai supplémentaire, que ce soit pour la totalité ou pour une tranche des prestations, il est passible d'une pénalité de retard pour la période de retard apporté à l'achèvement de la totalité du travail et à sa livraison ou à la réalisation d'une de ses tranches par rapport au délai fixé par l'échéancier détaillé du projet ».

Ces définitions recueillent l'assentiment de la doctrine et de la jurisprudence. La détermination de la durée est la fixation d'un délai pour le début et la fin du contrat. Chacune des parties est tenue de remplir toutes les obligations contractuelles pendant cette durée et

⁸²⁵ Cf. l'article 11/19 du Cahier des clauses générales français de l'année 1976.

quiconque y manque s'expose aux sanctions conformément à ce que le contrat et les lois et règlements ont prévu.

Une fois définie la notion de fixation de la durée, il faut maintenant examiner la modalité de sa fixation et préciser le moment où la durée commence à courir et celui où elle prend fin, en nous intéressant à la mention de la durée d'exécution dans les différentes catégories de contrats administratifs.

2. La mention de la durée

Les parties s'entendent souvent sur la fixation de la durée dans le contrat lui-même qui stipule l'engagement d'exécuter à une date précise. Il faut cependant déterminer le début de cette durée et deux possibilités se présentent alors :

La première est celle où le début de l'exécution est fixé par le contrat à une date déterminée. Cela ne présente alors aucune difficulté, la date mentionnée au contrat étant celle du début de la durée de l'exécution.

La seconde est celle où le contrat ne mentionne pas le début de la période d'exécution. La doctrine distingue alors, pour la détermination du début de la durée, trois situations⁸²⁶ :

La première situation concerne les contrats de concession du service public, dans lesquels le début de la durée est arrêté au jour où le concessionnaire entame l'opération d'exploitation du service de manière continue. Pour le cas où surviendrait une interruption de l'activité que le service effectue par l'intermédiaire du concessionnaire, il faut consigner officiellement le premier jour d'arrêt ou d'interruption pour éviter tout différend pouvant naître dans l'avenir à propos du calcul de la durée de l'interruption.

La deuxième situation concerne les contrats administratifs à prestations multiples, dont on peut prendre pour exemple les marchés de travaux de maintenance, dans lesquels le début de la durée d'exécution est fixé à la date de notification au cocontractant de l'ordre de service. Autre exemple de contrats administratifs à prestations multiples, les marchés de fournitures courantes qui ont pour objet la livraison périodique de biens mobiliers et de marchandises, dans lesquels le début de la durée d'exécution est fixé à la date à laquelle l'administration contractante fait connaître son intention de commander la marchandise à fournir.

La troisième situation concerne les contrats administratifs à prestation unique dont le début de la durée d'exécution est fixé à la date de l'avis adressé au cocontractant pour l'informer de la dévolution définitive du contrat, par exemple l'avis de décision définitive de ratification de l'adjudication⁸²⁷.

Le calcul de la durée d'exécution des marchés de travaux publics possède sa spécificité, le contrat ne la mentionnant généralement pas du fait qu'il est soumis directement aux orientations de l'administration exprimées sous forme d'ordres de services. Dans les

⁸²⁶AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 131.

⁸²⁷JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 294.

marchés de travaux publics, plus que dans les autres contrats, l'administration dispose en effet d'un pouvoir de contrôle et de surveillance, voire même d'un pouvoir de direction de l'exécution du contrat. C'est la raison pour laquelle l'absence de fixation d'un délai de début d'exécution ne suscite pas les difficultés qu'elle peut engendrer dans un autre contrat. L'administration peut, au moyen de son pouvoir de contrôle et par l'intermédiaire de ses ingénieurs qui sont chargés de l'exercer, informer l'entrepreneur par ordre de service qu'il doit débiter l'exécution⁸²⁸.

Ajoutons que, lorsque le contrat ne détermine pas la durée de l'exécution, le juge fixera des délais normaux d'exécution si les deux parties ne s'accordent pas sur une durée déterminée. Ces durées varient selon les moyens utilisés et évoluent avec l'évolution des moyens technologiques et de l'industrie. Quant à l'administration, elle ne peut fixer unilatéralement des durées d'exécution, à moins que le contrat ne l'y ait habilitée⁸²⁹.

Le délai d'exécution commence à courir le jour où l'administration remet à l'entrepreneur toute la documentation sans laquelle l'exécution ne peut commencer, telle que les croquis, maquettes et autres documents techniques⁸³⁰. Le délai court également à partir de la date mentionnée explicitement ou implicitement au contrat, et, si celui-ci ne la mentionne pas, ce qui est fréquent comme nous l'avons vu à propos des marchés de travaux publics, le délai est compté à partir de la notification à l'entrepreneur de l'ordre de service relatif au début de l'exécution, avec cette réserve fondamentale émise par Gaston JEZE que l'ordre de service notifié à l'entrepreneur doit être accepté par celui-ci⁸³¹.

Lorsqu'un doute se fait jour sur la date de début de l'exécution, on doit rechercher l'intention commune des parties. Mais l'obligation d'exécuter pendant une durée déterminée ne saurait naître de la volonté commune des parties qu'après approbation du contrat par l'autorité compétente et notification de ladite approbation, même si les travaux ont déjà commencé⁸³².

En cas de silence du contrat sur la durée, si celle-ci ne commence qu'à la date de la notification de l'ordre de service à l'entrepreneur, l'administration ne peut imputer à l'entrepreneur la non-exécution du contrat dans l'hypothèse où elle aurait tardé à notifier l'ordre de service. De même, l'administration doit permettre à l'entrepreneur d'engager l'exécution dans un délai raisonnable, à défaut de quoi elle devra l'indemniser pour ce qu'il pourrait en résulter, sans que cela ne le prive de son droit de résilier le contrat⁸³³.

Sous le chapitre concernant le « début de la durée d'exécution », le règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 dispose à ce sujet : « La durée retenue pour l'exécution du contrat administratif commence au jour convenu dans le contrat pour le début

⁸²⁸ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 274.

⁸²⁹ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit, p.156.

⁸³⁰ HAROUN El Jamal, Les sanctions dans les marchés de travaux publics, Op.cit, p. 405.

⁸³¹ Chaque ordre doit être notifié par écrit à l'entrepreneur et accepté par lui. Les délais d'exécution sont donc ceux qui résultent des ordres de service ainsi notifiés et acceptés. Voir JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 296.

⁸³² AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 135.

⁸³³ Cour suprême égyptienne, 3 juillet 1976, publié dans le volume des arrêts de la 13^{ème} année, p. 1123.

de l'exécution. Si le contrat n'a pas déterminé un jour précis, la durée est arrêtée comme suit :

1. Dans le marché de fourniture, la durée commence au jour qui suit la notification au cocontractant de l'acceptation de sa soumission.
2. Dans le marché de travaux publics et les marchés assimilés, la durée commence à la date où le site est livré prêt à l'emploi à l'entrepreneur. S'il n'a pas au préalable été vidé, il sera convenu du temps nécessaire pour le dégager. La livraison du site se fait par avis adressé par l'autorité contractante à l'entrepreneur et donne lieu à un procès-verbal signé par les deux parties et établi en deux exemplaires dont l'un est délivré à l'entrepreneur et l'autre conservé par l'autorité contractante. Si l'entrepreneur ou son représentant n'assiste pas à la réception du site à la date fixée, procès-verbal en est dressé dont la date est réputée être celle du début de l'exécution ».

S'agissant du calendrier de l'exécution, l'article 110 du même règlement énonce que « L'entrepreneur doit soumettre dans les 15 jours suivant la signature du contrat un calendrier d'exécution mentionnant les actions et la durée requise pour les exécuter ainsi que l'ordre chronologique de l'exécution. Avant d'agréer le calendrier, l'autorité contractante doit s'assurer :

1. de l'exécution du projet dans la durée prévue au contrat;
2. de la concomitance des actes de fourniture avec ceux de montage afin d'éviter l'amoncellement prolongé des produits avant leur montage ou leur utilisation;
3. La concordance entre le calendrier retenu et le programme de flux monétaire prévu ».

Le dépassement par le cocontractant du temps prévu pour acquitter ses obligations est considéré comme une faute contractuelle justifiant une sanction. Cette sanction est souvent une pénalité prévue au contrat. Si le contrat n'a pas prévu les pénalités, l'administration peut demander des dommages et intérêts en application des règles régissant la responsabilité. A ce sujet, le règlement libyen précédemment cité dispose dans son article 135, sous le titre consacré au retard apporté à la fourniture des quantités convenues : « A. Lorsque le cocontractant prend du retard dans la fourniture dans les délais de tout ou partie des quantités prévues au contrat, l'autorité contractante peut, si elle le juge utile, lui accorder un délai supplémentaire tout en lui infligeant en vertu de l'article 1022 du présent règlement une pénalité de retard qui ne peut excéder les 10% de la valeur des quantités non fournies ou fournies en retard, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement; B. En cas de retard dans la fourniture de certaines quantités, et si ce retard empêche de tirer un entier bénéfice des quantités fournies, une pénalité est édictée qui ne peut excéder 5% de la valeur globale du contrat, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement ; C. En cas de non-fourniture dans le délai contractuel ou le délai supplémentaire, l'autorité contractante peut, selon ce qu'exige l'intérêt général, prendre l'une des mesures suivantes, après sommation adressée par lettre recommandée, sans renoncer à son droit à indemnisation et à condition que la sommation ne lui cause aucun préjudice :

1. Acquérir auprès d'un tiers les produits non fournis par le cocontractant, aux frais de celui-ci et au moyen de l'un des procédés contractuels prévus dans le présent règlement. Le supplément de prix de vente sera déduit de la caution déposée par le cocontractant ou de sa rémunération, augmenté des frais causés à l'administration dans une proportion de 5% de la valeur des produits achetés à ses frais et des pénalités dues. Si le prix de vente est inférieur au prix du contrat, le cocontractant ne peut réclamer la différence;
- 2.

Mettre fin au contrat pour ce qui touche aux produits mentionnés, saisir la caution définitive et exiger une indemnité, s'il y a lieu ».

En tout état de cause, les deux parties, notamment l'administration en raison de son rôle dans la détermination des délais d'exécution en général, doivent tenir compte, dans la fixation du début de la durée de l'exécution, d'un certain nombre de données qui servent à définir cette date, afin que le cocontractant puisse commencer, car il est indispensable de lui donner l'opportunité de réunir les capacités matérielles et humaines (marchandises, équipements, main-d'œuvre) et d'effectuer les actions préparatoires exigées par le projet, pour que le déclenchement de la durée d'exécution soit effectif et non pas théorique.

L'administration doit également notifier en temps utile au cocontractant le projet à exécuter car le fait de ne pas enclencher l'exécution peut causer à celui-ci des dommages matériels. Et c'est pour les éviter qu'il a le droit de résilier le contrat et de demander une indemnité⁸³⁴. En effet, si la détermination du délai de lancement de la durée de l'exécution doit tenir compte des préparatifs de toutes sortes faits par le cocontractant, le retard anormal apporté à la détermination de ce délai peut bouleverser l'économie du contrat et lui causer des pertes⁸³⁵.

Enfin, même s'il est de règle que les durées définies dans les contrats administratifs en général concernent d'abord les cocontractants de l'administration, il arrive que le contrat rende la durée contraignante pour les deux parties. L'administration doit alors s'engager à respecter le délai, en considérant qu'il s'agit là d'une des obligations contractuelles se fondant sur l'idée de consentement. Le respect du délai par l'administration s'applique aux délais d'exécution des obligations, étapes par étapes, autant qu'au délai dans sa totalité⁸³⁶.

On peut en conclure que l'engagement des parties à respecter le délai d'exécution est une obligation contractuelle essentielle car la fixation de ce délai est une exigence du service public et que son non-respect rejaillirait sur le fonctionnement du service. Il est donc capital de se soumettre aux conditions posées en matière de délai et d'appliquer en cas de manquement des sanctions dissuasives si les pénalités contractuelles s'avèrent insuffisantes, en tenant compte naturellement des causes de prolongation ou d'exonération des délais.

B. La prolongation de la durée d'exécution du contrat

On entend par prolongation de la durée d'exécution le fait d'accorder aux cocontractants un délai supplémentaire qui prolonge le délai convenu. Cela peut être exigé par l'intérêt général ou par la nature du service public qui apporte des justifications juridiques au non-respect du délai d'exécution dans le cadre du contrat administratif. En raison du rôle joué en la matière, comme en d'autres, par l'idée de service public, nous verrons d'abord en quoi

⁸³⁴ UBAUD-BERGERON Marion, L'indemnisation de l'aléa dans les marchés à forfait, commentaire sur CE, 12 novembre 2015, Société Tonin, N° 384716, CMP N° 1, janvier, 2016, comm. 3.

⁸³⁵ ABSI Hassan, Les obligations et les droits des parties dans l'exécution du marché de travaux publics, Op.cit, p. 84.

⁸³⁶ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 277.

cette idée constitue un fondement juridique de la force contraignante du délai d'exécution, puis nous étudierons les causes de prolongation du délai d'exécution qui peuvent être le fait de l'administration ou le fait d'une cause étrangère comme la force majeure.

1. Le service public comme fondement de la force contraignante du délai d'exécution

L'idée de service public est le fondement sans cesse renouvelé des recherches en droit administratif. Elle joue pleinement son rôle dans le domaine de l'exécution du contrat administratif. En ce qui concerne le respect des délais d'exécution, en tant que règle de base gouvernant les obligations du cocontractant de l'administration, ce rôle est révélé par de nombreuses manifestations, dont la plus importante est peut-être l'obligation de garantir la bonne marche du service. L'obligation d'assurer la continuité et la régularité du service ne signifie rien d'autre que l'obligation d'être le plus attentif possible, en toute circonstance, à respecter le délai d'exécution du contrat administratif conclu pour assurer le fonctionnement du service⁸³⁷.

La doctrine, notamment en France, est quasi unanime sur l'importance de cette obligation. D'aucuns estiment qu'elle existe sans texte de loi ni clause contractuelle particulière. Le cocontractant de l'administration ne s'engage pas seulement à honorer ses obligations comme le feraient les particuliers entre eux, il voit ses obligations s'étendre à tout ce qui est nécessaire au bon fonctionnement du service public dont il a accepté d'être le collaborateur⁸³⁸.

Georges PEQUIGNOT affirme à ce sujet que l'interruption de l'exécution d'un contrat de droit privé peut exceptionnellement provoquer pour l'une des parties des conséquences graves mais qui viennent affecter un intérêt privé, alors que la rupture dans la régularité d'un service public peut entraîner des perturbations profondes à dimension nationale, pouvant porter atteinte à l'avenir de l'Etat, comme c'est le cas pour une grève dans les chemins de fer, ou dans les services de l'eau ou de l'électricité. La continuité et la régularité sont devenues des règles fondamentales commandant l'exécution des services publics. Elles s'appliquent même aux services les moins indispensables où l'on pourrait croire qu'elles sont de moindre nécessité. Ces règles sont également devenues essentielles dans le contrat administratif au point qu'elles s'appliquent même là où elles ne paraissent pas s'imposer, s'étendant aux obligations purement financières⁸³⁹.

Sur cette base, le cocontractant sera considéré comme fautif s'il n'assure pas avec continuité et régularité et en toute circonstance l'exécution précise du service public. Par cette faute, il sera considéré comme défaillant dans l'obligation qui pèse sur lui avec le plus de

⁸³⁷ AMIN Hussein, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Op.cit, p. 138.

⁸³⁸ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 204.

⁸³⁹ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 326.

rigueur, s'exposant aux sanctions les plus sévères. Il ne peut s'en exonérer qu'en cas de force majeure⁸⁴⁰.

Par ailleurs, il résulte de cette obligation que le cocontractant ne peut interrompre l'exécution, sous quelque prétexte et dans quelque circonstance que ce soit. Il ne peut pas tirer argument du fait que l'administration a manqué de son côté à ses propres obligations contractuelles, à moins qu'il en soit résulté l'impossibilité d'exécuter. En d'autres termes le contractant ne saurait invoquer le moyen tiré de la non exécution que prévoit le droit privé. Le fondement philosophique de ce moyen peut être ramené au principe de la bonne foi dans l'exécution et l'interprétation des obligations contractuelles⁸⁴¹.

En droit administratif, la règle du fonctionnement régulier et continu des services publics s'oppose à ce que le cocontractant perturbe les prestations pour quelque motif que ce soit tant qu'il lui est possible de les fournir car la relation qui l'unit à l'administration ne se limite pas aux seules obligations contractuelles, elle s'étend à la collaboration dans la gestion du service. Il ne peut donc recourir au moyen de non-exécution du droit privé⁸⁴².

Le Conseil d'Etat français a par ailleurs appliqué avec une grande rigueur l'obligation du cocontractant de garantir le bon fonctionnement du service public et lui a interdit d'interrompre l'exécution sous aucun prétexte, hormis le cas de force majeure. Et même dans ce dernier cas, il est exigé du cocontractant de tout faire pour assurer la continuité du service, le manquement à cette exigence ayant été assimilé par le Conseil d'Etat à une faute grave entraînant une sanction⁸⁴³.

Dans l'affaire Gasnos, la haute juridiction a considéré que, à supposer même que c'est à juste titre que le cocontractant avait allégué que l'économie du contrat avait été bouleversée par l'aggravation imprévisible des charges d'exploitation, cela pouvait constituer un motif à indemnisation mais certainement pas à interrompre le fonctionnement du service public dont il était chargé⁸⁴⁴. Le Conseil d'Etat a également jugé que l'abandon par le cocontractant du service public pendant la guerre et la non-utilisation des moyens disponibles pour en assurer la continuité constituait une faute grave justifiant le retrait de la concession⁸⁴⁵.

La Cour suprême libyenne a suivi la même direction quant à la nécessité d'assurer la continuité du service public. Elle affirme ainsi dans un arrêt du 2 avril 1982 que « si l'autorité administrative a modifié les obligations de son cocontractant, si des circonstances exceptionnelles ou des difficultés imprévues surviennent ou si l'entrepreneur s'expose à des risques économiques dont il résulte une aggravation des charges financières qui affectent l'équilibre financier du contrat, le cocontractant peut exiger de l'administration qu'elle apporte,

⁸⁴⁰ PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 327.

⁸⁴¹ Le moyen de non-exécution se fonde en droit privé sur le fait que, si le créancier, dans le contrat synallagmatique, peut demander la résolution du contrat lorsque le débiteur a manqué à ses obligations, il doit avant de se dégager de son obligation, s'opposer à l'interruption de l'exécution jusqu'à ce que le débiteur ait rempli ses obligations. Cf. SENHOURI Abderrazaq, L'obligation en général, Op.cit, p. 728.

⁸⁴² TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 411.

⁸⁴³ CE 26 novembre 1971, S.I.M.A, Recueil Lebon, p. 723.

⁸⁴⁴ CE 23 juillet 1931, Gasnos, Recueil Lebon, p. 838.

⁸⁴⁵ CE 12 novembre 1944, Ville d'Avallon, Recueil Lebon, p. 294.

dans une certaine mesure, sa contribution de telle sorte qu'il ne supporte pas seul toute la perte, en l'indemnisant pour une valeur qui corresponde au dommage subi ou au profit qu'il escomptait. Il ne peut s'abstenir de l'exécution du contrat au motif que l'administration n'a pas répondu à la totalité de ses demandes car il n'est pas considéré seulement comme un cocontractant mais également comme un participant à l'exécution du service public, et la règle du fonctionnement continu et régulier du service s'oppose à ce que le cocontractant perturbe la fourniture de la prestation. Il doit donc pour toutes ces raisons continuer l'exécution tant que cela lui est possible, puis réclamer l'indemnisation qu'il juge adéquate. S'il s'abstient d'exécuter, l'administration peut se substituer à lui et à ses frais et il ne peut prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'il a subi car la faute est de son fait »⁸⁴⁶.

Le lien entre le contrat administratif et le service public est donc très étroit, en France comme en Libye, puisqu'il en découle des effets importants dont la notion même de contrat administratif, comme nous l'avons vu, et les règles régissant l'exécution de ce contrat. Si le contrat administratif est l'un des moyens de gestion du service public, les principes régissant son exécution doivent favoriser le fonctionnement dudit service.

Il en découle que le service public joue un rôle fondamental dans la détermination et la prolongation de la durée d'exécution du contrat car cette durée doit être compatible avec l'exécution du contrat au service du meilleur fonctionnement du service public. Si la durée convenue dans le contrat est insuffisante, elle peut être prolongée en fonction des exigences de l'intérêt public.

Nous avons ainsi examiné l'idée de service public en tant que fondement juridique de la force obligatoire du délai d'exécution à l'égard du cocontractant en précisant les conséquences qui en découlent, en particulier l'impossibilité pour celui-ci d'exciper du moyen de non-exécution tant qu'il peut continuer l'exécution, afin de préserver la continuité et la régularité du fonctionnement des services publics.

2. Les motifs de prolongation du délai d'exécution du contrat

Il s'agit ici de ce que certains appellent les motifs d'exonération de la responsabilité du retard car le cocontractant est en principe tenu d'achever l'exécution du contrat dans le délai convenue pour ne pas encourir les sanctions afférentes. Cependant, il peut bénéficier d'une prolongation du délai dans des cas déterminés, notamment celui de l'intervention de l'administration contractante, celui du retard causé par le fait de l'administration ou le fait d'un tiers sur lequel le cocontractant n'a aucune prise, ou encore celui de la force majeure ou du cas fortuit.

