

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple-Un But-Une Foi

Ministère de la Justice



**CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE**

**TRAVAUX DE FIN DE FORMATION**

**ANNOTATION**



**Des articles 55 à 75 du Code des Obligations de l'Administration**

**Présentés par l'auditeur de justice :**

**Abdoulaye DIENG**

**Section Magistrature**

**Promotion 2020-2022**

## SOMMAIRE

SOMMAIRE .....	1
REMERCIEMENTS .....	2
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS .....	3
NOTE INTRODUCTIVE .....	4
Titre III : De l'exécution des contrats Administratifs .....	8
Article 55 : Interprétation des contrats .....	8
Article 56 : Effet relatif du contrat .....	9
Article 57 : Stipulation pour autrui .....	12
Article 58 : Caractère généraux de l'exécution .....	13
Article 59 : Exécution correcte.....	13
Article 60 : Exécution intégrale.....	13
Section II : Des obligations du cocontractant de l'Administration .....	15
Article 61 : Sources des obligations .....	15
Article 62 : Caractère de l'exécution.....	15
Article 63 : Exécution correcte.....	16
Article 64 : Exécution personnelle .....	16
Article 65 : Cession et sous-traités .....	21
Article 66 : Effets de la cession.....	22
Article 67 : Effets du sous-traité .....	23
Article 68 : Décès du cocontractant .....	25
Article 69 : Faillite ou liquidation judiciaire du cocontractant .....	27
Article 70 : Détermination des délais d'exécution .....	29
Chapitre II : De la sanction des obligations des parties .....	31
Article 71 : Principe .....	31
Section 1 : Des sanctions applicables à l'administration .....	31
Article 72 : Caractère juridictionnel des sanctions.....	31
Article 73 :Les effets de l'inexécution par l'autre partie .....	36
Article 74 : Exclusion des injonctions.....	37
Article 75 : Respect des obligations contractuelles.....	41
ANNEXE .....	45

## **REMERCIEMENTS**

Je rends grâce à Allah et à Son Prophète (Psl) de m'avoir donné le privilège et la force d'accomplir cette exaltante mission.

Mes remerciements les plus chaleureux à toute ma famille plus particulièrement à mes parents, à mon épouse et ma fille qui m'ont soutenu pour parachever ce parcours. Je ne saurais oublier mes amis qui m'ont témoigné affection et compassion dans toutes les épreuves de la vie. Que toutes les personnes qui ont contribué de près ou de loin à ce résultat, trouvent ici l'expression de toute ma gratitude et ma reconnaissance.

Mes sincères remerciements à Monsieur le Directeur général du Centre de Formation Judiciaire, à ses proches collaborateurs ainsi qu'à l'ensemble de son personnel.

Enfin, des remerciements très particuliers à l'endroit de l'ensemble de mes camarades de promotion, une seconde famille pour moi, qui ont en permanence cultivé l'esprit d'entraide, de partage, de critiques objectives et constructives pour que l'on tende toujours vers l'excellence, la compétence et à un haut degré de professionnalisme.

## **LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS**

**AJDA** : Actualité Juridique du Droit Administratif

**ARMP** : Autorité de Régulation des Marchés publics

**CA** : Cour d'appel

**CE** : Conseil d'Etat

**CMP** : Code des Marchés publics

**COA** : Code des Obligations de l'Administration

**COCC** : Code des Obligations civiles et commerciales

**CPC** : Code de Procédure civile

**CRD** : Comité de Règlement des Différends

**DCMP** : Direction centrale des Marchés publics

**JORS** : Journal officiel de la République du Sénégal

**Rec** : Recueil

**TGI** : Tribunal de Grande Instance

**TGIHCD** : Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar

## NOTE INTRODUCTIVE

La construction du droit des contrats administratifs s'est élaborée progressivement pour devenir par la suite une véritable théorie générale.

Les contrats administratifs revêtent une importance particulière dans un Etat, ils permettent aux personnes publiques d'intervenir dans les secteurs de l'activité économique.

En effet, cette théorie est née de la pratique administrative française qui s'est efforcée de rationaliser le contenu des contrats pour aboutir peu à peu à leur codification.

C'est dans ce sillage, que le Sénégal, cinq ans après son accession à la souveraineté internationale, a pris l'option de codifier la jurisprudence administrative d'alors relative à la responsabilité et au contrat en adoptant la loi du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA)<sup>1</sup>.

Cependant, il faut relever que le COA a consacré la dualité du régime juridique des contrats de l'administration à travers son « Titre Préliminaire » en distinguant d'une part les contrats administratifs soumis au droit administratif et d'autre part les contrats relevant du droit privé<sup>2</sup>.

Mais, il accorde une place suffisamment privilégiée aux contrats qualifiés d'administratifs car sur 148 articles qu'il comporte, 140 sont consacrés à ces derniers.

Cette importance des contrats administratifs a amené l'éminent Professeur Yves GAUDEMET dans une étude récente, à se poser la question : Les contrats administratifs sont-ils des contrats ?<sup>3</sup> Selon GAUDEMET : « on croyait la controverse d'un autre âge car sans doute, ils ne sont pas nés tels, et les marchés de l'Ancien Régime, sous des dénominations et avec un contenu variable, ne présentaient ordinairement pas les caractères du contrat et n'étaient pas vécus comme tels, en particulier pas le marché de travaux publics, la concession ou la ferme. Aujourd'hui encore, on en chercherait vainement l'entrée « contrats » dans les tables du Recueil Lebon, le terme n'y apparaît que sous la rubrique « marchés et contrats ».

---

<sup>1</sup> J.O.R.S du 28 aout 1965.

<sup>2</sup> Lamarque, la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé, A.J.D.A.1961.123.

<sup>3</sup> Dossier AJDA 2003, p.970 et suivants

Il poursuivait en affirmant que : « Le sentiment que tout l'effort de la jurisprudence et de la doctrine, depuis le XIX siècle, avait tendu avec succès à dégager de ces pratiques juxtaposées une catégorie générique du contrat administratif appartenant elle-même à la grande famille du contrat, et singularisée simplement comme c'est le cas d'autres contrats, outre la référence organique à la présence d'une personne publique, par certaines spécificités d'objet ou de régime ».

C'est pour souligner que toute étude consacrée au contrat administratif pose de prime abord la problématique de son identification autrement dit quels sont les critères que le COA à dégager pour qualifier un contrat d'administratif ?

Avant la réforme du COA en 2006 (Loi n°2006-16 modifiant la loi n°65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration), les critères d'identification des contrats trouvaient leur siège au niveau des articles 5 à 15 qui distinguaient d'une part les contrats administratifs par détermination de la loi et d'autre part les contrats administratifs par nature.

Pour les premiers, cette détermination pouvait être législative ou réglementaire tandis que pour les seconds, le législateur sénégalais s'est largement inspiré du droit français en codifiant la jurisprudence française existante au moment de l'adoption du Code en 1965.

En effet, s'agissant des contrats par nature, le COA a dégagé deux critères pour qualifier un contrat d'administratif : le premier permanent est relatif à la présence d'une personne publique et le second matériel qui se présente sous forme alternative à savoir la présence de clauses exorbitantes de droit commun ou la mission de service public.

Avec la réforme intervenue, il y a une remise en cause du critère alternatif et le maintien des autres critères. Selon les nouvelles dispositions du COA, la participation à l'exécution d'un contractant à un service public est réalisée par voie de délégation de service public ou sur la base d'un contrat de partenariat.

Ainsi, en présence d'une convention de délégation de service public ou d'un contrat de partenariat, la qualification de contrat administratif par détermination de la loi ne souffre d'aucun doute conformément à la terminologie du COA.

La nouveauté réside dans le fait que la participation au service public n'est plus déterminée par le juge mais par le législateur.

Cependant, rien n'empêche le juge de l'Administration, en dehors de ses cas de se référer à la participation du cocontractant à l'exécution du service public.

C'est à travers cette définition législative du contrat administratif, que se manifeste tout l'apport de la jurisprudence administrative française, qui a joué un rôle fondamental avec l'aide de la doctrine, en forgeant un corps de règles applicables à tous les contrats administratifs et constituant progressivement un ensemble cohérent et complet, original par rapport au droit privé, qui devient un droit autonome, animé par des idées fortes tirées des principes du droit public. L'une de ces idées colore le droit des contrats administratifs des teintes les plus vives : la partie administrative, poursuivant l'intérêt général, est préoccupée du bon fonctionnement des services publics, par conséquent ne saurait se délier entièrement de ses prérogatives de puissance publique dans le dialogue contractuel.

Aujourd'hui, l'usage de la technique contractuelle est fréquent, amenant ainsi l'administration à davantage se départir de son impérium pour parvenir à un accord bilatéral que certains auteurs désignent sous l'expression « administration contractuelle<sup>4</sup> ».

Ce phénomène, chemin faisant, s'est amplifié lorsque le constat de l'inadaptation de certains modes de procédures et critères de choix du cocontractant de l'administration a posé la lancinante question de l'efficacité de la dépense publique ou celle plus en vogue de la commande publique ou de l'achat public. C'est ainsi qu'en application des dispositions relatives aux modes de conclusion de contrats administratifs (articles 23 à 37) qu'un décret portant réglementation des marchés publics a été adopté pour la première fois en 1982 (Décret 82-690 du 07 septembre 1982) et fera l'objet de plusieurs modifications dont la dernière date de 2020 (Décret 2020-22 du 07 janvier 2020) pour être en conformité avec les directives du droit communautaire pour mieux prévoir, organiser et réguler certains contrats de l'administration d'un type particulier mais qui reste toujours soumis de façon générale aux dispositions du COA.

---

<sup>4</sup> Cette expression est empruntée au Professeur Demba SY, Cours Polycopié de Droit Administratif, FSJP/UCAD, année universitaire 2002-2003, pp.49-50.

Ainsi, l'étude envisagée aura pour vocation de faire des annotations des articles 55 à 77 du COA figurant au Chapitre III du Titre III du Livre Premier « Des contrats de l'Administrations », à la lumière de la jurisprudence sénégalaise rendue sur le fondement de telles dispositions et en cas de leur absence d'invoquer celle française et au besoin la doctrine. Celle-ci ne manquera pas en cas de besoin d'invoquer les dispositions du Code des Marchés publics (CMP) mais surtout au contentieux juridictionnel y relatif pour une meilleure compréhension et application des articles du COA.

D'emblée, il faut remarquer qu'au Sénégal, la jurisprudence administrative joue un rôle secondaire dans la mesure où le droit administratif codifié occupe une place prépondérante dans le droit positif sénégalais.

Ce constat n'enlève en rien à l'étude envisagée, un double intérêt théorique et pratique.

Au plan théorique, elle permettra de mesurer tout l'apport de la doctrine française dans l'établissement des principes et règles régissant l'organisation, le fonctionnement de l'administration ainsi que le traitement du contentieux y relatif.

Au plan pratique, de voir si la codification a favorisé l'essor du droit et du contentieux administratif au Sénégal ou au contraire si elle a contribué à la cristallisation des règles juridiques d'autant plus que ces dernières résultent essentiellement de l'œuvre prétorienne du juge administratif français, qui, d'époque à époque, a su adapter la notion d'intérêt général, de service public aux exigences du moment.

Cette démarche se justifie du fait que tout travail de recherches touchant le contentieux des contrats administratifs au Sénégal, doit préalablement lever un obstacle de taille mais pas insurmontable, celui de l'inaccessibilité voire de la rareté des décisions ayant traits à ce contentieux malgré l'existence d'un COA depuis 1965.

Ainsi, pour pallier à ce déficit, la jurisprudence française sera d'un grand apport d'autant plus qu'elle a fortement évolué sur certains aspects du COA.

## **Titre III : De l'exécution des contrats Administratifs**

### **Article 55 : Interprétation des contrats**

Les contrats administratifs s'interprètent suivant la commune intention des parties en tenant compte de la collaboration du cocontractant au service public, des prérogatives de la puissance publique, des changements de circonstances et de l'équilibre financier du contrat.

**En l'absence de volonté expressément manifestée par les parties dans un contrat administratif, il incombe au juge de l'administration d'interpréter leur silence et de rechercher leur commune intention** (Conseil d'Etat, 10 janvier 1902, La Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-Lès-Rouen-Annexé).

#### **Note**

A l'image de la loi, les contrats peuvent parfois susciter des difficultés d'interprétation. En premier lieu, les contrats ne sont pas toujours rédigés de manière claire. D'autre part, si un litige s'élève à propos du contrat, il est inexorable que les parties contestent le sens et la signification des clauses du contrat en initiant un recours en interprétation. Cette dernière va requérir l'intervention du juge. Elle est considérée comme une question de fait. La conséquence est que celle-ci relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui cependant après avoir cherché la commune volonté des parties devra obligatoirement prendre en compte la spécificité du contrat administratif conclu dans le but de mieux pourvoir à la satisfaction des besoins d'intérêt général. Il s'y jointe que le contrat administratif se particularise par le fait qu'il est conclu dans le cadre de l'exécution d'un service public, à laquelle collabore, à des degrés divers, le cocontractant de l'administration.

Cette quête perpétuelle de la satisfaction des besoins d'intérêt général prime sur toute autre considération et prévaut éventuellement sur les relations contractuelles. De ce fait, le régime juridique du contrat administratif est marqué de traits particuliers suffisamment nets pour que l'on puisse affirmer son autonomie par rapport à la théorie générale des contrats.

Il s'ensuit de l'instauration d'un équilibre particulier dans les relations contractuelles de droit public ; l'égalité est rompue au profit de l'administration dès lors que le service public l'impose, et par là, le contrat n'est plus une loi pour les parties : la partie administrative dispose en effet du droit d'utiliser certaines prérogatives exorbitantes du droit commun.

Mais, pour éviter que le cocontractant ne soit lésé, il bénéficie de contreparties à un autre niveau par le jeu du principe de l'équilibre financier qui se traduit par le droit à une compensation financière (voir infra développements sous l'article 64).

Cette construction originale est l'œuvre de la jurisprudence administrative française systématisée par la doctrine dès le début du 20 siècle.

Le C.O.A en reprend ici, les principales règles, en mettant particulièrement l'accent sur l'originalité de la construction traduisant ainsi un aspect doctrinal très marqué et fort cohérent<sup>5</sup>.

### **Article 56 : Effet relatif du contrat**

Les contrats administratifs n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; ils ne nuisent pas aux tiers et ne leur profitent que dans le cas prévu à l'article suivant.

**Est recevable à contester la légalité de l'acte administratif portant approbation d'un contrat devant le juge de l'excès de pouvoir, le tiers qui se prévaut d'intérêts auxquels l'exécution dudit contrat est susceptible de porter une atteinte directe et certaine, sans pouvoir soulever dans le cadre d'un tel recours que les vices propres à l'acte d'approbation et non ceux relatifs au contrat lui-même.** (CS, 13 juin 2019 Massokhna KANE et O8 autres c/Etat du Sénégal-Annexé).

**A privé sa décision de base légale, un tribunal qui, après avoir rejeté une exception d'incompétence, a déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt à agir une action en annulation initiée par des tiers fondée sur la violation des clauses réglementaires d'un contrat de concession de service public, alors qu'il devait se déclarer incompétent et conformément à l'article 114 du Code de Procédure civile, renvoyer les parties devant la Cour suprême compétente** (CA Arrêt n°50 du 07-03-2019, Massokhna KANE, Abdel Kader Djilali LO et autres-Annexé).

---

<sup>5</sup> L'HUILIER, Les contrats administratifs tiennent-ils de loi à l'Administration ? D.1953.chr.87 ; A. de LAUBADERE, Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, R.D.P.1954.36

**Est recevable en matière d'excès de pouvoir, l'auteur d'une intervention volontaire dès lors qu'il justifie d'un intérêt à intervenir ou à agir** (CS 12 avril 2012 ARTP c/ Comité de Règlement des Différends et un autre arrêt rendu le même jour Association sénégalaise des Hémodialysés et Insuffisances rénaux c/ARMP-Annexé).

**Est recevable a contesté par la voie d'un recours de pleine juridiction, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif** (CE Ass, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux et Signalisation-Annexé).

**Est recevable à former devant le juge du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses** (CE Ass, 04-04-2014, Département de Tarn-et-Garonne).

### **Note**

En effet, le COA à travers son article 140 ne prévoyait que la possibilité d'attaquer par la voie du le recours pour excès de pouvoir que contre les actes détachables du contrat notamment :

- l'autorisation de contracter ;
- la décision de contracter ou de ne pas contracter ;
- l'approbation du contrat ;
- l'acte de conclusion du contrat ou le refus de conclure.

Cependant, la jurisprudence administrative française a consacré dans l'arrêt CAYZEELE de 1996<sup>6</sup> que les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement d'un contrat de concession de service public, ont une nature réglementaire et pouvaient de ce fait, être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir. En effet, l'objet d'un tel contrat est de confier à un organisme la gestion d'un service public moyennant rémunération perçue sur les usagers, qui en réalité sont de véritables tiers par rapport audit contrat de concession.

Cette œuvre prétorienne récente du juge administratif français ne pouvait pas être envisagée au moment de l'adoption du COA en 1965.

---

<sup>6</sup>CE Ass., 10 juillet 1996, Rec Lebon 138536.

Mais, la jurisprudence administrative sénégalaise a consacré une telle solution dans l'arrêt de la CA de Dakar ci-dessus cité.

Ainsi, l'effet relatif du contrat voudrait que seules les parties soient tenues par les obligations qui en découleraient. Le principe de la force obligatoire voudrait que les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, le contrat peut être contraignant mais seulement pour ceux qui en sont parties.

Mais dans la science du droit administratif en réalité, « le tiers devient de plus en plus agissant au niveau contentieux, or ses actions ne sont pas forcément vouées à l'échec. Au contraire, elles sont de plus en plus accueillies par le juge administratif »<sup>7</sup>.

En effet, le CE français à travers la décision Société Tropic Travaux Signalisation (ci-dessus) ouvrait aux concurrents évincés de la conclusion du contrat administratif, une voie de recours spécifique, de plein contentieux, formée devant le juge du contrat administratif, pour contester la validité d'un contrat administratif.

Cette création prétorienne fermait par là-même, la possibilité d'attaquer le contrat pour les autres tiers par cette voie de recours. Seule la contestation des actes détachables au contrat leur permettaient de contester la validité du contrat administratif auquel ils n'avaient pas pris part, devant le juge de l'excès de pouvoir. Il subsistait donc, deux contentieux différents selon la qualité du requérant.

La décision du CE « Département de Tarn et Garonne » met fin au recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats administratifs pour les tiers et leur ouvre de manière conditionnée, le recours en contestation de la validité des contrats administratifs devant le juge du contrat.

Ainsi, le juge administratif a admis pour les tiers au contrat la possibilité de contester la validité d'un contrat administratif par la voie du recours en contestation du contrat (recours Tropic) tout en fermant la voie de recours qui leur était jusqu'à lors réservée. C'est la fin de la jurisprudence Martin (Ce, 4 août 1905) et d'une dualité de contentieux. Dorénavant la contestation de la validité du contrat, qu'elle soit intentée par un concurrent évincé ou par un quelconque tiers au contrat, est un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat.

---

<sup>7</sup> JURVILLIERS-ZUCCARO (Elisabeth), Le tiers en droit administratif, Thèse de Droit Public, Université de Nancy, 2010, P.33.

De fait, l'orientation de la jurisprudence produite par la Cour suprême depuis 2008 incite à croire que le tiers s'invite au procès fait à un marché public. A titre d'exemple, l'article 20 du décret portant Organisation et fonctionnement de l'ARMP a prévu la procédure de dénonciation à l'initiative des tiers. Il ressort de cet article que le comité de Règlement des Différends est chargé de recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne ayant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégation de service public (02 arrêts du 12 avril 2012 de la CS ci-dessus). Voilà, une généreuse opportunité pour provoquer l'ouverture d'une enquête pouvant remettre en cause le marché. Dans tous les cas, le lien de causalité de cette ingérence pourrait s'apprécier de manière volontaire ou involontaire.

### **Article 57 : Stipulation pour autrui**

Les parties peuvent stipuler au profit d'un tiers. Les dispositions du Code des Obligations civiles et commerciales sont applicables aux stipulations pour autrui contenues dans un contrat administratif.

**Relève de la compétence de la juridiction administrative, le litige relatif à l'assurance garantissant la responsabilité décennale du constructeur auquel une autorité administrative a attribué un marché public de construction, qui en réalité s'analyse comme une stipulation pour autrui** (T.confl., 5 juillet 2021 n°4223, Société Cari-Fayat-Annexé).

### **Note**

Le renvoi au Code des Obligations civiles et commerciales (C.O.C.C) est très édifiant en l'espèce, dans la mesure où la stipulation pour autrui, est un des mécanismes original de la théorie générale du droit des obligations.

En effet, ce sont les articles 114, 115 et 116 du C.O.C.C qui sont relatifs à la stipulation pour autrui et traitent respectivement de ses conditions de validité, de ses effets et de la situation de la personne qui en bénéficie appelée le tiers bénéficiaire.

D'abord, en ce qui concerne les conditions de sa validité, la stipulation au bénéfice d'un tiers est valable, dès lors qu'elle est acceptée par le promettant et que le stipulant y a intérêt. Une telle stipulation peut être faite au profit de personnes simplement déterminables ou de personnes futures.

Ensuite s'agissant de ses effets, le stipulant peut contraindre le promettant à exécuter sa promesse. Le stipulant peut révoquer la stipulation tant que le tiers bénéficiaire ne l'a pas acceptée. Cette acceptation peut intervenir après le décès du stipulant.

Enfin, le tiers bénéficiaire acquiert par la stipulation un droit direct contre le promettant. Cependant, le promettant peut opposer au tiers les exceptions que le contrat lui permettait de faire valoir contre le stipulant.

Ainsi, il ressort de la combinaison de ces articles que la stipulation pour autrui est un contrat par lequel une partie appelée le stipulant, obtient d'une autre appelée le promettant, l'engagement qu'elle donnera ou fera, ou ne fera pas quelque chose au profit d'un tiers appelé bénéficiaire.

Il faut signaler que ce mécanisme malgré qu'il est prévu par le COA est peu usité par les parties dans les contrats administratifs.

Mais, il subsistait des zones d'ombre s'agissant de son contentieux en droit positif français : qui, du juge de l'ordre judiciaire ou administratif était compétent en cas de litige relatif à une stipulation faite dans le cadre d'un contrat administratif ?