Il peut arriver que l'administration intervienne par un acte non prévu au moment de la conclusion du contrat et que cet acte soit en relation avec l'obligation d'exécuter du cocontractant. L'acte de l'administration, lorsqu'il présente les caractères de la force majeure, est considéré comme une justification juridique de la non-exécution ou du retard d'exécution. Cela vaut aussi bien lorsque l'acte constitue une faute ou une négligence de l'administration

⁸⁴⁶ Cour suprême libyenne, 2 avril 1980, Recours administratif N° 25/23, Revue de la cour suprême, N° 1, p. 24.

que lorsqu'il constitue de sa part la mise en œuvre d'un droit qui n'est pas contesté, tel que la modification apportée à la nature ou au volume du contrat⁸⁴⁷.

Parmi les exemples dans la jurisprudence française d'une intervention de l'administration pouvant affecter l'obligation d'exécuter dans les délais, citons le retard qu'elle apporte à la réalisation de travaux qui sont à sa charge et dont dépend l'exécution des obligations de son cocontractant. Le retard apporté par l'administration à remettre à l'entrepreneur des documents techniques nécessaires à l'exécution constitue un motif de non-exécution dans les délais⁸⁴⁸. De même, le Conseil d'Etat a considéré que l'attentisme manifesté par l'administration dans l'approbation du modèle sur la base duquel doit s'effectuer la fourniture exonère le fournisseur de sa responsabilité de fournir dans les délais⁸⁴⁹. Le Conseil d'Etat a aussi estimé que le peu d'empressement de l'administration à communiquer à son cocontractant les informations nécessaires à l'exécution était aussi une cause d'exonération de la responsabilité de respecter les délais⁸⁵⁰.

Autre exemple d'intervention produisant la même conséquence, le fait pour l'administration de modifier la nature ou le quantum des travaux, qui justifie le retard apporté à l'exécution⁸⁵¹, à moins que cette modification n'ait été demandée par le cocontractant pour faciliter l'exécution⁸⁵².

Selon le Conseil d'Etat français, la règle est que le non-paiement ou le paiement retardé par l'administration des acomptes dus au cocontractant, ou encore son refus d'augmenter sa rémunération, ne constituent pas un motif recevable de non-exécution⁸⁵³. Cependant, il a décidé que si cette réticence a pour effet de créer une difficulté imprévue impossible à surmonter et empêchant l'exécution, un tel acte de l'administration sera considéré comme une justification de la défaillance du cocontractant⁸⁵⁴.

Le législateur libyen a suivi la même voie en considérant que l'intervention de l'administration peut avoir le même effet sur la prolongation de la durée d'exécution. L'alinéa C de l'article 99 du règlement relatif aux contrats administratifs de l'année 2007 dispose : « Le cocontractant peut demander à l'autorité contractante la prolongation de la durée du contrat d'une période correspondant à la modification de la hausse du quantum du contrat. La demande de prolongation doit être accompagnée de justificatifs et de la mention de la durée supplémentaire demandée. Le cocontractant ne peut alors réclamer aucune indemnité en raison de cette prolongation ».

⁸⁴⁷ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 55. Voir également : FAYAD Abdelmajid, *Le contrat administratif dans le domaine de l'application*, Le Caire, Egypte, 1983, p. 148.

⁸⁴⁸ CE 2 juillet 1912, Société Métallurgique de Montbard-Aulnoye, Recueil Lebon, p. 770. Et voir également, CE 9 avril 1954, Société d'études générales optiques et radiophoniques, RDP, 1954, p. 835.

⁸⁴⁹ CE 11 décembre 1963, Fuardo, RDP, 1964, p. 735.

⁸⁵⁰ CE 16 octobre 1968, Office public de H.L.M du département de la Seine, Recueil Lebon, p.1002.

⁸⁵¹ CE 21 octobre 1936, Société Métallurgique de la Plaine-Saint-Denis, Recueil Lebon, p. 135.

⁸⁵² CE 3 décembre 1920, Fromassol, RDP, 1921, p. 78.

⁸⁵³ CE 7 juin 1939, PICHOL, Recueil Lebon, p. 379. Et CE 21 novembre 1952, Macquart, Recueil Lebon, p. 527.

⁸⁵⁴ CE 28 mai 1952, commune de Saint Barbe du Tlélat, Recueil Lebon, p. 282.

L'alinéa A de l'article 109 du même règlement dispose de son côté : « L'entrepreneur a pour obligation de s'enquérir lui-même de la nature des travaux et de leurs spécifications techniques et d'effectuer toutes les recherches, expertises et autres examens, pour s'assurer de la validité des croquis, maquettes, quantités, spécifications... qui ont été retenus et sur la base desquels le projet a été élaboré. S'il lui vient des observations sur des points susceptibles de faire obstacle à l'exécution, non conformes aux normes techniques ou économiques, ou limitant le bénéfice attendu du projet, il doit en informer l'administration par lettre recommandée. Il doit dans ce cas interrompre l'exécution jusqu'à réception des directives de l'autorité administrative relatives à ces observations. Si l'avis de l'entrepreneur est valable, il faudra considérer les effets de l'interruption comme une modification apportée à la durée ou à la valeur du contrat ».

A côté de l'intervention de l'administration en tant que motif de prolongation du contrat (ce que certains appellent la prolongation du fait de l'administration), la prolongation peut être due à un facteur étranger comme la force majeure ou le cas fortuit. En droit privé, on entend par force majeure, un fait tout à fait imprévisible et insurmontable susceptible de rendre l'exécution impossible⁸⁵⁵. C'est un fait qui n'est pas attribué au débiteur, qui est imprévisible et insurmontable et qui rend l'exécution de l'obligation impossible. En droit privé, la force majeure est une cause d'exonération de responsabilité⁸⁵⁶.

Cette notion tire son origine du droit privé mais le droit administratif s'en inspire en raison des principes d'équité qu'elle permet d'introduire dans le domaine des contrats administratifs, même si le droit administratif se montre d'une particulière sévérité à l'égard du cocontractant dont il exige des efforts plus grands que ceux exigés des particuliers par le droit civil, du fait de son implication dans le service public⁸⁵⁷.

En raison de l'imbrication qui peut exister entre les concepts de force majeure et d'imprévision, il faut en établir, ne serait-ce que brièvement, les éléments de distinction. A première vue, il peut en effet sembler qu'on peut les assimiler l'un à l'autre. La force majeure est étroitement liée au respect de la durée d'exécution des contrats administratifs dans la mesure où la réunion de ses éléments constitutifs dispense le cocontractant de l'exécution ou en prolonge le délai. L'administration ne peut le contraindre à l'exécution ni lui imposer des sanctions pour l'y inciter. Elle ne peut davantage édicter contre lui des pénalités de retard. L'état d'imprévision est pour sa part le plus souvent liée à des considérations économiques car il aggrave les charges financières du cocontractant. Si les deux situations comportent un facteur de surprise, d'imprévisibilité, elles diffèrent dans les effets qu'elles provoquent : l'état d'imprévision ne rend pas l'exécution impossible, il en augmente la difficulté et le coût pour le cocontractant et contraint l'administration à intervenir pour prendre à son compte une partie des charges afin que l'exécution puisse se poursuivre. Cela tient au fait qu'il est du devoir de l'administration, nous l'avons déjà dit, d'aider son cocontractant dans l'exécution de ses

⁸⁵⁵ BUCHER Charles-Edouard, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Dalloz, Paris, 2011, p. 174.

⁸⁵⁶ CHENOUI Noura Gizlane, Les contrats nommés dans le dahir marocain des obligations et des contrats, Etude du contrat de vente et d'autres contrats, Inzikane, Maroc, 2009, p. 36.

⁸⁵⁷ RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit. p. 223.

obligations, dans l'intérêt du service public. La force majeure, en revanche, rend l'exécution du contrat impossible et dispense le cocontractant de la poursuivre⁸⁵⁸.

Avant l'arrêt Cherbourg rendu par le Conseil d'Etat français le 9 décembre 1932, la jurisprudence ne considérait pas la force majeure comme une cause d'exonération du cocontractant de ses obligations contractuelles ni de sa responsabilité en cas de retard d'exécution. On appliquait alors la règle selon laquelle le contrat constitue la loi des parties et celles-ci prenaient soin d'insérer une clause d'exonération de responsabilité en cas de force majeure empêchant l'exécution⁸⁵⁹, ou recouraient à une surestimation de la valeur du contrat pour prévenir tout événement fâcheux les menaçant d'une perte. Elles l'anticipaient en obtenant un paiement de l'administration et cette pratique était nuisible au Trésor public⁸⁶⁰.

Mais le Conseil d'Etat, s'inspirant du droit privé, a donc décidé de faire application de la force majeure mais en la requalifiant pour tenir compte de l'intérêt général et des exigences du service public. Il a ainsi exigé du cocontractant de l'administration un effort plus grand que celui qui est demandé aux particuliers par le droit privé. La haute juridiction a retenu pour la première fois la force majeure comme justification de la non-exécution ou du retard d'exécution, sans exiger, dans l'arrêt Sensin du 18 mars 1958, qu'une clause du contrat l'ait prévue, jugeant que le fournisseur n'était juridiquement pas responsable de la non-exécution du fait que la révolution indienne avait rendu impossible l'acquisition des marchandises commandées, bien que le cahier des charges n'ait pas mentionné cette possibilité⁸⁶¹.

Le Conseil d'Etat s'en est tenu par la suite à cette position en faisant évoluer la notion traditionnelle de force majeure pour la conformer aux exigences du service public. La règle établie est que le fait générateur doit remplir trois conditions essentielles pour être qualifié de cas de force majeure :

Première condition : Il faut que la volonté du cocontractant soit étrangère au fait qu'il ne l'ait provoqué par aucun de ses actes et qu'il n'y ait pas contribué par sa volonté;

Deuxième condition : Il n'était pas possible pour le cocontractant de prévoir ce fait ni de l'empêcher. Pour l'appréciation de cet élément, on se place à la date de conclusion du contrat. En conséquence, il importe peu que le fait fût prévisible postérieurement à la conclusion du contrat et avant l'exécution⁸⁶². En application de cette condition, les risques normaux que toute personne avisée peut prévoir ne sont pas promus au rang de cas de force majeure car ils ne diffèrent guère des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat. Le Conseil d'Etat français a ainsi jugé que les difficultés de transport en temps de guerre ne

⁸⁵⁸ OUSSHAK Fatima, Les effets de la force majeure sur l'obligation contractuelle en droit marocain, Thèse, Université Hassan II, Casablanca, Maroc, 2006, p. 54.

⁸⁵⁹ RICHER Laurent, Droit des contrats administratifs, Op.cit. p. 214.

⁸⁶⁰ KACHBOUR Mohamed, Le régime contractuel et les théories de la force majeure et de l'imprévision, Etude comparée inspirée par la guerre du Golfe, Casablanca, Maroc, 1993, p. 30.

⁸⁶¹ CE 18 mars 1958, Sensin, Recueil Lebon, p. 224.

⁸⁶² CE 17 décembre 1926, Société des chantiers de l'Adour, Recueil Lebon, p. 1124. Et CE 13 juillet 1968, Société établissement Serfati. Dans ce dernier arrêt, la guerre d'Algérie n'est pas considérée comme une force majeure car ce n'était pas un événement imprévisible à la date de la conclusion du contrat le 26 novembre 1957.

relevaient pas de la force majeure⁸⁶³, et pas davantage l'insuffisance des moyens de transport et la rareté de la main-d'œuvre en tant de guerre⁸⁶⁴;

Troisième condition : Il faut que le fait soit insurmontable et qu'il soit susceptible de rendre absolument impossible l'exécution de l'obligation⁸⁶⁵.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, le cocontractant peut invoquer la force majeure pour dégager sa responsabilité de la non-exécution de ses obligations ou pour le retard apporté à leur exécution, sachant que les parties au contrat peuvent y stipuler expressément ce qu'ils entendent par force majeure⁸⁶⁶, auquel cas il faudra faire une application pure et simple du contrat⁸⁶⁷.

Pour certains auteurs, la force majeure est donc un fait matériel étranger à l'action du cocontractant et l'une des principales causes juridiques qui le libèrent de l'obligation d'exécuter ses obligations contractuelles sans engager sa responsabilité⁸⁶⁸.

Le droit libyen a adopté la notion de force majeure et l'article 106 du règlement libyen relatif aux contrats administratifs de 2007 dispose : « Le cocontractant est dispensé de l'exécution de ses obligations s'il survient un cas de force majeure rendant cette exécution impossible ».

La Cour suprême libyenne affirme de son côté qu'en cas de résiliation du contrat pour un motif de force majeure, il n'est pas utile que l'administration adresse une mise en demeure à son cocontractant car le contrat est résilié de lui-même et la mise en demeure n'est alors pas juridiquement nécessaire⁸⁶⁹.

Le droit libyen n'a fait que suivre le droit français en la matière, s'agissant de la notion de force majeure et de ses conditions et effets tels que préconisés par le Conseil d'Etat français. Il est nécessaire que la volonté du cocontractant soit étrangère à la survenue du cas de force majeure, que le fait constitutif de la force majeure soit imprévisible et insurmontable, car s'il s'avérait surmontable il serait constitutif d'un état d'imprévision. De même, l'effet découlant de la force majeure en droit libyen est le même qu'en droit français, le cocontractant est dispensé de l'exécution de ses obligations.

Sous-section 2 : La fin de la durée d'exécution du contrat

Comme toute chose, les contrats administratifs ont un début et une fin. Après être passé par toutes les étapes juridiques qui le caractérisent, la conclusion, l'exécution et

⁸⁶³ CE 18 mai 1925, Condemine, Recueil Lebon, p. 494.

⁸⁶⁴ CE 26 janvier 1927, Horne et Buire, Recueil Lebon, p. 111.

⁸⁶⁵ CE 7 juin 1939, Pichol, Recueil Lebon, p. 379.

⁸⁶⁶ CE 14 juin 1961, Dandies, Recueil Lebon, p. 1092. Et CE 26 juin 1964, Frigurter, Recueil Lebon, p. 937. Et CE 18 juin 1969, Gigot, RDP, 1969, p. 1105.

⁸⁶⁷ JEZE Gaston, Les contrats administratifs, op.cit. p. 276.

⁸⁶⁸ ABDELHAK Safi, Droit civil, 1^{ère} partie, Le contrat, Livre 1^{er}, Les effets du contrat, 1^{ère} éd., Casablanca, Maroc, 2007, p. 329.

⁸⁶⁹ Cour suprême libyenne, 20 juin 1970, Recours administratif N° 17/4, Collection annotée de Amrou, 1^{ère} partie, N° 254, p. 231.

l'achèvement, le contrat administratif, comme le contrat civil, prend fin une fois achevée l'entière exécution de son objet. Lorsque le cocontractant de l'administration a mené à bien l'exécution de l'ouvrage prévu par le marché des travaux publics et que l'autorité contractante a également honoré tous ses engagements contractuels, le contrat s'éteint normalement, son objet étant réalisé. De la même manière, le marché de fourniture prend fin avec la livraison à l'administration de la marchandise commandée et la remise au cocontractant de sa rémunération. Lorsque le marché est à durée déterminée, comme c'est le cas du contrat de concession, la fin de cette durée vaut achèvement du contrat. C'est la règle commune à tous les contrats instantanés. Mais il existe des contrats à exécution successive qui continuent à produire certains effets bien que leur durée soit écoulée, le cocontractant qui poursuit l'exécution de ses obligations au-delà de la durée ayant alors le droit d'en réclamer la contrepartie.

On sait que les contrats administratifs ne sont pas tous conçus sur le même modèle et qu'ils diffèrent selon leur objet. En raison de l'importance de certains contrats que le législateur a organisés, en France comme en Libye, en faisant des contrats administratifs par détermination de la loi, nous allons successivement étudier la fin de chacun de ces contrats : il s'agit des marchés de travaux publics et de fourniture et du contrat de concession.

A. La fin du marché de travaux publics

Il nous a été donné de définir et d'analyser le marché de travaux publics dont nous allons maintenant voir comment il arrive à son terme. Ce marché prend fin de manière naturelle une fois que les deux parties ont exécuté leurs obligations respectives : l'administration est tenue d'en régler le prix et le cocontractant de livrer définitivement l'ouvrage qu'il était chargé d'exécuter. Cette livraison permet à l'entrepreneur de se libérer de ses obligations et de recouvrer le prix des travaux exécutés. Elle se fait en présence de l'administration et de l'entrepreneur⁸⁷⁰. Cette opération vaut reconnaissance par l'administration que l'entrepreneur a mené à bien les travaux. Elle déclare donc son acceptation des travaux puisqu'elle se trouve dans une situation qui lui permet d'en prendre livraison et possession⁸⁷¹.

En contrepartie de l'obligation de livraison mise à la charge de l'entrepreneur, l'administration a l'obligation de réceptionner les travaux, sous peine de commettre une faute contractuelle engageant sa responsabilité à l'égard du cocontractant. Livraison et réception constituent, pour les deux parties, des obligations qui ne souffrent aucun manquement venant de l'une d'entre elles ou des deux. Il ne s'agit pas d'une simple opération matérielle, c'est un acte juridique obéissant à un régime et à des formes contraignantes. La livraison est un constat fait sur les lieux une fois les travaux achevés, à l'issue duquel l'administration se prononce sur

⁸⁷⁰ La jurisprudence du Conseil d'Etat français considère que l'entrepreneur a le droit d'effectuer la livraison même en l'absence de l'administration à condition bien sûr que celle-ci en ait été informée auparavant. Ce droit est normal et il a pour pendant le droit de l'administration de procéder à la réception en l'absence de l'entrepreneur. Voir pour plus de précisions : CE 14 janvier 1944, Département du Vaucluse, Recueil Lebon, p. 16. Et CE 3 février 1937, Société des travaux hydrauliques, Recueil Lebon, p. 151. Et CE 13 décembre 1940, commune de Volvic, Recueil Lebon, p. 231.

⁸⁷¹ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 785.

le respect par le cocontractant de son obligation d'exécuter le travail, objet du contrat, conformément aux conditions et règles techniques convenues⁸⁷².

La livraison se fait selon l'un des régimes prévus par la loi : celui de la livraison unique et celui de la livraison en deux temps. Dans ce dernier régime, et comme son nom l'indique, la livraison des travaux s'effectue en deux étapes successives ayant des effets différents, la livraison provisoire ou primaire, qui suit directement l'achèvement des travaux et dont les effets sont limités, et la livraison définitive qui est différée dans le temps et qui a pour effet de mettre fin au lien contractuel entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage⁸⁷³.

La livraison unique s'effectue quant à elle en une seule étape une fois achevée l'exécution de l'ouvrage. Elle s'apparente à la livraison provisoire eu égard aux effets juridiques qu'elle produit dans la mesure où elle ne met pas un terme au lien contractuel.

Elle a été retenue dans le Cahier français des clauses générales administratives de l'année 1976⁸⁷⁴, se substituant à la livraison provisoire et non à la livraison définitive car elle s'accompagne de la garantie de la livraison totale qui rappelle la durée de garantie séparant la livraison primaire de la livraison définitive⁸⁷⁵. Mais le législateur français n'a pas supprimé le régime de la double livraison puisque les deux régimes sont appliqués parallèlement l'un à l'autre. Il est possible de recourir à la double livraison pour les travaux dont les marchés ne mentionnent pas expressément les dispositions des clauses générales administratives de l'année 1976 instituant le système de la livraison unique, et il est tout aussi possible de recourir à la double livraison lorsque ces dispositions sont mentionnées dans le contrat⁸⁷⁶.

On relève également que le législateur libyen a adopté le régime de la double livraison, comme l'indique l'article 123 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 au titre de la livraison partielle : « L'autorité contractante peut réceptionner partiellement ce qui a été entièrement exécuté au titre des clauses du contrat, à condition que la partie réceptionnée soit conforme aux buts qui lui était assignés et qu'il y ait une nécessité à réceptionner partiellement ». On peut également mentionner l'article 124 relatif à la livraison de principe et l'article 127 relatif à la livraison définitive, deux articles sur lesquels nous reviendrons.

D'une façon générale, que le régime retenu pour les travaux publics soit celui de la double livraison ou de la livraison unique, la livraison, en tant qu'opération juridique, prend en elle-même la forme expresse qui est conforme à une procédure prévue par des textes différents. Mais elle peut aussi prendre la forme implicite que lui confèrent des actes de l'administration maîtresse de l'ouvrage, tels que la prise de possession des équipements réalisés et leur début d'utilisation conformément à leur destination, sans respecter les étapes et procédures énoncées par les textes en matière de livraison. Ce sont de tels actes que la

⁸⁷² BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 290.

⁸⁷³ ABSI Hassan, Les obligations et les droits des parties dans l'exécution du marché de travaux publics, Op.cit, p. 106.

⁸⁷⁴ Voir l'article 41/1 du CCAG de l'année 1976.

⁸⁷⁵ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 771.

⁸⁷⁶ Ibid. p. 771.

jurisprudence administrative assimile à la livraison et dont elle fait découler les effets attachés à la livraison expresse, par exemple le point de départ du délai de garantie lorsque les travaux dont l'administration a pris possession peuvent être réceptionnés. La possession de l'administration n'est pas assortie de réserves, mais les règles régissant la livraison implicite ne sont pas toujours les mêmes, c'est le juge qui examine chaque cas dans ses données propres et la solution va différer d'une situation à l'autre⁸⁷⁷.

Au regard de l'importance de la réception dans le marché de travaux publics, nous allons en étudier les principales modalités qui sont la réception provisoire et la réception définitive.

1. La livraison provisoire

Cette livraison est dite aussi primaire et cette appellation est celle que retient le législateur libyen dans l'article 124 du règlement relatif aux contrats administratifs de 2007. La livraison provisoire s'effectue aussitôt après la fin de l'exécution des travaux, l'entrepreneur en informant le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire le bureau d'études chargé du suivi des travaux, afin qu'il procède à la livraison provisoire, en présence ou en l'absence du maître de l'ouvrage mais en présence de l'entrepreneur qu'il faut convoquer à la cérémonie de livraison. Si l'entrepreneur ne s'y présente pas en dépit de la convocation officielle qui lui a été adressée, il faudra le mentionner sur le procès-verbal de livraison⁸⁷⁸.

Il faut relever que l'article 41 du Cahier français des clauses générales de 1976 prévoit qu'avant la rédaction et la signature du procès-verbal de livraison, l'administration doit suivre une démarche déterminée comprenant l'inspection des travaux. En effet, dès qu'elle reçoit de l'entrepreneur l'avis de réalisation des travaux, elle fixe la date de cette inspection et en informe l'entrepreneur par écrit dans les vingt jours. L'inspection vise à s'assurer de l'exécution des travaux et à procéder aux expertises prévues au cahier des charges pour vérifier qu'il n'y a pas de travaux non exécutés parmi l'ensemble des travaux prévus par le contrat. Il faut également s'assurer qu'il n'y a pas de vices ni de défauts dans les travaux faits et qu'il ne subsiste pas des résidus de produits utilisés ou non utilisés, comme le ciment, la terre, le sable, les pierres, le bois, etc., car l'entrepreneur a l'obligation de les faire disparaître et de rendre le terrain prêt à l'utilisation. Il faut rédiger le procès-verbal d'inspection et le soumettre à la signature des parties, « l'administration et l'entrepreneur ». S'il ressort de l'inspection que le travail a été effectué comme convenu, la date de l'avis adressé par l'entrepreneur à l'administration ou à son représentant pour l'informer qu'il était prêt à la livraison sera considérée comme celle de la fin de l'exécution et du début de la période de garantie. Dans le cas contraire, on mentionnera au procès-verbal l'existence de manquements et la livraison sera ajournée jusqu'à ce que l'exécution soit conforme au contrat. Si le délégué technique de l'administration décide que les travaux sont dans un état qui permet la réception, le responsable du contrat établira un avis de réception qui peut prendre diverses formes : la

⁸⁷⁷ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 784.

⁸⁷⁸ AUBY Jean-Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens domaine travaux publics, expropriation, Op.cit. p. 243. Et GODFRIM Philippe, Droit administratif des biens, Op.cit. p. 206.

réception peut être faite sans conditions ou accompagnée de réserves, à moins qu'elle ne s'effectue avec une révision du prix à la baisse⁸⁷⁹.

Lorsque l'entrepreneur a fait une exécution conforme au contrat, la livraison est annoncée sans réserve et sans conditions. Mais le responsable du projet peut annoncer une réception sous réserve d'essais ou d'expertises auxquelles il faudra procéder, puisque le cahier des charges particulier exige que des expertises soient menées sur certains travaux après une période d'utilisation, ou au cours d'une saison déterminée de l'année. La réception se fait alors sous réserve, jusqu'à ce qu'il soit procédé à ces expertises dont les résultats décideront si la réception est effective ou si elle doit être annulée, selon qu'ils seront ou non satisfaisants⁸⁸⁰. Si l'inspection fait apparaître que certains travaux prévus au contrat n'ont pas été exécutés, la livraison sera effectuée mais sous réserve que l'entrepreneur s'engage à les exécuter dans un délai déterminé⁸⁸¹.

Lorsque le constat fait apparaître que les travaux comportent un vice, il est possible de valider la réception sous réserve que l'entrepreneur répare le vice dans un délai que fixe le responsable du projet ou dans les trois mois précédant le terme de la période de garantie. Si l'entrepreneur ne tient pas son engagement, l'administration effectuera l'exécution à ses frais sans annuler la livraison qui sera assimilée à une réception sous réserve d'essais et d'expertises⁸⁸².

S'il ressort de l'inspection qu'une partie des travaux a été réalisée d'une manière non conforme au contrat, qu'elle présente des défauts ou que, bien que réalisés, les travaux comportent un vice déterminé, sans que cependant ces imperfections ne soient si graves qu'elles remettent en cause l'intégrité des travaux ou affectent l'utilisation de l'ouvrage, l'administration peut consentir à la réception tout en proposant à l'entrepreneur de réduire le prix. S'il refuse, il devra procéder aux réparations nécessaires, ou remédier aux manques, pour que l'ouvrage soit conforme au marché conclu⁸⁸³.

On observe que le législateur libyen a adopté la même position, l'article 124 du règlement relatif aux contrats administratifs contenant les dispositions suivantes : « A. L'entrepreneur doit dégager le site de l'ouvrage de tous les produits et détritiques et le terrasser, à défaut de quoi l'autorité contractante le fera à ses frais après mise en demeure adressée par lettre recommandée; B. Il doit informer l'autorité contractante de la fin des travaux et l'inviter, par lettre recommandée, à les réceptionner en lui demandant de fixer une date pour le constat; C. L'autorité contractuelle procède à la constitution d'une commission chargée de la réception de principe, comptant pour membre l'organe de supervision s'il existe; D. L'inspection des travaux a lieu à la date fixée et un procès-verbal de réception de principe est dressé en trois exemplaires, signé par l'entrepreneur ou son représentant et les délégués de l'autorité contractante. L'un des exemplaires est remis à l'entrepreneur ou son représentant; E. En cas

⁸⁷⁹ Voir l'article 41/1, 2 et 3 du CCAG de l'année 1976.

⁸⁸⁰ Voir l'article 41/4 du CCAG de l'année 1976.

⁸⁸¹ Voir l'article 41/5 du CCAG de l'année 1976 qui fixe le délai dans lequel l'entrepreneur doit exécuter les travaux prévus au contrat et qu'il n'aurait pas réalisés à trois mois à compter de la date de la livraison.

⁸⁸² Voir l'article 42 du CCAG de l'année 1976.

⁸⁸³ Voir l'article 41/7 du CCAG de l'année 1976.

d'absence de l'entrepreneur ou de son représentant au rendez-vous fixé, il est procédé à l'inspection et les délégués de l'administration en signent le procès-verbal; F. S'il ressort de l'inspection que les travaux ont été exécutés comme convenu, la date à laquelle l'entrepreneur a informé l'administration qu'il était prêt pour la livraison de principe sera retenue comme date de fin des travaux et de début de la période de garantie; G. S'il apparaît au contraire que les travaux ne sont pas conformes au contrat, il en est fait mention au procès-verbal et la livraison est ajournée jusqu'à la réalisation des travaux de façon conforme. Mais si les erreurs et les manques n'ont pas un caractère substantiel et sont sans conséquence sur l'intégrité de l'ouvrage et sa bonne exploitation, la réception peut s'effectuer et l'entrepreneur disposera d'un délai déterminé pour réparer les erreurs et corriger les manques ».

On retrouve dans cet article les dispositions du Cahier français des clauses générales de 1976 relatives à la livraison provisoire qui a pour effet de dispenser l'entrepreneur de la réparation des vices apparents qui ne font pas l'objet de réserve, l'administration ne pouvant invoquer sa responsabilité contractuelle puisque le vice était apparent ou pouvait être découvert au cours de l'inspection et que l'administration a procédé à la réception sans émettre d'objection. On considère qu'elle a exprimé son acceptation ou qu'elle n'y a pas vu un vice. Cela bien sûr ne vaut, selon le Conseil d'Etat français⁸⁸⁴, qu'à la condition qu'il n'y ait pas eu de fraude commise par l'entrepreneur.

Parmi les autres effets de la livraison provisoire, l'enclenchement de la période de garantie durant laquelle l'entrepreneur s'engage à réparer les vices qui ont fait l'objet des réserves de l'administration ou qui apparaissent précisément durant la période de garantie. C'est une période d'expérimentation et d'essai de l'ouvrage qui permet à l'administration d'évaluer la qualité des travaux avant que la propriété de l'ouvrage ne lui soit transférée. L'article 41/1 du Cahier des clauses générales de 1976 a fixé pour cette période une durée allant de six mois à un an, selon la nature des travaux, courant à compter de la date de la livraison provisoire, en l'absence de toute clause expresse du contrat ou des cahiers des charges stipulant une autre durée. L'entrepreneur demeure responsable de ses travaux dont il doit assurer l'entretien pendant cette période, s'engageant à réparer tout vice que l'administration aurait mis au jour au cours de l'inspection et qui aurait fait l'objet d'une réserve, ainsi que tout vice qui apparaîtrait au cours de la période de garantie⁸⁸⁵.

C'est une procédure identique que le législateur libyen a instituée dans le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 dont l'article 126, consacré au début de la garantie de bonne exécution des travaux, dispose : « A. L'entrepreneur garantit les travaux objet du marché et leur bonne exécution pendant un an à compter de la date de la réception primaire, à moins que le contrat n'ait prévu une durée plus longue. Il est responsable du maintien des travaux en bon état durant cette période. S'il y apparaît un défaut ou un vice technique ou exécutif sans rapport avec la mauvaise utilisation qui en est faite pendant cette période, il doit le réparer à ses frais, sinon l'administration s'en chargera aux frais et sous la responsabilité de l'entrepreneur, nonobstant son droit à en obtenir réparation; B. La disposition du précédent

⁸⁸⁴ CE 24 mai 1974, Société Paul Millet, Recueil Lebon, p. 188. Et voir également GODFRIM Philippe, Droit administratif des biens, Op.cit. p. 206.

⁸⁸⁵ Voir, pour plus de précisions, l'article 41/1 du CCAG de l'année 1976.

alinéa ne remet pas en cause les règles relatives à la garantie et à la responsabilité de l'entrepreneur prescrites par les articles 650 et suivants du code civil libyen ».

La livraison a pour autre effet l'établissement des états des comptes généraux et finaux qui permettent de régler à l'entrepreneur sa rémunération. A ce propos, l'article 125 du même règlement libyen dispose que « l'autorité contractante établit les états de comptes définitifs comportant la totalité des travaux effectivement achevés et elle régularise le compte final dans les trois mois au plus qui suivent la date de la livraison primaire des travaux ayant fait l'objet du marché, y compris les travaux supplémentaires. Aussitôt après, il est réglé à l'entrepreneur les sommes qui lui sont dues, déduction faite des acomptes et avances et de tout autre montant dont il serait redevable ».

Il faut observer que la livraison provisoire n'entraîne pas transfert de la propriété à l'administration et que l'entrepreneur demeure responsable des risques auxquels sont exposés les ouvrages entre la livraison provisoire et la livraison définitive, à moins bien sûr que le contrat n'en ait décidé autrement⁸⁸⁶.

2. La livraison définitive

C'est la procédure en vertu de laquelle l'administration réceptionne les travaux et en devient définitivement propriétaire après s'être assuré que l'entrepreneur les a réalisés selon les normes fixées au contrat. Elle intervient après la fin de la période de garantie qui fait suite à la livraison provisoire⁸⁸⁷.

Il est de règle que la réception définitive, comme la réception provisoire, s'effectue expressément avec rédaction d'un procès-verbal. Mais la question se pose de savoir si la réception définitive peut se faire tacitement comme la réception provisoire. L'administration se doit, à l'égard de l'entrepreneur, de procéder à la réception définitive à la fin de la période de garantie si l'ouvrage est en bon état ou du moins lorsqu'il l'est devenu une fois effectuées les réparations demandées par l'administration. Si celle-ci refuse la réception définitive, elle engage sa responsabilité contractuelle. L'entrepreneur peut saisir le juge du contrat pour faire établir que les travaux sont dans un état qui permet la réception car il y a intérêt, la réception définitive ouvrant la voie au règlement de sa rémunération, d'une part, et le libérant de son obligation d'exécution, d'autre part⁸⁸⁸.

Faut-il en déduire que la réception définitive peut être obtenue par un autre moyen ? Le Conseil d'Etat français répond par l'affirmative, à condition que les travaux soient dans un état qui le permette⁸⁸⁹. Mais il s'agit ici d'apprécier chaque cas individuellement, en ce sens que la réception définitive ne peut être réputée effectuée tacitement que si les travaux ont été

⁸⁸⁶ CE 10 décembre 1953, Berri Nébo, Recueil Lebon, p. 813. Et CE 28 mars 1945, Clauzier, Recueil Lebon, p. 68.

⁸⁸⁷ AUBY Jean-Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens, Domaine, Travaux publics, Expropriation, Op.cit. p. 244.

⁸⁸⁸ CE 31 mars 1954, Société entreprise industrielle, AJDA, 1954, p. 249.

⁸⁸⁹ CE 9 novembre 1949, Marquis, Recueil Lebon, p. 467. Et CE 21 avril 1950, Dindonna, Recueil Lebon, p. 229.

réellement effectués de façon correcte. S'il s'avère au contraire qu'ils sont entachés de vices⁸⁹⁰, que l'entrepreneur a bâclé les réparations réclamées par l'administration⁸⁹¹, ou que le contrat prévoyait, avant de procéder à la livraison définitive, des essais adaptés qui n'ont pas été effectués⁸⁹², on ne peut soutenir que la réception définitive s'est faite tacitement.

En ce qui concerne l'achèvement du marché de travaux publics et des obligations qui en naissent, la réception définitive produit un effet décisif, dont le transfert à l'administration de la propriété et de la responsabilité découlant de toute dégradation. Le transfert de propriété est ainsi opéré de façon définitive et l'administration supportera les conséquences de toute perte ou dégradation de l'ouvrage, comme le veut la règle⁸⁹³. L'entrepreneur se libère de l'obligation d'entretien qui pèse sur lui dans la période comprise entre la livraison provisoire et la livraison définitive, l'administration ne pouvant plus rien lui imputer en la matière. Elle ne peut davantage arguer d'un manquement de l'entrepreneur au contrat ou du non respect de ses clauses d'exécution, ni réclamer une quelconque indemnité à ce sujet, à moins qu'elle n'ait exprimé des réserves expresses lors de la réception définitive⁸⁹⁴. Il faut cependant faire une distinction entre le manquement aux obligations du contrat dans l'exécution et les vices qui se révèlent après la réception pour lesquels l'administration peut demander réparation tant que son droit n'est pas prescrit.

Outre l'extinction de la relation contractuelle, l'un des effets produits par la livraison définitive est le déclenchement de la période de garantie qui démarre à la date de la livraison provisoire des travaux ou de la prise de possession par l'administration des travaux réalisés, lorsque l'administration y procède avant la livraison définitive⁸⁹⁵.

D'autre part, comme le marché de travaux publics est un contrat à titre onéreux, dans lequel l'entrepreneur s'engage à effectuer des travaux et l'administration à lui en payer la contrepartie, la réception définitive a pour effet la réalisation du droit de l'entrepreneur à la rémunération qui lui revient et le règlement définitif du volet financier du marché. Sur ce point, le règlement libyen relatif aux contrats administratifs précité énonce dans son article 128, au titre du règlement définitif de la rémunération de l'entrepreneur, la disposition suivante : « Une fois la livraison définitive effectuée et la période de garantie écoulée, les comptes sont réglés définitivement et le reliquat de sa rémunération est versé à l'entrepreneur; lui sont également restituées la caution définitive, si elle était encore retenue, ou la part qui en était saisie, y compris les sommes conservées à titre de garantie de bonne exécution. Les lettres de garantie qui avaient été remises en vertu du présent règlement lui sont aussi rendues, après déduction des montants dont il serait devenu redevable à l'autorité contractante pendant la durée de garantie ».

⁸⁹⁰ CE 23 mars 1949, Société Syndicat des submersionnistes, Recueil Lebon, p. 142.

⁸⁹¹ CE 8 août 1924, Albany, Recueil Lebon, p. 828.

⁸⁹² CE 19 juin 1942, Société Ruits, Forages Sondages, Recueil Lebon, p. 217.

⁸⁹³ CE 28 mars 1945, Clauzier, Recueil Lebon, p. 68.

⁸⁹⁴ CE 30 janvier 1935, Perpérot, Recueil Lebon, p. 135. Et CE 29 mars 1939, Ville de Saint-Jean de Luz, Recueil Lebon, p. 241.

⁸⁹⁵ BENCHABANE Ali, Les effets sur les parties du marché de travaux publics dans la législation algérienne, Op.cit, p. 301.

On retrouve aussi dans la loi libyenne la procédure que nous avons décrite en droit français relativement à la livraison définitive des travaux. L'article 127 du règlement précité énonce, au titre de la livraison définitive : « Avant l'expiration de la période de garantie prévue à l'alinéa A de l'article précédent, et en temps voulu, l'entrepreneur saisit par écrit l'autorité contractante et lui demande de fixer la date de l'inspection et de la livraison définitive qui s'effectue à la date fixée par ladite autorité. Celle-ci constitue une commission technique chargée de l'inspection et de la livraison définitive et dont la composition tiendra compte des spécialités requises par les travaux concernés. Elle peut être assistée en la matière par l'autorité qui supervise l'exécution. Lorsqu'il est établi que les travaux sont conformes aux spécifications du marché, on procède à leur livraison définitive qui donne lieu à un procès-verbal en quatre exemplaires signés par la commission, le représentant de l'autorité de supervision et l'entrepreneur ou son représentant qui se voit remettre un exemplaire. S'il s'avère au contraire que l'entrepreneur n'a pas rempli certaines de ses obligations, la livraison définitive est ajournée jusqu'à la réalisation des travaux demandés ».

Il faut noter que tout ce que nous avons relevé à propos de l'achèvement des travaux publics renvoie à la fin normale de ces travaux. C'est la règle générale car le plus souvent il s'agit là de contrats instantanés qui prennent fin avec l'exécution par chacune des parties de ses obligations convenues. Il arrive cependant que les marchés de travaux publics aient une fin anormale, c'est-à-dire avant leur terme prévu, leur délai normal, par la résiliation du contrat selon des modalités différentes. Parmi ces modalités, la résiliation par l'accord des parties, autrement dit par leur volonté commune. Dans ce cas, il appartiendra à l'administration et à l'entrepreneur de déterminer les effets qui découlent de cette résiliation conventionnelle⁸⁹⁶. Une autre modalité est la résiliation par voie juridictionnelle, dans le cas par exemple d'une faute commise par l'administration dans l'exercice de son pouvoir de modification qui l'aurait entraînée à modifier l'objet du contrat, bouleversant à l'excès son économie⁸⁹⁷.

Il peut aussi s'agir d'une résiliation de plein droit qui obéit à des conditions précises, comme par exemple l'anéantissement de la chose constituant l'objet du contrat, suite à un séisme ou du fait d'une guerre. L'administration peut également résilier le contrat dans deux cas :

- **Le premier** est celui où l'entrepreneur a manqué à ses obligations, la résiliation ayant alors valeur de sanction édictée sous le contrôle du juge. Mais le manquement de l'entrepreneur doit être grave justifiant une sanction aussi sévère – comme nous l'avons vu en étudiant la résiliation au titre des sanctions prises en cas de manquement par le cocontractant à ses obligations.

- **Le second** est celui de la résiliation sans faute commise par l'entrepreneur pour le seul motif d'intérêt général. Il faudra alors indemniser le cocontractant⁸⁹⁸. Ce dernier cas est prévu par le règlement libyen relatif aux contrats administratifs précité dans son article 107 :

⁸⁹⁶ BOUDIAF Ammar, Les marchés publics en Algérie, 2^{ème} éd., Alger, Algérie, 2000, p. 199 et s.

⁸⁹⁷ EL JAMAL Haroun, Les sanctions dans les marchés de travaux publics, Op.cit, p. 795.

⁸⁹⁸ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 795.

« L'autorité contractante peut mettre fin au contrat à tout moment sans que le cocontractant n'ait commis de faute, lorsque l'intérêt général l'exige et à condition que l'autorité compétente pour agréer la procédure contractuelle y donne son accord. Dans ce cas, il sera versé au cocontractant la rémunération due pour le travail exécuté, il lui sera restitué les cautions déposées et il recevra le cas échéant des dommages et intérêts ».

Nous aurons ainsi cerné les caractères généraux de la fin du marché de travaux publics lorsqu'elle advient dans des conditions normales ou anormales, à travers l'approche comparative des droits français et libyen. On aura pu constater la convergence de la procédure entre les deux législations, pour ne pas dire leur coïncidence jusque dans le détail. Ce qui est l'occasion de rappeler que le droit français constitue la source historique du droit libyen. Nous allons maintenant procéder au même examen à propos des contrats de fourniture et de concession qui sont, au même titre que le marché de travaux publics, des contrats administratifs par détermination de la loi.

B. La fin du marché de fourniture et du contrat de concession

Après la fin du marché de travaux publics, nous aborderons successivement celle de ses deux autres contrats administratifs par détermination de la loi, et que nous mènerons également à travers une comparaison des droits français et libyen.

1. La fin du marché de fourniture

Le marché de fourniture s'éteint avec la livraison des marchandises convenues entre les parties et le versement par l'administration au fournisseur du prix qui lui est dû. Il prend fin en principe à l'expiration de la durée qui lui a été fixée et s'appliquent alors les règles générales relatives à l'extinction normale des contrats administratifs. Il n'y a rien de particulier à relever à ce sujet, sinon en ce qui concerne le régime juridique prévu pour la réception des marchandises avec les effets résultant de l'acceptation ou du refus des marchandises fournies⁸⁹⁹. On retrouve ici deux sortes de livraison comme dans le marché de travaux publics : la livraison provisoire et la livraison définitive. Mais la distinction entre les deux n'a pas la même importance que pour le marché de travaux publics et il n'est pas rare que les deux types de livraison soient fusionnés si l'administration accepte les produits une fois pour toutes et de façon définitive⁹⁰⁰.

Lors de la réception, l'administration doit procéder à l'examen des marchandises pour s'assurer qu'elles sont en bon état, propres à l'utilisation, conformes aux spécifications convenues, afin d'en délivrer au fournisseur un accusé de réception. Si l'administration estime avoir des réserves à formuler, elle doit en faire part lors de la livraison définitive, à défaut de quoi le cocontractant ne sera pas tenu responsable des défauts et vices qui pourraient affecter

⁸⁹⁹ EL ANZI Khaled, Le contrat administratif de fourniture, étude comparée des droits jordanien et koweïtien, Master 2, Université du Proche-Orient, Amman, Jordanie, 2012, p. 136.