Il a fallu l'intervention de l'arrêt du Tribunal des conflits ci-dessus pour trancher la question en donnant compétence à la juridiction administrative.

### **Article 58 : Caractère généraux de l'exécution**

L'Administration doit exécuter ses engagements contractuels ; l'exécution doit être correcte, intégrale et intervenir dans le délai prévu.

### **Article 59 : Exécution correcte**

Pour être correcte, l'exécution par l'Administration de ses obligations commerciales doit satisfaire aux règles techniques et être faite de bonne foi.

### **Article 60 : Exécution intégrale**

Sauf si les nécessités du service public l'imposent et si la loi l'autorise, l'Administration doit exécuter intégralement les obligations qu'elle a contractées.

**Manque à son devoir d'exécution correcte, intégrale et dans les délais, l'autorité administrative contractante, qui, après avoir informé son cocontractant de l'attribution définitive d'un marché, s'abstient à son démarrage sans aucune raison valable** (Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar N°1111 du 15 novembre 2018, La société SENECARTOURS c/Agence des Aéroports du Sénégal dite ADS-Annexé).

### **Note**

Les articles 58, 59 et 60 ci-dessus rappellent avec solennité, que le contrat administratif, comme tout autre contrat comporte des effets obligatoires pour les parties autrement dit c'est la loi de ces dernières. Chacune des parties est tenue d'exécuter ses engagements contractuels. En cas de manquement à cette obligation fondamentale, la sanction sera l'allocation de dommages et intérêts ou la résiliation aux torts de la partie défaillante et éventuellement l'engagement de sa responsabilité contractuelle.

Cependant, au regard de sa mission consistant à pourvoir à la satisfaction des besoins d'intérêts générale et d'assurer la continuité du service public, l'Administration dispose de pouvoirs exorbitants du droit commun en ce qui concerne l'exécution du contrat administratif.

En effet, la satisfaction de l'intérêt général exige que l'administration puisse modifier en cours d'exécution, le contrat administratif pour l'adapter à toute situation nouvelle préjudiciable à celle-ci.

Mais, l'Administration est toujours tenue de remplir intégralement et de bonne foi, les obligations contractées notamment celles de payer les prix convenus tandis que son cocontractant, en plus d'une exécution personnelle, est tenu rigoureusement aux mêmes obligations.

D'ailleurs, les obligations de ce dernier sont plus vastes, car ainsi qu'il est précisé à l'article 61, elles résultent non seulement du contrat, des dispositions législatives et réglementaires et des usages, mais également des prescriptions de la partie administrative.

En effet, la puissance publique dispose d'une position privilégiée lui donnant le droit d'user de prérogatives particulières, limitées toutefois aux exigences du service public en cause.

En principe, le cocontractant de l'administration est libre de choisir les modalités d'exécution du contrat, dans le cadre des obligations consenties. Néanmoins, l'administration dispose toujours d'un pouvoir de surveillance (art.108 C.O.A) afin de s'assurer d'une bonne exécution des clauses contractuelles et peut aussi se voir octroyer un pouvoir de direction, qui implique une intervention directe par ordre de service, auxquels son cocontractant est tenu de déférer.

Ces prérogatives sont cependant variables selon l'objet du contrat, elles sont plus étendues dans les marchés de travaux publics, et en ce cas, prévues dans les cahiers de charges ou les dispositions réglementaires applicables à ces types de marchés.<sup>8</sup>

En cas d'inexécution de ses obligations par une partie, des sanctions sont normalement prévues dans tous les contrats importants. Celles-ci sont cependant appliquées différemment selon que la partie fautive se trouve être l'administration ou son cocontractant (art. 71 C.O.A) ; alors qu'à l'encontre de la première l'intervention du juge est nécessaire (alinéa 2 de l'article 134 du C.O.A), les sanctions infligées au second peuvent l'être unilatéralement par l'autorité administrative (les articles 133, 135,136 et 137 du C.O.A), sous réserve d'une mise en demeure préalable. C'est là, un pouvoir dont dispose cette dernière, en dehors même de toutes stipulations (art.78 à 80 C.O.A).

D'ailleurs, il n'est pas exclu par les dispositions du COA, que l'administration pourrait rompre de manière unilatérale un contrat administratif.

## **SECTION II : DES OBLIGATIONS DU COCONTRACTANT DE L'ADMINISTRATION**

### **Article 61 : Sources des obligations**

Les obligations du cocontractant de l'Administration découlent des stipulations contractuelles, des dispositions législatives ou réglementaires, des usages et des prescriptions de l'Administration contractante dans les cas où le pouvoir de les édicter lui est reconnu.

### **Article 62 : Caractère de l'exécution**

Le cocontractant de l'Administration est tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent. L'exécution doit être conforme aux modalités prévues par le cahier des charges, correcte, de bonne foi, personnelle et intervenir dans les délais prévus.

---

<sup>8</sup> C.E. 26 oct.1962.Sté Havraise de constructions navales, Rec. p.312.

### **Article 63 : Exécution correcte**

Le caractère correct de l'exécution et la diligence du cocontractant de l'Administration s'apprécient en fonction des règles techniques et des circonstances propres à chaque espèce.

La considération des nécessités du service public auquel le cocontractant de l'Administration collabore est déterminante.

### **Article 64 : Exécution personnelle**

Le cocontractant de l'Administration est tenu d'exécuter personnellement le contrat.

#### **Note**

L'exécution du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration telle que prévue par les articles 61 à 64, montre les particularités voire les spécificités de la participation de ce dernier à la satisfaction des besoins d'intérêt général, constamment recherchée par la puissance publique dans la gestion de ses services publics. La mission de service public ainsi que les nécessités dudit service dont le cocontractant de l'Administration est associé, est source d'obligations inhérentes à sa bonne marche et conduite.

En effet, le principe de mutabilité résultait déjà de l'arrêt Gaz de Déville-lès-Rouen du 10 janvier 1902, qui avait admis la possibilité pour la collectivité concédante de demander à son concessionnaire de modifier les conditions d'exécution du service concédé. Mais, le Conseil d'Etat français avait essentiellement recherché l'intention des parties, en interprétant leur silence.

Pour amener son cocontractant à mieux appréhender la mission de service public qu'elle est investie, l'administration lors de la conclusion d'un contrat administratif peut établir des documents appelés cahiers de charges pour assurer et garantir la continuité du service public mais aussi de se prémunir de tout dysfonctionnement ou de toute mauvaise exécution.

Le cahier des charges est un ensemble de documents administratifs qui détermine les conditions d'exécution du contrat. C'est pourquoi le contrat administratif est souvent un contrat d'adhésion dans la mesure où ces conditions sont généralement préétablies et le cocontractant ne peut que les rejeter ou les accepter.

En l'absence d'une définition de la notion de cahiers de charges par le COA, il convient d'invoquer les dispositions de l'article 12 du Code des Marchés public qui prévoient que ces derniers peuvent avoir un double aspect : général et particulier.

Les premiers sont constitués par les cahiers :

- de clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à tous les documents, à tous les marchés de même nature ;
- des clauses techniques générales qui fixent les conditions et spécifications techniques applicables à tous les marchés de même nature ;
- de prescriptions spéciales qui fixent les clauses propres à chaque marché.

S'agissant des seconds, on peut distinguer les cahiers :

- des clauses administratives particulières qui précisent, complètent ou modifient les cahiers des clauses administratives générales ;
- des clauses techniques particulières qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution du marché et ils rassemblent les clauses techniques ou stipulations qui donnent une description précise des prestations à réaliser.

Documents établis unilatéralement par l'administration, les cahiers des charges posent un problème de détermination de leur nature. Et, l'intérêt de celle-ci réside dans le fait que selon qu'elles ont un caractère réglementaire ou contractuel, seront susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir.

Si la nature contractuelle des dispositions des cahiers de charges est largement admise dans les marchés publics, celles prévues dans un contrat de concession est parfois problématique dans la mesure où certaines de ses dispositions peuvent avoir une nature réglementaire.

Le contrat de concession se singularise par le fait qu'il est intimement lié à l'organisation et au fonctionnement d'un service public. Dès lors, l'autorité administrative garde un droit de regard sur l'exploitation d'un tel service. C'est ce qui fait la spécificité du cahier des charges des contrats de concession. Cette spécificité s'explique par le caractère réglementaire de certaines clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public (Conseil d'Etat 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-Seguey-Tivoli, GAJA 21éd, n°15).

Cependant, les clauses relatives à l'équilibre financier du contrat de concession sont considérées comme ayant une nature contractuelle.

S'agissant de la prérogative d'infliger des sanctions en cas de manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles (voir infra), n'est légale que si dans son contenu, a pour but d'assurer un bon fonctionnement du service public autrement dit sa continuité.

Le cocontractant de l'administration doit subir l'exercice par l'administration de ses prérogatives, sa collaboration au fonctionnement du service public lui impose cette sujétion.

Cependant, un contrat ne peut néanmoins se concevoir sans un certain équilibre, sans lequel l'administration ne trouverait plus aucun candidat à ses marchés. C'est pourquoi, un équilibre particulier, dont les contours ont été définis par le commissaire du Gouvernement Léon BLUM dans ses conclusions sous C.E 21 mars 1910, Compagnie générale des tramways GAJA n°23 p.135.

Ainsi, le principe de l'équation financière tiendrait lieu de garantie fondamentale au cocontractant de l'administration, de la même façon que le principe de l'immutabilité du contrat de droit privé est la garantie des relations particulières. Lorsqu'un particulier conclut avec l'administration, il prend en considération un certain équilibre entre les obligations auxquelles il souscrit et les avantages qu'il est en droit d'attendre. Le contrat peut se modifier, mais cet équilibre doit être maintenu ; si un terme est aggravé, une contrepartie est allouée, équivalente à la charge supplémentaire imposée. Les modalités pratiques des droits du cocontractant en découlent directement et les contreparties peuvent s'effectuer suivant deux procédés.

En premier lieu, par un droit à être indemnisé des charges supplémentaires imposées. En effet, ce problème se règle dans le cadre de la responsabilité contractuelle, dont les principes sont repris aux articles 94 et suivants du C.O.A. La responsabilité administrative peut découler d'un manquement, c'est-à-dire d'une faute de l'administration : celle-ci pourra être condamnée à verser des dommages et intérêts (art. 76 C.O.A) dont les modalités sont prévues dans le Code comme le fait de tarder à régler un acompte du.

Mais, c'est là l'aspect le plus intéressant, cette responsabilité peut être engagée sans qu'aucune faute n'ait été commise ou être la conséquence de l'usage légitime par la partie administrative d'une de ses prérogatives par exemple une modification du contrat convenu.

Dans ce cas, le préjudice résultant de l'intervention unilatérale est intégralement réparé (art 95 et 113 du C.O.A).

Ainsi est aménagé un système de responsabilité contractuelle sans faute.<sup>9</sup>

En second lieu, par un droit à la résiliation du contrat. La théorie de l'équation financière joue aussi longtemps que l'on ne s'éloigne pas trop des conditions premières dans lesquelles le contrat a été conclu. En revanche, si l'intervention administrative est trop considérable, et aboutit à rompre totalement l'équilibre, le cocontractant a le droit de se retirer ; plus exactement, il peut demander au juge de résilier le contrat. En effet, il ne peut être tenu à remplir des charges sans rapport avec celles pour lesquelles il s'était engagé. Il en sera ainsi si l'administration fixe au contrat un objet entièrement nouveau en modifiant l'ouvrage à construire, du mode de fabrication à appliquer ou si son intervention bouleverse l'économie générale de la convention par un accroissement considérable de la masse des prestations (cf. art. 112 et 114 in fine du C.O.A).

Cette construction originale permet de garantir les droits légitimes du cocontractant, tout en sauvegardant l'impératif premier du fonctionnement du service public.

Ce droit à l'équilibre financier suppose une indemnisation du cocontractant de l'administration dès lors qu'il subit des dommages ou qu'il doit engager des frais. Ce droit joue dans trois situations différentes qui ont données lieux à l'élaboration par le Conseil d'Etat français de théories particulières.

Premièrement, les sujétions imprévues. Ce sont des difficultés matérielles qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties. Lorsque le cocontractant de l'administration rencontre de telles sujétions imprévues, il peut demander à l'administration indemnisation des dépenses supplémentaires. C'est le cas d'un entrepreneur de travaux publics qui passe un contrat pour poser des canalisations sous une voie et il rencontre une roche très dure qu'il n'arrive pas à percer ou une nappe d'eau souterraine et donc doit faire des travaux en plus<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> André de LAUBADERE, La responsabilité contractuelle de l'administration, in Mélanges Mestre.

<sup>10</sup> CE 30 juillet 2003 Commune de Lens voir site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Deuxièmement, les faits du prince. C'est soit l'intervention de la personne publique contractante qui alourdit les charges financières du contrat, qui prend donc une mesure unilatérale qui rend l'exécution du contrat plus coûteuse pour le cocontractant. Ça peut venir de la personne publique contractante mais aussi d'une autre personne publique non partie au contrat (personne publique supérieure comme l'Etat ou inférieure comme une Collectivité territoriale).

En effet, l'Etat français a eu dans le passé à imposer un blocage des prix des matières premières suite aux circonstances de guerre<sup>11</sup>.

Il faut signaler le cas de la technique des polders consistant à gagner des terrains sur la mer et donc à stabiliser des plages pour pouvoir construire dessus. L'Etat propriétaire du domaine public maritime naturel, passe une convention d'occupation du domaine public avec une entreprise, qui s'appelle une concession d'endigage, qui a pour objet d'«exsonder» des terres et en vertu de ces concessions le propriétaire qui endigue devenait propriétaire de ces terres «exsondées». Les Communes intéressées, voulant s'opposer à ce genre d'opération puisqu'elles avaient obtenues depuis 1982 la maîtrise de leur sol grâce au plan d'occupation des sols ont décidées de rendre inconstructibles les parcelles en question et du coup du fait de l'intervention d'une collectivité publique territoriale, la concession d'endigage passé entre l'Etat et la Société civile des Néopolders est rendue impossible. La théorie du fait du prince donnait la possibilité au cocontractant de l'administration le droit de revendiquer devant le juge administratif, le droit d'exiger des indemnisations.

Troisièmement, l'imprévision. Cette dernière a été prévue par un vieil arrêt du 30 mars 1916 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

A l'époque, l'éclairage était au gaz et pour le fabriquer, il fallait du charbon. Or, les troupes armées ont occupées les mines de charbons pendant la première guerre mondiale, et donc le prix du charbon a été multiplié par quatre et donc le coût de l'éclairage de la ville de Bordeaux a connu la même hausse, ce qui rompait l'équilibre financier du contrat de concession. Le Conseil d'Etat a considéré que la hausse du prix de fabrication du gaz était exceptionnelle et qu'elle dépassait toutes les prévisions envisagées par les parties au moment de la passation de la concession au point que l'économie du contrat se trouve complètement

---

<sup>11</sup> CE 15 juin 1949 Ville d'Elbœuf voir site [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

bouleversé. Et, c'est la condition posée par le Conseil d'Etat pour retenir ladite théorie : il faut que l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Le juge a alors cherché une solution qui tient compte à la fois de l'intérêt général, qui exige la continuation du service, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir une application normale. Donc le cocontractant a droit à une indemnisation de son surcoût qu'à la condition qu'il continue malgré ses difficultés financières à assurer le service concédé. Le juge a donc trouvé comme solution la continuité du service public qui va conditionner le droit à indemnisation du concessionnaire. Cependant, si le concessionnaire interrompt la fourniture du service, il n'aura pas droit à indemnisation.

C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt du 04 novembre 1982, Société Propétrol. Selon, le CE l'imprévision a été causée par la hausse imprévue du prix du pétrole en 1974 lors du premier choc pétrolier. Il aura droit à une indemnité d'imprévision qui sera égale au déficit total qu'il subit moins la part des déficits que le juge considérera comme devant être laissé à la charge du concessionnaire et qui résultera d'une interprétation raisonnable du contrat de concession. Il y aura une part de déficit que le juge imposera au concessionnaire de supporter.

Dans l'arrêt du 09 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg : le CE a considéré que bouleversement économique du contrat s'avérait définitif entraînant les conséquences de la force majeure c'est-à-dire la résiliation d'office du contrat.

Enfin, s'agissant de contrat de fourniture d'eau passée entre une Commune et une entreprise concessionnaire. La CE a décidé que le contrat de concession est définitivement bouleversé et ne peut plus se prolonger en raison d'une pollution industrielle et accidentelle de la nappe phréatique qui permettait l'alimentation de la commune en eau, ça devait durer pendant 200ans. Le juge y voit d'un cas de force majeure et donc de la résiliation du contrat de concession.

En somme, pour éviter ces situations extrêmes, des clauses de variations et de révision sont prévues et feront que la théorie de l'imprévision trouve moins souvent à s'appliquer.

### **Article 65 : Cession et sous-traités**

Sauf autorisation préalable de l'Administration contractante les cessions de sous-traités sont prohibés.

L'administration est tenue de statuer sur la demande de cession ou de sous-traités, faite par son cocontractant initial dans un délai raisonnable à peine d'engager sa responsabilité.

### **Note**

Le principe, c'est l'obligation d'exécuter personnellement le contrat. Ce qui entraîne l'interdiction de la sous-traitance et de la cession.

En effet, le cocontractant peut céder son contrat à un tiers sous réserve de l'autorisation préalable de l'administration contractante. Cette dernière peut refuser de donner son autorisation si entre autres, le cessionnaire ne présente pas les qualités requises pour exécuter correctement le contrat conclu.

Cependant, si le cocontractant fait une demande de cession ou de sous-traitance, l'administration doit statuer dans un délai raisonnable pour éviter l'engager de sa responsabilité.

Contrairement à cette interdiction de principe, le Code des marchés publics en son article 48 ouvre une faculté de sous-traiter l'exécution de certaines parties du marché jusqu'à concurrence de 40% de son montant en recourant en priorité à des petites et moyennes entreprises de droit sénégalais ou à des petites et moyennes entreprises communautaires à condition d'avoir obtenu l'accord préalable de l'Autorité contractante.

### **Article 66 : Effets de la cession**

Le cessionnaire autorisé est entièrement substitué au cocontractant initial dans ses droits et obligations.

Le cocontractant cesse, sauf clause contraire, d'être responsable de l'exécution du contrat.

### **Note**

Les contrats administratifs sont toujours réputés conclus intuitu personae. Le cocontractant est, de ce fait, tenu à l'obligation d'exécution personnelle: la cession du contrat, par laquelle l'entrepreneur ou le fournisseur se substitue à un tiers, ne peut avoir lieu qu'avec l'acceptation de l'administration.

## **Article 67 : Effets du sous-traité**

Le lien contractuel entre l'Administration et le cocontractant n'est en rien modifié par le sous-traité autorisé.

Le sous-traité ne crée pas de lien contractuel entre l'Administration et le sous-traitant.

**Ne commet ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique des faits, une cour d'appel qui a opéré un partage de responsabilité par tiers entre l'autorité publique contractante, son cocontractant et un sous-traitant en cas de dépassement des prestations au-delà du montant maximum fixé, d'inexistence de l'agrément de sous-traitance et en l'absence de sa régulation (CE 02 décembre 2019, La société Ysenbaert-Annexé).**

**A inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis, une cour d'appel, qui, pour apprécier si des sujétions imprévues apparues pendant l'exécution d'une partie sous-traitée d'un marché, ont entraîné un bouleversement de l'économie générale de celui-ci, a comparé le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant de la partie sous-traitée et non au montant total du marché (CE 1<sup>er</sup> juillet 2015, La Régie des Eaux du Canal de Belletrud-Annexé).**

### **Note**

En effet, l'étendue des obligations du cocontractant de l'administration peut l'amener à solliciter une entité extérieure pour qu'elle apporte ses compétences techniques pour réaliser des prestations, des travaux ou même d'apporter des solutions particulières.

C'est dans ce sens que le Code des Marchés publics à travers les dispositions des articles 48 et 49 prévoit la possibilité pour tout titulaire d'un marché public de travaux ou de services la faculté de sous-traiter l'exécution de certaines parties dudit marché jusqu'à concurrence de 40% de son montant, en recourant en priorité à des petites et moyennes entreprises de droit sénégalais ou communautaires à condition d'avoir obtenu l'accord préalable de l'autorité contractante par le biais d'un agrément.

En effet, selon toujours les mêmes dispositions du CMP, la sous-traitance peut être considérée comme étant 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 conclu avec le maître d'ouvrage.

La sous-traitance constitue un assouplissement au principe général de l'exécution personnelle du contrat. Elle autorise le cocontractant à confier à une ou plusieurs entreprises tierces l'exécution d'une partie du contrat dont ils sont les titulaires et qu'ils ne peuvent ou ne veulent exécuter par eux-mêmes.

Le recours à la sous-traitance permet au cocontractant de l'administration de s'appuyer sur des compétences et des moyens extérieurs pour remplir les critères de sélection posés par l'autorité publique contractante.

Cependant, l'administration peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par son cocontractant et pourra fonder légitimement son refus en invoquant le caractère essentiel de certaines prestations. Cette possibilité de limiter la sous-traitance suppose, au regard du principe de transparence des procédures, que la puissance publique ait clairement indiqué, les tâches essentielles concernées.

Dans l'hypothèse du recours à la sous-traitance, le titulaire demeure l'unique responsable vis-à-vis de l'administration, de l'exécution des prestations sous-traitées<sup>12</sup>. Le recours à la sous-traitance ne fait naître en effet aucun lien contractuel entre la personne publique et le ou les sous-traitants auxquels décide de faire appel le titulaire du contrat. Cette absence de liens contractuels entre la personne publique et le sous-traitant a pour conséquence que ce dernier ne peut commander des prestations au sous-traitant mais peut lui payer directement les prestations fournies.

De ce fait, le cocontractant ne saurait invoquer les fautes commises par le sous-traitant dans l'exécution des prestations sous-traitées afin de s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à l'égard de la personne publique contractante. Cette dernière ne peut davantage rechercher la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle du sous-traitant du fait d'éventuelles fautes commises par ce dernier.

---

<sup>12</sup> C.E 6 mars 1987, OPHLM de Chatillon-sous-Bagneux, n°37731

La jurisprudence administrative récente a rappelé certaines des règles qui s'appliquent en matière de sous-traitance et donné l'occasion d'évoquer certains points de vigilance qui s'imposent au maître d'ouvrage tels que la vérification de la régularité de l'intervention de l'entreprise ou des conditions dans lesquelles elle peut prétendre à une rémunération<sup>13</sup> directe de sa part.