⁹⁰⁰ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 799.

les marchandises. La réception définitive entraîne également le transfert de la propriété des marchandises à l'administration qui supportera alors les conséquences de leur dégradation ou de leur perte⁹⁰¹.

La réception définitive produit des effets importants à l'égard de l'administration, libérant en particulier le fournisseur de toutes ses obligations. Elle ne peut plus invoquer contre lui des vices qui seraient découverts postérieurement à la date de la réception définitive⁹⁰², à moins de prouver que ce sont des vices cachés et qu'ils n'ont pas été découverts par l'administration au cours de la réception parce que le fournisseur aura par exemple commis une fraude⁹⁰³. Le Conseil d'Etat français n'a pas tranché d'une manière nette cette question des vices cachés qu'il est difficile d'identifier lors de la réception. André De LAUBADERE, se référant à des arrêts qui ne concernent qu'indirectement la question, estime que le fournisseur doit en être tenu responsable⁹⁰⁴.

Quant au transfert de la propriété des marchandises qui résulte de leur acceptation par l'administration, il a pour effet, comme nous l'avons vu pour le marché de travaux publics, le transfert de la responsabilité en cas de perte, à moins que le contrat n'en ait stipulé autrement, en particulier pour la période séparant les deux livraisons, provisoire et définitive. Et si l'administration a accepté les produits fournis, le fournisseur est en droit de percevoir le prix ou son reliquat et, si l'administration tarde à s'exécuter, le Conseil d'Etat la condamne à verser des intérêts de retard courant à compter de la date de la réclamation du prix suite à la livraison définitive⁹⁰⁵.

En revanche, lorsque l'administration a refusé les marchandises pour leur non-conformité aux spécifications qui les rend inaptés à l'usage auquel elles étaient destinées, le fournisseur doit retirer les marchandises refusées sous peine d'avoir à payer des frais de stockage additionnels selon des modalités arrêtées par les lois et règlements. Il demeure en outre tenu de fournir des marchandises de substitution à celles qui ont été refusées et, en cas de retard, il s'exposera aux sanctions prévues par la loi⁹⁰⁶.

Précisons que le refus et l'acceptation des marchandises constituent l'alternative la plus fréquente mais que l'administration peut adopter une attitude intermédiaire qui peut être de deux sortes :

Elle peut d'abord réceptionner les marchandises en invitant le fournisseur à leur apporter des modifications qui les rendraient conformes aux spécifications qu'elle souhaite. Ce n'est là qu'une application de règles générales et l'administration peut y recourir sans se référer à un texte.

⁹⁰¹ EL JABOURI Khalef, Les contrats administratifs, Op.cit, p. 247.

⁹⁰² CE, 14 mars 1928, Saigné, Recueil Lebon, p. 358.

⁹⁰³ CE 12 juillet 1929, Vesin, RDP, 1931, p. 332.

⁹⁰⁴ DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 264. Et CE 12 juillet 1929, Vesin, RDP, 1931, p. 332.

⁹⁰⁵ CE 23 décembre 1954, Hayem, AJDA, 1955, p. 72.

⁹⁰⁶ EL ANZI Khaled, Le contrat administratif de fourniture, étude comparée des droits jordanien et koweïtien, Op.cit, p. 138.

Elle peut ensuite accepter les marchandises fournies non conformes aux clauses mais avec une diminution déterminée du prix. Et cela n'est possible que si la non-conformité des marchandises ne suffit pas à les rendre impropres à une utilisation normale⁹⁰⁷.

S'agissant de ces attitudes alternatives, les décisions de l'administration sont soumises au contrôle du juge administratif qui peut toujours les annuler si elles s'avèrent illégales et condamner l'administration à des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par des décisions illégales ou arbitraires.

En Libye, le règlement relatif aux contrats administratifs de 2007 a organisé la procédure applicable à la réception des marchandises fournies dans ses articles 130 à 135. L'article 130 dispose : « A. Le cocontractant livre à l'autorité contractante dans les délais fixés, au port d'arrivée ou au lieu convenu contractuellement, les articles qui sont l'objet du contrat, frais et taxes payés, et conformes à la commande en nombre et en poids ou en mesure, conformément aux clauses du contrat et aux échantillons agréés; B. La réception est effectuée par une commission *ad hoc* désignée par l'autorité contractante ou toute autre autorité compétente chargée de cette mission. La commission ou l'autorité compétente prend livraison des articles après les avoir examinés et s'être assuré qu'ils sont conformes aux spécifications et ne diffèrent pas des échantillons agréés. Tout cela s'effectue en présence du cocontractant ou de son représentant, sous réserve des dispositions de l'article précédent. Un récépissé provisoire est délivré dans lequel est précisé l'état des articles et ce jusqu'à ce que le cocontractant soit avisé de la date de réunion de la commission d'inspection et de réception définitive; C. La décision prise par la commission chargée de l'acceptation ou du refus des articles est réputée définitive dès qu'elle est approuvée par l'autorité contractuelle ». L'article 131 précise que « le cocontractant doit remettre en trois exemplaires une liste des marchandises qu'il a fournies, en mentionnant la quantité et le prix selon le contrat ».

L'article 132 du même règlement précise la procédure légale en cas de refus par l'administration des marchandises livrées. Il est ainsi libellé : « A. Si la commission ou l'autorité réceptionnaire refuse une ou plusieurs espèces de marchandises ou si un manque ou une non-conformité aux normes et aux échantillons agréés est constaté, l'autorité contractante informe le cocontractant des motifs du refus et de l'obligation de retirer les espèces refusées et d'en fournir d'autres à la place. Elle en informe également la société de vérification et d'assurance et les autorités locales compétentes. B. Le fournisseur doit, si la livraison est prévue au port d'arrivée, retirer les marchandises refusées dans les sept jours à compter du jour où il en a été informé. A défaut de quoi, il supportera la charge des frais de stockage à concurrence de 50% de la valeur des marchandises par semaine complète ou incomplète et ce, jusqu'à quatre semaines, ou à concurrence du prix de location du lieu de stockage. Après quoi, l'autorité contractante aura le droit de les vendre et de déduire du prix ce qui lui est dû. La vente se fait conformément aux dispositions du présent règlement. C. Si la livraison était prévue au port du fournisseur à bord du moyen de transport, l'autorité contractante informe le cocontractant des marchandises refusées et du motif du refus. Et ce dernier devra retirer les marchandises et en fournir d'autres en remplacement. S'il s'en abstient, elle lui applique les

⁹⁰⁷ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 805.

mesures précédemment mentionnées, si le stockage se fait dans les entrepôts du cocontractant dans le port du fournisseur, ainsi que les dispositions de l'article 135 du présent règlement. D. Dans tous les cas, l'autorité contractante n'est pas responsable des dommages causés aux marchandises jusqu'au jour où elles sont livrées et où elle en a la disposition ».

Quant à l'article 133, il dispose que « si le cocontractant demande une deuxième analyse des marchandises refusées comme non-conformes aux spécifications, à l'échantillon de référence ou aux deux et que l'administration accepte sa demande, les frais de la deuxième analyse seront mis à la charge du cocontractant à moins que le résultat obtenu lui soit favorable. L'autorité contractante devra alors faire procéder à ses propres frais à une troisième analyse dont les résultats feront autorité ».

L'article 134 énonce les conditions de paiement du prix des marchandises fournies, en ces termes : « Le prix des marchandises fournies est réglé après achèvement de la procédure d'analyse ou d'examen technique, sa vérification et son acceptation, une fois informée la commission de réception auprès de l'autorité contractante ou l'autorité compétente en la matière, sous réserve des articles 90 et 130 du présent règlement ».

Enfin, le règlement prescrit les sanctions applicables en cas de retard apporté à la fourniture des quantités commandées. L'article 135 dispose ainsi : « A. Si l'entrepreneur prend du retard dans la fourniture, totale ou partielle, des quantités convenues, par référence au délai fixé dans le contrat, l'autorité contractante peut, si elle y trouve intérêt, lui accorder un délai supplémentaire, en se réservant la possibilité de lui infliger, conformément à l'article 102 du présent règlement, une pénalité de retard qui ne doit pas excéder 10% de la valeur des quantités non fournies ou fournies tardivement, à moins que le contrat n'en ait décidé autrement ; B. En cas de retard dans la fourniture de certaines quantités et si ce retard empêche de tirer pleinement profit des quantités fournies, une pénalité n'excédant pas 5% de la valeur totale du contrat est édictée, sous réserve que le contrat n'en ait pas décidé autrement; C. En cas de non livraison par le fournisseur dans les délais fixés ou dans le délai supplémentaire, l'autorité contractante peut prendre, selon son appréciation de l'intérêt général, l'une des mesures suivantes, après avoir adressé au cocontractant une sommation par lettre recommandée, sans renoncer à son droit à réparation et à condition qu'il ne découle de la sommation aucun dommage pour l'administration : 1. Acquérir les marchandises non fournies auprès d'un tiers et aux frais du fournisseur, selon l'une des procédures prévues au présent règlement. L'excédent de prix, auquel seront ajoutés les frais administratifs jusqu'à concurrence de 5% de la valeur des marchandises achetées et les pénalités dues, sera déduit de la caution déposée par le cocontractant. Si le prix de l'achat est moindre que celui prévu au contrat, il ne pourra réclamer la différence; 2. Mettre fin au contrat pour ce qui se rapporte aux marchandises mentionnées, saisir la caution définitive et, le cas échéant, réclamer une indemnité ».

Il faut noter qu'en Libye, il est courant, notamment dans le cadre des contrats conclus par l'intermédiaire de l'organisme public d'industrialisation en vue de la fourniture et du montage de certaines usines, qu'un avenant soit signé qui comporte les mentions suivantes :

- a. La date de fin d'exécution du travail et de première livraison du projet, après qu'il aura été procédé aux expertises nécessaires.
- b. La détermination de la valeur des machines et des équipements fournis.
- c. La détermination de la valeur du montage selon un calendrier préalablement arrêté.
- d. Les essais de mise en marche et d'expérimentation à effectuer sur les machines, sur la base desquels sera fixée la date de réception provisoire du projet.
- e. La détermination de la valeur des pièces détachées nécessaires au projet pour une durée d'un an en tenant compte de l'exploitation habituelle qui est faite de ces usines, qui sera proposée par le cocontractant et approuvée par l'autorité administrative.
- f. La remise en nombre suffisant des livrets et des directives de maintenance et d'exploitation.
- g. L'allocation de l'aide technique nécessaire pour une durée d'un an à compter de la date de la première livraison⁹⁰⁸.

Tout ce qui vient d'être mentionné concerne la fin normale du marché de fourniture. Cependant, ces contrats peuvent prendre fin autrement, en cas de résiliation. Ce sont alors les règles générales qui s'appliquent à l'ensemble des contrats en matière de résiliation, que celle-ci intervienne à l'amiable, de plein droit (lorsque des circonstances déterminées se réalisent dont il résulte la fin du contrat, l'illustration la plus caractéristique en étant la destruction de l'objet du contrat), ou sur décision du juge rendue à la demande du fournisseur (dans certains cas connus tels que la force majeure ou le manquement grave par l'administration à ses obligations contractuelles)⁹⁰⁹.

Il est également mis fin au marché de fourniture sur décision prise par l'administration, soit pour faute du fournisseur qui serait l'auteur d'un des actes qui constituerait en vertu de la loi une cause de résiliation, soit sans faute mais au nom d'exigences dictées par l'intérêt public, comme nous l'avons déjà vu à propos de la fin des marchés de travaux publics. Enfin des législations spéciales peuvent être promulguées pour définir les modalités selon lesquelles il est mis fin aux marchés de fourniture dans des cas particuliers tels que l'état de guerre et ce sont ces textes qu'il faudra alors appliquer.

Dans tous les cas évoqués, il est mis fin au marché de fourniture et les deux parties sont libérées de leurs obligations contractuelles. Il faut cependant distinguer les différents cas d'extinction évoqués pour déterminer si la cause en est une faute du fournisseur, auquel cas il n'est pas fondé à réclamer des dommages et intérêts pour la résiliation du contrat, ou si la cause est sans rapport avec une faute qu'il aurait commise, auquel cas il doit être indemnisé pour la perte ou le manque à gagner qui résulterait pour lui de la fin du contrat avant son terme prévu.

Nous aurons ainsi examiné la fin du marché de fourniture, qu'il s'agisse de sa fin normale ou de sa fin prématurée, en précisant les données du problème en droit français et en droit libyen et en constatant que les solutions préconisées dans les deux législations sont convergentes.

⁹⁰⁸ MIFTAH Abdelhamid, CHELMANI Hamed, L'extinction des contrats administratifs, Op.cit, p. 43.

⁹⁰⁹ TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Op.cit, p. 808.

2. La fin du contrat de concession

On sait que le contrat de concession est un contrat administratif en vertu duquel le concessionnaire, qui est une personne physique ou une société, assure sous sa responsabilité la gestion et l'exploitation d'un service public économique en contrepartie de redevances qu'il perçoit auprès des usagers, tout en se pliant aux règles générales de fonctionnement des services publics ainsi qu'aux clauses que l'administration insère dans le contrat. C'est donc un accord conclu par une personne publique et une personne privée par lequel la première confie au second l'exploitation d'un service public contre une rémunération qui est fixée en fonction des résultats financiers de l'exploitation⁹¹⁰.

Sans qu'il soit nécessaire de rappeler nos développements relatifs au contrat de concession, nous nous intéresserons ici à la fin de ce type de contrat. Il appartient à la catégorie des contrats de longue durée dans lesquels le temps est un élément essentiel et qui prennent normalement fin à l'expiration du temps fixé pour leur réalisation. Si l'objet du contrat de concession est l'obligation de gérer un service public voué à assurer les prestations dont il est chargé pendant une durée indéterminée, il est admis en France comme en Libye que les obligations du service public ne peuvent être considérées comme perpétuelles même si elles sont de longue durée⁹¹¹.

C'est le contrat lui-même qui fixe la durée de sa propre exécution et, s'il omet de le faire (ce qui est très rare), il faudra prendre comme référence la durée de 30 ans qui est la durée maximale dont peuvent convenir les parties. Cette durée prend effet à compter de la date d'approbation du contrat et celui-ci prend fin de plein droit à son terme. Rien n'empêche cependant un renouvellement du contrat une fois expirée la durée de 30 ans, ni la prolongation de la durée qui était prévue initialement au contrat. Qu'il s'agisse d'un renouvellement ou d'une prolongation de la durée, il faut que l'intention des parties soit claire et qu'elle ait été exprimée d'une façon qui ne laisse aucune place au doute⁹¹². Il faut aussi que la décision de renouvellement ou de prolongation émane de l'autorité compétente pour conclure le contrat initial⁹¹³.

Le contrat de concession comporte parfois une clause accordant la priorité à l'ancien concessionnaire en cas de renouvellement. Ce qui signifie que si, à l'expiration du contrat initial, l'administration veut poursuivre l'exploitation du service public sous forme de concession, elle doit accorder la priorité à l'ancien concessionnaire, si celui-ci fait une offre équivalente à celle des autres candidats. Une telle clause est légale et doit être respectée par l'administration, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec l'intérêt du service public. Elle s'impose même du point de vue de l'équité car l'ancien concessionnaire tire de son

⁹¹⁰ MOHAMED Abdellatif, *Les tendances contemporaines de la gestion des services publics économiques*, Le Caire, Egypte, 2000, p. 21.

⁹¹¹ JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, op.cit. p. 1141. Et BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, Op.cit. p. 758.

⁹¹² CE 1^{er} décembre 1943, *Société des Pompes funèbres*, Lamy-Trouvais, Recueil Lebon, p. 275.

⁹¹³ CE 11 avril 1930, *La Cambre*, Recueil Lebon, p. 442.

expérience de la gestion du service public concerné un indéniable avantage sur ses rivaux qui fait pencher la balance à son profit, en cas d'équivalence des offres présentées⁹¹⁴.

A propos de la durée maximale d'octroi de la concession en Libye, l'alinéa 4 de l'article 9 du code pétrolier N° 25 de l'année 1955 énonce que « la décision d'octroi du contrat de concession entérine la durée mentionnée par le demandeur dans sa demande à condition qu'elle n'excède pas cinquante ans. Le contrat peut être renouvelé pour une autre durée de telle sorte que le total des deux durées n'excède pas soixante ans »⁹¹⁵.

Bien entendu, le concessionnaire doit, à la fin de la durée du contrat de concession, restituer à l'administration tout le matériel appartenant au service public qui doit être remis en bon état de fonctionnement, au regard de sa durée d'utilisation prévue. Si le concessionnaire ne se conforme pas à cette obligation, l'administration est fondée à déduire de sa rémunération le montant des frais nécessaires au remplacement de ce matériel⁹¹⁶. Il n'est pas rare que le cocontractant omette de renouveler le matériel usé à l'approche de la fin de la durée fixée par le contrat, ce qui explique que les contrats comportent souvent des clauses destinées à faire face à une telle éventualité, en prévoyant la déduction des bénéfices de montants déterminés affectés au renouvellement des équipements du service public afin qu'ils soient propres à assurer son fonctionnement lorsque le contrat prend fin. Et il est admis que l'administration ne peut saisir ces montants que si une clause expresse du contrat le permet⁹¹⁷.

Cependant, nous estimons que le droit de supervision et de contrôle de l'administration lui permet de contraindre le concessionnaire à renouveler le matériel du service public. Et s'il n'obtempère pas, elle peut demander la résiliation sous la responsabilité de son cocontractant, lui faisant subir les conséquences de son comportement, qui se retournera ainsi contre lui. Il n'en demeure pas moins que l'existence de clauses prévoyant l'éventualité d'un tel manquement facilite le contrôle du juge et réduit les possibilités de voir surgir un différend entre les deux parties. C'est la raison pour laquelle la plupart des contrats de concession veillent à fixer le taux des déductions à faire sur les bénéfices et le moment à partir duquel il est exigé du concessionnaire de procéder au renouvellement du matériel. Lorsque la durée du contrat prend fin, le contrat lui-même s'éteint de plein droit et le cocontractant est déchargé de la gestion du service public. Mais, s'il prolonge sa gestion et continue de bonne foi à accomplir sa mission en conformité avec l'intérêt du service, il peut réclamer une indemnité.

Il faut relever que le contrat de concession, comme les autres contrats administratifs, peut prendre fin avant le terme prévu. Mais il se distingue en la matière des autres contrats par deux spécificités : le lien particulièrement étroit qui le rattache au service public et qui augmente la probabilité de le voir prendre fin prématurément, et les sommes exorbitantes que requiert la mise en place du service et qui, de ce fait, commandent que le concessionnaire soit protégé⁹¹⁸.

⁹¹⁴ CHETNAOUI Ali, *Principes de droit administratif*, Amman, Jordanie, 2003, p. 76.

⁹¹⁵ MIFTAH Abdelhamid, CHELMANI Hamed, *L'extinction des contrats administratifs*, Op.cit, p. 30.

⁹¹⁶ Ibid.

⁹¹⁷ DE LAUBADERE André, *Traité des contrats administratifs*, Op.cit, p. 179.

⁹¹⁸ TAMMAOUI Souleymane, *Les fondements généraux des contrats administratifs*, Op.cit, p. 763.

Par ailleurs, la fin prématurée du contrat de concession a pour cause trois facteurs qu'il convient d'évoquer brièvement dans le seul souci de préciser ce point sans en aborder tous les aspects :

Le premier facteur est la déchéance du concessionnaire qui équivaut à la résiliation du contrat au préjudice du concessionnaire qui a commis une faute. Nous avons déjà abordé la résiliation pour faute du cocontractant lorsque nous avons étudié les sanctions infligées par l'administration, il nous suffit donc d'y renvoyer en précisant toutefois que deux conditions doivent être réunies pour qu'il soit procédé à la déchéance du concessionnaire : il faut d'abord que la faute soit considérée comme grave, et ensuite que la déchéance soit prononcée par le juge, l'administration n'ayant ce pouvoir que sur la base d'une clause expresse du contrat ou d'une disposition de la loi⁹¹⁹.

Le deuxième facteur est le rachat de la concession qui met fin au contrat de concession avant son terme prévu sans qu'une faute soit imputable au concessionnaire en l'indemnisant de façon équitable. Il en résulte que le contrat prend fin conformément à ses clauses ce qui implique que le concessionnaire doit restituer les bénéfices perçus après la date du rachat⁹²⁰ et a droit à une indemnité revêtant la particularité d'avoir un caractère conventionnel, ce qui signifie que le juge applique les clauses qui s'y rapportent à la lumière de la règle générale selon laquelle l'indemnisation doit être totale dans de pareils cas⁹²¹. L'indemnité prend la forme d'un montant global versé au concessionnaire ou d'annuités qui lui sont réglées pendant une durée déterminée⁹²².

Le troisième facteur est constitué par les autres modalités de résiliation dont la résiliation conventionnelle qui se réalise sur accord conclu entre l'administration et le concessionnaire avant la fin de la durée de la concession. Elle se décide entièrement à l'amiable entre les deux parties qui évaluent l'indemnité due au concessionnaire et en arrêtent la modalité de règlement⁹²³.

La résiliation peut intervenir de plein droit et l'exemple le plus significatif en est la force majeure si elle cause la destruction des locaux du service dont la concession assure la gestion. Un autre exemple en est le contrat qui stipule qu'il doit prendre fin en cas de décès du concessionnaire ou de dissolution de la société concessionnaire. De même, le cas où une loi prononce la résiliation des contrats de concession relatifs à un service public déterminé, cette loi devant alors prévoir les modalités d'indemnisation du concessionnaire⁹²⁴.

⁹¹⁹ BENMAHYAOUI Sara, Le régime juridique du contrat de concession dans la législation algérienne, Master 2, Université Mohammed Khider, Biskra, Algérie, 2013, p. 45.