### **Article 68 : Décès du cocontractant**

En l'absence de disposition contractuelle, le décès du cocontractant n'entraîne pas la résiliation de plein droit du contrat.

La résiliation du contrat peut être prononcée par l'Administration ou demandée par les ayants cause du contractant.

#### **Note**

L'Administration dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif peut d'un commun accord avec son cocontractant prévoir les modalités qui permettront d'envisager les voies et sorties en cas de survenance d'un aléa inhérente à la vie d'une personne physique: le décès.

Au décès du cocontractant, en application du principe de la continuation de la personne du défunt par ses successeurs, son patrimoine est transmis à ses ayants cause universels ou à titre universel, c'est-à-dire à ses héritiers, légataires universels ou à titre universel. Ces ayants cause recueillent ainsi l'actif, ce qui leur donne le droit d'exiger l'exécution du contrat en cours conclu par leur auteur, le passif, ce qui les oblige à exécuter le même contrat.

Mais, le COA martèle avec force qu'en l'absence de telles stipulations contractuelles, le décès ne sera pas une cause de résiliation de plein droit dudit contrat.

Cependant, le COA reconnaît à l'Administration contractante, la faculté de résilier unilatéralement le contrat ou à la suite d'une demande émanant des ayants cause du cocontractant.

Cependant, la terminologie utilisée par le COA appelle quelques observations.

---

<sup>13</sup> Marianne HAUTON, Sous-traitance et responsabilité du maître d'ouvrage public : actualité jurisprudentielle, dossier publié sur [moniteurjuris.fr/contratspublics](http://moniteurjuris.fr/contratspublics)

D'abord, celle de décès du cocontractant, elle fait nécessairement allusion au contrat administratif exclusivement passé entre l'administration et une personne physique (intitue personae) et portant soit sur l'exécution d'un service public soit comportant des clauses exorbitantes du droit commun.

Dés 1910, le Conseil d'Etat français dans l'arrêt Thérond<sup>14</sup> avait qualifié le marché passé entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond ayant pour objet la capture et la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes, comme une modalité de participation au service de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public. Et, le juge de l'excès de pouvoir avait retenu sa compétence en cas de difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction.

Dans un autre arrêt Epoux Bertin<sup>15</sup>, le CE a qualifié un contrat verbal d'administratif car il consistait à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au Centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie ; que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français.

Le rappel de ces différentes jurisprudences montre les difficultés d'ordre pratique qui se dresseront lorsque l'administration voudrait appliquer le principe de la continuation des relations contractuelles en cas de survenance du décès de son cocontractant et en l'absence de stipulations y faisant état.

Ainsi, le principe général de la transmission du contrat à cause de mort qui voudrait que les contrats en cours soient poursuivis par les ayants cause du contractant décédé sera d'application difficile.

---

<sup>14</sup> CE 4 mars 1910, Thérond, Rec.193

<sup>15</sup> CE Sect.20 avril 1956, Epoux Bertin, p.167

## **Article 69 : Faillite ou liquidation judiciaire du cocontractant**

Le contrat n'est pas résilié de plein droit par la faillite ou la liquidation judiciaire du cocontractant de l'Administration.

La résiliation du contrat peut être prononcée par l'Administration.

### **Note**

Au regard de ces dispositions, toute résiliation de plein droit du contrat administratif de la part du cocontractant est exclue malgré l'éventualité de la survenance de situations juridiques pouvant mettre la vie de son entreprise en péril ou en danger : c'est le cas d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire.

En effet, ces deux situations renvoient aux procédures collectives qui sont l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de réunir les créanciers en vue de régler les difficultés financière et économiques de leur débiteur. Ces procédures sont dites collectives en ce qu'elles conduisent à réunir les créanciers en une masse d'une part et en ce qu'elles visent à satisfaire collectivement les intérêts mis en péril par les difficultés de l'entreprise débitrice d'autre part.

Ainsi, il apparaît nécessaire d'appréhender ces deux concepts, qui, ont fortement évoluées depuis l'adoption du COA en 1965.

En premier lieu, la faillite est un ancien terme juridique, remplacé de nos jours par celui de cessation de paiement. Ancrée dans le langage économique, la faillite représente la situation où une personne physique ne peut plus honorer ses dettes.

Le prononcé de la faillite personnelle peut intervenir à tout moment durant la procédure collective d'apurement du passif. Cela étant, la faillite personnelle ne peut être prononcée que contre certaines personnes.<sup>16</sup>

Les personnes contre qui une faillite personnelle peut être prononcée sont des personnes physiques étant donné que les déchéances d'ordre civique et d'ordre professionnel ne peuvent

---

<sup>16</sup> S.TOE., Pratique judiciaire des procédures collectives OHADA, Editions universitaires européennes, Allemagne, 2012, p.238.

se concevoir qu'à l'égard des personnes physiques. Il y a donc trois catégories de personnes qui peuvent être concernées par la faillite personnelle, il s'agit des commerçants (associés solidairement responsables), des dirigeants de personnes morales assujetties aux procédures collectives et les personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes.<sup>17</sup>

Au terme de l'Acte Uniforme sur les Procédures collectives d'Apurement du Passif organisant le droit de la faillite au sein de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, il existe trois types de procédures collectives<sup>18</sup>: le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

D'abord, le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation des activités de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Ensuite, le redressement judiciaire est, quant à lui, une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement.

Enfin, la liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif.

S'agissant de la liquidation judiciaire, elle concerne une entreprise en état de cessation de paiements et dont le rétablissement est manifestement impossible. La procédure est ouverte par un jugement qui va désigner un juge –commissaire chargé de veiller au bon déroulement de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

A l'issue, la clôture de la liquidation peut intervenir pour trois raisons :

- tout le passif exigible a été remboursé, en d'autres termes, l'entreprise a pu rembourser l'intégralité de ses dettes,
- le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers,
- les opérations de liquidation deviennent impossibles en raison de l'insuffisance d'actifs.

---

<sup>17</sup> Tribunal de première instance de Libreville, jugement, Répertoire n°001/2000-2001 ; Samson NGOMO c/Jean Géo PASTOURET et B.P.B.

<sup>18</sup> Art. 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte Uniforme sur les Procédures collectives d'apurement du passif.

En somme, à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire et celle de faillite, l'entreprise cesse d'exister juridiquement.

Paradoxalement, le contrat liant le cocontractant à l'administration ne sera pas résilié de plein droit.

### **Article 70 : Détermination des délais d'exécution**

Le cocontractant de l'Administration est tenu de respecter les délais d'exécution prévus pour la réalisation d'une opération déterminée ou de l'ensemble du marché.

Dans les autres cas l'exécution doit intervenir dans un délai raisonnable.

#### **Note**

En effet, lors de la conclusion d'un contrat administratif, un délai d'exécution est souvent fixé soit d'un commun accord entre l'Administration et son cocontractant soit de manière unilatérale par la puissance publique.

La détermination d'un tel délai a pour corollaire l'effectivité de la réalisation des travaux demandés à l'échéance prévue.

Ainsi, le cocontractant de l'Administration doit procéder à toutes les diligences nécessaires et opportunes pour éviter tout retard dans la livraison ou la réception des travaux demandés.

Dans un souci d'amener son cocontractant à respecter les délais d'exécution, l'Administration inclut le plus souvent des clauses relatives à l'application de pénalités en cas de retard dument constatés et injustifiés.

Le respect des délais d'exécution fait peser sur le cocontractant, une véritable obligation de résultat après que l'Administration ait satisfait à l'obligation de moyen en libérant au fur et à mesure de l'exécution les montants convenus.

Cependant, il peut arriver parfois qu'aucun délai ne soit déterminé à l'avance entre les parties.

Dans pareil cas, le présent article prévoit que l'exécution se fera dans un délai raisonnable.

Qu'est-ce qu'un « délai raisonnable<sup>19</sup> » ?

---

<sup>19</sup> Grégory KALFLECHE, Le raisonnable dans les contrats publics in Le raisonnable en droit administratif, l'Epitoge édition, p.134, juillet 2016

Pour mieux cerner cette notion, il convient de s'intéresser au contentieux administratif autrement dit au sacro-saint délai habituel pour former un recours juridictionnel qui est de deux mois.

Pendant fort longtemps, les juridictions administratives françaises considéraient qu'en l'absence de délais de recours mentionnés régulièrement sur une décision administrative individuelle, le délai de recours ne commençait pas à courir.

Conscient de la difficulté, par un arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat a décidé que<sup>20</sup> le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance. La Haute juridiction, tout en admettant que le recours ne pouvait être enfermé dans un délai de deux mois, a néanmoins précisé que l'exercice du droit au recours devait intervenir dans un « délai raisonnable » fixé d'autorité et sauf circonstances particulières à un an.

Il apparaît clair que la détermination d'un délai raisonnable relatif à l'exécution d'un contrat administratif devrait, en principe résulter de l'office du juge du contentieux contractuel qui très certainement, va apprécier de manière globale les circonstances de la cause à savoir : les besoins d'intérêt général à pourvoir, la complexité des relations contractuelles, le comportement aussi bien de l'administration que de son cocontractant ainsi que de leurs diligences.

---

<sup>20</sup> CE, Ass., 13 juillet 2016, n°387763, Czabaj

## **Chapitre II : De la sanction des obligations des parties**

### **Article 71 : Principe**

L'inexécution des obligations est sanctionnée de façon différente selon qu'elle est le fait de l'administration ou de son cocontractant.

#### **Note**

Le contrat administratif, une fois conclu entre l'Administration et son cocontractant, crée un déséquilibre au profit de la puissance publique, qui dispose d'importantes prérogatives aussi bien dans l'exécution des relations contractuelles que dans leur durée.

Ce déséquilibre se traduira aussi en cas d'inexécution des obligations contractuelles.

En effet, l'administration en invoquant les nécessités du service va obliger son cocontractant à poursuivre l'exécution des relations contractuelles jusqu'à l'intervention d'une décision de justice sous peine de perdre son droit à obtenir l'allocation de dommages et intérêts.

### **SECTION 1 : DES SANCTIONS APPLICABLES A L'ADMINISTRATION**

#### **Article 72 : Caractère juridictionnel des sanctions**

Seul le juge peut sanctionner l'inexécution par l'Administration de ses obligations contractuelles.

**Commet une erreur de droit, une cour d'appel administrative, qui, sans rechercher l'existence d'un motif tiré de l'intérêt général permettant à l'administration de s'opposer à la rupture unilatérale des liens contractuels à l'initiative de son cocontractant, écarte tout pouvoir de résiliation unilatérale du cocontractant prévu en cas de manquements de l'autorité contractante à ses obligations contractuelles ne découlant pas de l'exécution d'un service public (CE 8 octobre 2014, Société Grenke Location-Annexé).**

#### **Note**

En effet, cet arrêt donne la possibilité au contractant de l'administration de procéder à la résiliation unilatérale d'un contrat administratif en cas de méconnaissance par l'administration de ses obligations contractuelles, si le contrat l'a prévu. Dans ce cas, le cocontractant doit s'être assuré que le contrat ne porte pas sur l'exécution même du service public. Le titulaire doit alors informer la puissance publique de son intention de résiliation

du contrat. Cette dernière peut alors opposer un motif d'intérêt général pour obliger le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat.

En effet, en cas d'inexécution des obligations contractuelles de la part de l'administration, une seule possibilité s'offrait au cocontractant, c'est de saisir le juge du plein contentieux pour obtenir le prononcé de sanctions qui en réalité se limite à l'allocation de dommages et intérêts ou à la résiliation du contrat en cas de torts exclusifs de la partie administrative.

Cependant, les contrats administratifs étant soumis à un régime de gestion publique, leur contentieux est administratif et par suite résolu selon les règles spéciales. Il présente néanmoins certaines particularités qu'il convient d'évoquer<sup>21</sup>.

Ainsi, leur exécution peuvent donner lieu aussi bien à un contentieux de pleine juridiction qu'à un contentieux de l'excès de pouvoir, car, comme il a été dit, si le contrat est un acte bilatéral créant des droits et obligations entre les parties (d'où le contentieux de pleine juridiction), il donne également lieu à des interventions unilatérales de l'administration (pouvant justifier la formation de recours pour excès de pouvoir).

Le contentieux contractuel est une partie importante du contentieux de pleine juridiction qui, à l'opposé du contentieux de l'annulation, porte sur l'existence d'une situation juridique individuelle. Le contrat n'ayant que des effets relatifs, limités aux parties, seules ces dernières sont admises au contentieux contractuel ; les tiers au contrat, bien que pouvant être concernés, sont sans recours (sous réserve de l'application de la théorie des actes détachables, cf. infra).

Toutes les difficultés résultant de la validité, de l'exécution ou de la fin du contrat peuvent faire l'objet de litiges relevant du contentieux contractuel ; sur ce point, le contentieux administratif ne présente pas de particularités.

Il peut ainsi s'agir d'un litige concernant la validité d'un contrat, qui n'a pas été passé conformément à la réglementation et entaché d'un vice, la demande tendant à son annulation. L'exécution du contrat peut également donner naissance à de nombreux litiges,

---

<sup>21</sup>J. Le FOULON, La compétence du juge du contrat en matière administrative, A.J.D.A 1976, p.396.

portant sur le contenu ou l'inexécution d'une obligation d'une des parties, sur des préjudices subis, voire sur l'interprétation d'une des clauses de la convention. Enfin, la résiliation du contrat est l'objet de nombreuses contestations. Tous ces litiges seront tranchés en application des règles de fond telles qu'exposées tout au long de l'étude.

Le juge compétent pour connaître du contentieux contractuel (appelé juge du contrat) est le Tribunal de Grande Instance (Art.139 C.O.A) ; si le contrat est administratif, il doit être saisi en application des règles particulières de la procédure contentieuse administrative.<sup>22</sup>

S'agissant du recours pour excès de pouvoir, il n'est pas recevable dans le cadre contractuel ; les raisons invoquées depuis des dizaines d'années sont constantes, et se résument à deux arguments<sup>23</sup> : d'une part, le contrat est un acte subjectif concernant uniquement les parties signataires qui disposent du contentieux contractuel ; d'autre part, la légalité « objective » que le recours pour excès de pouvoir est destiné à protéger n'est pas en cause, le contrat relevant du droit « subjectif ». Ces arguments sont souvent contestés (G. PEQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif, 1945, in fine), car cette solution aboutit parfois à des résultats contestables ; aussi comporte-t-elle quelques atténuations. Il n'en demeure pas moins qu'en principe, recours pour excès de pouvoir et contrat ne peuvent coïncider, que le recours soit formé contre un contrat violant la légalité ou contre un acte violant un contrat (voir commentaires sous article 56).

Un contrat viole la légalité s'il est passé respecter les conditions de validité requises, et même être frappé de nullité absolue. Néanmoins, n'étant pas une décision unilatérale, il ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : seul le juge du contrat, qui ne peut être saisi que par l'une des parties, peut en prononcer l'annulation.

Ce principe aboutit à des résultats choquants lorsque les intérêts des tiers sont concernés ; ceux-ci sont en effet sans recours. Pour remédier à cela, la jurisprudence a imaginé un expédient, la théorie des actes détachables, dont le principe a été repris par le C.O.A, dans son article 140. Sont ainsi qualifiés les actes qui, bien que pris dans le cadre des opérations contractuelles, sont suffisamment individualisables pour que leur validité puisse être

---

<sup>22</sup> Voir sur ce point les dispositions de l'article 729 et suivant du CPC.

<sup>23</sup> Gonidec, Contrat et recours pour excès de pouvoir, R.D.P. 1950.58 ; C.A. COLLIARD, La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Mél. Mestre 115 ; H. Charles, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français, 1967

appréciée indépendamment des clauses contractuelles. Ces actes peuvent alors être « détachés » du contrat, et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir porté devant le juge spécialement compétent (la Cour suprême). Cette théorie prend ainsi en compte le fait que le contrat en réalité comporte un double aspect : d'une part une opération conventionnelle bilatérale, d'autre part une série de décisions unilatérales émanant de l'administration.

Pourtant, la théorie des actes détachables, comme beaucoup de construction jurisprudentielle, est essentiellement empirique ; par suite, ne sont considérés comme détachables que les actes ainsi qualifiés par le juge. Le C.O.A, codifiant la jurisprudence française de l'époque, n'expose qu'une liste non limitative. Deux types d'actes sont qualifiés de détachables :

- les actes pris préalablement à la passation du contrat comme l'autorisation et la décision de contracter<sup>24</sup>.
- Les actes de passation et d'approbation du contrat. L'approbation du contrat par l'autorité hiérarchique ou de tutelle ne pose pas de problème ; mais que l'acte de conclusion soit considéré comme détachable résulte d'une distinction subtile, s'agissant de la signature elle-même<sup>25</sup>.

Il y a lieu de signaler l'existence de certains actes pris lors de l'exécution du contrat. On touche là à la pointe de la jurisprudence, non reprise par le C.O.A., qui considère comme détachable certains actes pris après la signature du contrat : ainsi la résiliation, ou le refus de résilier un contrat, lorsque cet acte viole, non pas le contrat lui-même mais des règles générales<sup>26</sup>.

Notons que de tels litiges ont été portés devant la Cour suprême, s'agissant de mesures prises à l'égard d'agents contractuels (mise à la retraite, refus d'avancement, etc.), et s'ils ont été jugés irrecevables, c'est en vertu de l'existence d'un recours parallèle devant le juge du

---

<sup>24</sup> CE 04 août 1905, Martin, Rec.849, concl. Romieu ; S. 1906 ?3.49, note Hauriou ; D.1907.3.49, concl. Romieu ; G.A.J.A. n°16

<sup>25</sup> C.E. 30 mars 1973.Ministre de l'aménagement du territoire, A.J.D.A. 1973.366, note Dufau

<sup>26</sup> C.E.24 avril 1964, S.A.L.I.C., Rec.239 ; A.J.D.A. 1964 ?308, concl. COMBARNOUS et la chronique p.293 ; D.1963.665, note DEBBASCH.

contrat<sup>27</sup>; en sens contraire, s'agissant de la radiation d'un stage concernant un agent contractuel<sup>28</sup>.

Les actes détachables sont des décisions administratives dont la légalité peut être appréciée indépendamment du contrat ; c'est donc par rapport aux conditions générales de la légalité des actes administratifs que le contrôle de leur régularité sera effectué par le juge de l'excès de pouvoir.

Le recours peut être formé par tout tiers intéressé ; c'est d'ailleurs en prenant en considération ces tiers que la jurisprudence a été élaborée. Mais, le cocontractant de l'administration est également admis à emprunter cette voie par la jurisprudence française<sup>29</sup>; cette jurisprudence refuse en l'occurrence d'appliquer la théorie du recours parallèle. La jurisprudence sénégalaise va dans un sens différent, soucieuse d'éviter que le contentieux de l'excès de pouvoir n'absorbe l'essentiel du contentieux contractuel<sup>30</sup>.

Remarquons enfin que le recours pour excès de pouvoir n'aboutit pas à l'annulation du contrat, de la compétence exclusive du juge du contrat, mais uniquement à celle de l'acte détachable ; le contrat continue sa vie. Cela est paradoxal si l'acte détachable est une des conditions de validité du contrat (une autorisation, une signature données par des autorités incompetentes). Néanmoins, un tel contrat sera en situation très précaire, car, à la moindre difficulté, l'une des parties pourra invoquer cette irrégularité et saisir le juge du contrat qui prononcera la nullité.

Quand n'est-il de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre un acte administratif violant un contrat et la théorie des clauses réglementaires des contrats de concession.

C'est la situation inverse : la légalité d'un acte administratif unilatéral est contestée parce que cet acte a violé une disposition contractuelle. Le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte ne peut aboutir, car le contrat est considéré comme faisant pas partie de la légalité

---

<sup>27</sup> C.S 12juill.1972, Souleymane CISSE, Ann. Afric.1971-72.8, note BOCKEL ; C.S.(matière soc.) 29 janv.1975, Cheikh Tidiane KANE

<sup>28</sup> C.S.23 mars 1966,LO et DIALLO, R.L.J. 1966.92 ; Ann. Afric.1973.258

<sup>29</sup> C.E. 05déc.1958, Secrétaire d'Etat à l'agriculture c/Union des pêcheurs à la ligne, Rec .620 ; A.J.D.A. 1959.II.57, concl. Kahn

<sup>30</sup> cf. note précitée, Ann. Afric.1971-72.8.

« objective » : il ne concerne que les relations juridiques entre les parties, ne fait naître aucun droit au profit des tiers, et seules l'une d'elles pourra éventuellement déférer cet acte devant le juge du contrat.

Cette solution est également contestable, notamment lorsqu'il s'agit de contrats touchant de près au fonctionnement des services publics : c'est la raison pour laquelle, là aussi, une exception a été apportée par la jurisprudence.

L'exception est restreinte, et ne concerne que les contrats de concession de service public : un tiers est admis à contester une mesure administrative violant les clauses réglementaires du contrat (voir commentaires sous l'article 56), tel un refus opposé par l'autorité concédante de mettre en demeure le concessionnaire de respecter le contrat<sup>31</sup>. Un problème de la même nature avait été posé accessoirement dans l'affaire C.A 19fév.1971, Sté Lattes c/SERAS, Rec. ASERJ.1971.I.44 à propos de la concession de l'abattoir municipal au profit de la SERAS. Et, la mesure administrative litigieuse pourra être annulée si elle est contraire aux dispositions réglementaires concernées du contrat.

### **Article 73 : Les effets de l'inexécution par l'autre partie**

L'inexécution par l'Administration des obligations lui incombant n'autorise en aucun cas son cocontractant à suspendre ses prestations.

**C'est à bon droit, qu'une autorité administrative contractante a usé de son pouvoir de rupture unilatérale à l'encontre de son cocontractant après lui avoir adressé plusieurs mises en demeure infructueuses de reprise des travaux** (TGIHCD, jugement N°309 du 03-03-2020 ZAKHEM CONSTRUCTION et la SOCIETE D'EQUIPEMENT ET DE CONSTRUCTION dite SO.E.CO contre l'Agence des Travaux et Gestion des Routes dénommée AGEROUTE-Annexé).

### **Note**

Il y a lieu de faire observer qu'en cas d'inexécution de la part de la partie administrative, le cocontractant ne peut invoquer l'exceptio adimpleti contractus<sup>32</sup> car elle ne joue pas en droit public.

---

<sup>31</sup> C.E. 11déc.1963, Syndicat de défense en vue de rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande, A.J.D.A. 1964.239, note Laporte).

<sup>32</sup>Article Anthony BEM, Le principe de l'exception d'inexécution des obligations contractuelles comme moyen de défense, publié sur le site legavox.fr

En effet, cette règle destinée à permettre à une partie de défendre ses intérêts en suspendant l'exécution de ses obligations en cas de défaillance de l'autre partie, ne saurait être invoquée par le cocontractant de l'administration car ses intérêts ne sauraient entrer en balance avec la bonne marche du service.

### **Article 74 : Exclusion des injonctions**

Le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'administration. Il ne peut la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire.

**Encourt l'annulation, l'ordonnance du juge des référés qui fait des injonctions à l'administration ou la condamne sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire, seul l'allocation de dommages et intérêts est admise pour réparer le préjudice causé à une victime d'un fonctionnement d'un service public ou de l'exécution d'un travail** (CA arrêt n°385 du 02 mai 1985, Etat du Sénégal contre DRAME et autres-Annexé).

### **Note**

Le contentieux des contrats administratifs se particularise surtout par la limitation des pouvoirs du juge, à qui le principe de la séparation des fonctions administratives et judiciaires interdit de s'immiscer dans la gestion administrative ; si le juge peut condamner l'administration à des dommages et intérêts (en cas de faute de sa part) ou à verser une indemnité en application des diverses théories étudiées, annuler un contrat irrégulier, résilier le contrat, il se heurte à une double limite.

D'une part, il lui est interdit d'adresser des injonctions à la partie administrative : il ne peut donc adresser d'ordres à cette dernière, ni la condamner « directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire » (art 74 COA, qui reprend une jurisprudence constante).

D'autre part, le juge du contrat n'a que des pouvoirs limités vis-à-vis des mesures unilatérales prises par l'administration dans l'exécution du contrat : en effet, à l'exception des sanctions administratives dont il peut apprécier la légalité, il ne lui est pas permis d'annuler les interventions administratives faites dans l'intérêt du service, qu'il s'agisse de modifications du contrat ou de sa résiliation.

Cette interdiction repose sur une jurisprudence constante qui est fondée sur l'idée selon laquelle l'administration est seule juge de l'intérêt du service et ne doit pas être tenue de rester liée par des obligations qui la gênent ; si, ce faisant, elle commet une faute, seuls des dommages et intérêts peuvent la sanctionner<sup>33</sup>. Cette jurisprudence est critiquable car elle débouche à l'arbitraire administratif et n'est pas non plus en conformité aux progrès du contrôle de la légalité des actes unilatéraux.

C'est pourquoi, le législateur français a adopté la loi du 16 juillet 1980 qui a institué des mécanismes coercitifs propres à faire chanceler le mauvais vouloir de l'administration.

Parmi ces mécanismes, on peut citer la procédure de l'astreinte. Le bénéficiaire d'un jugement peut saisir le Conseil d'Etat au terme d'un délai de six (06) mois sauf urgence en lui demandant de prononcer une astreinte contre la personne publique récalcitrante, c'est-à-dire la condamnation au versement d'une somme qui, calculée par jour, semaine ou mois, s'accroît au même rythme que le retard à exécuter. C'est la Section du rapport et des études qui instruit la demande.

S'il est normal de laisser à l'administration quelques délais pour exécuter la chose jugée, il serait inadmissible de ne pas sanctionner un refus d'exécuter et l'on ne peut que souhaiter une rigueur sans concession du Conseil d'Etat dans ce rappel à l'ordre et à l'exemplarité. D'ailleurs, une loi du 08 février 1995 a ouvert la possibilité de prononcer des astreintes aux Tribunaux administratifs (TA) et aux Cours d'appel administratifs (CAA) et surtout elle donne au juge de nouveaux pouvoirs d'injonction.

Cette dernière loi, permet non seulement au CE mais aux TA et CAA, saisis de conclusions en ce sens par les requérants, d'adresser des injonctions aux personnes publiques et aux organismes privés chargés de la gestion d'un service public. Deux hypothèses sont prévues : la première est celle où la chose jugée implique nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé (art. L.911-1 Code de justice administrative). C'est l'injonction –exécution, ainsi l'ordre donné de réintégrer un agent public irrégulièrement évincé. La seconde est celle où l'exécution immédiate n'est pas possible (cf. annulation d'un refus irrégulier). Le juge peut alors enjoindre à l'autorité de statuer à nouveau « après

---

<sup>33</sup> C.E. 20 janv.1905, Compagnie générale des eaux, Rec.423 ; 10 mai 1963, Société La prospérité fermière, Rec.289, concl. Braibant.

une nouvelle instruction » (art .L.911-2 du Code de justice administrative) dans un délai déterminé.

Les effets seront d'autant plus forts que ces injonctions sont insérées dans le dispositif du jugement précisant les mesures d'exécution à prendre, imposant éventuellement des délais et pouvant même assortir d'astreintes préventives (qui doivent être distinguées des astreintes répressives de la loi de 1980). Le juge du droit est ainsi juge de l'exécution du droit.

Il faut signaler que ces réformes ont été rendues nécessaires par les risques de condamnation par la Cour de Strasbourg pour non respect des principes de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

D'autres Etats comme l'Allemagne opèrent un rapprochement entre l'«action en déclaration de droits », qui permet au juge d'exiger de l'administration un comportement déterminé avec le recours pour excès de pouvoir tandis qu'en Italie, les tribunaux, par un jugement d'obtempération peuvent adresser des injonctions à l'administration et désigner un « commissario ad acta » pour exécuter leurs jugements.

Dans un article au titre provocateur : « Le juge administratif est-il un juge indifférent ? », le vice-président du Conseil d'Etat, M.DENOIX de Saint-Marc (Rev.adm.1988) se félicitait des progrès accomplis dans la prise en compte des droits des administrés. L'une des failles dans le respect de ces droits était le refus du juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration, attitude qu'il justifiait par son souci de ne pas « troubler » l'administration et de ne pas faire acte d'administrateur, ce qui était de plus en plus critiqué. Or, si juger c'est convaincre (jurisdictio) c'est aussi commander (imperium), en contraignant le condamné, y compris l'administration, à exécuter la chose jugée.

Malgré ces importantes évolutions intervenues en droit positif français, le COA n'a pas connu de changements allant dans ce sens et l'interdiction d'adresser des injonctions est toujours de rigueur nonobstant les exigences de plus en plus pressantes d'un Etat droit.

Cependant, le juge du contrat n'a pas hésité dans l'affaire précitée le Groupement Zakheim-SOECO a prononcé une astreinte à l'encontre d'une autorité publique contractante (AGEROUTE).

En effet, sur la partie du jugement intitulé « SUR LA RESTITUTION DES CAUTIONS » on peut lire qu' :

«Attendu que suivant exploit et conclusions précitées le Groupement Zakheim-SOECO a sollicité la mainlevée des cautions d'avance de démarrage, de bonne exécution, d'avance de démarrage et de bonne exécution de la tranche conditionnelle sous astreinte de 20.000.000 FCFA par jour de retard.

Qu'en revanche, AGEROUTE a sollicité le rejet de la restitution desdites cautions en faisant valoir qu'aucune des conditions nécessaires à leur mainlevée n'est réalisée notamment la réception provisoire ou définitive des travaux ;

Attendu toutefois que le contrat de marché a été unilatéralement résilié par AGEROUTE et que l'exécution de la tranche conditionnelle a été confiée à une autre entreprise afin qu'elle termine le chantier ;

Qu'il est également établi par les correspondances adressées par le Groupement à AGEROUTE que le premier a invité le maître de l'ouvrage à une réception des travaux qu'il avait déjà effectué ;

Qu'eu égard à ces considérations de fait, il y'a lieu de dire qu'il n'y a plus lieu pour AGEROUTE de retenir la caution les cautions remises par le Groupement au titre de la tranche ferme que celles remises au titre de la tranche conditionnelle sont devenues sans objet ;

Attendu que la restitution des montants donnés à titre de garantie est constitutive d'une obligation de donner ;

Qu'il résulte de l'article 196 du COCC que l'exécution de toute obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation ;

Que l'obligation de restituer les sommes retenues à titre de caution ayant été établie contre AGEROUTE, il y'a lieu d'ordonner la mesure sollicitée sous astreinte de la somme de 2.000.000 FCFA par jour de retard » ;

## **Article 75 : Respect des obligations contractuelles**

Les mesures prises par l'Administration dans le cadre de l'exécution du contrat qui seraient contraires à ses engagements peuvent être annulées par le juge du contrat sous réserve de l'application des articles 109 à 112.

**Commet une erreur de droit, une Cour administrative d'appel qui n'a pas considéré, le refus d'un cocontractant de l'Administration de continuer à faire fonctionner un service public à la suite de l'usage du pouvoir de modification unilatérale fondée sur l'intérêt général, comme étant une faute de nature à justifier la résiliation du contrat malgré le respect de ses obligations et l'absence d'un avenant (CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies du 27-10-2010, Syndicat intercommunal des Transports publics de Cannes le Cannet Mandelieu la Napoule- Annexe).**

**N'est pas fondé, le cocontractant de l'Administration a demandé la restauration des conditions contractuelles à la suite de l'usage du pouvoir de modification unilatérale, seule la résiliation peut être sollicitée et en cas de torts exclusifs de l'autorité contractante d'obtenir l'allocation de dommages et intérêts (CAA de Nancy, 1ère chambre du 13-02-2014, La société Véolia Eau-Annexe).**

### **Note**

Le pouvoir de direction en général et celui de modification unilatérale<sup>34</sup> en particulier de l'administration est tempéré par la possibilité offerte à son cocontractant de saisir le juge du contrat en cas de prise de mesures qui serait contraire aux stipulations contractuelles.

L'existence de cette prérogative portant directement atteinte aux obligations consenties a fait l'objet de controverses doctrinales intéressantes. Alors que le commissaire du Gouvernement BLUM avait posé le principe de la mutabilité des contrats administratifs<sup>35</sup> M. L'HUILIER a nié l'existence d'un pouvoir administratif de modification unilatérale pouvant s'exercer sans texte, rapprochant par là droit privé et droit public<sup>36</sup>. Répondant à cette analyse, M. de LAUBADERE<sup>37</sup> a été amené, tout en réaffirmant l'existence de la prérogative, à en préciser

---

<sup>34</sup> A.de LAUBADERE, Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, R.D.P1954.36

<sup>35</sup> Notamment dans ses conclusions citées sous C.E. 21 mars 1910, Cie générale française des Tramways.

<sup>36</sup> Article précité.1953, Chr.87.

<sup>37</sup> Article précité R.D.P. 1954.36.

les limites : ce pouvoir n'est pas général, il n'existe que dans la mesure où il découle de l'exercice par l'administration de sa compétence d'organiser le service public.

Cette mise au point utile constitue la base doctrinale de la codification des règles sénégalaises sur ce point.

Cependant, d'importantes réserves subsistent aussi bien à l'intervention de l'administration que du juge dans l'exécution du contrat.

En effet, les articles 109 à 112 figurent au paragraphe premier intitulé : « DES DROITS DE L'ADMINISTRATION » de la Section II du Chapitre V titré « DE L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION DANS L'EXECUTION DU CONTRAT » du C.O.A.

Il convient d'étudier tour à tour lesdits articles pour faire ressortir les particularités de l'intervention des deux acteurs que sont l'administration et le juge.

D'une part, les articles 109, 110 et 111 posent les modalités d'exercice du pouvoir de modification unilatérale.

Comme, il a été précisé et rappelé tout au long de l'étude, l'administration se voit reconnaître un pouvoir de modification unilatérale en dehors de toute stipulation ou habilitation du fait qu'elle a principalement en charge la satisfaction des besoins d'intérêt général à travers la gestion de ses différents services publics. Le service public a ses exigences particulières, et l'administration est responsable de son bon fonctionnement ; cette responsabilité prime sur toute autre considération, et prévaut éventuellement sur les relations contractuelles.

Cette reconnaissance de prérogatives exorbitantes du droit commun permet à la partie administrative de disposer de moyens particuliers pour assurer une bonne exécution du contrat, nécessaire à la bonne marche du service ; de plus, si cette dernière l'exige, l'administration sera autorisée à adapter le contrat.

En principe, le cocontractant de l'administration est libre du choix des modalités d'exécution du contrat dans le cadre des obligations consenties. Néanmoins, l'administration dispose toujours d'un pouvoir de surveillance (art.108 C.O.A) afin de s'assurer de la bonne exécution ; elle peut en outre se voir octroyer un pouvoir de direction qui implique une intervention directe par ordre de service, auxquels son cocontractant est tenu de déférer. Ces

prérogatives sont cependant variables selon l'objet du contrat, elles sont plus étendues, par exemple, dans les marchés de travaux publics et en ce cas, prévues dans les cahiers des charges ou les dispositions réglementaires applicables à ces types de marchés<sup>38</sup>.

La prérogative d'adapter le contrat aux nécessités du service est sans doute la plus exorbitante du droit commun permettant à l'administration de modifier, voire interrompre unilatéralement les engagements souscrits, elle met directement en cause et le caractère obligatoire du contrat, et le principe d'immutabilité, pièces essentielles de la théorie générale des contrats.

Diverses décisions juridictionnelles ont reconnu à l'administration des pouvoirs importants mais d'intensité variable :

- le pouvoir d'inviter le cocontractant à adapter le contrat aux nouvelles exigences du service. Le progrès technique et la modification des besoins du public peuvent être contrariés par certains contrats, conclus pour une longue durée devenus inadaptés (concession de l'éclairage urbain au gaz de ville après le développement de l'usage de l'électricité, contrat de fourniture de fourrage à une unité militaire de cavalerie qui s'est motorisé, etc.). Dès lors, l'administration ne peut demeurer liée par ces engagements. Le juge a alors admis qu'elle pouvait obliger son cocontractant à adapter ses prestations à la nouvelle situation ; ce dernier peut certes refuser cette révolution mais par là il se condamne à la résiliation du contrat<sup>39</sup>.
  
- le pouvoir de résilier unilatéralement un contrat. En dehors de toutes stipulations contractuelles et de toute faute de son cocontractant, l'administration est habilitée à résilier un contrat, dès lors que celui-ci n'est plus en harmonie avec les nécessités du service<sup>40</sup> ; lorsque cela est possible, elle doit néanmoins, au préalable, mettre son cocontractant en demeure.

D'autre part, l'article 112 pose des limites à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale. En effet, l'exercice d'une telle prérogative ne peut pas consister dans la fixation d'un nouvel objet au contrat ou procéder au bouleversement de l'économie générale de la convention.

---

<sup>38</sup> C.E. 26 oct.1962, Sté Havraise de constructions navales, Rec.312.

<sup>39</sup> C.E. 10 janv.1902, Cie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, Rec. 5 ; S.1902.3.17, concl. Romieu, note Hauriou ; voir aussi C.E. 12 mai 1933, Cie générale des, Rec .508.

<sup>40</sup> C.E 02 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval, Rec.246 ; D.1958.730, note LAUBADERE ; A.J.D.A. 1958.II.282, concl. KAHN

Il est nécessaire que les besoins du service public imposent l'usage de cette prérogative, c'est la condition de régularité, qui est rappelée à chaque occasion. L'usage des prérogatives est illégal si cette condition n'est pas remplie. Ce n'est donc pas un pouvoir arbitraire, son utilisation doit reposer sur un motif de fait exact, que le juge peut contrôler.

## ANNEXE

(Sources : Juricaf-Légifrance-COA-Dépouillement)

### **ARRÊT N°20 DU 13 JUIN 2019, MASSOKHNA KANE ET HUIT (8) AUTRESc/ÉTATDUSÉNÉGAL**

La Cour suprême,

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Considérant que par décret n° 2016-1081 du 3 août 2016, l'État du Sénégal a approuvé la convention de concession et le cahier des charges de la Société nationale des télécommunications (Sonatel), renouvelant ainsi la convention du 15 juillet 1997 par laquelle il octroyait à ladite société une concession de ses droits relatifs à l'établissement et à l'exploitation de réseaux et à la fourniture de services de télécommunications d'une durée de 20 ans qui arrivait à expiration le 8 août 2017 ;

Que Massokhna Kane, Abdel Kader Djilali Lô, Serigne Modou Bousso Dieng Thiané, Ousmane Lô, Ab Ah, Ae Ag, Ac Ad, Ciré Aa Af et SOS Consommateurs ont introduit un recours en annulation contre ledit décret en articulant trois moyens tirés de la violation, le premier des articles 4 et 23, le deuxième de l'article 23 et le troisième de l'article 24 de la loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant code des télécommunications ;

Considérant que l'État soulève l'irrecevabilité du recours aux motifs que les requérants, ayant demandé par un recours gracieux le retrait du décret attaqué, ne peuvent pas introduire un recours en annulation avant l'expiration des délais prévus à l'article 73-1 de la loi organique n° 2008-35 sur la Cour suprême, et ne justifient pas d'un intérêt personnel et légitime à agir, en dehors de leur qualité d'usagers ;

Considérant que, d'une part, le recours administratif, ne constituant pas un recours parallèle faisant obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, peut dès lors, s'exercer simultanément avec un recours contentieux ;

Considérant que, d'autre part, le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert qu'à ceux qui peuvent justifier que l'annulation qu'ils demandent, présente pour eux un intérêt personnel, la

notion d'intérêt s'entendant comme le droit de ne pas souffrir personnellement de l'illégalité d'un acte administratif ;

Que les requérants qui ont établi leur qualité d'usager des services de télécommunications par la production de leur numéro de téléphone, ont, par ce seul fait, justifié leur intérêt à agir ;

Que, dès lors, l'irrecevabilité n'est pas encourue ;

Considérant que l'État du Sénégal conclut au rejet du recours ;

Sur le premier moyen tiré de la violation des articles 4 et 23 de la loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant code des télécommunications en ce que le décret attaqué a approuvé la convention de renouvellement pour une durée de dix-sept (17) ans en violation flagrante de la convention du 15 juillet 1997 qui prévoit une durée de cinq (5) ans ;

Sur le deuxième moyen tiré de la violation de l'article 23 du code des télécommunications en ce que, la procédure prévue par la convention de concession du 15 juillet 1997 n'a pas été respectée, empêchant ainsi les usagers et les tiers d'user de leur droit d'objection pour s'opposer aux conditions du renouvellement ;

Les deux moyens étant réunis ;

Considérant que, selon les dispositions de son article 4, la loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant code des télécommunications vise notamment à instaurer de façon progressive un marché ouvert et concurrentiel des réseaux et services de télécommunications dans le respect des intérêts des utilisateurs en termes de choix, de prix, de qualité et de rentabilité ;

Que l'article 23 du même texte ajoute que « l'établissement et l'exploitation de réseaux ou services de télécommunications ouverts au public faisant appel à des ressources rares ou empruntant le domaine public sont subordonnés à l'obtention d'une licence délivrée par décret portant approbation d'une convention de concession et d'un cahier de charges » ;

Considérant que, d'une part, les requérants ne caractérisent et ne spécifient la violation par le décret attaqué des objectifs fixés par l'article 4 du texte susvisé ;

Que dès lors, ce grief vague et imprécis ne saurait être accueilli ;

Considérant que, d'autre part, il ressort des dispositions de l'article 23 que tout opérateur exploitant un réseau de télécommunications ou fournissant un service dans ce domaine doit bénéficier d'une licence accordée par décret portant approbation d'une convention de concession et d'un cahier des charges ;

Que l'alinéa 2 du même texte précise le contenu de la convention de concession, laquelle fixe l'objet et la durée de la licence, les conditions et les procédures de son renouvellement, de la modification de ses termes et de sa fin ainsi que les dispositions relatives au règlement des litiges ;

Considérant que la Sonatel et l'État ont fixé l'objet et la durée de la licence conformément aux procédures de modification des termes de la convention ;

Que l'irrégularité éventuelle pouvant affecter au préalable la procédure de sélection des candidats n'a aucune incidence sur la validité du décret d'approbation ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen tiré de la violation de l'article 24 de la même loi en ce que le décret attaqué a approuvé la convention de concession, alors que l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) n'a pas respecté la procédure de sélection des candidats et ce, malgré le refus de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) de l'autoriser à procéder par entente directe à l'attribution de la licence 4G ;

Considérant que l'article 24 visé au moyen décrit les différentes étapes de la sélection des candidats souhaitant exploiter un réseau de télécommunications en précisant notamment que la procédure de sélection est assurée par l'Autorité de Régulation et que la licence est accordée aux personnes morales sur la base d'un appel public à candidatures et son attribution est subordonnée au paiement d'une contrepartie financière ;

Considérant que si l'ARTP n'a pu conduire le processus jusqu'à son terme, en raison des contraintes qui lui sont propres, les contestations relatives à ces opérations préalables et à la signature du protocole entre l'État et la Sonatel relèvent de la compétence du juge du contrat ;

Considérant que, sans préjudice du recours de plein contentieux dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels

l'exécution du contrat est susceptible de porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat ;

Que cependant, ils ne peuvent soulever dans le cadre d'un tel recours que les moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation et non ceux relatifs au contrat lui-même ;

Qu'en l'espèce, le grief articulé par les requérants se rapporte au contrat et non au décret d'approbation de la convention de concession de la Sonatel, il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le recours formé par Massokhna Kane, Abdel Kader Djilali Lô, Serigne Modou Bouso Dieng Thiané, Ousmane Lô, Ab Ah, Ae Ag, Ac Ad, Ciré Aa Af et SOS Consommateurs contre le décret n° 2016-1081 du 3 août 2016 portant approbation de la Convention de concession et du Cahier des charges de la SONATEL ;

Ainsi fait, jugé et prononcé par la chambre administrative de la Cour suprême, en son audience publique de vacation, tenue les jour, mois et an que dessus et où étaient présents Madame et Messieurs :

PRÉSIDENT : X A, B C, OUMAR GAYE, ADAMA NDIAYE ; CONSEILLERS : IDRISSE SOW ; AVOCAT GÉNÉRAL : MARÈME DIOP GUÉYE ; AVOCATS : MAÎTRE MASSOKHNA KANE, AGENT JUDICIAIRE DE L'ÉTAT ; GREFFIER : CHEIKH DIOP.