⁹²⁰ CE 8 juillet 1949, Gautheron, Recueil Lebon, p. 766. (Le concessionnaire a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de son contrat de concession ne lui permettait pas de prendre).

⁹²¹ CE 11 août 1922, Cie des Chemins de fer de l'Est Algérien, Recueil Lebon, p. 737.

⁹²² CE 24 avril 1931, Société d'éclairage électrique de Bordeaux, Recueil Lebon, p. 434.

⁹²³ Le meilleur exemple en est l'accord conclu en 1937 entre l'Etat français et les sociétés privées concessionnaires du réseau des Chemins de fer. Le gouvernement français avait estimé que le rachat coûterait à l'Etat des sommes exorbitantes et avait donc préféré l'accord amiable. Pour en savoir plus, voir JEZE Gaston, La réorganisation des Chemins de fer d'intérêt général, RDP, 1932, p. 536.

⁹²⁴ BENMEBAREK Radia, Commentaire sur la directive N° 842/3 relative à la concession de service public, Master 2, Université d'Alger, Algérie, 2002, p. 79.

La résiliation peut être juridictionnelle, prononcée à la requête du concessionnaire pour divers motifs possibles, dont la faute grave commise par l'administration dans l'exécution de ses obligations ou par une modification des clauses du contrat décidée par l'administration qui porterait gravement atteinte à l'équilibre économique du contrat, au regard des capacités économiques et techniques du concessionnaire, ou qui provoquerait une telle mutation du contrat qu'elle en ferait un contrat nouveau auquel le concessionnaire n'aurait pas consenti s'il lui avait été proposé lors de la première conclusion⁹²⁵.

Nous avons ainsi mené à bien l'examen de la fin du contrat de concession de service public, qu'elle intervienne normalement, au terme de sa durée prévue, ou dans des circonstances anormales qui la précipitent. Nous avons pu aborder tous les aspects relatifs à cette question ainsi que les procédures légales qui s'appliquent à la fin de ce type de contrat et les effets qui en découlent.

Conclusion du Chapitre 2

Ce chapitre a traité des obligations du cocontractant, en mettant en relief son obligation d'exécuter en personne le contrat passé avec l'administration et à cet égard ont été abordées la notion d'exécution personnelle et celle de cession du contrat, soit partielle, soit totale.

L'obligation porte également sur le fait de respecter les délais fixés et pour ce faire nous avons étudié la fixation de durée et en dernier point la fin de la durée du contrat.

Conclusion de la Partie II

Ce qui précède termine la deuxième et dernière partie de notre recherche consacrée aux droits et obligations du cocontractant de l'administration dont le chapitre premier était consacré aux droits et notamment le droit du cocontractant à une rémunération en contrepartie des prestations qu'il fournit, sans laquelle il ne s'engagerait pas dans la relation contractuelle, le but qu'il poursuit étant toujours le profit. Nous avons également examiné les modalités de réalisation de ces droits et l'obligation qui pèse sur l'administration en la matière. Ont également été évoqués dans ce même chapitre l'équilibre financier du contrat administratif et, en cas d'atteinte à cet équilibre, les modalités selon lesquelles il devait être restauré. Les difficultés matérielles susceptibles d'entraver l'exécution du contrat ont aussi été abordées, à partir d'une présentation détaillée des théories de l'imprévision et du fait du prince dont nous avons explicité les conditions et les effets.

Nous avons ensuite consacré le chapitre 2 aux obligations du cocontractant en nous attachant sur l'obligation d'exécuter personnellement, ce qui nous a conduit à l'étude de la cession qui peut être totale ou partielle, celle-ci renvoyant à la notion de sous-traitance, puis à l'étude de l'obligation d'exécuter dans les délais fixés, qui est particulièrement importante dans

⁹²⁵ HOUADEC Issam, Les modes d'administration locale et leur évolution dans le code communal algérien, Master 2, Université d'Annaba, Algérie, 2005, p. 102.

la mesure où elle met directement en jeu le respect de la durée du contrat qui n'est pas sans rapport avec l'intérêt général. Enfin, nous avons abordé la fin de la durée du contrat qui nous a conduit à nous intéresser aux modalités d'extinction du contrat et à ses effets. Cette étude a été menée dans une constante comparaison entre les droits français et libyen s'exprimant dans leurs législations, leurs jurisprudences respectives, en faisant référence aux arrêts du Conseil d'Etat français et à la Cour suprême libyenne à chaque fois que cela était possible, mais aussi en tenant compte des opinions de la doctrine. Nous avons pu constater qu'il n'existait pas de différence fondamentale dans l'approche faite par les droits de ces deux Etats, en ce qui concerne les règles régissant le contrat administratif, mais que, bien au contraire, ces droits convergeaient fortement jusque dans les détails, ce qui n'est pas surprenant, au motif que le droit français constitue la source historique du droit libyen, celui-ci s'inspirant constamment des règles élaborées par celui-là.

Conclusion générale

Nous avons entamé l'étude de notre sujet par un chapitre préliminaire présentant le contrat administratif, dont nous avons examiné la définition et la genèse. Il nous est ainsi apparu que le contrat administratif était le contrat conclu par une personne morale de droit public pour la gestion d'un service public ou à l'occasion de sa gestion.

Le contrat est administratif lorsque l'une de ses parties est une personne morale publique, qu'il est rattaché à un service public et qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun. Selon l'opinion unanime de la jurisprudence et de la doctrine française et libyenne, lorsque ces trois conditions sont réunies dans un contrat, on se trouve en présence d'un contrat administratif, et nous avons pu constater que le droit libyen était très influencé par le droit français à qui il a emprunté les définitions des contrats administratifs.

Nous avons également pu relever que l'idée de contrat administratif était apparue tardivement en France, au début du siècle dernier et que le Conseil d'Etat français avait joué un rôle de premier plan dans l'évolution de la notion. En France, ce sont des raisons historiques, politiques et sociales qui sont à l'origine de la notion, comme nous l'avons constaté, alors qu'en Libye, elle est relativement très récente, à l'image du droit libyen dans son ensemble.

Nous avons également pu voir que tous les contrats conclus par l'administration avec les particuliers à l'occasion de sa gestion des services publics n'étaient pas similaires. Certains sont administratifs par nature, faisant appel à des procédés de droit public utilisés par l'administration en sa qualité de puissance publique jouissant de pouvoirs dérogatoires. D'autres sont conclus par l'administration en tant que personne privée et lui imposent de se comporter comme telle et de renoncer aux privilèges que lui confère le contrat administratif. Ces derniers contrats demeurent des contrats civils et échappent à la compétence des juridictions administratives, bien que l'administration y soit partie. On voit donc toute la nécessité qu'il y a de distinguer le contrat administratif des autres contrats conclus par l'administration, pour des raisons pratiques en rapport avec la répartition des compétences entre les juridictions administratives et de droit commun, que l'on se place dans un système de dualité de juridiction, comme en France, ou dans un système d'unité de juridiction, comme en Libye. Sur toute cette problématique, nous avons pu constater à quel point le mérite revenait au Conseil d'Etat français d'avoir posé le critère de distinction entre le contrat administratif et le contrat civil.

Quant au cœur du sujet que nous avons traité, les droits et obligations des parties au contrat administratif, nous y avons mis en évidence ces droits et obligations en tant qu'effets du contrat administratif. Il est ressorti des opinions doctrinales que l'administration disposait de larges pouvoirs, en vertu des dispositions de la loi et des apports de la jurisprudence. Ces pouvoirs rejaillissent sur la position du cocontractant de l'administration qu'ils affectent en termes de contrôle subi, comme en termes de direction et d'orientation de l'exécution du contrat qui s'opèrent au moyen de directives et d'ordres de service auxquels le cocontractant doit obtempérer et qui sont susceptibles de modifier les modalités de l'exécution telles qu'elles

étaient prévues ainsi que les procédés et matériaux dont il était convenu de faire usage. Mais concernant ce pouvoir, l'administration doit veiller à ce qu'il ne porte pas atteinte à l'équilibre de la relation contractuelle. Elle est tenue d'exercer son contrôle dans les limites définies par la loi. L'orientation ne peut concerner que les modalités de l'exécution, les ordres de service devant être pris dans le cadre de la légalité, qu'il s'agisse de la forme ou de la compétence, le cocontractant se réservant d'exercer son droit de recours auprès du juge pour se défendre contre l'arbitraire de l'administration.

Nous déduisons de l'étude du contrôle qu'il consiste en une activité humaine s'exerçant en vue d'assurer une bonne exécution qui soit conforme aux buts projetés et de s'assurer que le cocontractant remplit ses obligations telles qu'elles sont prévues au contrat. Ce contrôle est axé sur la prévention des fautes et leur réparation si elles ont été commises, en mesurant les résultats obtenus à l'aune de critères objectifs. Autrement dit, le contrôle veille à rectifier le processus d'exécution, en remédiant à ses manquements et à ses déviations, et à en valoriser les points forts, dans une démarche tournée vers l'amélioration des prestations dans un cadre plus global de concrétisation de la politique générale de l'Etat.

L'autre prérogative dont dispose l'administration est son pouvoir de modification du contrat. L'administration peut modifier les obligations du cocontractant, en les augmentant ou en les diminuant, sans qu'il soit nécessaire qu'une clause du contrat fonde ou régleme ce pouvoir. Celui-ci est d'une gravité telle qu'il ne saurait être absolu. Il est restreint dans son champ d'intervention, n'excédant pas les conditions d'exécution et les points se rapportant au fonctionnement du service public concerné. Toute extension sera considérée comme illégale, engageant la responsabilité de l'administration, par exemple dans le cas où la modification touche à l'essence du contrat, dont elle modifierait l'objet.

Notre étude montre à quel point le législateur et le juge, en France comme en Libye, veillent à protéger les droits financiers du cocontractant de toute modification décidée unilatéralement par l'administration. Il est unanimement reconnu que le prix du contrat est une clause négociée qui devient définitive dès qu'elle a fait l'objet d'un accord entre les parties. Il faut en effet s'assurer que les particuliers ne soient pas découragés de venir contracter avec les pouvoirs publics et collaborer à la gestion de leurs services. Nous avons pu constater cette préoccupation chez les législateurs français et libyen qui préviennent toute atteinte portée à la prétention légitime du cocontractant au gain pécuniaire escompté.

Parmi les pouvoirs dévolus à l'administration, nous avons pu également examiner celui d'édicter des sanctions contre son cocontractant, pouvoir propre et autonome qu'elle exerce sans avoir à saisir le juge lorsqu'elle constate un manquement aux obligations contractuelles de son partenaire, si celui-ci tarde à exécuter, s'abstient de le faire, n'exécute pas correctement, etc.

Nous en avons conclu que ces sanctions relevaient d'un régime juridique distinct de celui qui s'applique aux contrats de droit commun dans lesquels les sanctions n'ont pas un champ étendu, se limitant à exécuter le contrat. La résiliation des contrats de droit privé, elle-même, requiert la saisine du juge.

Sur le fondement juridique de ces sanctions, nous avons relevé que la doctrine était partagée entre ceux qui le ramenaient à la puissance publique et à ses privilèges et ceux qui le rattachaient au service public et à son rôle dans la réalisation de l'intérêt général. Nous avons exprimé l'opinion que cette divergence rejoignait celle qui existe à propos du fondement du droit administratif et de son champ d'application où les deux idées sont corrélées, l'idée de puissance publique et le privilège du préalable qui s'y trouve englobé, et l'idée de service public. Quant au champ d'application des sanctions administratives, nous avons vu que la jurisprudence ne validait que celles qui étaient prévues par le contrat, ce qui avait pour conséquence la possibilité laissée au cocontractant d'y échapper en n'y souscrivant pas, solution contraire à toute logique et préjudiciable au service public que la doctrine a critiquée, amenant la jurisprudence à autoriser les sanctions, même en l'absence de clauses les ayant prévues. Ces sanctions se justifiaient dès lors en tant qu'application des principes généraux du droit administratif qui sont liés au service public et à l'intérêt général et qui sont les suivants :

- Le fait que le contrat ait omis de définir les sanctions applicables à des manquements déterminés n'implique pas qu'il n'y ait pas de sanctions.

- Si le contrat a défini des sanctions applicables à certains manquements, en omettant d'autres, cela ne signifie pas que ces derniers ne seront pas sanctionnés.

- A toute obligation contractuelle, correspond une sanction en cas de non-exécution et si le contrat ne l'a pas prévue, le juge devra procéder à l'application des règles générales.

- Si les deux parties ont prévu un manquement déterminé et lui ont fait correspondre une sanction précise, l'administration est tenue par cette clause et ne peut appliquer une autre sanction.

Quant aux types de sanctions que l'administration peut édicter, il s'agit d'abord de sanctions financières comprenant des dommages et intérêts et des pénalités de retard, celles-ci ayant un caractère conventionnel et ne pouvant être édictées que si le contrat les a prévues. Elles sont en outre appliquées par le simple fait qu'un retard est constaté sans qu'il faille prouver un préjudice et sans que l'administration soit tenue d'adresser une mise en demeure.

Existe également la catégorie des sanctions coercitives qui sont provisoires, destinées à faire pression sur le cocontractant pour le contraindre à exécuter le contrat. Parmi elles, le retrait du contrat et l'exécution aux frais du cocontractant. Ces sanctions ne mettent pas fin au contrat, se limitant à substituer l'administration ou un tiers au cocontractant défaillant.

Un autre type de sanctions, plus sévère, consiste en la résiliation pénale du contrat administratif qui met fin au lien contractuel. Au regard de la gravité de ses conséquences, cette sanction n'est envisagée qu'en cas de manquement grave et l'administration ne se résigne à en faire usage que si elle désespère de voir le cocontractant s'amender. Nous avons fait ressortir la différence existant entre la résiliation-sanction et la résiliation pour des motifs d'intérêt général. Dans ce dernier cas, l'administration peut résilier même en l'absence de faute de son partenaire, qu'elle devra cependant indemniser.

S'agissant des obligations pesant sur l'administration, nous avons constaté qu'elles n'étaient pas aussi nombreuses ni aussi variées que celles mises à la charge du cocontractant. Ce qui ne signifie pas que le contrat n'a aucune force contraignante à l'égard de l'administration qui doit remplir des obligations nées du contrat sous peine d'engager sa responsabilité. Elle doit en particulier permettre au cocontractant d'exécuter le contrat, en se conformant au principe de l'exécution de bonne foi, et elle est tenue par les délais d'exécution au même titre que son partenaire.

L'une de ses obligations essentielles est d'autre part de régler au cocontractant la contrepartie pécuniaire du contrat à la date prévue et, de même, de l'indemniser pour tout préjudice qu'elle lui aurait causé.

Lors de l'examen des effets découlant du manquement de l'administration à ses obligations contractuelles, nous avons évoqué, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, la nature et les spécificités des sanctions qu'elle encourt, ainsi que leurs modalités d'édiction, en faisant apparaître qu'elle se limitaient à la réparation pécuniaire exigée qui pouvait lui être réclamée et à la résiliation du contrat sous sa responsabilité.

Nous nous sommes penché dans la deuxième partie sur les droits et obligations du cocontractant et nous avons relevé que ses droits étaient bien loin d'égaliser les pouvoirs de l'administration contractante, se limitant pratiquement à la rémunération à laquelle s'ajoutent certains droits généraux qui lui sont reconnus, lesquels revêtent un certain caractère d'évidence et découlent d'obligations de l'administration telles que celle d'exécuter le contrat dès sa conclusion, de bonne foi et dans les délais fixés au contrat. Ce sont donc des droits élémentaires ayant un caractère général et qui sont communs à tout contrat. Nous en avons conclu que les droits du cocontractant étaient presque exclusivement pécuniaires, et, à dire vrai, ce sont ceux qui l'incitent à contracter avec l'administration.

Nous avons explicité la définition du prix et sa nature juridique dans le contrat administratif. Il s'agit là de la clause fondamentale que le cocontractant met en balance avec les charges que lui impose le contrat. C'est la raison pour laquelle la clause déterminant le prix est régie par des règles spécifiques. L'administration ne peut l'imposer à son partenaire, elle est matière à négociation et, dès lors qu'elle a fait l'objet d'un accord, elle devient définitive, l'administration ne pouvant se rétracter sous aucun prétexte. C'est le principe de la stabilité du prix dont le cocontractant lui-même ne peut demander la révision, au motif qu'il aurait été sous-évalué, par exemple. Il va de soi également que c'est une clause qui est soustraite au pouvoir de modification unilatérale de l'administration car le prix fixé est un droit acquis du cocontractant sans lequel il se serait abstenu de contracter. Cette restriction apportée au pouvoir de modification est commune aux droits français et libyen, sachant que la stabilité du prix ne doit pas être comprise comme son gel absolu. L'accord des parties peut permettre de le réviser, de même qu'une loi portant modification des prix peut ouvrir à l'une des parties la possibilité d'en demander la révision.

Nous avons relevé que les modalités de fixation du prix variaient en fonction de la nature du contrat. Le prix peut être fixé globalement, comme c'est le cas pour les marchés de travaux publics, ou concerner chacune des prestations entrant dans le projet. Il peut être fixé à

l'unité de mesure, le mètre carré par exemple, ce qui permet de connaître avec précision la rémunération que percevra le cocontractant dès la conclusion du contrat.

Quant au règlement du prix, l'administration l'effectue lorsque le cocontractant s'est correctement acquitté des prestations convenues. La loi prévoit, en France et en Libye, qu'il faut s'assurer qu'il a entièrement exécuté le contrat dans la durée prévue. Si c'est le cas, l'administration doit procéder au paiement et, si elle se montre réticente à le faire, des pénalités peuvent lui être infligées.

Le législateur a veillé à faciliter le règlement du prix afin d'inciter les compétences techniques et financières à se mettre au service de l'administration pour collaborer aux services publics, et, à cette fin, pour contracter avec l'administration. Il faut à cet égard indiquer que le règlement du prix débute avant même l'exécution, puisque pour en favoriser le démarrage, des avances sont versées au cocontractant.

Cet examen nous a permis d'observer que le prix du contrat n'épuisait pas le champ des droits pécuniaires du cocontractant, qui s'étend aux redevances et aux dommages et intérêts. Les premières sont versées au concessionnaire en tant que rémunération spécifique, les seconds sont accordés au cocontractant sur les deniers de l'administration. Nous en avons précisé le contenu, la nature juridique et les modalités de versement.

Le législateur a prévu pour la réalisation de ces droits des délais précis dont le non respect est générateur de responsabilité. En sa qualité de collaborateur de l'administration astreint à de multiples obligations excédant ce qu'impose le droit commun, le cocontractant devait bénéficier d'une protection de ses droits pour qu'il persévère dans sa participation à l'intérêt général, et assume ses devoirs d'exécution. Plus généralement, il était indispensable de s'assurer de la confiance des prétendants à cette collaboration. D'où la reconnaissance par la jurisprudence d'un droit à l'équilibre financier du contrat entre les charges et les avantages qui leur sont attribués. On en trouve l'application dans certains moyens mis en œuvre pour surmonter les difficultés rencontrées par l'exécution du contrat, et qui ont pour cause certaines circonstances rencontrées, que ce soit les circonstances constitutives de l'état d'imprévision ou celles qui constituent un fait du prince, lesquelles sont le résultat d'interventions légales et imprévisibles de l'administration qui aggravent les charges du cocontractant. L'application des théories élaborées en la matière permet d'indemniser le cocontractant afin de rétablir l'équilibre du contrat. Cette indemnisation peut être partielle, comme c'est le cas pour l'état d'imprévision, l'administration contribuant à la réparation du préjudice causé en indemnisant partiellement le cocontractant pour lui permettre de poursuivre l'exécution. Elle peut être intégrale, comme c'est le cas pour le fait du prince, qui donne lieu à une indemnisation couvrant l'intégralité des pertes subies et du gain manqué.

En contrepartie de ces droits, le cocontractant a des obligations que nous avons examinées dans le dernier chapitre de notre recherche. Comme elles sont multiples, nous avons tenté de les rassembler et de les ramener aux plus marquantes d'entre elles, sachant que lorsqu'on étudie les droits et pouvoirs de l'administration, ce sont les obligations du cocontractant qu'on aborde déjà, selon la logique de réciprocité propre au contrat. Nous avons donc réduit ces obligations aux plus importantes, celles d'exécuter le contrat personnellement,

de ne pas en faire cession à autrui, d'en respecter la durée de réalisation prévue, de procéder à la livraison du projet à l'administration afin qu'il soit mis en service. Si nous nous sommes limité à ces obligations, c'est d'une part parce qu'elles nous paraissaient plus marquantes que les autres, et, d'autre part, parce que tous les pouvoirs de l'administration portent à leur revers des obligations pour son partenaire aussi longtemps qu'ils s'exercent dans le cadre légal qui lui est assigné.

Pour en revenir à l'obligation d'exécuter personnellement, nous en avons fait ressortir toute l'importance et constaté que les législateurs français et libyen avaient imposé à l'administration des critères précis dans le choix de son cocontractant : critères de compétence financière et technique et de bonne réputation. Cette obligation est à la base de l'interdiction de céder le contrat à un tiers, et de se livrer ainsi à une sorte de spéculation au détriment des projets de la puissance publique tout en réduisant à néant la démarche de personnalisation du contrat entreprise par l'administration. On peut considérer que l'interdiction s'étend à la cession partielle dans la mesure où elle est soumise à l'acceptation de l'administration pour prendre la forme de la sous-traitance dans laquelle le sous-traitant doit être agréé par l'administration.

Cette tolérance de la sous-traitance est d'ailleurs dictée par des impératifs pratiques qui tiennent à la dimension et à la complexité de certains projets, exigeant de faire appel à de multiples spécialités, notamment dans le domaine des travaux publics, et requérant le concours de nombreux opérateurs.