**Cour Suprême, Arrêt n°20 du 12 avril 2012, Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) et Etat du Sénégal c/ Comité de règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, Bulletin des arrêts de la Cour, n°1-2 2012**

**Après en avoir délibéré conformément à la loi,**

**Sur la recevabilité du mémoire en réplique de l'ARTP et de l'intervention volontaire de la SONATEL ;**

**Considérant que** selon l'article 42 de la loi organique sur la Cour suprême, l'affaire est réputée en état lorsque les mémoires et pièces ont été produits par les parties ou que les délais pour produire sont expirés ;

**Considérant que** l'Agence de Régulation des Télécommunications dite ARTP et l'Etat du Sénégal ont déposé un mémoire en réplique le 22 mars 2011, soit après l'expiration du délai de 2 mois imparti à la partie adverse pour produire sa défense ; qu'ainsi le mémoire doit être déclaré irrecevable ;

**Considérant que** la SONATEL a déposé le 10 janvier 2011 au Greffe de la Cour, un mémoire qui doit s'analyser comme une intervention volontaire ;

**Considérant qu'**en matière d'excès de pouvoir, l'intervention est recevable dès lors que son auteur justifie d'un «*intérêt à intervenir* » ;

**Considérant que** la SONATEL qui a dénoncé auprès du Comité de Règlement des Différends (CRD) l'avis de non objection de la Direction Centrale des Marchés Publics (DCMP) a un intérêt certain à ce que soit maintenue la décision dudit comité annulant la procédure relative à la conclusion du contrat liant l'ARTP et Global Voice Group ;

**Qu'**il échet de déclarer recevable son intervention volontaire ;

**Sur le fond ;**

**Considérant que** par lettre du 12 janvier 2010, l'ARTP a sollicité l'avis de la DCMP pour passer «*un contrat de prestation de services par entente directe avec la société Global Voice Group (GVG) portant sur une assistance pour la mise en place d'un système de contrôle et de tarification des appels internationaux entrants au Sénégal* » ; qu'après plusieurs échanges de correspondances avec l'ARTP, la DCMP, par lettre du 11 mars 2010, a émis un avis de non objection ; que le 12 juin 2010, le décret n°2010-632 du 28 mai 2010 instituant un

système de contrôle et de tarification des communications téléphoniques internationales entrant au Sénégal est publié au journal officiel ; que le 23 juin 2010, l'ARTP fait un communiqué annonçant la mise en place d'un système de contrôle des communications téléphoniques internationales avec comme partenaire technique la société GVG pour la mise en œuvre du système ; que sur dénonciation du 9 août 2010 de la SONATEL, le CRD a ordonné la suspension de la procédure relative à la conclusion du contrat entre l'ARTP et la société GVG ; puis, par la décision attaquée, il a requalifié le projet de contrat de Partenariat Public Privé en une délégation de service public, annulé la procédure relative à la conclusion dudit Contrat et dit que la satisfaction des besoins de l'ARTP pour le type de prestations envisagées doit faire l'objet d'un appel à concurrence ;

L'ARTP et l'Etat du Sénégal au soutien de leur demande en annulation de ladite décision ont développé six (6) moyens ;

**Sur le premier moyen tiré de la violation des dispositions combinées des articles 21 du décret n° 2007-546 du 6 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP et 86 du Code des Marchés Publics (CMP),** en ce que le CRD, pour déclarer son Président recevable en sa saisine a retenu que la dénonciation n'est soumise à aucun délai, alors qu'en vertu de l'article 86 du CMP auquel renvoie l'article 21 du décret n° 2007-546 visé au moyen, la dénonciation de la SONATEL du 9 août 2010 et la saisine du CRD le 8 septembre 2010 par son Président étaient irrecevables pour avoir été faites plus de cinq (5) jours après que la SONATEL a eu connaissance des faits ;

**Considérant que**, d'une part, les dénonciations des tiers, qui ne sont pas visées par l'article 21 du décret suscitée, ne sont assujetties à aucun délai puisqu'elles peuvent être reçues « *avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public* » ; que, d'autre part, l'article 20 du même décret n'impartit aucun délai au Président du Comité pour saisir le CRD ;

**D'où** il suit que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur le deuxième moyen tiré de la violation de l'article 10 nouveau du Code des Obligations de l'Administration (COA),** en ce que le CRD a retenu que le projet de contrat ne peut recouvrir la qualification de contrat de partenariat, alors qu'au regard de l'article 10 nouveau du COA, le projet de Contrat constituait bien un projet de contrat de partenariat puisque l'ARTP n'a jamais envisagé de confier le service public du contrôle des

télécommunications à GVG, ce dernier n'apportant qu'une assistance par des moyens techniques et opérationnels ;

**Considérant qu'il** ressort de l'article 80 du COA portant « *Dispositions spécifiques aux contrats portant participation à l'exécution du service public* » que la convention de délégation de service public et le contrat de partenariat obéissent au même régime de passation, le principe étant l'appel d'offres, l'exception l'entente directe ; que même si on concédait aux requérants qu'il s'agit d'un contrat de partenariat, cela ne modifierait en rien les conditions d'appréciation de la régularité de la procédure de passation par entente directe ; que par suite, le moyen qui conteste la qualification retenue par le CRD est inopérant ;

**Sur les troisième et quatrième moyens réunis pris de l'irrégularité des motifs de fait et de la violation de l'article 80 du Code des Marchés Publics,** en ce que le CRD a :

-d'une part, affirmé que pour accorder son autorisation de passer un contrat par entente directe, la DCMP s'est uniquement fondée sur l'attestation signée le 4 mars 2010 par le Directeur Général de l'ARTP selon laquelle : « *sur les 22 utilisateurs agréés au Sénégal, seule la société Global Voice présente une offre relative au contrôle du trafic téléphonique international. Tous les autres installateurs interviennent dans les domaines d'installation et de maintenance de réseaux et système de télécommunication, radiodiffusion ou télévision ou en matière informatique*», alors que c'est après toute une série de vérifications pertinentes que la DCMP a donné son avis de non objection ;

-d'autre part, prétendu que l'organisation d'une procédure d'appel à la concurrence sur la base d'un dossier d'appel d'offres (DAO) dans lequel sont arrêtés des critères de qualification des soumissionnaires et de conformité des offres, devrait normalement donner l'opportunité aux candidats éventuels de soumettre des propositions et après évaluation, permettre d'établir que GVG est la seule société capable de fournir les prestations sollicitées, alors qu'aucune disposition du Code des Marchés Publics, et en particulier l'article 80, n'impose de passer préalablement un appel d'offres avant de pouvoir constater l'existence d'une seule source justifiant l'entente directe ;

**Considérant qu'en** vertu des dispositions combinées des articles 28 al. 2 de la Directive 04/2005/UEMOA/CM du 09 décembre 2005, 2 du décret n°2007/547 du 25 avril 2007 portant création de la DCMP, l'appel d'offre ouvert est la règle, le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par la DCMP dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur ;

**Considérant qu'** il résulte de l'article 80 visé au moyen qu'en matière de convention de délégation de service public ou de contrat de partenariat, l'autorité contractante peut, exceptionnellement, déroger au principe de la passation par appel d'offres et recourir à la procédure de passation par entente directe lorsque, notamment, une seule source est en mesure de fournir le service demandé ;

**Considérant qu'**il s'infère de ces dispositions textuelles que lorsque la preuve de l'exclusivité de la source ne peut être rapportée, le recours à l'appel d'offres devient obligatoire ;

**Considérant que** c'est sur la base de l'attestation délivrée par l'ARTP certifiant que « *sur les 22 installateurs agréés au Sénégal, seule la société global Voice présente une offre relative au contrôle du trafic téléphonique international* » que la DCMP a émis un avis de non objection à l'utilisation de la procédure d'entente directe;

**Considérant que** la preuve de l'exclusivité de la source de la prestation demandée ne saurait, objectivement, résulter des seules affirmations de l'autorité contractante, partie concernée, d'autant que la société pressentie n'a reçu son agrément que le 22 janvier 2010, postérieurement à la saisine de la DCMP, le 12 janvier 2010 ;

**Considérant que,** contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'ARMP n'a nullement soutenu que l'article 80 impose de passer préalablement un appel d'offres avant de pouvoir constater l'existence d'une seule source justifiant l'entente directe ; qu'elle a plutôt retenu, et à juste titre, que les seules déclarations de l'ARTP et la circonstance que seul GVG opère en Afrique étant insuffisantes pour prouver qu'elle est la seule société capable de réaliser les prestations envisagées, le recours à l'appel d'offre s'avère nécessaire;

**D'où** il suit que les moyens ne sont pas fondés ;

**Sur les cinquième et sixième moyen réunis tirés de la violation des articles 138 du Code des Marchés Publics, 21 du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, 1 de la loi organique sur la Cour suprême et 140 du Code des Obligations de l'administration,** en ce que, le comité a retenu qu'en conclusion il y a lieu de dire que l'autorisation donnée par la DCMP à l'ARTP de passer un contrat par entente directe est mal fondée et irrégulière et décidé l'annulation de la procédure relative à la conclusion du contrat, alors que :

-d'une part, en application de l'article 138 du CMP, la DCMP, dans le cadre de son contrôle a priori, n'autorise pas la signature du contrat mais émet seulement un avis, et l'article 21 donne compétence au CRD non pas pour annuler la procédure, mais uniquement pour ordonner toute mesure conservatoire, corrective ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation ;

- et, d'autre part, dès lors qu'il avait considéré que la DCMP avait accordé une autorisation de contracter, le CRD devait, en application des textes visés au moyen, retenir qu'une telle autorisation est un acte administratif qui ne peut être attaqué que par la voie du recours pour excès de pouvoir devant la Cour suprême ;

**Considérant que** selon l'article 2 du décret n°2007/547 du 25 avril 2007 portant création de la DCMP, celle-ci a pour mission d'assurer le contrôle a priori des procédures de passation de marchés publics, d'émettre des avis sur les décisions concernant l'attribution des marchés et d'accorder, à la demande des autorités contractantes, les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;

**Considérant que** l'article 30 nouveau du COA prévoit qu'en cas de non-respect des règles relatives à la passation des marchés et sans préjudice des recours gracieux et contentieux, une procédure spéciale de recours non juridictionnel devant un organe placé au sein de l'Agence de Régulation des Marchés publics, est ouverte à toute personne qui a participé à une procédure de passation et n'a pas été désignée attributaire, dans les conditions définies par le code des marchés publics ;

- que l'article 20 du décret n° 2007-546 du 6 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ouvre également ce recours aux tiers qui peuvent dénoncer des irrégularités constatées avant, pendant, et après la passation ou l'exécution des marchés ou délégations de service public ;

- que l'article 21 du même décret précise que la commission Litiges statue sur les irrégularités et violations des réglementations communautaires et nationales qu'elle constate, ordonne toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation des marchés et ses décisions sont exécutoires et ont force contraignante sur les parties ;

**Considérant qu'il** ressort de ces dispositions que, d'une part, le pouvoir de statuer sur les irrégularités en prenant une décision ayant force contraignante emporte celui d'annuler la procédure affectée par lesdites irrégularités, et d'autre part, le CRD peut se prononcer sur la

régularité de l'autorisation ou dérogation accordée par la DCMP à l'autorité contractante de recourir à l'entente directe et ceci, sans préjudice du recours juridictionnel qui peut être exercé devant le juge de l'excès de pouvoir si l'acte litigieux répond aux critères de l'acte administratif détachable ;

**Qu'**il s'ensuit que les moyens ainsi développés ne sont pas fondés ;

**PAR CES MOTIFS :**

- **Déclare** irrecevable le mémoire en réplique des requérants le 22 mars 2011 ;

- **Rejette** le recours en annulation de l'ARTP et de l'Etat du Sénégal contre la décision n°127/10/ARMP/CRD du 15 septembre 2010 du Comité de Règlement des Différends de l'Agence de Régulation des Marchés publics ;

**Cour d'appel de Dakar n°385 du 2 mai 1985, Etat du Sénégal c/ DRAME et autres (extrait du COA).**

La Cour ;

Vu les pièces du dossier ;

Oui les parties en toutes leurs demandes, fins et conclusions ;

Le Ministère public entendu ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant sur l'appel interjeté le 15 mars 1984 par l'Etat du Sénégal d'une ordonnance rendue le 30 Avril 1984 par le Juge du référés de Dakar, qui, faisant des injonctions à l'Etat, a prescrit l'arrêt des démolitions de demeures édifiées sur le domaine national ; qu'il était en train d'entreprendre ; demeures appartenant au sieur Bassirou DRAME et à 157 autres personnes, la même juridiction prescrivant en outre la réintégration des victimes des démolitions sous une astreinte provisoire de 50.000 francs par jour et par requérant ;

**En la forme :**

Attendu que l'ordonnance querellée a été rendue par défaut qu'aux termes des dispositions de l'article 250 du Code de Procédure civile l'appel contre les ordonnances de référé doit être formé dans les quinze jours de leur signification ;

Que l'appel formalisé le 15 mai 1984 de l'ordonnance de défaut du 30 avril 1984 signifié le 3 mai 1984 est ainsi régulier et recevable ;

**Au fond :**

Attendu que le sieur Bassirou DRAME et les 157 autres intimés exposent longuement que depuis déménagement en 1961 des quartiers de Baye Gaindé, ils étaient installés sur les terrains acquis à titre onéreux, auprès de familles léboues qui en étaient les propriétaires selon la coutume et ce, avant l'intervention de la Loi sur le domaine national, loi qui leur en avait laissé expressément l'usage ; qu'ils y avaient édifié des maisons en dur et s'étaient organisés en quartier avec les délégués nommés par l'autorité administrative et avaient donné le nom de Darou Salam( maison de la paix) à leur cité ;

Attendu que les intimés écrivent ensuite que le 27 avril 1984 avec l'assistance de la Force publique et à l'aide de bulldozers, le Préfet de la 2<sup>e</sup> circonscription urbaine de Dakar a fait détruire tout ce qui était debout, absolument tout, au motif que les intimés avaient occupé des terrains du domaine national et avaient construit sans autorisation ; le sieur DRAME et ses 157 autres camarades d'infortune de préciser ensuite que l'Etat du Sénégal, assigné devant le Juge des référés en la personne de l'Agent judiciaire du Trésor pour entendre prononcer l'arrêt des démolitions ne s'est pas présenté devant cette juridiction et avait continué de plus belle, sans désenclaver et de façon systématique les démolitions, malgré la signification à lui faite de l'ordonnance juridictionnelle du 30 avril 1984 prescrivant l'arrêt des démolitions faisant ainsi fi de façon délibérée de la décision de justice ;

Attendu que les intimés invoquent ensuite le défaut d'urgence dans l'accomplissement des mesures de destruction puisque depuis les démolitions du mois d'avril 1984, les terrains sont restés vides, sans que l'administration y ait édifié quoi que soit, ils caractérisent de voies de fait les actes commis par les agents de l'Etat avant de demander la confirmation de l'ordonnance attaquée ;

Attendu que l'Etat du Sénégal par le truchement de l'Agent judiciaire de l'Etat conclut que les intimés se comportant en véritables squatters, perturbateurs de l'ordre public, avaient érigé des constructions dans l'anarchie, sans droit, ni titre en violation des dispositions légales, sur le Domaine national et de celles contenues dans le code de l'Urbanisme ;

Attendu que l'Etat du Sénégal se prévaut ensuite du privilège du préalable qui lui permet d'exécuter immédiatement ses décisions qu'il prend quitte à engager sa responsabilité en cas de faute commise invoquée en justice par la victime ; et l'Etat du Sénégal de réclamer l'infirmité de l'ordonnance entreprise, le juge des référés, poursuit-il, n'ayant pas compétence pour faire des injonctions à l'Administration et encore moins à la condamner à des astreintes, autre forme de l'obligation d faire ;

Attendu qu'il n'est nullement dénié que le Préfet de la 2<sup>e</sup> circonscription du Cap-Vert a procédé dans le courant du mois d'avril 1984, à la démolition des demeures appartenant aux intimés et édifiés depuis une vingtaine d'années sur la cité Darou-Salam ;

Attendu que les intimés ont rappelé avec pertinence les conditions dans lesquelles les démolitions auraient du être effectuées, par application des dispositions de la Loi du 27 mai 1966 abrogeant et remplaçant le code de l'Urbanisme aux termes desquelles les démolitions des constructions irrégulières sont ordonnées, à l'exclusion de toute autre autorité, par les

tribunaux sur requête de l'Administration (articles 12 et 143) sauf en cas d'extrême urgence, auquel cas les démolitions ne peuvent être effectuées qu'après la description contradictoire des biens à détruire ;

Attendu que s'il apparaît des pièces du dossier que l'autorité administrative ne s'est pas conformée aux prescriptions formelles édictées par la loi en matière de destruction de construction ou d'occupations irrégulières, il convient de ne pas perdre de vue que la Cour est saisie non pas d'une demande de réparation d'un dommage causé par l'administration à l'occasion de l'exécution d'un travail public (article 141 du COA) mais d'une demande tendant à adresser des injonctions à l'autorité administrative et à prononcer une astreinte comminatoire contre elle ;

Attendu qu'aux termes des dispositions combinées des articles 74 et 141 du COA, il est interdit aux juges de faire des injonctions à l'administration ou de la condamner sous astreinte à une élection de faire ou de ne pas faire et, à la réparation par équivalence étant exclue en droit administratif, la seule réparation admise résidant dans la condamnation de l'Etat par les tribunaux à verser des dommages et intérêts en compensation du préjudice causé à la victime soit par le fonctionnement d'un service public, soit par l'exécution d'un travail public ;

Attendu que l'ordonnance entreprise encourt l'annulation pour violation des dispositions à la loi sus-relatée ;

**Par ces motifs :**

Statuant publiquement contradictoirement en matière de référé et en dernier ressort ;

**En la forme**

Reçoit l'appel de l'Etat du Sénégal ;

**Au Fond**

Y faisant droit, annule l'ordonnance entreprise ;

Condamne les intimés aux entiers dépens d'instance et d'appel.

Arrêt n° 50  
du 07/03/2019  
Civil définitif

Massokhna KANE, Abdel Kader Djilali LO et  
autres

(Me Massokhna KANE)

Contre Exp: 03/09/19

Etat du Sénégal - SONATEL - ADG du  
TGHCD

(Me Guédel NDIAYE & Associés)

Exp: 29/04/19

PRESENTS

Monsieur Amed FALL, Président  
Messieurs Mamadou Seck DIOUF et  
Boubacar Kassé SANE, Conseillers  
Maître Mamadou GUEYE, Greffier

REPUBLIQUE DU SENEGAL

COUR D'APPEL DE DAKAR

CHAMBRE CIVILE 2

**ENTRE :**

1) Monsieur Massokhna KANE, usager téléphone  
n° 77 177 44 44 Avocat, domicilié à Dakar, villa n° X3  
Hann Marinas ;

2) Monsieur Abdel Kader Djilali LO, usage  
téléphone n° 77 645 58 86 Directeur de Société,  
domicilié à Dakar villa n° 11 route front de terre ;

3) Monsieur Serigne Modou Bousso Dieng  
THIANE, usager téléphone n° 77 111 03 08 Opérateur  
Economique, domicilié à Dakar villa n° 10 ILM Grand-  
Yoff ;

4) Monsieur Ousmane LO, usager, téléphone n°  
77 645 57 58 Chef d'Entreprise, domicilié à Dakar, Cité  
Sipres II n° 646 Sud Foire ;

5) Madame Oumy FALL, usager téléphone n°  
77569 92 92 Expert en Développement domiciliée à  
Dakar villa n° 1552 Sicap Liberté 2 ;

6) Madame Yacine SYLLA, usager téléphone n°  
77 642 68 55 Ménagère, domiciliée à Dakar n° 10 rue  
GY Front de Terre ;

7) Madame Fatou SOW, usager téléphone n°77  
576 89 37 Directrice d'école, domiciliée à Dakar n° 10  
rue GY Front de Terre ;

8) Monsieur Ciré Balley DIALLO, usager  
téléphone n° 77 320 55 45, Instituteur à la retraite,  
domicilié à Thiès, quartier Escale n° 67, derrière station  
Total « Clémenceau » ;

9) SOS Conservateurs, usager téléphone n° 33 827  
52 78 Société Sénégalaise de défense des  
consommateurs, dont le siège social est à Dakar, Sicap  
Mermoz 1<sup>ère</sup> porte n° 7185, récépissé n°  
10809/MLINT.DAGAT. Agissant en-nom et en-qualité  
de ses adhérents ;

Ayant pour conseil constitué Maître Massokhna  
KANE, Avocat à la Cour, Sicap Mermoz, Première  
Porte, villa n° 7135, à Dakar où domicile est élu pour  
les présentes et leurs suites ;

Appelants

CIV4201951MDT/C41951

Comparant et concluant à l'audience par l'organe dudit avocat ;

*D'une part*

**ET :**

1) L'Etat du Sénégal, représenté par l'Agent Judiciaire de l'Etat, ayant ses bureaux au Ministère des Finances, Annexe rue Calmette, Dakar ;

**INTIME**

Comparant et concluant à l'audience par ledit Agent ;

2) La SONATEL, Société Anonyme prise en la personne de ses représentants légaux ayant son siège Siège Social sur la Voie de Dégagement Nord (VDN) à Dakar mais élisant domicile en l'étude de Maître Guédél NDIAYE & Associés, Avocats à la Cour, 73, Bis Rue Amadou Assane NDOYE à Dakar ;

**INTIMEE**

Comparant et concluant à l'audience par l'organe desdits avocats ;

3) Monsieur l'Administrateur de Greffe du Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar en ses bureaux sis au Palais de Justice de Dakar, Corniche Ouest, derrière l'ambassade du Japon, Dakar ;

**INTIME**

Non comparant ;

*D'autre part*

**Les Faits**

Suivant exploit en date des 28/02/2018 et 1<sup>er</sup>/03/2018 de Maître Ngoné Faye FALL, Huissier de justice à Dakar, Monsieur Massokhna KANE et autres, ont interjeté appel du jugement n°219 rendu le 20 Février 2018 par le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar, présidé par Monsieur El Hadji Boubou NDIAYE, Président avec l'assistance de Maître Viviane Paulèle DIALLO MBAYE, Greffière, enregistré le 22/03/2018 sous le bordereau n°432 Vol IV, F°176 Case 3422 aux droits de Dix mille francs ;

Et, par le même exploit, les requérants ont fait servir assignation aux requis d'avoir à comparaître et se trouver par devant la Chambre Civile en son audience publique et ordinaire du Vendredi 16/03/2018 à 8h 30 mn pour venir voir et entendre statuer sur le mérite de son recours ;

Sur cette assignation, l'affaire inscrite au rôle de la Cour sous le numéro 329 de l'année 2018 a été appelée à la date pour laquelle ladite assignation avait été servie ;