Bien que soumise à l'acceptation de l'administration, la sous-traitance maintient la responsabilité du cocontractant initial dans l'exécution du projet, au nom du principe de l'unité de garantie. Elle diffère en cela nettement de la cession totale dans laquelle le cessionnaire se substitue au cocontractant initial dans toutes ses obligations, une relation contractuelle naissant entre lui et l'administration. Ce n'est certes pas le cas de la sous-traitance, le sous-traitant se voyant confier l'exécution d'une partie du contrat sous la responsabilité du cocontractant initial dont le lien contractuel avec l'administration est maintenu. Ce dernier est le seul responsable aux yeux de l'administration et pour la totalité du contrat. Il encourt ainsi les sanctions de l'administration pour toute non-exécution, tout retard d'exécution, même s'ils sont dans les faits imputables au sous-traitant. Il n'y a pas d'autre lien entre le sous-traitant et l'administration que celui qui serait expressément prescrit par la loi.

Autre obligation essentielle du cocontractant, celle d'exécuter dans la durée convenue. Il doit respecter toutes les durées stipulées, car ce point est très sensible au regard de sa répercussion sur l'intérêt général. La durée importe aux deux parties qui doivent accomplir leurs obligations à la date fixée. Le Conseil d'Etat français et la Cour suprême libyenne ont mis l'accent sur cette obligation, considérant son non respect comme une faute contractuelle entraînant l'édition de pénalités de retard, même si l'administration a consenti au cocontractant un délai supplémentaire pour achever l'exécution. Cette jurisprudence estime que la prescription dans le contrat de pénalités de retard vise à garantir l'exécution à temps et que tout manquement autorise l'administration à les infliger à son cocontractant, sans qu'elle n'ait à saisir le juge.

Nous avons évoqué la possibilité de prolonger la durée d'exécution et avons relevé qu'elle était dictée par l'intérêt général et la nature du service public.

Nous avons enfin étudié la fin de la durée d'exécution du contrat et les effets qui en découlent. Tout contrat prend fin par l'épuisement de son objet. Dès lors que le cocontractant a exécuté les travaux dont il était chargé par le marché de travaux publics, le marché de fourniture ou le contrat de concession, dans la durée qui était fixée, le contrat prend fin naturellement. Mais il arrive qu'il prenne fin avant son terme prévu, par la résiliation.

Le contrat se conclut par la livraison des travaux programmés qui est une obligation du cocontractant, notamment en raison des effets qu'elle produit. Il doit en effet achever la réalisation du projet dans le délai prévu pour ne pas générer un surplus de frais préjudiciable au Trésor public, et pour respecter les prévisions de l'administration, notamment en matière de prestations assurées par le service public. C'est l'opération de réception qui met l'équipement réalisé à la disposition de l'administration et c'est d'elle que découlent d'autres effets dont le règlement définitif des comptes, la restitution des garanties de toute nature et le démarrage de la période de garantie.

De cette recherche, il ressort que le contrat administratif accorde à l'administration des pouvoirs qui ne sont contrebalancés que par des obligations fort peu nombreuses, l'exact contraire valant pour son cocontractant. Cela ne tient pas au fait qu'elle est maîtresse de l'ouvrage mais au fait qu'elle est en charge de l'intérêt général par le truchement des services publics qu'elle administre.

Dans la mesure où l'Etat affecte des fonds considérables à la réalisation de projets de développement dans différents secteurs par l'intermédiaire des contrats administratifs qu'il contracte, il était indispensable d'encadrer ces contrats au moyen de dispositions juridiques qui en favorisent les objectifs. Voilà pourquoi on a pu constater que des principes juridiques constants étaient mis en œuvre faisant du contrat administratif un régime juridique bien plus qu'un simple contrat soumis à la volonté des parties. Cependant, cet encadrement ne peut conduire au sacrifice des intérêts légitimes du cocontractant de l'administration, notamment ses intérêts financiers, d'autant qu'il est considéré comme collaborant avec l'administration à la réalisation des buts qu'elle s'assigne. Le régime juridique du contrat inclut donc des règles préservant son intérêt financier à un degré que l'on ne retrouve pas dans les règles du droit privé. Nous entendons par là toutes les sortes d'indemnisation qui lui sont destinées et de facilités financières qui lui sont octroyées.

Au vu des résultats que nous avons obtenus au terme de cette recherche qui a pris pour objet les règles édictées par le droit français et le droit libyen, nous faisons les recommandations suivantes :

1. L'administration doit apporter beaucoup de soin au choix de son cocontractant, en tenant compte des travaux et prestations qu'il a pu précédemment lui fournir et à l'occasion desquels il a prouvé de grandes qualités et un haut degré de compétence. Elle doit en revanche écarter celui qui a des antécédents de fautes commises et un état de services qui ne le situe pas à la hauteur du projet qui sera formalisé contractuellement.

2. L'administration doit être exigeante avec le cocontractant dans l'exécution de ses obligations, notamment en ce qui concerne les marchés de travaux publics, l'expérience attestant que le cocontractant principal sous-traite avec des partenaires ignorant totalement la nature du travail et ses spécifications techniques, en pariant sur le fait que la réception sera effectuée par des moyens illégaux et des fonctionnaires privés de conscience.

3. L'administration doit adopter une politique d'incitation et non d'exclusion. Je ne suggère pas par là qu'elle néglige ses droits, mais que les opérations contractuelles qu'elle conclut soit précédées d'une sorte de mise en confiance des cocontractants en les sensibilisant à l'utilité de ce qu'ils accomplissent pour le compte de la société et en leur réglant dans les délais prévus la rémunération qui leur revient, ce qui ne peut rejaillir que positivement sur les relations qu'elle entretient avec eux.

4. L'administration doit appliquer les sanctions qui relèvent de ses prérogatives de façon graduée, sans recourir à la plus sévère là où la plus clémente peut produire le même résultat.

5. Le législateur doit revoir les dispositions d'un certain nombre de lois et règlements ainsi que les cahiers des charges qui sont annexés à certains contrats administratifs, afin de les mettre à jour et de les adapter aux exigences du futur. Il doit doter l'administration d'un certain degré de souplesse dans ses relations avec son cocontractant, élargir un certain nombre de ses prérogatives en lui permettant en particulier de renoncer à plusieurs des sanctions qu'elle peut prononcer lorsque le cocontractant a repris le travail, qu'il s'avère que la faute qu'il a commise n'était pas volontaire ou avait une cause étrangère et qu'elle n'a pas été préjudiciable à l'intérêt général.

6. Il est indispensable que la jurisprudence, la doctrine et la législation conjuguent leurs efforts pour faire évoluer la théorie des contrats administratifs en s'intéressant aux droits du cocontractant de l'administration. Et ce, dans l'hypothèse où le législateur promulgue des lois protégeant le cocontractant en cas d'empiètement de l'administration sur ses droits. En même temps, il faut promulguer des lois qui préservent l'intérêt public sans porter atteinte aux droits des particuliers. Il semble cependant difficile d'obtenir un équilibre total entre l'administration et son cocontractant car la nature même des contrats administratifs commande la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt des particuliers contractants. Néanmoins, pour préserver les droits des individus, le législateur peut édicter des restrictions plus explicites aux pouvoirs de l'administration, en vue de la dissuader de commettre des abus de pouvoir.

7. La doctrine, notamment libyenne, doit être plus active et proposer des études approfondies sur la théorie des contrats administratifs en général et sur leurs effets juridiques en particulier, notamment ceux relatifs à la garantie des droits de l'administration et de son cocontractant et ce, afin d'alimenter la recherche juridique et de l'enrichir dans les aspects qui échappent au juge, d'une part, et d'en faire ressortir les insuffisances, d'autre part.

8. Les travaux ainsi suggérés peuvent appeler au perfectionnement des juridictions libyennes compétentes en matière de contentieux administratif, en s'inspirant de l'expérience française bien rodée en la matière, afin que soit instituée une haute juridiction chargée de ce

contentieux, à l'image du Conseil d'Etat français. L'intérêt en serait l'unification de la jurisprudence sous l'égide de cette juridiction unique et sous l'autorité des principes généraux qu'elle pourrait élaborer.

Je conclurai en exprimant le souhait que cette recherche consacrée aux droits et obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen, aura atteint ses objectifs et que j'aurai contribué à préciser certaines des données qui relèvent de la théorie des contrats administratifs et de leurs effets juridiques.

Bibliographie

Les ouvrages

- ABDEL MOUNIM Ali, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2000.
- ABDELADHIM Abdessalem, Les effets de l'état d'imprévision et des difficultés matérielles sur l'exécution du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 1999.
- ABDELAZIZ Khalifa, Les fondements généraux des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2005.
- ABDELHAK Safi, Droit civil, 1^{ère} partie, Le contrat, Livre 1^{er}, Les effets du contrat, 1^{ère} édition, Casablanca, Maroc, 2007.
- ABDELHAMID Muftah, ALCHLMANI Hamad, L'expiration des contrats administratifs, Alexandrie, Egypte, 2013.
- ABDELHAMID Muftah, ALCHLMNI Hamad, Les contrats administratifs et les lois de leur ratification, Alexandrie, Egypte, 2008.
- ABDELHAMID Muftah. Achèvement du contrat administratif dans la législation libyenne, Alexandrie, Egypte, 2007.
- ABDELWAHAB Mohamed, Principes et règles de droit administratif, Beyrouth, Liban, 2005.
- ABDUL ELAL Hassan, La théorie générale dans les contrats administratifs, 2^{ème} partie, 1^{ère} édition, Le Caire, Egypte, 1983.
- ABDULAL Hussein, La théorie générale dans le contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 1975.
- ABEDHAMID Khalifa. Critère distinctif du contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2007.
- ABOU ZAID Mohamed, Le principe de légalité et la garantie de son application, Le Caire, Egypte, 2002.
- ABOU ZAID Mustapha, Les juridictions administratives et le Conseil d'Etat égyptien, Alexandrie, Egypte, 2004.
- ADNAN Omrou, Les principes de droit administratif, 2^{ème} édition, Alexandrie, Egypte, 2004.
- AISSA Ryad, Les manifestations du pouvoir de l'administration dans l'exécution des contrats de travaux publics, 1^{ère} édition, Najef, Irak, 1976.
- AL BANNA Mahmoud, Les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2007.
- AL-BADAWI Mohammed. La théorie générale des obligations, première partie, Les sources de l'engagement, 4^{ème} édition, Benghazi, Libye, 2003.
- ALCHLMANI Hamad, Les privilèges du pouvoir général dans le contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2007.
- ALI Ibrahim, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003.
- ALJUBRANI Khalifa, La juridiction administrative libyenne et le contrôle des travaux de l'administration, 1^{ère} édition, Benghazi, Lybie, 2005.
- ALLARD René, Le droit administratif de l'expropriation et des marchés publics, 3^{ème} édition, Paris, 1974.

AMIN Mohamed, Les principes généraux dans l'exécution du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 1995.

AUBT Jean-Marie, DRAGO Roland, Traité des recours en matière administrative, Paris, 1992.

AUBY Jean-Marie et BON Pierre, Droit administratif des biens du domaine, Expropriation pour cause d'utilité publique, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1995.

AUBY Jean-Marie, BON Pierre, Droit administratif des biens, Domaine, Travaux publics, Expropriation, Dalloz, 2^{ème} édition, Paris, 1993.

AUBY Jean-Marie, DUCOS-ADER Robert, Droit administratif, La fonction publique, Les biens publics, Les travaux publics, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1979.

BADAOUI Saroit, Droit de l'administration de modifier ses contrats, Le Caire, Egypte, 1963.

BADR Salama, Les contrats administratifs et le contrat de BOT, Le Caire, Egypte, 2003.

BAKKOUCHE Hassan, La responsabilité civile en droit civil, Le Caire, Egypte.

BENOIT Francis-Paul, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs français, 1968.

BENOIT Francis-Paul, Le droit administratif français, Dalloz, 1968.

BESSIOUNI Abdelghani, Droit administratif, Alexandrie, Egypte, 2003.

BONNARD Roger, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1943.

BOUAMRANE Adel, Théorie générale des décisions et contrats administratifs, Alger, Algérie, 2010.

BOUDIAF Ammar, Les marchés publics en Algérie, 2^{ème} édition, Alger, Algérie, 2000.

BRISSON Jean-François, ROYERE Aude, Droit administratif, Montchrestien, Paris, 2004.

BUCHER Charles-Edouard, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Dalloz, Paris, 2011.

CARBONNIER Jean. Droit civil, les obligations, 11^{ème} édition, PUF, Paris, 1982.

CHAPUS René, Droit administratif général, tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001.

CHARKAOUI Souad, Les Contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2003.

CHEHATA Tawfiq, Principes de droit administratif, 1^{ère} partie, 1^{ère} édition, Le Caire, Egypte, 1955.

CHEMRI Ahmed, La force contraignante du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 2012.

CHENOUI Noura Gizlane, Les contrats nommés dans le dahir marocain des obligations et des contrats, Etude du contrat de vente et d'autres contrats, Inzikane, Maroc, 2009.

CHERIF Aziza, Etudes sur la théorie du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 2001.

CHETNAOUI Ali, Principes de droit administratif, Amman, Jordanie, 2003.

CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas, TOURBE Maxime, Droit administratif, 14^{ème} édition, Sirey, 2014.

D'AMBRA Dominique, L'objet de la fonction juridictionnelle. Dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Paris, 1994.

DAUMARD Jacques, Les contrats de fournitures militaires, Paris, 1963.

DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, Traité des contrats administratifs, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1983.

DE LAUBADERE André, Traité élémentaire du droit administratif, 6^{ème} édition, LGDJ, Paris.

DE LAUBADERE André, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome 2, LGDJ, Paris, 1956.

DE LAUBADERE André, VENEZIA Jean Claude, GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1, 14^{ème} édition, N° 1017, LGDJ, Paris, 1996

DELAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, Tome 2, LGDJ, Paris, 1984.

DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric. Droit administratif, Economica, Paris, 2004.

DEBBASCH Charles, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 1990.

DERWICHE Hassan, Les pouvoirs dévolus à l'autorité administrative dans le contrat administratif, 1^{ère} édition, Le Caire, Egypte, 1991.

DUGUIT Léon. Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} édition, Paris, 1927.

DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, Droit administratif, 12^{ème} édition, Sirey, 2010.

EDHENIBAT Mohamed, Précis de droit administratif, Amman, Jordanie, 2005.

EL ANZI Saad, Les garanties de procédure en matière disciplinaire, Le Caire, Egypte, 2005.

EL ATTAR Fouad, Droit administratif, 3^{ème} édition, Le Caire, Egypte, 1976.

EL FAYYAD Abdelmajid, Les contrats administratifs, La théorie générale et son application en droit koweïtien et comparé, Le Caire, Egypte, 1981

EL HAOUARI Saïd, L'administration, les règles et les fondements scientifiques, 5^{ème} édition, Le Caire, Egypte, 1973.

EL HARRARI Mohamed, Les règles du droit administratif libyen, 1^{ère} partie, 2^{ème} édition, Tripoli, Libye, 1998.

EL HOULOU Raghieb, Les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2009.

EL HOULW Majed, Les contrats administratifs et l'arbitrage, Alexandrie, Egypte, 2004.

EL JABOURI Mohamed, Le pouvoir de l'administration d'édicter des sanctions pénales et financières dans les contrats administratifs, Alexandrie, Egypte, 2014.

EL JORF Taima, Le droit administratif, Etude comparée de l'organisation et de l'apparition de l'autorité publique, Le Caire, Egypte, 1980.

EL KABBANI Baker, Le contrôle administratif, Le Caire, Egypte, 1985.

EL MADANI Mohamed, Le droit administratif libyen, Le Caire, Egypte, 1965.

EL MASRI Zakaria, Contrats administratifs, Mansourah, Egypte, 2014.

EL MAZOUGHIE Abdessalem, Théorie générale de la science juridique, Tome 3, Théorie générale des contrats.

EL MAZOUGHIE Abdessalem, Théorie générale des contrats administratifs, Théorie des obligations, 2^{ème} partie, 1^{ère} édition, Benghazi, Libye, 1993.

ESSALMI Ali, L'administration des individus pour élever la productivité, Le Caire, Egypte.

ESSANNARI Mohamed, Les moyens du contrat administratif, Le Caire, Egypte.

FAHMI Omar, Théorie générale des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1992.

FATHER Land W., Etudes sur les sanctions dans le domaine des marchés publics, Paris, 2006.

FAYAD Abdelmajid, Le contrat administratif dans le domaine de l'application, Le Caire, Egypte, 1983.

FEKRI Fathi, Leçons sur les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1994.

FLAMME Maurice André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 2, Bruxelles, Belgique, 1969.

FOILLARD Philippe, Droit administratif, Paradigme, Paris, 2005.

FOUDA Mohamed, Le régime juridique des sanctions administratives, Le Caire, Egypte, 2007.

FOUDA Raafat, Etudes de droit administratif, Contrats et biens, Le Caire, Egypte, 1995.

FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Précis de droit administratif, 6^{ème} édition, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2010.

GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, LGDJ, Tome 1, 14^{ème} édition, Paris, 1996.

GHENAIM Medhet, Le régime juridique de la pénalité de retard dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2010.

GODFRAIN Philippe, Droit administratif des biens, Masson, 3^{ème} édition, Paris, 1987.

GODFRIM Philippe, Droit administratif des biens, 3^{ème} édition., Paris, 1987.

GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, Tom 2, Dalloz, 2011.

GUETTIER Christophe. Droit des contrats administratifs, 3^{ème} édition, Thémis-droit PUF, Paris, 2011.

HABIB Mahmoud, Le droit administratif et les moyens et privilèges de l'administration, Le Caire, Egypte, 2006.

HAROUN Jamal, Les sanctions dans les contrats de travaux publics, Le Caire, Egypte, 1979.

HASSAN Hachem, Les sanctions pécuniaires dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 2002.

HAURIOU Maurice, la jurisprudence administrative, Tome 2, Dalloz, 1904.

HAURIOU Maurice, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, Paris, 1933.

HILMI Omar, Les effets des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1993.

JAAFAR Mohamed, Les fondements de l'administration publique, Le Caire, Egypte, 1994.

JABER Nasser, Contrats administratifs, Le Caire, Egypte.

JEZE Gaston, Principes généraux du droit administratif, Tome 3, Dalloz, Paris, 1934.

JIBRIL Jamal et ALI Ibrahim, Les contrats administratifs, El Manoufia, Egypte, 1996.

JUMAA Ayman, Les entreprises publiques dans les Etats du Conseil de coopération du Golfe arabe, Etude juridique comparée, Le Caire, Egypte, 2008.

KACHBOUR Mohamed, Le régime contractuel et les théories de la force majeure et de l'imprévision, Etude comparée inspirée par la guerre du Golfe, Casablanca, Maroc, 1993.

KANAAN Nawwaf, Droit administratif, Amman, Jordanie, 2003.

KESSELER Delphine, Le contrat administratif face à l'électronique du droit de l'internet, Paris, 2002.

KHALED Tahar, Droit administratif, Amman, Jordanie, 1^{ère} édition, 1977.

KHALIL Abderrahmane, Les principes généraux relatifs aux effets des contrats administratifs et leur application, Le Caire, Egypte, 1994.

LACHAUME Jean-François, A la recherche de critère du contrat administratif, 1971.

LAFERRIERE Edouard. Traité de jurisprudence administrative. 2^{ème} édition, 1896.

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

LECLERCQ Claude, Travaux dirigés de droit administratif, Paris, 2002.

L'HUILLIER Jean, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration? Dalloz, 1953.

LLORENS François, Contrat d'entreprise et marchés de travaux publics, LGDJ, Paris, 1981.

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, SIRINELLI Jean, Droit administratif, 11^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2015.

LONG Marceau, WEIL Prosper, DELVOLVE Pierre, GENEROIS Bruno, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.

MARIE Christine, Droit administratif, Galino éditeur, Paris, 2005.

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre. Traité de droit civil. 1^{ère} édition, Sirey, Paris, 1962.

MASKOUNI Sabih, Les juridictions administratives libyennes, Benghazi, 1974.

MAURICE Sadek, La loi organisant les adjudications et des licitations dans les contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 1998.

MAURIN André, Droit administratif, 9^{ème} édition, Sirey., 2014.

MEHENNA Mohamed, Principes et règles du droit administratif en République arabe d'Egypte, Alexandrie, Egypte, 1973.

MIFTAH Khalifa et CHELMANI Abdelhamid, La rupture des contrats administratifs, Alexandrie, Egypte, 2013.

MOGENET Robert, Les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales, Tome 1, 1986.

MOHAMED Abdelbadi, Le pouvoir administratif de résiliation du contrat administratif, Le Caire, Egypte, 1^{ère} édition, 1993.

MOHAMED Abdellatif, Les tendances contemporaines de la gestion des services publics économiques, Le Caire, Egypte, 2000.

MOHAMED Abdellatif, Libertés publiques, 1^{ère} édition, Koweït, 1995.

MOHAMED Jaafar, L'indemnisation dans la responsabilité administrative, Le Caire, Egypte, 1987.

MOHAMED Younes, La pénalité comminatoire, Le Caire, Egypte, 2012.

MOHIEDDINE Salim, La Théorie de l'état d'imprévision en droit civil et dans la jurisprudence islamique, Etude comparée, Alexandrie, Egypte, 2007

MORAND-DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, 8^{ème} édition, Montchrestien, E.J.A, Paris, 2003.

OKACHA Hamdi, Les contrats administratifs dans l'application du travail, Alexandrie, Egypte, 1998.

OTHMANE Hussein, Les règles de droit administratif, Beyrouth, Liban, 2008.

PEISER Gustave, Droit administratif général, 26^{ème} édition, Dalloz, 2014.

PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Juris-classeur administratif, 1962, p. 10.

POUYOUD Dominique, La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2001.

RADI Mazen, Les contrats administratifs en droit libyen, Alexandrie, Egypte, 2002.

RADI Mazen. Rôle des conditions exceptionnelles dans la différenciation du contrat administratif, Alexandrie, Egypte, 2002.

RICCI Jean-Claude. Droit administratif général. 2^{ème} édition, Hachette, Paris, 2006.

RICHER Laurent. Droit des contrats administratifs, 8^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2012.

RIVERO Jean, WALINE Jean, Droit administratif, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1988.

RIVERO Jean. Droit administratif, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1980.

RIVERO Jean. Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1970.

ROLLEND Louis. Précis de droit administratif, 9^{ème} édition, 1947.

ROUAULT Marie-Christine, Droit administratif, 4^{ème} édition, Gualino Editeur, E.J.A, Paris, 2007.

ROUSSET Michel, ROUSSET Olivier, Droit administratif, L'action administrative, 2^{ème} édition, P.U.G, 2004.

SAID Ali, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et la charia islamique, Etude comparée, Le Caire, Egypte, 2006.

SALAMA Wahib, Cours approfondis sur les contrats administratifs, L'équilibre financier du contrat et l'idée d'indemnisation non fondée sur la faute, Le Caire, Egypte, 2000.

SAMI Jamal Eddine, La justice administrative, Alexandrie, Egypte, 2003.

SANNARI Mohamed, Les moyens de conclusion du contrat administratif, Le Caire, Egypte, sans date.

SANNARI Mohamed, Principes et règles des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, sans date.

SENHOURI Abderrezzak, L'obligation en général, Tome 2, 3^{ème} édition, 1980.

TAMMAOUI Souleymane, Les fondements généraux des contrats administratifs, Le Caire, Egypte, 5^{ème} édition, 2011.

TAREK Sultan, Le pouvoir de sanction de l'administration, Le Caire, Egypte, 2010.

TERNEYRE Philippe, La responsabilité contractuelle des personnes en droit administratif, Economica, 1989.

TERRE François., SIMLER Philippe. et LEQUETTES Yves., Droit civil, Les obligations, 6^{ème} édition, Dalloz, 1996.

TRUCHET Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, 1977.

VEDEL Georges, Droit administratif, 4^{ème} édition, 1968.

VELLEY Serge. Droit administratif, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2003.

WALINE Jean, Droit administratif, 25^{ème} édition, Dalloz, 2014.

WALINE Marcel, Précis de droit administratif, Paris, 1970.

WALINE Marcel, traité de droit administratif, 6^{ème} édition, 1963.

WALINE Marcel. La situation juridique de l'usager d'un service public, 1933.

YOLKA Philippe, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 2013.

Les Thèses et Mémoires

ABDELBADEI Mohamed, Le pouvoir de l'administration en matière de rupture du contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université de Zaqaziq, Egypte, 1993.

ABSI Hassan, Obligations et droits des parties dans le contrat de travaux publics, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1997.

AHMED Ayad, Les manifestations de la puissance publique dans les contrats administratifs, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1973.

AL JARISSAT Riad, La théorie de l'équilibre financier du contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université de Ain Shems, Le Caire, Egypte, 2007.

AL MAHCHI Othman. Pouvoir de l'administration dans la ratification du contrat administratif dans le droit libyen, Master 2, Université de Tripoli, 2004.

ALI Abd El Maoula, Les circonstances survenant au cours de l'exécution du contrat administratif, Etude comparée, Thèse, Université du Caire, Egypte, 1991.

ALIOUATE Yakouta, Le cadre juridique des marchés publics en droit algérien, Thèse, Université Mentouri, Constantine, Algérie, 2009.

AMILHAT Mathias, L'influence du droit de l'Union européenne sur la notion de contrat administratif, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.

ATAF Saadi, Le contrat de fournitures entre la théorie et la pratique, Thèse, Faculté de droit, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, 2005.

BADAOUI Saroit. La théorie du fait du prince dans les contrats administratifs, Thèse, Paris, 1955.

BELLAOUI Yassine, Les sanctions coercitives dans le contrat administratif, Thèse, Institut de recherches et d'études arabes, Le Caire, Egypte, 2009.

BEN ALI-PRIEUR Nabila, les contrats d'exploitation des biens immatériels, étude de droit français et droit marocain, Thèse, Université de Strasbourg, 2014.

BENAHMED Houria, Le rôle du juge administratif dans la résolution du contentieux des marchés publics, Master 2, Faculté de droit, Université de Tlemcen, Algérie, 2011.

BENCHABANE Ali, Les effets du contrat de travaux publics sur les deux parties contractantes dans la législation algérienne, Thèse, Université Mentouri de Constantine, Algérie, 2012.

BENMAHYAOUI Sara, Le régime juridique du contrat de concession dans la législation algérienne, Master 2, Université Mohammed Khider, Biskra, Algérie, 2013.

BENMEBAREK Radia, Commentaire sur la directive N° 842/3 relative à la concession de service public, Master 2, Université d'Alger, Algérie, 2002.

BERNARD P. Des contrats entre l'Etat et les particuliers, Thèse, Poitiers, 1951.

BKHIT Amrou. Contenu du concept de la condition exceptionnelle dans le contrat administratif, Thèse de doctorat, Université du Caire, Egypte, 2009.

BOUHAREB Zohra, La théorie du fait du prince et ses effets en droit administratif, Master 2, Faculté de droit, Université Kasdi Merbah, Ouargla, Algérie, 2014.

CHAPUS René, Responsabilité publique et responsabilité privée, Thèse, Paris, 1954.

CHEHATA Tewfik, La concession de service public, Thèse de doctorat, Paris, 1941.

CHRISTIAN J., Le juge français face aux sanctions fiscales, Thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg 3, 2002.

DIHANI Majed, Les sanctions coercitives dans les contrats administratifs, Etude comparée en droit égyptien et en droit koweïtien, Master 2, Université du Caire, Egypte, 2008.

DULOUM Bertrand, la succession de contrats identiques entre les mêmes parties, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2007.

EL ANZI Khaled, Le contrat administratif de fourniture, étude comparée des droits jordanien et koweïtien, Master 2, Université du Proche-Orient, Amman, Jordanie, 2012.

EL FAHAM Ali, Le pouvoir administratif de modification du contrat administratif, Thèse, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, 1975.

EL HACHEMI Racha, Le contrôle juridictionnel sur le pouvoir de l'administration d'imposer des mesures à son cocontractant, Master 2, Université de Bagdad, Irak, 2005.

EL HALFAOUI Hamed, La faute dans la responsabilité administrative générée par le contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université du Caire, Egypte, 2001.

EL HANDAOUI Hassan, Le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2006.

EL HARIRI Mohamed, Le pouvoir administratif de modification des contrats de travaux publics, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2010.

EL-BEHERRY Ibrahim, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2004.

ERB Roger, La mise en régie dans les marchés publics, Thèse, Nancy, 1944.

FAYAD Abdelmajid, La théorie des sanctions dans le contrat administratif, Thèse, Faculté de droit, Université d'Aïn Chams, Le Caire, Egypte, 1974.

FEKRI Mohamed, Le contrôle sur l'exécution des contrats de travaux publics, thèse, Université du Caire, Egypte, 2010.

FRASSON Vanessa, Les clauses de fin de contrat, Thèse, Université de Lyon 3, Jean Moulin, 2014.

GALLAY C., Les contrats entre personnes publiques, Thèse, Toulouse, 1988.

GHANNAM Cherif, L'effet du changement de circonstances dans les contrats commerciaux de l'Etat, Thèse, université de Mansourah, Egypte, 2007.

HAMDI El Halfaoui, La faute dans la responsabilité de l'administration du fait du contrat administratif, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2001.

HOUADEQ Issam, Les modes d'administration locale et leur évolution dans le code communal algérien, Master 2, Université d'Annaba, Algérie, 2005.

ISAC C, La procédure administrative non contentieuse, Thèse, Paris, 1966.

ISMAIL Mohamed, Les marchés de travaux internationaux, Etude de la nouvelle nature juridique de ces contrats sur la base des dispositions les concernant, Thèse, Faculté de droit, Université du Caire, Egypte, 2000.

JURVILLIERS-ZUCCARO Elisabeth, le tiers en droit administratif, Thèse, Université de Nancy2, 2010.

KALFLECHE Grégory. Des marchés publics à la commande publique l'évolution du droit des marchés publics, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004.

KAMEL Leila, La théorie de l'exécution directe en droit administratif, thèse, Le Caire, Egypte, 1963.

LAURENT Bruneau, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2005.

LEE Sunwoo, Etude sur le contrat administratif, contribution à une étude de droit comparé de la Corée et de la France, Thèse, Paris, 2005.

MAKHLOUF Attyat, le contrôle des opérateurs publics par les autorités de la concurrence, étude comparée des droits français et tunisiens, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2015.

MEHANNA Myriam, La pris en compte de l'intérêt du contractant, Thèse, Université de Panthéon-Assas, 2014.

MODHAFFER Ali, Le pouvoir de sanction de l'administration dans les contrats administratifs au Yémen, thèse, Université du Caire, Egypte, 2012,

MOHAMED Ahmed, La responsabilité pour risque de l'administration dans les droits français et égyptien, Thèse, université de Ain Shems, Le Caire, 1995.

MOUTI' Jabir, Le contrat administratif entre la loi et la jurisprudence, Thèse, Faculté de droit, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, 2006.

NAJJAR Zaki, La théorie de la nullité dans les contrats administratifs, Thèse, Université de Aïn Chams, Le Caire, Egypte, 1981.

NAOUAF Abdallah, Le régime juridique des sanctions contractuelles dans le droit administratif comparé koweïtien, Thèse, Faculté de droit, Université d'Alexandrie, Egypte, 2009.

NASR EDDINE Bachir, L'amende de retard dans le contrat administratif et ses effets sur la gestion du service public, thèse, Université du Caire, Egypte, 1998.

OUSSHAK Fatima, Les effets de la force majeure sur l'obligation contractuelle en droit marocain, Thèse, Université Hassan II, Casablanca, Maroc, 2006.

PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Montpellier, 1945.

POLAC Huguette, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquement à ses obligations, Thèse, Paris, 1958.

RASCHEL Evan, la pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel, Thèse, Université de Poitiers, 2013.

ROUSSET Michel, L'idée de puissance publique en droit administratif, Thèse, Paris, 1960.

SEBIKI Rabiha, Les pouvoirs de l'autorité contractante à l'égard de son cocontractant dans les marchés publics, Master 2, Université Mouloud Maâmeri, Alger, Algérie, 2013.

TAFOUNA Ibrahim, Les difficultés de l'exécution du contrat administratif, Master 2, Faculté de droit, Université de Tripoli, Libye, 2008.

TAMER Ibrahim, Les sanctions administratives dans le contrat de travaux publics, Master 2, Université de Babylone, Irak, 2000.

UNTREMARIER Elise, Le régime des contrats administratifs, Fiche pédagogique Virtuelle, faculté de droit de Lyon, 2010.

VELLAS Romain, Le droit de la sous-traitance et la nouvelle organisation industrielle aéronautique, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2014.

ZOUHEIRY Riad, Les manifestations du pouvoir de l'administration dans l'exécution des marchés de travaux publics, Master 2, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Bagdad, Irak, 1975.

Les articles

ABD EL MOULAY Khaled, Les sanctions pécuniaires dans le contrat administratif, Revue des Recherches Prospectives, n° 18, Bagdad, Irak, 2007.

ABOU SAOUUD Mahmoud, Le pouvoir de l'administration dans le contrôle de l'exécution du contrat administratif, Revue des sciences juridiques et économiques, Université d'Aïn Shams, Le Caire, Egypte, n° 1, 1997.

ALHAMA F.. L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales, AJDA, 2010.

BERNIER Pierre, Les pouvoirs de l'administration sur les concessionnaires de travaux publics, RDP, 1927.

BODA J.B., La résiliation pour faute du contrat administratif : une mesure encadrée, Revue de contrats-marchés publics, avril 2015.

BONNEAU Henri, Les marchés de travaux publics, Juris-Classeur administratif, 1970, Fasc. 521.

BONNEAU Henri, Marchés de travaux publics, Juris-Classeur administratif, 1969. Fasc. 520

BOSC André, De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures, RDP, 1921.

CLOUZOT L, La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : Une impossible désuétude, RFDA, 2010.

DAUMARD Jacques, Les sous-traitants dans les marchés industriels, A.J.D.A, janvier 1962.

DE LAUBADERE André, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, 1954.

DELELIS Ph. La résiliation des délégations de service public, Revue de contrats-marchés publics 2004, N° 5.

DELVOLVE Pierre, « Les concessions de transport et de distribution de gaz », Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 1969.

DENIZOT A., Les modalités d'indemnisation du contractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général, JCPA, 2012.

DEVILLERS Pascal, Le pouvoir adjudicateur peut se réserver la possibilité de négocier, JCP, N° 11, novembre 2015, comm. 260.

Dossier, Les effets de la rupture du contrat administratif, Actualité de la commande et des contrats publics, N° 16, 2002.

DREYFUS J., Les mesures de police affectant l'exécution du contrat, AJDA, 2010.

DREYFUS Jean-David, Les conditions permettant à une personne publique de savoir attribuer un marché, AJDA, 2003.

DUDOCNON Charles, L'avenant au contrat administratif, RDP, 2009.

DUFEAU Jean, Les concessions de service public, Juris-Classeur administratif, 1970, fasc. 530.

ECKERT G., Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Revue de contrats-marchés publics, 2010.

FABERON Yves, La réforme de la motivation des actes administratifs et des actes des organismes d'aide sociale par la loi du 11 juillet 1979, Juris-Classeur périodique, doctrine, 1980.

GARTNER Fabrice, Des rapports entre les contrats administratifs et l'intérêt général, RFDA, N° 1, 2006.

GAUDEMMENT Y., Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés nécessaires d'une entreprise, RDP, 2010.

GEORGE J., Contrat de l'administration, Juris-Classeur administratif, Fasc. 512, 1984.

GEORGET J., L'exécution de contrat administratif, (Juris-Classeur périodique administratif) J.C.P.A, 1973.

GUIBAL Michel, Un nouveau code des marchés publics, AJDA, Paris, 2001.

HOEPFFNER Hélène, la modification du contrat administratif, Revues Lexbase N° N7672BTC, édition publique N° 295, du 4 juillet 2013.

HOMONT André, Les marchés de fournitures et de services, Juris-Classeur administratif, 1961, Fasc. 525.

JEZE Gaston, Le régime juridique du contrat administratif, R.D.P, 1945.

JOSSE Pierre, Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, Paris, 1986.

KIRAT Thierry, L'Allocation des risques dans les contrats, Revue internationale de droit Economique, Association internationale de droit Economique 2003, N° 3.

KOBTAN M., Introduction à l'étude du droit des marchés publics, Revue du Conseil d'Etat égyptien, 2003.

LAFFITTE O., Les conséquences de la fin anticipée des contrats publics, *Revue de contrats-marchés publics*, avril, 2015.

LAMSON A., Une nouvelle catégorie de contrat administratif, les marchés industriels RFDA, 1955.

LAURANS Y, La caducité des contrats administratifs, RFDA, 2011.

LEFOULON J., Les formalités en matière de sanctions dans le contrat administratif, *AJDA*, 1974.

LETELLIER Hervé, Le pouvoir de contrôle du juge administratif sur les pénalités de retard, *Contrats publics*, N° 4, 2006.

LETELLIER Hervé, Le pouvoir de modulation des pénalités de retard définitivement confirmé, *Contrats publics*, N° 86, 2005.

LICHERE François, La fin des contrats administratifs : La fin de la dialectique l'égalité / stabilité. *Revue de contrats-marchés publics*, avril 2015.

LICHERE François, La simplification du droit des marchés publics, RDP, Paris, 2003.

MAUGUE C, Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, *AJDA*, 1998.

MESTRES J. et MINAIRE G. La reconnaissance apparente d'une résiliation du contrat administratif à l'initiative du contractant privé, *Revue de contrats-marchés publics*, décembre 2014.

MOULENES C.B, Choix dans les procédures, *AJDA*, 1998.

NGAMPIO-OBELE-BELLE Urbain, Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs, RFDA, N° 11, novembre 2015, étude 14.

NIGRI E. et JALINIÈRE B., La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du contractant privé de l'administration à l'épreuve du droit public des contrats, *Revue de contrats-marchés publics* 2014, étude 4.

POINTIER J.M., *Contrat et culture*, RFDA, 2014.

RAKOTONDRAHASO F.T., L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs, *Revue de contrats-marchés publics*, 2014, étude 1.

RAYNAUD J.M., Le contrat administratif, volonté des parties ou loi de service public, RDP, 1985.

RICCI J.C., Le contrat au service des politiques publiques, Rapport de synthèse, RFDA, 2014.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2007.

SAROT Marcel, La sanction administrative, Rapport général, Paris, 2006.

SEILLER B., L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux, RDP, 2004.

UBAUD-BERGERON Marion, L'indemnisation de l'aléa dans les marchés à forfait, commentaire sur CE 12 novembre 2015, Société Tonin, N° 384716, CMP N° 1, janvier, 2016, comm. 3.

UBAUD-BERGERON Marion, Valeur technique de l'offre : Prouvez-le, Commentaire sur CE 9 novembre 2015, société des autocars de l'île de Beauté, N° 392785, CMP, N° 1, janvier 2016, comm. 2.

WALINE Jean, L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants, RDP, 1951.

WIERNASZ M., Un contrat administratif peut-il inclure une clause de résiliation à l'initiative du contractant de l'administration ? AJDA 2013.

Les législations

Cahier des charges générales françaises type de l'année 1976.

Cahier des charges type des concessions de forces hydrauliques, 1969.

Code administratif français, Dalloz, édition de 1989.

Code civil français

Code civil libyen.

Code français des contrats administratifs de l'année 1979.

Code pétrolier libyen N° 25 de l'année 1955.

Décision N° 563 du 5 juillet 2007 du Règlement du contrat administratif libyen.

Décret français du 7 février 1941.

Décret N° 2004-15 du 7 janvier 2004, Code administratif français, Dalloz, 29^{ème} édition, 2006.

Loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché.

Loi MURCEF du 11 décembre 2001

Loi N° 88 de 1971 au sujet de la juridiction administrative libyenne.

Les Jurisprudences

CE 11 mars 1910, Cie générale française des Tramways, Recueil Lebon.

CE 12 mars 1976, Département des Hautes Pyrénées, Recueil Lebon, N° 91471.

CE 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Recueil Lebon.

CE 17 mars 1997, Préfet de Seine et Marne, Recueil Lebon.

CE 17 octobre 1975, Commune de Canari, RDP 1976.

CE 19 février 1992, SA Dragages et travaux publics, Dalloz 1992.

CE 19 mai 1963, Chambre sociale, coopérative agricole, la prospérité fermière,

CE 1^{er} avril 1938, L'alcool dénaturé, RDP, 1939.

CE 1^{er} septembre 1944, Pillard, Recueil Lebon.

CE 2 février 1983, Union des transports publics et urbains, Recueil Lebon.

CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de La Seine, JCP 1994.

CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Eclairage, Recueil Lebon.

CE 31 juillet 2009, Sté Jonathan Loisirs, N° 316534. Revue de contrats-marchés publics 2009, comm. 332. Note G. Eckert.

CE 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon.

CE 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Recueil Lebon, N° 89655.

CE du 28 avril 2003, Fédération Française du bâtiment, Requête n° 241896.

CE, 2 février 1983, Union des transports publics, RDP, 1984.

CE, 10 février 1997, Société Révolution, AJDA, 1997.

CE, 10 février 1997, Société Révolution, AJDA, 1997.

CE, 10 janvier 1902, Ville de Rouen, Sirey 1902.

CE, 10 octobre 1993, RDP, 1994.

CE, 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, S. 1942, 3, 15.

CE, 11 mai 1883, Verneau, Recueil Lebon.

CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française de tramways, RDP, 1910.

CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, S. 1911, 3, 1, note Hauriou, RDP, 1910.

CE, 11 octobre 1921, Cie de navigation Sud-Atlantique, RDP.

CE, 12 juin 1932, Sieur Bagot, Recueil Lebon.

CE, 12 mai 1905, Ville de Trayas, Recueil Lebon.

CE, 13 février 1935, Varangue, Recueil Lebon.

CE, 13 février 1987, Marot, Recueil Lebon.

CE, 13 janvier 1995, CCI de la Vienne, Recueil Lebon.

CE, 13 juin 1975, Jean FRANZETTI, Recueil Lebon.

CE, 13 mai 1987, Société Citra-France et autres, RDP, 1988.

CE, 14 juin 1991, RFDA, 1992.

CE, 14 novembre 1902, Olmer et Hebert, Recueil Lebon.

CE, 15 mai 1987, Hôpital Rural de Breil-sur-Roya, RDP, 1988.

CE, 17 novembre 1967, Rodier de la Brille, Recueil Lebon.

CE, 18 avril 1945, Orifice, Recueil Lebon.

CE, 18 juillet 1930, Cie P.L.M, RDP, 1931.

CE, 18 juin 1975, Malamaire, RDP, 1975.

CE, 18 mars 1990, Association Acinétiennne d'aide sociale et autres, AJDA, 1990.

CE, 19 janvier 1946, Ville de Limoges, Recueil Lebon.

CE, 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de La rivière du Saint, Recueil Lebon, p. 48.

CE, 19 mars 1930, Société toulousaine du Bascale, Recueil Lebon.

CE, 19 octobre 1934, Herbec, Recueil Lebon.

CE, 1^{er} avril 1998, Département de Seine et Marne, Requête n° 157602.

CE, 2 juin 1923, Protectorat de l'Annam, Dalloz 1934.

CE, 2 mars 1951, Ville de Poissy, Recueil Lebon.