A cette date, l'affaire mise au rôle particulier de l'audience a été renvoyée plusieurs fois jusqu'au 06/12/2018 date à laquelle elle fut utilement retenue ;

Maître Massokhna KANE pour le compte du sieur Massokhna KANE et autres a déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;



CIV42019SIMBT/C41951 <sup>2</sup>

me pa

Conclusions en date du 10 Juillet 2018

**«En la forme**

- Déclarer l'appel recevable ;

**Au fond**

- Infirmer partiellement le jugement entrepris ;

**Statuer à nouveau**

- Annuler le protocole d'accord signé le 18 juin 2016 entre l'Etat du Sénégal et la SONATEL et en conséquence, annuler la convention non datée du renouvellement de la concession du 19 juillet 1997 et du cahier des charges qui y était annexé ;

- Confirmer le jugement en ce que le premier juge s'est déclaré compétent ;

- Condamner solidairement l'Etat du Sénégal et la SONATEL à payer à chacun des appelants la somme d'un franc symbolique à titre de dommages et intérêts ;

- Condamner l'Etat du Sénégal et la SONATEL aux entiers dépens d'appel et d'instance au profit de Maître Massokhna KANE qui la requiert ;

L'Agent Judiciaire pour le compte de l'Etat du Sénégal a déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

Conclusions non datées

**A titre principal**

Confirmer le jugement querellé ;

**A titre subsidiaire**

Débouter les appelants de toutes leurs demandes comme mal fondées ;

Maître Guédel NDIAYE & Associés pour le compte de la SONATEL ont déposé des conclusions écrites tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

Conclusions en date 09 Août 2018

**«En la forme**

Statuer ce que de droit sur la recevabilité de l'appel des sieurs Massokhna KANE ;

**A titre principal**

Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré l'action irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir ;

**A titre subsidiaire**

Infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté l'exception d'incompétence soulevée ;

Se déclarer incompétente ;

**A titre infiniment subsidiaire**

Rejeter les demandes des sieurs Massokhna KANE et autres comme é tant mal fondées ;

Condamner les sieurs Massokhna KANE et autres aux dépens dont distraction selon l'usage ;

CIV4201951MDT/C41951<sup>3</sup>

Les débats ont été clos et Monsieur Mamadou Seck DIOLF, Conseiller chargé de la mise en état a pris une ordonnance de clôture en date du 20/12/2018 et renvoyé la cause et les parties à l'audience du 24/01/2019 pour mise en délibéré ;

Sur quoi Monsieur le Président a mis l'affaire en délibéré pour l'arrêt à intervenir à la date du 14/02/2019 ;

#### **DROIT**

La cause en cet état présentait à juger les différents points de droit résultant du dossier et des conclusions prises par les parties en cause ;

#### **QUID DES DEPENS ?**

A cette date, le délibéré a été prorogé jusqu'au 07/03/2019 ;

Advenue l'audience publique et ordinaire de ce jour, la Cour, vidant son délibéré, a statué ainsi qu'il suit :

#### **LA COUR**

*Vu les pièces du dossier ;*

*Ouï pour les parties en toutes leurs demandes fins et conclusions ;*

*Après en avoir délibéré conformément à la loi ;*

*Considérant que suivant exploit d'huissier en date des 28 février et 1<sup>er</sup> mars 2018, Massokhou KANE, Abdel Kader Djilali LO, Serigne Modou Bousso Dieng THIANE, Ousmane LO, Oumy FALL, Yacine SYLLA, Fatou SOW, Ciré Balley DIALLO et SOS Consommateurs ont relevé appel du jugement n°0219 rendu le 20 février 2018 par le Tribunal de Grande Instance, Hors Classe, de Dakar dans la cause l'opposant à l'Etat du Sénégal et à la Société Nationale de Télécommunications, en abrégé SONATEL, et dont le dispositif est ainsi conçu : statuant publiquement contrairement en matière civile et en premier ressort ; en la forme, rejette l'exception d'incompétence, déclare l'action irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir des demandeurs ; met les dépens à leur charge ;*

#### En la forme

*Considérant que par ordonnance du 20 décembre 2018, le Conseiller de la mise en état a déclaré l'appel recevable ;*

#### Au fond

#### Sur les faits, procédure, moyens et prétentions des parties

*Considérant, selon les énonciations du jugement attaqué, qu'en application de l'article 7 de la loi n°96-03 du 26 février 1996, l'Etat du Sénégal avait signé, le 19 juillet 1997, avec la SONATEL, une convention de concession d'exploitation de réseaux de télécommunications, à laquelle est annexée un cahier des charges, approuvé par décret n°97-715 du 19 juillet 1997 ; qu'à l'adoption de la loi n°2011-15, portant code des télécommunications, un nouveau cahier de charge a été approuvé par décret n°2011-265 du 23 février 2011, prévoyant à l'article 2, alinéas 2.1 et 2.2, la possibilité de renouvellement pour des périodes d'une durée de 05 ans ; que le 18 juin 2016, l'Etat du Sénégal a signé avec la SONATEL, une nouvelle*

CIV42019SINDT/C4191

convention, approuvée par décret n°2016-1081 du 03 août 2016, renouvelant ainsi par anticipation la convention de 1997, devant expirer en 2017, et ce, pour une durée de 17 ans; que contestant la régularité de ladite convention, les appelants avaient saisi les premiers juges, d'une action en annulation et en paiement du franc symbolique, qui ont statué par jugement, dont est appel :

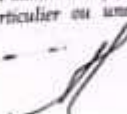
Considérant que, dans leurs ultimes conclusions du 10 juillet 2018, les appelants ont plaidé l'infirmité du jugement attaqué, prenant moyens de ce que les articles 56 et 57 du Code des Obligations de l'Administration, en abrégé COA, sur lesquels la juridiction d'instance a fondé sa décision ne tient pas compte de l'évolution du droit administratif et de la jurisprudence; que l'application des telles dispositions doit tenir compte de la possibilité pour un tiers de pouvoir attaquer un contrat administratif; que dans l'arrêt Tarn-Garonne et Syndicat Mixte des Transports en Commun, le Conseil d'Etat français a ouvert aux tiers la possibilité d'un recours; qu'ils ont qualité et intérêt à agir dans la mesure où dans le contrat de concession, le concessionnaire est payé par les usagers :

Considérant que dans ses seules écritures, non datées, l'Etat du Sénégal, a plaidé la confirmation du jugement attaqué; tenant moyens de ce que pour introduire une instance, il faut avoir qualité et intérêt à agir; que la qualité d'usagers, née du contrat de concession, dont font référence les appelants, pour faire valoir leur qualité de tiers, ne leur ouvre droit à un recours que s'ils démontrent d'un bouleversement de leur situation actuelle par la signature des conventions, dont annulation est réclamée; que l'unique voie de recours ouverte aux tiers est celui conféré aux tiers évincés; que la jurisprudence administrative a infléchi sa position et que l'article 89 du Code des Marchés Publics, en abrégé CMP, consacrant le principe du tiers évincé a ouvert le recours à tout candidat à une procédure d'attribution, que le même principe est consacré par le COA dans ses articles 56 et 57; que le droit positif, à travers le COA, a posé les conditions des recours contre les contrats administratifs, et que même en cas d'infirmité, ce revirement ne saurait avoir un effet rétroactif;

Considérant que dans ses ultimes écritures datées du 09 août 2018, la SONATEL a, aussi, plaidé la confirmation du jugement attaqué, en objectant que le contrat tient lieu de loi des parties et de ce fait, il exclut l'immixtion des tiers; que les appelants ne peuvent élever une telle demande que dans le cadre d'un contentieux de l'annulation, alors qu'ils sollicitent l'annulation d'un acte administratif dans le cadre d'un recours contentieux et entendent également obtenir le paiement de dommages intérêts résultant d'un recours de plein contentieux; que leur action, tendant à l'annulation du protocole doit être dirigée devant la juridiction compétente en matière d'annulation d'acte administratif; que l'exception d'incompétence rejetée par les premiers juges est fondée, car les appelants demandent l'annulation d'un acte administratif, en l'occurrence un contrat administratif; qu'en outre, c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que les appelants n'ont pas la qualité pour agir :

Sur ce

Considérant, dès l'abord, qu'il y a lieu de relever à l'effet de préciser, d'une part, que la convention liant l'Etat du Sénégal à la SONATEL, signée le 18 juin 2016, et approuvée par décret, est un contrat de concession de service public qui par nature est un contrat administratif par lequel, l'Etat ou une collectivité publique charge un particulier ou une entreprise (privée ou

  
CIV4201951MDEK41951

publique) du soin de faire fonctionner un service public, le concessionnaire étant rémunéré au moyen de redevances perçues sur les usagers du service ; Et, d'autre part, que le contrat de concession est de nature mixte, c'est-à-dire qu'il contient des clauses ayant une nature de stipulations contractuelles, mais aussi des clauses de nature réglementaires ;

Considérant qu'au regard des dispositions du COA, notamment en son article 140, les clauses, ayant un caractère réglementaire, échappent à l'appréciation du juge de pleine juridiction ;

Considérant que les appelants font grief à l'Etat du Sénégal d'avoir violé l'article 2 alinéas 2.1, et 2.2 de ladite convention, en passant pour des périodes de renouvellement de 5 ans à 17 ans ;

Considérant que de par leur nature, ces clauses ont trait à l'organisation et au fonctionnement du service public et revêtent ainsi un caractère réglementaire ; que la demande d'annulation sollicitée ne peut être utilement proposée devant la juridiction de ceans ; qu'ainsi, en rejetant l'exception d'incompétence et en déclarant irrecevable l'action des appelants pour défaut de

*M. O. O. O.*  
d'intérêt à agir, les premiers juges n'ont pas donné une base légale à leur décision ; qu'en conséquence, il y a lieu d'infirmer le jugement attaqué, et de statuer à nouveau, se déclarer incompétent et renvoyer la cause et les parties devant la Cour Suprême compétente, conformément à l'article 114 du Code de Procédure Civile, en abrégé CPC ;

Considérant que les appelants, qui ont succombé, sont tenus des dépens, en application de l'article 81 du CPC ;

Par ces motifs

La Cour :

statuant publiquement, par arrêt contradictoire, après en avoir délibéré conformément à la loi, en matière administrative et en dernier ressort ;

En la forme

Vu l'ordonnance de clôture du Conseiller de la mise en état, déclarant l'appel recevable ;

Au fond

Infirme le jugement attaqué en toutes ses dispositions ;

Et statuant à nouveau :

Se déclare incompétent ;

Renvoie la cause et les parties devant la Cour suprême ;

Met les dépens à la charge des appelants ;

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement par la Cour d'Appel de Dakar siégeant au Palais de Justice de ladite ville, en son audience publique et ordinaire du 07/03/2019 et à laquelle siégeaient Monsieur Amel FALL, Président, Messieurs Mamadou Seck DIOUF et Boubaacar Kassé SANE, Conseillers et avec l'assistance de Maître Mamadou GUEYE, Greffier

ET ONT SIGNÉ LE PRÉSENT ARRÊT  
LE PRÉSIDENT ET LE GREFFIER.



M. Mamadou FAYE

CIV420151MDEUCAT1912

QUITTANCE TRESOR N°001425372 DU 30/05/2018 (10.000)

QUITTANCE GREFFE N°001425372 DU 30/05/2018 (6.000)

*Un Peuple – Un But – Une Foi*

-----  
*COUR D'APPEL DE DAKAR*

*TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE  
HORS CLASSE DE DAKAR*

-----  
*N°309 DU 03/03/2020*

*N°932/18 ROLE GENERAL*

-----  
*JUGEMENT CIVIL*

**ZAKHEM CONTRUCTION SENEGAL  
et SSOCIETE D'EQUIPEMENT et DE  
CONSTRUCTION dite SOECO**

*(Me Khaled HOULA)*

*Contre :*

**L'Agence des Travaux et de Gestion  
des Routes (AGEROUTE)**

*(Me CAMARA)*

**ETAT du Sénégal**

*(AJE)*

-----  
*Responsabilité et Paiement*

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE HORS  
CLASSE DE DAKAR (SENEGAL)**

**AUDIENCE PUBLIQUE ET ORDINAIRE  
DU 03 MARS 2020**

Le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal) statuant en matière civile, en son audience publique et ordinaire du trois mars de l'année deux mille dix-vingt, à laquelle siégeaient **Monsieur Hippolyte Anquediche NDEYE**, Président de Chambre, **Madame Mayé Diouma Diouf DIOP** et **Madame Elisabeth GUEYE MBENGUE THIAM** Juges au siège, membres et avec l'assistance de **Maître Amy AW**, Greffière, a rendu le jugement dont la teneur suit ;

**DEMANDERESSES**

**ZAKHEM CONSTRUCTION SENEGAL**, société Anonyme, ayant son siège social à Dakar, 29 Avenue Pasteur ;

**Et La SOCIETE D'EQUIPEMENT ET DE CONSTRUCTION dite SO.E.CO** société anonyme ayant son siège social à Dakar, Km 4, 8 Boulevard du Centenaire de la Commune de Dakar,

formant le Groupement ZAKHEM-SOECO, dont la société ZAKHEM CONSTRUCTION SENEGAL est le chef de file, poursuites et diligences de leurs représentants légaux lesquels font élection de domicile en l'étude de Maître Khaled A. HOUDA, avocats à la cour ;

Comparant et concluant par l'organe de leur conseil

**DFEFENDEURS**

**L'Agence des Travaux et Gestion des Routes (AGEROUTE)**, (anciennement dénommée l'Agence Autonome des Travaux Routiers AATR) prise en la personne de son représentant légal en ses bureaux sis à Dakar Rue David DIOP x Rue F, Fann Dakar ;

Qu'elles ont également sollicité qu'il soit ordonné à AGEROUTE de donner mainlevée sous astreintes de vingt millions (20.000.000) FCFA par jour de retard des cautions d'avance de démarrage de la tranche conditionnelle n°350700 et de bonne exécution de la tranche conditionnelle n°35001, ainsi que les cautions de retenue de garantie n°348963, de bonne exécution n°347630 et de la caution d'avance de démarrage n°34811 ; le tout sous le bénéfice de l'exécution provision ;

Suite à cette assignation, l'affaire a été inscrite au rôle général sous le numéro 932 de l'année 2018 et mise au rôle particulier de l'audience du 04 juin 2018 comme indiquée dans l'exploit ;

A l'appel de la cause à ladite audience, l'affaire a fait l'objet de plusieurs renvois avant d'être utilement retenue à l'audience du 18 décembre 2018 ;

Les conseils n'ayant plus rien à ajouter, les débats ont été déclarés clos et l'affaire mise en délibéré pour le jugement être rendu le 05 février 2019 ;

A cette date le délibéré a été rabattu et l'affaire fut successivement renvoyée jusqu'au 03 décembre 2019 et mise en délibéré au 07 janvier 2020 ;

Lequel délibéré a été prorogé au 03 mars 2020 ;

Sur quoi, advenue l'audience de ce jour à laquelle le délibéré a été vidé, le tribunal a statué en ces termes :

**LE TRIBUNAL :**

Vu les pièces du dossier ;

Oui les parties en leurs demandes fins et conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que suivant exploit servi le **18 mai 2018** par Richard Diatta huissier de justice à Diamniadio, la société *Zakheim Constructions*

*Sénégal et la Société d'Équipement et de Construction dite SOECO formant le GROUPEMENT ZAKHEIM-SOECO* ont assigné devant la juridiction des céans l'Agence des Travaux et de Gestion Routes dite *AGEROUTE* et l'Agent Judiciaire de l'Etat aux fins d'entendre déclarer *AGEROUTE* responsable de la rupture abusive du contrat de marché n° TA3 / 314 / ATR ainsi que sa condamnation solidaire avec l'Etat du Sénégal à leur payer la somme de dix milliards vingt-cinq millions deux cent treize mille trois cent soixante et un (10.025.213.361) FCFA en principal outre les intérêts ;

Qu'elles ont également sollicité qu'il soit ordonné à *AGEROUTE* de donner mainlevée sous astreintes de vingt millions (20.000.000) FCFA par jour de retard des cautions d'avance de démarrage de la tranche conditionnelle n°**350700** et de bonne exécution de la tranche conditionnelle n°**35001**, ainsi que les cautions de retenue de garantie n°**348963**, de bonne exécution n°**347630** et de la caution d'avance de démarrage n°**34811** ;

Que l'exécution provisoire du jugement à intervenir a été sollicitée de même que la condamnation des requis aux dépens ;

#### **EN LA FORME**

Attendu que l'action a été introduite dans les forme et délai légaux, il échet de la déclarer recevable ;

#### **AU FOND**

#### **MOYENS ET PRETENTIONS DES PARTIES**

Attendu que **suivant exploit** précité les demanderesse ont soutenu que le 20 septembre 2005, le Groupement ZAKHEIM SOECO a reçu, suite à sa participation à l'appel d'offres n° D / 267 /A3, la notification d'attribution du marché pour l'exécution des travaux de construction et de bitumage de la route Fatick-Bambey ;

Que le marché originellement soumissionné pour une valeur de cinq milliards neuf cent vingt-quatre millions quatre cent trente-sept mille neuf cent soixante-deux (5.924.437.962) FCFA a été divisé en deux

tranches dont la première était ferme et portait sur un montant de deux milliards huit cent millions (2.800.000.0000) FCFA alors que la seconde était une tranche conditionnelle portant sur un montant de trois milliards cent vingt-quatre millions quatre cent trente-sept mille neuf cent soixante-deux (3.124.437.962) FCFA ;

Qu'il était convenu que la seconde tranche devait être mobilisée par ordres de service dès que les ressources financières seraient disponibles ;

Qu'à la date du **1<sup>er</sup> décembre 2005** le groupement ZAKHEIM-SOECO a signé avec AATR devenu AGEROUTE le marché n°TA3 /314 /ATR ;

Que les demanderesses ont ajouté que les travaux ont commencé comme convenu le **10 février 2006** mais avec des difficultés qui ont affecté ses moyens, couts et procédures d'exécution notamment la subdivision du marché en deux tranches qui a engendré une réduction de son avance de démarrage à moins de 50% d'une part, et d'autre part, le changement par son cocontractant AATR des spécifications techniques initiales notamment le démarrage des travaux dans le sens Fatick vers Bambey alors c'est le sens Bambey-Fatick initialement programmé par le Groupement qui permettait d'avancer plus vite et à moindre cout ;

Que le **29 décembre 2006** le groupement a fait le point des difficultés rencontrées au Directeur d'AATR et sollicité la programmation d'une séance de travail pour décider du progrès du projet pour 2007 ;

Qu'en **mai 2007**, les travaux ont été suspendus pour défaut de paiement des décomptes 7, 8 et 9 relatifs aux périodes de Septembre/Octobre 2006, Novembre / Décembre 2006 et Janvier/ Février 2007 pour un montant de **861.189.473 FCFA** ;

Qu'elles ont également fait valoir que le **04 mai 2007**, AATR a émis un chèque à l'ordre du Groupement d'un montant de **744.125.941**

**FCFA** représentant le paiement du reliquat du décompte n°7 qui s'élève à 119.238.349 FCFA et le paiement de l'avance de démarrage de la tranche conditionnelle pour un montant de 624.887.592 FCFA ;

Que le montant correspondant à la tranche conditionnelle n'a pu être débloqué que six mois plus tard sur la base d'une attestation délivrée par AAATR pour la prise en charge de tranche conditionnelle dans les BCI 2007-2008 soit en novembre 2007 ;

**Que le 12 juin 2007, AATR a adressé une mise en demeure au Groupement de reprendre les travaux et les financer alors que les décomptes 8 et 9 ainsi qu'un reliquat du décompte 7 n'avaient pas été acquittés par elle ;**

Que **19 juin 2007** le Groupement a refusé de s'exécuter en exigeant le paiement des décomptes 8 et 9, la révision du prix de la tranche conditionnelle ainsi que l'approbation de cette tranche par l'autorité compétente, le *Conseil des Routes* et la fourniture par AAATR d'une attestation d'existence de crédits pour la tranche conditionnelle afin de pouvoir libérer les fonds de l'avance de cette tranche bloquée par la Banque ainsi qu'un report du délai de fin des travaux à sept mois ;

**Qu'après deux années d'arrêt de chantier, AATR a réglé les décomptes 8 et 9 mais payé le décompte n°10 attendu depuis avril 2009 que le 29 décembre 2009 ;**

Attendu que le Groupement ZAKHEIM-SOECO a reproché à AATR de n'avoir pas fait approuver la tranche conditionnelle par le Conseil des Routes ;

Qu'il a fait observer que le **14 janvier 2010**, il a adressé à AATR un courrier énumérant les conditions pour la reprise des travaux ;

Qu'après trois mois de reprise desdits travaux, un second courrier a été envoyé à nouveau à AATR le **23 avril 2010** pour solliciter une réunion d'urgence de même qu'un troisième courrier du **18 mai 2010** suite au rejet de son décompte n°11 par AATR ;

Que le **21 mai 2010**, suite au remboursement à 100% de l'avance de démarrage de la tranche ferme, le Groupement a adressé à AGEROUTE venant aux droits et obligations d'AATR une demande de mainlevée restée sans suite jusqu'à la date du **08 Octobre 2010** à laquelle AGEROUTE l'a convié à une réunion au cours de laquelle cette dernière l'a accusé de défaillance et lui a exigé la reprise des travaux sans pour autant satisfaire les conditions qu'il a posé au préalable ;

Que le Groupement a également fait valoir que le **04 novembre 2010** AGEROUTE s'est engagé par correspondance à résoudre les différentes conditions posées pour le redémarrage des travaux mais ne s'est pas exécuté mais a, en revanche, convoqué le Groupement à une réunion de recherche d'une solution définitive pour ledit redémarrage et plutôt proposé une résiliation à l'amiable du contrat à laquelle le Groupement a posé comme conditions préalables notamment le paiement par son cocontractant de son décompte n°11, la réception par ce dernier des travaux déjà exécutées, le règlement immédiat du décompte définitif, les mainlevées sur les deux cautions de bonne exécution des tranches ferme et conditionnelle ainsi que la mainlevée sur la caution de retenue de garantie de la tranche ferme ;

**Que le 07 mars 2011, AGEROUTE a informé le Groupement qu'il sera procédé à la rupture du contrat à ses frais et risques ce que le Groupement a contesté par correspondance du 17 mars 2011 en soutenant n'avoir commis aucune faute pouvant justifier la résiliation unilatérale du contrat ceci conformément aux dispositions de l'article 166 et suivants du Code des Marchés Publics de 2002 applicable au contrat ;**