CE, 20 avril 1956, Epoux Bertin, Recueil Lebon, et Revue de Droit public 1956.

CE, 20 juillet 1917, Cie générale des automobiles, Recueil Lebon.

CE, 20 mars 1996 ; Commune de Saint-Céré, Recueil Lebon.

CE, 20 octobre, 1950, Steim, Recueil Lebon, p. 505.

CE, 21 décembre 1907, Syndic. Croix-de-Segues, Sirey.

CE, 21 décembre 2012, Cen de Douai, AJDA 2013.

CE, 21 février 1942, Entreprise des Limousins de Paris, RDP.

CE, 21 juillet 1972, Entreprise Sociale Sud, Recueil Lebon.

CE, 21 juillet 1972, Tabari, Recueil Lebon.

CE, 22 juin 1998, Région Ile-de-France, Bulletin juridique des contrats publics, n° 2199.

CE, 23 décembre 1932, Départ de l'Aisne, Recueil Lebon.

CE, 23 février 2004, Région de la Réunion, Recueil Lebon.

CE, 23 janvier 1903, Chemins de fer du Nord, RDP, 1904.

CE, 23 juin 1920, Brinon, Recueil Lebon.

CE, 23 juin 1944, Ville de Toulon, RDP, 1945.

CE, 23 mai 1936, Ville de Vésinet, Recueil Lebon.

CE, 24 juillet 1987, Entreprise Lefebvre, RDP, 1988.

CE, 26 février, 1965, Société du vélodrome Parc des princes, Revue de droit public, (RDP), 1965.

CE, 26 janvier 1990, SA La cinq, Recueil Lebon, n° 110945.

CE, 26 juillet 1991, AJDA, 1991.

CE, 26 juin 1991, Ministère de l'intérieur, Recueil Lebon.

CE, 26 mai 1930, Viette, Recueil Lebon, p. 564, et CE, 12 mai 1933, Compagnie générale des Eaux, Recueil Lebon.

CE, 26 septembre, 1984, Cornetto, N° 12145.

CE, 27 avril 1999, Moreau, RFDA, 1999.

CE, 27 juillet 1932, Léonard, Recueil Lebon.

CE, 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Recueil Lebon.

CE, 28 décembre 1927, Société Augustin Normand, Recueil Lebon.

CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n° 296930.

CE, 29 juin 2002, Société Mag Bélinoz Katinal, Revue juridique, 2002.

CE, 3 avril 1988, Compagnie de garantie, Revue française de droit administratif, (RFDA) Paris, 2002.

CE, 3 février 1905, Stroch, RDP, 1905.

CE, 3 juin 2005, Barouf, Recueil Lebon.

CE, 3 mai 1907, Ministère de la guerre contre Guillot, Recueil Lebon.

CE, 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, Recueil Lebon.

CE, 31 juillet 1912, Société des granits des Vosges, conclusion Léon BLUM, Recueil Lebon.

CE, 31 mai 1907, Déplanque, Recueil Lebon.

CE, 31 mars 1912, Société Porphyroïdes des Vosges, Recueil Lebon.

CE, 4 mars 1991, Département de la Haute Loire, RDP 1992, n° 40.

CE, 5 juin 1918, Daux, Recueil Lebon.

CE, 5 juin 1942, Badcel, Recueil Lebon.

CE, 5 mai 1944, Veuve TROMPIER-Gravier, Recueil Lebon, n° 69751.

CE, 5 mai 2010, Bernard, Bulletin juridique des contrats publics, 2010.

CE, 5 novembre 1927, affaire de Caire, Recueil Lebon.

CE, 5 novembre 1938, Ducos, Recueil Lebon.

CE, 6 décembre 1907, Cie du Nord, Recueil Lebon.

CE, 6 décembre 2002, Revue de droit administratif, Paris, 2003

CE, 6 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de la Ville de Rouen, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^{ème} édition.

CE, 6 novembre 1970, Société anonyme, AJDA, 1971.

CE, 8 avril 1998, Association pour la promotion, Requête n° 127205.

CE, 8 novembre 1985, Entreprise Ozilou, n° 40449, RDP, 1986.

Cour administrative d'appel de Lyon, 10 février 2000, Commune de Saint-Laurent, Bulletin juridique des contrats publics, 2000, n° 11.

Cour administrative d'appel de Nancy, 15 février 2007, Société Sitelec Moselec, n° 04Nc01122.

Cour administrative d'appel de Paris, arrêt N04PA02708 du 3 avril 2007.

Cour d'appel de Benghazi, 15 janvier 1991, Recours administratif n° 16/73 (Non publié).

Cour de justice des Communautés européennes, 12 décembre 2002, Universelle Pau AG, AJDA, 31 mars 2003.

Cour Suprême de Libye, 17 décembre 1994, appel n° 40/44, année judiciaire n° 30, Revue de la Cour Suprême, n°1.

Cour suprême libyenne du 13 mai 1983, recours administratif n° 27/13 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, n° 3, 1984.

Cour suprême libyenne du 16 mai 1993, invective administrative N°14/38, judiciaire, Revue de la Cour suprême, N°3 et 4.

Cour suprême libyenne du 20 juin 1970, recours administratif 4/17, Revue de la Cour suprême, 1^{ère} édition, Tripoli, Libye.

Cour suprême libyenne du 26 janvier 1983, recours administratif n° 24/38, Revue de la Cour suprême, n° 4, 1979.

Cour suprême libyenne du 29 octobre 1978, recours administratif n° 23/19 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, n° 3, 1979.

Cour suprême libyenne du 9 janvier 1980, recours administratif n° 23/22 juridictionnel, Revue de la Cour suprême, n° 4.

Cour suprême libyenne promulgué le 28 novembre 2004, invective administrative N°19 de 1^{ère} année judiciaire 48, verdict non publié.

Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Encyclopédie des principes juridiques, 1978.

Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Recours administratif n° 13/23, Revue de la Cour suprême, 1978, n° 3.

Cour suprême libyenne, 16 février 1978, Recours administratif N° 15/18, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1978.

Cour suprême libyenne, 1^{er} février 1977, Recours administratif n° 12/23, Encyclopédie libyenne des principes juridiques.

Cour suprême libyenne, 1^{er} novembre 1977, Recours administratif n° 1/23, Revue de la Cour suprême, 1978.

Cour suprême libyenne, 1^{er} mars 1992, Revue de la cour suprême, N° 3 et 4, 1992.

Cour suprême libyenne, 2 avril 1980, recours contentieux n° 25/23, Revue de la Cour suprême, n° 1, 1980.

Cour suprême libyenne, 21 février 1974, recours administratif N° 19/3, Revue de la Cour suprême, N°1, 1974.

Cour suprême libyenne, 23 avril 1980, recours administratif N° 24/65, Revue de la Cour suprême, N° 1, 1980.

Cour suprême libyenne, 26 janvier 1983, invective administrative n° 24/28, Revue de la Cour suprême, n°4.

Cour suprême libyenne, 26 octobre 1978, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1978.

Cour suprême libyenne, 29 janvier 1976, Recours administratif n° 22/13, Revue de la Cour suprême, n° 3, 1976.

Cour suprême libyenne, 3 juin 1984, Recours administratif n° 15/25, Revue de la Cour suprême, 1984.

Cour suprême libyenne, 3 juin 1984, recours contentieux n° 29/5, Revue de la Cour suprême, n° 4, 1984.

Cour suprême libyenne, 4 septembre 1983, Recours administratif n° 4/28, Revue de la Cour suprême, n° 1, 1984.

Cour suprême libyenne, 6 mars 1975, Recours administratif n° 8/21, Encyclopédie des principes juridiques.

Cour suprême libyenne, 9 janvier 1980, recours administratif N° 24/31, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1980.

Cour suprême libyenne, 9 juin 1985, Recours administratif n° 8/29, Revue de la Cour suprême, n° 3, 1985.

Cour suprême libyenne, arrêt du 16 février 1978, Encyclopédie des principes juridiques, Juillet 1979.

Cour suprême libyenne, du 13 novembre 1983, invective administrative N°6 de l'année juridique 27, Revue de la Cour suprême, 1984, N°1.

Cour suprême libyenne, du 13 novembre 1983, investive administrative N° 16/27, judiciaire, Revue de la Cour suprême, N°1.

Cour suprême libyenne, du 8 mars 1998, investive administrative N° 34/12, juridique, jugement non publié.

Cour suprême libyenne, investive criminelle, N° 102/20, Revue de la Cour suprême, 10^{ème} année juridique, N° 1.

Cour suprême libyenne, promulgué le 13 novembre 1983, investive administrative n°16/27, année judiciaire n° 21, Revue de la Cour suprême. 1^{ère} édition, 1984.

Cour suprême libyenne, recours administratif n° 23/14, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1978.

Cour suprême libyenne, recours administratif n° 23/36, Revue de la Cour suprême, N° 3, 1979.

Cour suprême libyenne, recours administratifs N° 40/44, Revue de la Cour suprême, n° 1, décembre 1994.

Cour suprême libyenne, 13 mars 2004, Recours administratif N° 46/582, non publié.

Cour suprême libyenne, 10 janvier 1974, Recours administratif N° 19/6, Revue de la Cour suprême, N° 1.

Cour suprême libyenne, 2 avril 1980, Recours administratif N° 25/23, Revue de la Cour suprême, N° 1.

Cour suprême libyenne, 20 juin 1970, Recours administratif N° 17/4, Collection annotée de Amrou, 1^{ère} partie, N° 254.

Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10^{ème} édition, Dalloz, 1993, n° 25.

Haute Cour administrative égyptienne du 22 mars 2003, Recours administratif n° 482175, Collection des principes juridiques, 3^{ème} partie, 2005.

Recueil des grands arrêts, 5^{ème} édition, 1969.

TA de Dijon, 20 février 2003, AJDA, 2003.

TA de Rennes, 19 janvier 1994, Préfet du Morbihan, Marchés publics, n° 282.

TA de Versailles, 31 décembre 1999, Requête n° 992791.

TA de Pau, 13 mars 1997, Préfet des Landes, AJDA, 1997.

TC, 17 décembre 2001, Recueil Lebon.

TC, 19 juin 1952, Recueil Lebon.

TC, 21 novembre 1984, Tunnel du Saint Marie, Recueil Lebon.

TC, 22 octobre 2001, Commune de Villepinte, Société NRG, Recueil Lebon, 2001.

TC, 8 juillet 1963. Entreprise Peyrot, Revue de Droit public, 1963.

Sites Internet

<http://www.colloc.bercy.giuv.fr/colo.struc-marc-publ/juri-3/exe-comp.html/top>.

<http://www.juristudiant.com/forum>.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1957_num_9_2_10883

<http://www.theses.fr/2014PA020086/document>

[http://www.optionf.php.index/home/com.agouniversity.](http://www.optionf.php.index/home/com.agouniversity)

[http://www.jusoor.org.](http://www.jusoor.org)

<http://www.legifrance.gouv.fr>

Résumé de la thèse en français

Cette Thèse est intitulée « **Les droits et les obligations des parties du contrat administratif entre les droits français et libyen. Etude comparative** ». La première partie traite des pouvoirs de l'administration face à son contractant ; les pouvoirs dont l'administration dispose sont autant de droits exercés à l'égard du cocontractant, qu'elle tire de ses prérogatives légales dans l'organisation de la gestion des services publics et qui constituent l'axe de son action. L'administration dispose ainsi du pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat administratif, du pouvoir de modification unilatéral de ce même contrat et du pouvoir d'infliger des pénalités à son cocontractant dans le cas où il aurait manqué à ses obligations contractuelles. La deuxième partie a été consacrée aux droits et obligations du cocontractant. Celui-ci tire ses droits du contrat administratif et l'administration devra donc en assurer l'exécution de telle sorte qu'il puisse réaliser ses droits dont les plus importants sont les droits financiers qui constituent la motivation réelle qui l'ont poussé à contracter. En contrepartie de ces droits, de nombreuses obligations pèsent sur le cocontractant et parmi elles, les plus marquantes sont celles de l'exécution personnelle qu'il doit mener dans les délais fixés.

Mots clés en français

Contrat administratif, administration, droits, obligations, clauses, cocontractant, modifications, réalisation, financier, pouvoirs, droit français, droit libyen.

Summary of the thesis in English

This thesis is entitled: “**The rights and obligations of the parties of the administrative agreement between the French and Libyan rights. Comparative analysis**”. The first part deals with the powers of the administration against its contractor; the powers available to the administration are all rights exercised in respect of the other party, it derives its legal prerogatives in the organization of the management of public services and constitute the axis of its action. The administration and execution has the power to control the administrative contract, the unilateral power of amendment of that contract and the power to impose penalties to the other contracting party if it breached its contractual obligations.

The second part was devoted to the rights and obligations of the contracting party. It derives its rights of administrative contract and the administration will have to enforce it so that it can carry out its duties, the most important are the financial rights which constitute the real motivation that led him to contract. In return for these rights, many obligations weighing on the other party and among them the most notable are those of personal performance that must be taken in a timely manner.

Keywords in English

Administrative contract, administration, rights, obligations, covenants, counterparty, modifications, production, financial, powers, French law, Libyan law.

Table des Matières

Sommaire	6
Introduction générale.....	7
Chapitre Préliminaire : La notion de contrat administratif.....	16
Section 1 : Le concept de contrat administratif.....	16
Sous-section 1 : La définition du contrat administratif	17
A : La définition du contrat administratif selon la loi française	17
B : La définition du contrat administratif selon la loi libyenne	20
Sous-section 2 : La création du contrat administratif.....	23
A : La création du contrat administratif en France	23
B : La création du contrat administratif en Libye	27
Section 2 : les critères distinctifs du contrat administratif.....	30
Sous-section 1 : le critère juridique du contrat administratif.....	31
A. Le critère juridique du contrat administratif en France.....	31
B. Le critère juridique du contrat administratif en Libye	33
Sous-section 2 : Le critère judiciaire du contrat administratif.....	37
A. Que l'un des contractants appartienne à l'administration publique.....	39
B. Que le contrat soit en rapport avec un service public	43
C. Que le contrat comprenne des conditions exceptionnelles inhabituelles aux contrats du droit privé	47
Conclusion du chapitre préliminaire	54
Partie I : Les pouvoirs de l'administration face à son cocontractant	56
Chapitre 1 : Le pouvoir de contrôle et de modification.....	58
Section 1 : Le pouvoir de contrôle	58
Sous-section 1 : La notion de pouvoir de contrôle	59
A. Définition du pouvoir de contrôle.....	59
1. La notion étroite de contrôle des contrats administratifs	60
2. La notion extensive de contrôle des contrats administratifs	61
B. Les limites du pouvoir de contrôle de l'administration sur les contrats administratifs....	67
1. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de concession	69
2. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de travaux publics	74
3. Les limites du pouvoir de contrôle sur les contrats de fournitures	78

Sous-section 2 : La nature juridique du pouvoir de contrôle.....	81
A : La base légale du pouvoir de contrôle	81
1. Le pouvoir de contrôle fondé sur un texte.....	82
2. Le pouvoir de contrôle non fondé sur un texte.....	84
B : Les étapes du contrôle sur les contrats administratifs	88
1. Le contrôle dans la phase préparatoire à la conclusion du contrat administratif	88
2. Le contrôle dans la phase de conclusion du contrat administratif	89
3. Le contrôle dans la phase d'exécution du contrat administratif.....	94
Section 2 : Le pouvoir de modification unilatérale	96
Sous-section 1 : Le fondement juridique du pouvoir de modification unilatérale	97
A : La question de l'existence du pouvoir de modification unilatérale	97
1. L'opinion qui s'oppose au pouvoir de modification unilatérale.....	97
2. L'opinion qui soutient l'existence du pouvoir de modification unilatérale.....	101
B. Les restrictions au pouvoir de modification.....	106
1. La modification doit se limiter aux clauses relatives au service public.....	107
2. La modification ne doit pas excéder l'objet du contrat	108
3. Les décisions de modification doivent être prises dans les limites du principe général de légalité	110
4. La modification doit répondre à un changement de circonstances.....	111
Sous-section 2 : La nature juridique de la modification du contrat.....	113
A. Les formes de la modification dans le contrat administratif	113
1. La modification du volume des obligations du cocontractant.....	113
2. La modification des voies et moyens d'exécution stipulés	115
3. La modification de la durée d'exécution du contrat	117
B. Les applications du pouvoir de modification dans les contrats administratifs.....	119
1. Le pouvoir de modification dans les contrats de concession.....	119
2. Le pouvoir de modification dans les contrats de travaux publics	121
3. Le pouvoir de modification dans les contrats de fournitures	124
Conclusion du chapitre 1	126
Chapitre 2 : Le pouvoir de sanction	127
Section 1 : Les règles générales régissant les sanctions administratives.....	127
Sous-section 1 : Le fondement juridique du pouvoir de sanction	128
A. L'évolution du fondement du pouvoir de sanction.....	128
B. L'étendue du pouvoir de sanction de l'administration	132

1. Les opinions qui soutiennent un pouvoir de sanction propre à l'administration	132
2. Les opinions qui contestent le pouvoir de sanction de l'administration	136
Sous-section 2 : Les garanties reconnues au cocontractant	138
A. La mise en demeure du cocontractant	139
B. La motivation de la décision de sanction	144
Section 2 : Les types de sanctions édictées par l'administration contre son cocontractant	149
Sous-section 1 : Les sanctions pécuniaires dans le contrat administratif	150
A : La pénalité de retard	150
1. La définition de la pénalité de retard	151
2. Les spécificités de la pénalité de retard	155
a. La pénalité de retard a un caractère conventionnel	155
b. La pénalité de retard est automatique.....	156
c. La pénalité de retard est édictée sans nécessité de prouver le préjudice	157
B : La saisie du cautionnement.....	158
Sous-section 2 : Les sanctions non pécuniaires dans le contrat administratif	162
A : Les sanctions coercitives	163
1. La mise en régie	164
2. L'exécution aux frais du cocontractant	168
B : La sanction résolutoire	171
Conclusion du chapitre 2	177
Conclusion de la première partie	177
Partie II : Les droits et les obligations du cocontractant	178
Chapitre 1 : Les droits du cocontractant.....	180
Section 1 : Le respect du contrat par l'administration	180
Sous-section 1 : Les droits généraux du cocontractant.....	181
A. L'étendue des obligations de l'administration découlant du contrat.....	181
1. L'obligation pour l'administration d'exécuter le contrat conclu	181
2. L'obligation pour l'administration d'exécuter le contrat de bonne foi	184
3. L'obligation pour l'administration de respecter le délai d'exécution.....	186
B. La sanction du non respect du contrat par l'administration.....	187
1. La nature juridique des sanctions édictées contre l'administration	188
2. Les pouvoirs du juge du contrat à l'égard de l'administration.....	190
Sous-section 2 : Les droits pécuniaires du cocontractant	193
A. Le prix.....	194

1. La fixation du prix	194
2. Le règlement du prix.....	200
B. Les redevances et les indemnités.....	205
1. Définition de la redevance	205
2. Les indemnités.....	209
Section 2 : L'équilibre financier du contrat	211
Sous-section 1 : La notion d'équilibre financier du contrat administratif.....	212
A. Le concept d'équilibre financier du contrat administratif	212
1. Définition de l'équilibre financier du contrat administratif	212
2. Le fondement de l'équilibre financier du contrat administratif.....	216
B. Création et évolution de la notion d'équilibre financier du contrat administratif	218
Sous-section 2 : Les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat administratif	221
A. La théorie de l'imprévision.....	221
1. La notion d'état d'imprévision.....	221
2. Les conditions de l'état d'imprévision	225
3. Les effets résultant de l'état d'imprévision	230
B. La théorie du fait du prince	234
1. Définition de la théorie du fait du prince	234
2. Les conditions d'application de la théorie du fait du prince	236
3. Les effets résultant de la théorie du fait du prince	241
Conclusion du chapitre 1	244
Chapitre 2 : Les obligations du cocontractant de l'administration.....	245
Section 1 : L'obligation d'exécuter personnellement	246
Sous-section 1: La notion d'exécution personnelle.....	246
A. La définition de l'exécution personnelle	247
B. Les effets de l'exécution personnelle.....	250
1. L'effet produit sur l'exécution du contrat par le décès du cocontractant	251
2. L'effet produit sur l'exécution du contrat par la faillite du cocontractant.....	254
Sous-section 2 : La cession du contrat	256
A. La cession totale du contrat	256
1. La cession du contrat sans l'acceptation de l'administration.....	257
2. La cession du contrat avec l'accord de l'administration	259
B. La sous-traitance	262
1. Définition de la sous-traitance	263

2. Les effets de la sous-traitance	267
Section 2 : L'obligation d'exécuter dans la durée déterminée.....	271
Sous-section 1: La fixation de la durée d'exécution du contrat administratif	272
A. La notion de fixation de la durée	272
1. La définition de la fixation de la durée.....	272
2. La mention de la durée.....	275
B. La prolongation de la durée d'exécution du contrat.....	278
1. Le service public comme fondement de la force contraignante du délai d'exécution	279
2. Les motifs de prolongation du délai d'exécution du contrat	281
Sous-section 2 : La fin de la durée d'exécution du contrat	285
A. La fin du marché de travaux publics	286
1. La livraison provisoire.....	288
2. La livraison définitive.....	291
B. La fin du marché de fourniture et du contrat de concession.....	294
1. La fin du marché de fourniture.....	294
2. La fin du contrat de concession.....	299
Conclusion du Chapitre 2	302
Conclusion de la Partie II	302
Conclusion générale	304
Bibliographie	313
Les ouvrages.....	313
Les Thèses et Mémoires.....	319
Les articles.....	322
Les législations.....	325
Les Jurisprudences.....	325
Sites Internet.....	330
Résumé de la thèse en français.....	332
Summary of the thesis in English	332
Table des Matières	333