Que le 13 juin 2011 AGEROUTE a, par courrier reproché au Groupement de prétendues carences et lui a infligé diverses pénalités qu'il n'a pas accepté et contesté ;

Que le Groupement a ajouté avoir été informé par voie de presse que le marché d'exécution des travaux restant à exécuter sur le projet de

construction de la route Fatick-Bambey a été attribué à une autre entreprise pour un montant de quatre milliards deux cent millions (4.200.000.000) FCFA soit un milliard cent millions (1.100.000.000) FCFA de plus que celui contracté avec lui ce qui démontre que sa demande d'actualisation des prix avant la reprise des travaux en janvier 2010 était légitime et justifiable ;

Que le **21 novembre 2012**, suivant correspondance n°001252/AGERROUTE/DG/SG, AGERROUTE lui a notifié l'arrêté ministériel pris le 17 aout 2011 et portant résiliation du marché n°TA3/314/ATR du 29 décembre 2005 soit quinze mois après la résiliation du contrat ;

Attendu que le Groupement ZAKHEIM-SOECO a estimé que cette rupture est abusive parce qu'aucune faute ne peut lui être reprochée et que le contrat ne pouvait être résilié que suivant les conditions posées par l'article 166 et suivants du Code des Marchés Publics alors que ces conditions ne sont pas réunies puisqu'il a toujours exécuté ses obligations contractuelles de bonne foi et que la résiliation unilatérale du marché est injustifiée car la procédure de résiliation amiable seule envisageable dans le cas d'espèce n'a pas été respectée et qu'il n'a été informé que tardivement ;

Qu'il a ajouté que cette rupture unilatérale lui a causé un préjudice tant financier que moral car depuis 2015, il est en procédure contre AGERROUTE pour le paiement des cautions qu'il a constitué au titre de l'exécution du marché notamment les cautions d'avance de démarrage et de bonne exécution de la tranche conditionnelle qui n'a pas été exécutée faute d'approbation par le Conseil des Routes ;

Que le Groupement a évalué son préjudice à la somme de 10.025.213.361 FCFA répartie ainsi :

- 223.783.600 FCFA au titre des agios et frais bancaires de ses membres jusqu'à septembre 2014 ;

- 271.277.684 FCFA au titre des intérêts de retard sur règlement des décomptes jusqu'au 31 mai 2017 ;
- 5.076.013.281 FCFA au titre de l'immobilisation des engins au profit du projet de route Fatick-Bambey ;
- 905.695.000 FCFA au titre des charges du personnel, loyer et matériel ;
- 236.000.000 FCFA au titre de l'indemnité de remobilisation pour la reprise des travaux en janvier 2010 ;
- 312.443.796 FCFA au titre des dommages et pertes sur résiliation unilatérale du contrat soit 10% de la tranche conditionnelle ;
- 3.000.000.000 FCFA au titre des dommages et intérêts ;

Attendu que par conclusions prises **le 20 aout 2018 et 18 décembre 2018** par son conseil, AGEROUTE a sollicité le rejet des demandes du Groupement ZAKHEIM-SOECO en soutenant d'une part que la résiliation du contrat pour défaut de reprise des travaux et inexécution des travaux dans les délais contractuels est fondée en droit parce fondée sur **l'article 2-21 du Cahier des Charges Administratives Particulières (CCAP)** ;

Qu'il a expliqué que suite à l'appel d'offres du 21 juillet 2005, le Groupement a été désigné comme adjudicataire pour un marché de **5.924.437.962 FCFA** ;

Que **le 25 novembre 2005** une réunion a eu lieu au siège de l'AATR devenue AGEROUTE aux fins de finaliser le contrat et à cette occasion, il a été retenu le changement du responsable en qualité du Groupement ainsi que le fractionnement du marché en une tranche ferme de 2.800.000.000 FCFA et une tranche conditionnelle de 3.124.437.962 FCFA ;

Que l'exécution de la tranche conditionnelle était conditionnée par la disponibilité des ressources en ce sens que l'Administration ne sera engagée que du jour où le budget existera et sera disponible ;

Qu'au cours de cette réunion, il a été clairement spécifié au Groupement les conditions du marché ainsi que la distinction chiffrée entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle ;

Que le **1<sup>er</sup> décembre 2005** soit sept jours après la réunion précitée, le marché TA3/314/ATR a été conclu librement entre les parties ;

Que le **10 février 2006** les travaux ont démarré mais au mois de Mai 2007 le Groupement a unilatéralement suspendu les travaux ;

Qu'à la date du **21 aout 2007** une réunion de chantier s'est tenue au cours de laquelle une prorogation conventionnelle d'un nouveau délai d'exécution de sept (07) mois a été retenue ;

Que le **12 juin 2007**, suivant exploit de Yakhouba Camara huissier de justice à Dakar, AATR a signifié au Groupement une mise en demeure de reprendre les travaux sous huitaine avec affectation sur le chantier du personnel d'encadrement et du matériel suffisant ;

**Que le Groupement par lettre du 19 juin 2007 a posé ses conditions à une reprise du chantier et n'a obtempéré que suite à une réunion de reprise du marché tenue le 19 mars 2009 au cours de laquelle il a accepté de reprendre les travaux le 15 avril 2009 ;**

**Que l'ordre de service de reprise des travaux n°0012/DTAO a été notifié au Groupement le 20 avril 2009 mais ce dernier n'y a pas donné suite préférant ajouter des conditions à la reprise des travaux ;**

Que le **05 janvier 2011**, AATR devenue AGEROUTE a fait constater suivant exploit d'Adama DIA huissier de justice, le refus par le Groupement de reprendre les travaux ;

Que le **07 mars 2011**, AGEROUTE a notifié au Groupement sa décision de résilier le contrat pour défaut d'exécution par le Groupement de ses obligations contractuelles ;

Qu'à cet égard, AGEROUTE a soutenu avoir le 13 juin 2011, rappelé au Groupement que sur la base des quantités retenus lors du dernier métré contradictoire du 26 octobre 2010 les dépenses s'élevaient à la somme de **2.586.786.011 FCFA** alors que les sommes perçues par le Groupement se chiffrent à **3.061.479.532 FCFA** soit un trop perçu de **474.693.021 FCFA** ;

Qu'AGEROUTE a également fait valoir que le marché n'a prévu aucune clause d'indemnisation au titre des intérêts moratoires ;

Que relativement aux cautions, il a relevé que le Groupement a reçu une avance de démarrage de 560.000.000 FCFA sur la tranche ferme et 624.887.592 FCFA sur la tranche conditionnelle et a fourni par le biais de la banque CBAO une caution d'avance de démarrage pour la tranche ferme de 560.000.000 FCFA le 24 mars 2006, une caution d'avance de démarrage pour la tranche conditionnelle de 626.887.592 FCFA le 13 novembre 2006, une caution de bonne exécution de 280.000.000 FCFA le 12 février 2008, une caution de bonne exécution de 312.443.796 FCFA le 12 décembre 2008 ainsi qu'une caution de retenue de garantie n°348963 mais n'a pas prouvé avoir satisfait aux conditions légales et contractuelles de leur restitution ;

Qu'il a reproché au Groupement de n'avoir pas établi à l'occasion du paiement de ses décomptes que les sommes précomptées par lui ont couvert les avances de démarrage d'un montant de **1.824.887.592 FCFA** car seul un précompte de 122.000.000 FCFA a été effectué pour le décompte n°11 pour acquitter en partie l'avance de démarrage de la tranche ferme ;

Que relativement à la tranche conditionnelle qui n'a jamais été exécutée, le Groupement ne peut prouver un quelconque décompte puisqu'aucun paiement n'a été effectué ;

Que relativement aux cautions de bonne exécution, elles ne sont libérées que s'il y'a réception définitive du marché alors que lesdits travaux n'ont fait l'objet d'aucune réception définitive ;

Que relativement à la caution de retenue de garantie sa libération suppose une réception provisoire qui n'existe pas en l'espèce ;

Qu'AGEROUTE a sollicité le rejet des demandes de mainlevée de caution compte tenu des moyens sus évoqués ;

Attendu que par conclusions prises le **04 novembre 2018 et 14 janvier 2019** par son conseil, le **Groupement** a répliqué et contesté les arguments invoqués par AGEROUTE en faisant valoir que ce dernier a commis une faute en modifiant unilatéralement les spécifications financières et techniques du marché en ce qu'il a d'une part, quatre mois après sa soumission du 21 juillet 2005 convié à une séance de négociation le 24 novembre 2005 au cours de laquelle AGEROUTE l'a informé de la subdivision du marché en deux tranches à cause de l'insuffisance du budget initial de 5.924.437.962 FCFA, et lui a garanti de pouvoir réunir lesdits fonds pendant la durée contractuelle de dix mois alors que ces difficultés budgétaires d'AGEROUTE ne lui ont été pas signalées au moment de la procédure de soumission et ne figuraient pas dans le dossier d'appel d'offres ;

Que la méthode d'AGEROUTE consistant à signer un contrat de marché portant sur un important projet routier sans avoir bouclé au départ le budget nécessaire est contraire à l'orthodoxie requise dans la gestion des marchés publics et constitue un manquement ;

Que d'autre part, le Groupement a reproché à AGEROUTE une faute pour n'avoir pas fait approuver la tranche conditionnelle dans le semestre suivant le démarrage des travaux ce qui a entraîné la réduction de l'avance de démarrage à 53% et lui a engendré des surcoûts financiers dans la mesure où l'avance de démarrage était nécessaire pour lui permettre de procéder à une forte mobilisation de matériels et de personnel pour l'exécution des travaux ;

Que le Groupement a fait valoir que les contraintes budgétaires d'AGEROUTE à mettre en place la tranche conditionnelle du marché alors que le délai d'exécution aussi bien de la tranche ferme

que de la tranche conditionnelle était de douze mois est la cause du retard d'exécution qui lui est imputable ;

Que par ailleurs relativement à la localisation de la route par rapport aux carrières de matériaux, l'obligation mise à sa charge par AATR devenue AGEROUTE de les commencer par Fatick a été le surcout le plus important sur les actifs de ses membres puisque la distance minimale de transport de la latérite à partir des carrières de SINDIA pour accéder au début du chantier est de **87 km** alors que, lors de son étude de soumission le Groupement avait prévu de transporter la latérite de la carrière de NGOUNDIANE jusqu'à à Bambey sur une distance de **47 km** ;

**Qu'en conséquence il a eu à transporter sur 40 kilomètres supplémentaires chaque m3 de latérite et transporter sur 87 km un camion chargé à ras de 30 tonnes d'enrobés chauds sur une piste chaotique ce qui rend le rendement faible et les pannes récurrentes et revient à faire une route deux fois plus longue ;**

Qu'à cet égard, le Groupement a soutenu avoir été contraint de mobiliser trois fois plus de camions qu'initialement prévu, avoir un rythme d'approvisionnement minimal pour les engins de terrassement ou de mise en œuvre des enrobés ce qui a rendu les couts unitaires de transport plus importants alors que dans le contrat, la rémunération de la latérite inclut sa fourniture, son transport et sa mise en œuvre quel que soit la distance de transport qui est chiffrée à un prix unitaire fixe ;

Attendu que le Groupement a également reproché à AGEROUTE d'avoir violé l'article **8 du contrat de marché** en ne payant pas les décomptes dans les délais mensuels convenus alors que lesdits paiements constituent la contrepartie des travaux qu'il a l'obligation d'exécuter et de n'avoir pas respecté son obligation de faire approuver la tranche conditionnelle malgré les correspondances qu'il lui a adressé, de fournir des attestations de prise en charge budgétaire et d'existence de crédits pour la tranche conditionnelle, la

conclusion et la notification d'un avenant de la tranche conditionnelle matérialisant toutes les modifications à apporter ainsi que le paiement du décompte n°11 et celle de l'indemnité de remobilisation d'un montant de 200.000.000 FCFA dans le courant de l'an 2010 ;

Qu'il a expliqué qu'AGEROUE n'a respecté aucun des engagements pris par son Directeur Général et contenus dans sa lettre du 26 octobre 2010 ;

Qu'en conséquence, il ne peut être tenu pour responsable d'une quelconque faute pouvant justifier la résiliation unilatérale du contrat conformément aux dispositions des articles 166 et suivants du Code des Marchés Publics de 2002 applicable au contrat ;

Attendu que relativement à la restitution des cautions, le Groupement a fait observer que celles-ci sont indument retenues par AGEROUE alors que la tranche conditionnelle n'a pas été approuvée et n'a pas démarré et qu'il est illogique de parler de manquements contractuels qui justifierait leur rétention par AGEROUE d'une part ;

Que d'autre part, il n'y a pas de précompte effectué par AGEROUE sur le décompte n°11 qui représente des travaux effectués en 2010 après la remobilisation par le Groupement d'un montant de 122.486.200. FCFA pour la reprise des travaux sur les 200.000.000 FCFA convenus avec AGEROUE alors que ce dernier l'a déduit de l'avance de démarrage versée sur la tranche conditionnelle ;

Que l'absence de budgétisation de la tranche conditionnelle lui a fait subir de lourdes pertes dépassant ses capacités alors que dans sa lettre du 13 juin 2011 AGEROUE avait pris l'engagement de donner mainlevée de la caution d'avance de démarrage de la tranche conditionnelle ;

Que relativement aux intérêts moratoires, contrairement au défendeur qui affirme qu'aucune clause du marché ne les a prévus, le Groupement a fait valoir que ceux-ci sont applicables sur les retards de paiement qui dépassent 45 jours comme stipulé dans le cahier des charges administratives particulières étant entendu que les retards en l'espèce ont dépassé deux ans ;

Attendu que par conclusions prises le **11 juin 2019**, **AGEROUTE** a répliqué et soutenu qu'il n'y a eu aucune modification du marché et que le demandeur n'était pas obligé de conclure le contrat pour lequel l'Administration est libre de conclure un marché comprenant une tranche ferme pour le montant déjà budgétisé et une tranche conditionnelle pour le montant non encore budgétisé ;

Que rien n'a été imposé au Groupement demandeur qui a reconnu avoir conclu avec une tranche ferme et une tranche conditionnelle ce qui n'est pas exclu par le Code des Marchés Publics et qu'il n'a commis aucune faute prouvée par le demandeur qui en revanche, n'a pas exécuté ses obligations dans les délais contractuels convenus et refusé de les reprendre suite à leur suspension de son fait ;

Qu'AATR devenue AGEROUTE a ajouté n'avoir jamais conclu avec le Groupement un accord ayant pour objet la transformation de la tranche conditionnelle du marché en une tranche ferme, ni conclu un accord portant sur le début d'exécution des travaux en un lieu déterminé ;

Que relativement au paiement de l'indemnité de mobilisation comme condition de reprise du marché à l'arrêt, elle a relevé que tous les engagements qu'elle a souscrit dans sa lettre n°2585 du 04 novembre 2010 devaient faire l'objet d'un avenant qui n'a jamais été conclu alors que ce dernier constitue un acte bilatéral qui nécessite le concours de deux volontés au moins ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Que par ailleurs, la défenderesse a estimé que le Groupement ne conteste pas avoir reçu une lettre de mise en demeure le 12 juin

2007, ni avoir reçu paiement du décompte n°10, ni avoir reçu un trop perçu de 474.693.521 FCFA et que si le Groupement conteste le procès-verbal de constat du 05 janvier 2011 il sait la valeur attachée à l'acte d'huissier ;

Qu'elle a sollicité le rejet de ses demandes tendant aux restitutions des cautions car le Groupement ne conteste pas qu'aucune des conditions légales desdites restitutions n'est remplie notamment la réception provisoire et définitive des travaux ;

Attendu que suivant conclusions prises le **15 juillet 2019** en répliques à celle du 11 juin 2019 prises par la défenderesse, le **Groupement ZAKHEIM-SOECO** a contesté les moyens soutenus par AATR en faisant valoir n'avoir pas conclu deux contrats mais un seul marché divisé en deux tranches sur exigence de l'AGEROUTE lors de sa signature en raison des difficultés budgétaires auxquelles elle faisait face ;

Qu'elle a estimé qu'AATR ne conteste pas dans ses écritures avoir divisé le marché en deux tranches ferme et conditionnelle, ni que la tranche conditionnelle n'a jamais été approuvée par le Président du Conseil des Routes tel que prévu à l'article 9 du contrat de marché et que cette défaillance de son cocontractant constitue l'une des causes notées dans l'exécution des travaux ;

Qu'elle a également relevé qu'AATR fait preuve de mauvaise foi en disant n'avoir jamais décidé de faire du marché de tranche conditionnelle un marché de tranche ferme en concluant un accord dans ce sens alors qu'elle a payé l'avance de démarrage sur la tranche conditionnelle non approuvée étant entendu que l'approbation de cette tranche ainsi que son financement sont des obligations à sa charge ;

Qu'à cet égard, le Groupement a conclu que ceci constitue une faute de sa part puisque son attitude viole les dispositions de l'article 17 du Code des Obligations de l'Administration qui dispose que << La conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la

*personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect d'engagement des dépenses publiques. L'inexécution de cette obligation n'est pas opposable au cocontractant de l'administration>> ;*

Que relativement au changement du lieu de début des travaux, le Groupement a contesté le moyen selon lequel il avait la liberté de commencer les travaux dans le sens qui lui paraissait le plus judicieux et pratique pour un exécution plus rapide et à moindre cout des travaux en reprochant à la défenderesse de s'être immiscée dans la gestion des travaux en les rendant difficiles et complexes par l'exigence qu'elle lui a faite de les commencer dans un sens déterminé, ce qui renseigne sur sa gestion catastrophique dudit marché ;

Qu'en ce qui concerne la lettre de mise en demeure de reprise des travaux du 12 juin 2007 évoquée par AGEROUTE, le Groupement a estimé avoir contesté ses termes par correspondance en date du 19 juin 2007 en invoquant l'exception d'inexécution en raison du non-respect par son cocontractant de ses obligations notamment le paiement des décomptes n° 8 et n°9, la révision des prix de la tranche conditionnelle, l'approbation de la tranche conditionnelle du contrat par l'autorité compétente à savoir le Conseil des Routes, la fourniture par AGEROUTE d'une attestation d'existence de crédits pour la tranche conditionnelle exigée par la Banque afin de pouvoir libérer les fonds de l'avance bloquée par cette dernière ainsi qu'un report du délai de la fin des travaux à sept (07) mois ;

Qu'il a ajouté que pour le décompte n°10, AGEROUTE ne l'a payé que le 29 décembre 2009 alors qu'il était attendu depuis Avril 2009 soit avec neuf (09) mois de retard ceci en violation des dispositions de l'article 2.14.2 du Cahier des Clauses Administratives Particulières qui précisent que le paiement des acomptes devait intervenir trente (30) jours au plus tard près la date de transmission du décompte au Maitre d'Ouvrage délégué, ce qui est également

constitutif de faute d'AGERROUTE ayant entraîné le dépassement des délais contractuels ;

Que le Groupement ZAKHEIM-SOECO contestant les moyens du défendeur relatifs à l'indemnité de mobilisation a expliqué que par courrier référencié ZS-AD/1040/10-LR/MN du 14 janvier 2010, le Directeur d'AGERROUTE a soulevé le paiement de l'indemnité de mobilisation dès son installation sur le chantier, la reprise des travaux a eu lieu en février 2010 tel que cela est constaté le procès-verbal de la première réunion de chantier du 22 février 2010 signé par le << Bureau BETEC >> représentant AGERROUTE et par une autre lettre du 04 novembre 2010 le Directeur Général d'AGERROUTE a donné son accord sur l'indemnisation de deux cent millions (200.000.000) FCFA d'une part ; ;

Que d'autre part, relativement à l'avenant qui devait régler la question de l'approbation de la tranche conditionnelle, toutes les demandes faites par le Groupement à AGERROUTE notamment par courriers référenciés ZS-MD/0570/07-LR du 18 juin 2007, ZS-AD/1040/10-LR/MN du 14 janvier 2010 et ZS-AD/1650/10-LR/MN du 26 octobre 2010 sont restées sans réponse pendant quatre années puisque son cocontractant estimait que la tranche conditionnelle pouvait être déclenchée juste par simple ordre de service sans l'approbation de l'autorité compétente ceci, en violation de l'article 44 du Code des Obligations de 'Administration qui dispose que << *Lorsque le contrat est soumis à l'approbation de l'autorité administrative autre que celle qui contrôle, il ne peut produire effet qu'après cette approbation* >> ;

Attendu que relativement au procès-verbal de constat du 05 janvier 2011, le Groupement a estimé qu'il lui est inopposable en ce sens que ses représentants n'étaient pas présents lors de la réunion sur site du 02 novembre 2010 et n'ont signé aucun procès-verbal de chantier d'une part ;

Que d'autre part, la convocation qu'il a reçu à propos de cette prétendue réunion l'a été deux jours après la tenue de celle-ci par lettre n°2589 AGEROUTE/DG/DGTOA/DTR datée du 04 novembre 2010 et que ledit procès-verbal de constat constitue un document fabriqué de toutes pièces afin de pouvoir provoquer un avis favorable de la Direction Centrale des Marchés Publics en vue de la résiliation du contrat de marché public ;

Que par ailleurs, relativement à l'avance de démarrage de la tranche conditionnelle ainsi que le trop-perçu qui lui est reproché par AGEROUTE, ce dernier a violé les dispositions de l'article 16 du Code des Obligations de l'Administration en la payant en sachant pertinemment que cette tranche n'avait pas été budgétisée et après avoir accusé un retard de six mois pour lui délivrer une attestation d'existence de crédits afin que la CBAO débloque les fonds y afférents d'une part ;

Que d'autre part, le trop-perçu de 474.993.521 FCFA allégué par AGEROUTE est mal fondé dans la mesure où le prix du repli des matériels pour un montant de 106.200.000 FCFA doit en être défalqué ainsi que le montant de l'indemnité de mobilisation pour la reprise effective des travaux en février 2010 d'un montant de 236.000.000 FCFA soit la somme totale de 342.200.000 FCFA ;

Attendu que concernant les cautions retenues à tort par AGEROUTE, le Groupement ZAKHEIM-SOECO a fait valoir contrairement à la défenderesse que si les conditions de leur restitution n'ont pas été remplies c'est parce que d'une part, AGEROUTE n'a jamais respecté les termes du marché du fait des fautes qui lui sont imputables et empêché la réception provisoire ou définitive des travaux malgré les demandes formulées par lui suivant courriers ZS-AD/1855/11-LR/MN en date des 1<sup>er</sup> mars 2011, ZS-AD/1895/11-LR/MN du 17 mars 2011 et ZS-AD/2083/11-LR/MN du 30 juin 2011 ;

Que d'autre part, le contrat a été résilié par AGEROUTE suivant arrêté pris le 17 août 2011 sans avoir au préalable réceptionné les travaux exécutés, puis lancé un appel d'offres pour l'achèvement desdits travaux d'aménagement et de bitumage de la route Fatick-Bambey en Octobre 2011 afin de l'attribuer à une nouvelle entreprise en janvier 2012 ;

Qu'à cet égard, le Groupement a fait valoir qu'AGEROUTE détient toujours la caution d'avance de démarrage de la tranche ferme alors qu'elle a été totalement remboursée par déductions faites sur les décomptes des travaux qu'il a déjà exécutés ainsi que la caution de retenue de garantie et de bonne exécution de la tranche ferme alors que ces travaux sont achevés à 100% sans réserve de sa part ;

Que relativement aux cautions de bonne exécution et d'avance de démarrage de la tranche conditionnelle, AGEROUTE les détient par devers elle alors que les travaux de cette tranche n'ont pas été exécutés faute d'approbation par l'autorité compétente et que la Banque lui a versé le montant qu'elle a réclamé ;

Attendu que par conclusions en troisième réplique prises par son conseil le **16 septembre 2019** à celles des demanderesse du 15 juillet 2019, **AGEROUTE** a fait valoir que contrairement aux affirmations De ZAKHEIM-SOECO, le marché n° TA3/314/ATR comporte deux contrats dont le premier intitulé <<annexe 3>> compte les articles 1-01 à 2.29 alors que le second intitulé << section III >> compte les articles 1 à 20.5 ;

Qu'il est mentionné sur le premier contrat que les parties ont conclu un contrat à tranche ferme comme il est mentionné que sur le second qu'il est à tranche ferme et que la lettre de marché signée par les parties le 1<sup>er</sup> décembre 2005 précise que ledit marché comprend une tranche ferme de 2.800.000.000 FCFA et une tranche conditionnelle de 3.124.437.962 FCFA, ceci conformément aux dispositions de l'article 25.2 du Code des marchés publics qui dispose que << *Lorsque pour des raisons économiques , techniques ou financières,*

*le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche, qui doivent constituer un ensemble cohérent. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de la personne responsable du marché notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché >> ;*

Qu'il a également soutenu qu'en application de l'article 25.2 du Code des marchés publics, il n'avait pas besoin de l'approbation de la division du marché en deux tranches puisque ladite disposition lui a donné le pouvoir de décider de conclure un tel marché ainsi du pouvoir de décider du rythme de l'exécution de chaque tranche conditionnelle et que cette prérogative n'est pas contraire à l'article 17 du COA mais en constitue une exception ;

Qu'à cet égard, AGEROUTE a reproché aux défenderesses d'avoir accepté de manière libre et éclairée la division du marché en deux tranches conditionnelle et ferme, d'avoir accepté d'exécuter les deux tranches jusqu'à un certain niveau et de revenir les remettre en cause sous le prétexte<sup>73</sup> fallacieux que la tranche conditionnelle n'a pas été approuvée alors qu'elles ont accepté de recevoir l'avance de démarrage sur la tranche conditionnelle dont elles soulèvent l'illégalité pour laquelle elles seraient aussi fautives que lui de la violation de la loi ;

Que relativement au moyen des demanderesses selon lequel il leur a été imposé un changement du sens dans le commencement des travaux, AGEROUTE a sollicité son rejet en faisant observer qu'il n'est soutenu que par des affirmations gratuites sans preuve et que ZAKHEIM-SOECO ne démontre pas en quoi ledit changement de sens de début des travaux peut impacter le marché aussi bien sur son cout que sur son délai d'exécution ;

Que relativement au refus des demanderesse d'obtempérer à la mise en demeure, le moyen tiré de l'exception non adempti contractus prévu par l'article 104 alinéa 1<sup>er</sup> du Code des Obligations Civiles et Commerciales que lui oppose les demanderesse n'est pas applicable en l'espèce dans la mesure ou selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration aucune disposition du COCC n'est applicable à un contrat administratif d'une part ;

Que d'autre part, le C.O.A ne comporte aucune disposition similaire à l'article 104 du C.O.C.C et que le contrat conclu entre les parties ne comporte aucune stipulation prévoyant l'exception de non-exécution ;

Que selon lui, le non-paiement des décomptes aurait dû amener le Groupement à en réclamer le paiement par voie judiciaire alors qu'en l'espèce le Groupement a refusé de reprendre les travaux malgré le paiement de ses décomptes avant le 19 mars 2009 ainsi que le 29 décembre 2009 et nonobstant l'ordre de service de reprise des travaux n°00/DTAO qu'il a reçu le 20 avril 2009 ;

Que concernant l'indemnité d'immobilisation, il a contesté que celle-ci était acquise neuf (09) mois avant la lettre du 04 novembre 2010 parce que selon lui aucun accord n'a été conclu entre les parties ni avenant établi dans ce sens et qu'il a plutôt , suivant lettre n°1247 du 13 juillet 2011 considéré que << *les indemnités pour l'immobilisation annoncée concernant les engins, le personnel, le loyer et le matériel sont également irrecevables dans la mesure ou les divers procès-verbaux et autres constats d'huissier établis indiquent clairement des carences graves à votre niveau* >> ;

Attendu que par conclusions en triplique prises le **02 novembre 2019** par leur conseil, les **demanderesse** ont contesté les moyens invoqués par le défendeur faisant valoir que contrairement aux allégations d'AGEROUTE soutenant que des annexes au contrat de marché constituent des contrats distincts, les parties n'ont signé

qu'un seul contrat de marché n°TA3/314/ATR dont les annexe III intitulée << cahier des clauses administratives particulières ou CCAP ainsi que l'annexe II intitulée << cahier des clauses administratives générales >> ou CCAG font partie mais ne sont pas des contrats distincts ;

Qu'à cet égard, l'article 2 du contrat de marché dispose que << *Le marché sera constitué par les pièces suivantes, indiquées ci-après par ordre hiérarchique et de priorité, compte tenu, le cas échéant, des additifs, modificatifs ou errata :*

*1 la présente lettre de marché ;*

*2 le cadre de devis estimatif ;*

*3 le cahier des clauses administratives particulières (CCAP° ;*

*4 le cahier des prescriptions techniques ;*

*5 le cahier des clauses administratives générales ;*

*6 le modèle de garantie de bonne exécution ;*

*7 le modèle de restitution de l'avance de démarrage ;*

*8 le modèle de retenue de garantie >> ;*

Que relativement à la division du marché en deux tranches conditionnelle et ferme, les demanderesses ont soutenu avoir plutôt reproché à AGEROUTE de les avoir trompé car il n'a, à aucun moment de l'appel d'offres du marché et de son attribution invoqué une quelconque division du marché en deux tranches en raison de difficultés budgétaires ;

Qu'à cet égard, elles ont fait valoir que le **20 septembre 2005**, le Groupement d'entreprises ZAKHEIM-SOECO a reçu, suite à sa participation à l'appel d'offres n° D/267/A3, la notification d'attribution du marché pour l'exécution des travaux de construction et de bitumage de la route Fatick-Bambey, marché soumissionné pour un montant de 5.924.437.962 FCFA ;

Que le 24 novembre 2005 lors d'une séance de négociation après la notification d'adjudication, il a été surpris par la modification unilatérale dudit marché par AGEROUTE en raison des contraintes budgétaires en deux tranches dont la première ferme d'un montant de 2.800.000.000 FCFA et une seconde tranche conditionnelle pour le reliquat du montant global égal à 3.124.437.962 FCFA et qui devait être mobilisé par ordre de service dès que les ressources financières seraient disponibles ;

Qu'il a ajouté que c'est lors de cette réunion que son cocontractant l'a informé de l'insuffisance du budget du marché ainsi que de sa garantie de pouvoir réunir les fonds pendant la durée contractuelle des travaux de dix (10) mois et ne doutant pas de la bonne foi d'AGEROUTE et de l'Etat, il a accepté d'exécuter ledit marché puisque mis devant le fait accompli lors de la signature du contrat de marché il ne pouvait plus revenir sur sa soumission ;

Que le Groupement a considéré que la faute d'AGEROUTE résulte du fait qu'il a signé un contrat de marché portant sur un important projet routier sans avoir au départ, bouclé le budget nécessaire et de n'avoir pas dans le semestre suivant le démarrage des travaux, fait approuver la tranche conditionnelle alors qu'aussi bien pour la tranche conditionnelle que pour la tranche ferme, le délai d'exécution était de douze (12) mois conformément à l'article 3 contrat de marché ;

Que relativement au moyen d'AGEROUTE selon lequel il n'avait pas l'obligation de demander l'approbation de la tranche conditionnelle du marché par une autorité, le Groupement a fait valoir que cela constitue une faute en ce que d'une part cette attitude viole l'article 9 du contrat de marché qui dispose que *<< le présente lettre de marché relative aux travaux de construction et de bitumage de la route Fatick-Bambey avec les annexes ci-dessous qui font partie intégrante du marché, ne sera définitive qu'après son approbation par l'autorité compétente* puisque le Conseil des Routes n'a approuvé que la tranche ferme ;

Que le défaut d'approbation de la tranche conditionnelle par le Conseil des Routes constitue une autre violation par AGEROUTE de ses propres obligations contractuelles puisque l'accomplissement de cette formalité lui incombait en tant qu'autorité contractante responsable de la gestion administrative du marché alors qu'il lui a été rappelé par lettre du Groupement en date du 14 janvier 2010, ses engagements ainsi que la nécessité de régler rapidement tous les points d'accord administratif et financier parallèlement à la reprise notamment l'approbation de la tranche conditionnelle par l'autorité compétente, ceci afin d'assurer une bonne continuité des travaux et éviter tout nouvel arrêt du chantier d'autre part ;

Attendu que par les mêmes conclusions, le Groupement a contesté le moyen d'AGEROUTE selon lequel il serait co-auteur d'une violation des termes du marché consistant au paiement de l'avance de démarrage de la tranche conditionnelle alors que celle n'a pas été approuvée par le Conseil des Routes en soutenant d'une part que cette affirmation bien que fausse dénote une reconnaissance implicite par AGEROUTE de sa faute qu'elle essaye de partager avec lui ;

Que d'autre part, AGEROUTE lui a versé de son propre chef l'avance de démarrage portant sur l'intégralité du marché sans approbation de la tranche conditionnelle comme ce dernier le reconnaît dans sa lettre n°0274/AATR/DFC/ du 10 mars 2006 et a également déduit le décompte n°11 qui était impayé de l'avance de démarrage reçue par lui sur la tranche conditionnelle ;

Que le Groupement a rejeté toute faute de sa part dans la mesure où la gestion administrative et financière du marché incombe à AGEROUTE ;

Que relativement à l'impact du changement du sens des travaux sur l'exécution du marché, le Groupement a fait observer que contrairement aux allégations d'AGEROUTE, suivant sa lettre référenciée IND/MCN/047/06 du 06 février 2006, il a expressément demandé un début des travaux à partir de Bambey alors que son cocontractant maître

de l'ouvrage lui a imposé de commencer les travaux par Fatick sans raison valable tel que cela ressort du compte rendu de réunion de chantier du 22 février 2006 sans que cette obligation mise à sa charge n'ait été prévue dans le dossier d'appel d'offres ;

Que cette obligation mise à sa charge par AGEROUTE a été son surcote le plus important en ce sens que les actifs des deux entreprises constituant le Groupement ont été affectés au-delà des prévisions de l'appel d'offres notamment par une pénibilité des travaux plus importante que prévue car en commençant le chantier par Fatick, il devait transporter la latérite depuis la carrière de Sindia et rouler 87 km sur une piste chaotique pour atteindre le début du chantier à Fatick, puis effectuer 40 km supplémentaires pour atteindre Bambey soit 107 km alors que la carrière de latérite de Ngoundiane se trouve à 47 km de Bambey et permettait aux camions transportant des tonnes d'enrobés chauds de rouler sur une route revêtue pendant toute la durée des travaux ;

Que le Groupement a soutenu avoir été obligé de mobiliser trois fois plus de camions que prévus initialement, avoir un rythme d'approvisionnement minimal pour les engins de terrassement ou de mise en œuvre des enrobés alors que la rémunération de la latérite inclut sa fourniture, son transport et sa mise en œuvre quel que soit la distance de transport et est chiffrée à un prix unitaire fixe ;

Qu'il a dès lors subi une perte sèche due au changement unilatéral par AGEROUTE des spécifications techniques liées à l'exécution du marché dès le début des travaux ;

Attendu que suivant les mêmes conclusions, les demandeurs ont contesté avoir visé l'article 104 du Code des Obligations Civiles et Commerciales dans leurs écritures mais plutôt l'article 8 du contrat de marché qui stipule que *<< Le paiement des décomptes du marché sera effectué par des acomptes mensuels. Le montant de l'acompte mensuel à régler à l'Entrepreneur est déterminé par le maître d'œuvre qui dresse à cet effet un état faisant ressortir :*

- a) *Le montant de l'acompte en HTVA, établi à partir des prix de base et éventuellement des prix nouveaux, au cas échéant et des quantités exécutées ;*
- b) *Le montant de la TVA ;*
- c) *Le montant total de l'acompte à régler est égal à la somme des postes a) et b) ci-dessus, diminué de la retenue de garantie lorsqu'une telle retenue de garantie est prévue au marché ;*

*8.1. En contrepartie du paiement à effectuer par le maître de l'ouvrage au titulaire dans les conditions indiquées par le marché, le titulaire s'engage par les présents, à exécuter les travaux et à reprendre toutes les malfaçons y afférentes en conformité absolue avec les dispositions du marché ;*

*8.2. Le maître de l'ouvrage s'engage par les présentes dispositions à payer au titulaire à titre de rétribution pour l'exécution et l'achèvement des travaux et la reprise des malfaçons y afférentes la somme due au titre du marché ;*

*8.3. Le paiement sera effectué par crédit du compte ouvert pour l'entreprise sous le n°0120136151659201 à la banque CBAO. Le paiement à l'entreprise sera effectué en totalité en francs CFA >> ;*

Qu'ils ont déduit de cette stipulation contractuelle que l'exécution des travaux était assujettie au versement par AGEROUTE des sommes qui étaient dues au titre du marché alors que ce dernier a toujours manifestement violé son obligation de paiement des décomptes dans les délais mensuels convenus notamment les décomptes 7,8 et 9 qui ont entraîné la suspension des travaux en mai 2007 pour un montant de 861.189.473 FCFA jusqu'à leur remobilisation sur le site le 15 janvier 2010 ;

Qu'ils ont expliqué n'avoir pas repris les travaux malgré la mise en demeure qui leur a été servie par exploit d'huissier le 12 juin 2007 parce que les décomptes 8 et 9 ne leur ont pas été payés, qu'il n'avait été procédé à une révision des prix de la tranche conditionnelle, ni à l'approbation de la tranche conditionnelle par le

Conseil des Routes, ni été fournie une attestation d'existence de crédit pour la tranche conditionnelle exigée par la banque afin de pouvoir libérer les fonds de l'avance bloquée par cette dernière ainsi que le report du délai de la fin des travaux à sept (07) mois ;

Qu'ils ont également précisé que les décomptes 8 et 9 leur ont été payés deux (02) ans après mais les autres conditions n'étant pas réunies, le redémarrage n'a pas eu lieu malgré l'ordre de service de reprise des travaux du 20 avril 2009 puisque le décompte 10 ne leur a été payé que le 29 décembre 2009 alors qu'il devait être fait depuis avril 2009 pour que les travaux soient repris ;

Qu'ils ont enfin souligné que, contrairement aux prétentions d'AGEROUTE, le Groupement ne pouvait demander en justice le paiement des décomptes alors que les parties menaient des négociations sur plusieurs points bloquants du projet notamment l'approbation de la tranche conditionnelle ainsi que le paiement des décomptes et que le contrat était en cours d'exécution ;

Que le Groupement a par ailleurs estimé avoir droit à une indemnité de remobilisation contrairement à la remise en cause dudit droit par AGEROUTE dans la mesure où le 14 janvier 2010, il a adressé une lettre à ce dernier l'informant de sa remobilisation sur le site du chantier le 15 janvier 2010 pour la reprise des travaux ceci quinze (15) jours après le paiement du décompte n°10 et que le bureau de contrôle BETEC maître d'œuvre a constaté et affirmé qu'il a effectivement redémarré les travaux depuis le 1<sup>er</sup> février 2010 par procès-verbal de réunion de chantier tenue le 22 février 2010 ;

Qu'à cet égard, il a soutenu que par lettre n°2589 du 04 novembre 2010, le Directeur Général d'AGEROUTE a reconnu devoir la somme de 200.000.000 FCFA à ce titre au Groupement ;

**SUR CE :**

**SUR LA RUPTURE UNILATERALE ABUSIVE DU  
CONTRAT DE MARCHE & LE PAIEMENT ;**

Attendu que l'article 1-6 du Code de Procédure Civile dispose que “  
*Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui  
lui sont applicables.*

*Il doit après avoir provoqué les explications des parties, soulever  
d'office les moyens de pur droit, quel que soit le fondement  
juridique invoqué par celles-ci.*

*Il doit donner aux faits leur exacte qualification ».* ;

Attendu qu'en l'espèce **le Groupement** a reproché à la  
AGERROUTE d'avoir abusé de son droit de rompre unilatéralement  
le contrat de marché les liant au moyen qu'il était fondé à  
interrompre l'exécution de son obligation d'effectuer les travaux de  
construction de la route Fatick-Bambey, eu égard aux manquements  
par son cocontractant de ses obligations contractuelles notamment le  
paiement d'acomptes à date échue, la non approbation de la tranche  
conditionnelle dudit marché par le Conseil des Routes malgré les  
correspondances pris à travers les correspondances qu'ils se sont a  
adressées, la non fourniture par AGERROUTE des attestations de  
prise en charge budgétaire et d'existence de crédits pour la tranche  
conditionnelle ainsi que la conclusion d'un avenant de la tranche  
conditionnelle matérialisant toutes les modifications à apporter sur  
les prix et le paiement de l'indemnité de remobilisation d'un  
montant de deux cent millions (200.000.000) de FCFA dans le  
courant de l'an 2010 ;

Qu'en revanche, **AGERROUTE** a justifié ladite rupture en  
considérant par lettre n°00488/AGERROUTE/DG/DGTOA date du  
07 mars 2011 adressée au Chef de file du Groupement ZAKHEIM-  
SOECO que « *Les travaux ont été notifiés le 25 janvier 2006 pour  
un délai de douze mois. Au mois de mai 2007, les travaux sont*

*suspendus sur votre propre initiative. Malgré le non-respect du critère financier de votre soumission qui exige de vous des facilités de crédit d'un montant d'au moins 2,5 milliards de CFA l'Agence a procédé au paiement intégral des décomptes n°8 et n°9. Cet arrêt a été constaté par la mission de contrôle le 28 mai 2007 et confirmé par le chantier du 21 mai 2007.*

*L'avancement, à l'arrêt des travaux était de 30% alors que le délai contractuel était déjà épuisé. Je vous rappelle que l'Agence a déjà payé l'avance de démarrage de la tranche conditionnelle alors que les travaux de la tranche ferme n'étaient pas encore achevés. Malgré les efforts financiers de la part de l'Agence, les travaux n'avaient pas repris.*

*Cette attitude inacceptable a conduit l'Agence à vous servir par voie d'huissier une première lettre de mise en demeure le 08 juin 2007 pour reprendre les travaux, affecter le personnel et le matériel conformément à votre offre sur le chantier.*

*Une réunion tenue le 19 mars 2009 entre les différentes parties prenantes du projet (AGEROUTE, Contrôle, Entreprise) relative aux modalités de reprise des travaux a été sanctionnée par un procès-verbal dans lequel l'Entreprise s'est engagée à reprendre les travaux au 15 avril 2009. L'ordre de service n°0012/DTAO vous a été notifié à cet égard le 20 avril, 2009. Malgré toutes ces démarches, il n'a pas été noté une reprise des travaux qu'en février 2010 constatée par P.V. de chantier.*

*En effet depuis le paiement des décomptes n°8 et n°9 (de 2007 à nos jours) les travaux certifiés et payés qui constituent le décompte n°10 sont évalués à 95.000.000 FCFA TTC alors que les travaux restants sont de l'ordre de 2,9 milliards de FCFA TTC.*

*Cet état de fait, préjudiciable au Maitre d'ouvrage justifie la deuxième lettre de mise en demeure notifiée au Groupement par voie d'huissier le 04 décembre 2009.*

*Nonobstant ces lettres de mise en demeure, j'ai donné mon accord, par courrier n°2589 du 04 février 2009 cité en référence, pour la prise en charge de toutes les modifications utiles et nécessaires afin de mener à terme les travaux restants.*

*A ce jour, je suis au regret de constater qu'il n'y a pas eu reprise d'activité sur le terrain.*

*Au vu de ce qui précède, l'Agence est obligée de procéder à la résiliation du marché aux frais et risques du Groupement, à compter du 21 Mars 2011.*

*En conséquence, les dispositions de l'article 49 alinéa 4 du C.C.A.G du Marché en objet seront de stricte application (...) » ;*

Que la résiliation dudit marché a été prononcée par l'arrêté n°008887 en date du 17 aout 2011 pris par le Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances ;

Attendu qu'il n'est pas discuté que le présent litige a pour objet la résiliation unilatérale par le Maitre d'Ouvrage délégué AGEROUTE du contrat de marché public de travaux n°TA3/ 314/ ATR conclu avec le Groupement ZAKHEIM-SOECO pour la construction de la route Fatick-Bambey d'une part ;

Que d'autre part le Groupement reproche à AGEROUTE d'avoir abusivement exercé son droit à rompre unilatéralement le contrat de marché et sollicité que la résiliation soit prononcée aux torts de son cocontractant pour faute ;

Qu'il a également sollicité l'allocation de la somme de 10.000.000.000 FCFA en principal et intérêts à titre de réparation de son préjudice ;

Attendu qu'il y'a lieu de relever que le présent litige est soumis aux dispositions de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant **Code des Obligations de l'Administration**, de celles du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant **Code des marchés publics**, des stipulations du contrat de marché n°TA3/314/ATR, de celles du Cahier des

Clauses Administratives Générales (**CCAG**) applicables aux marchés publics de travaux routiers ainsi que des stipulations du contrat de marché n°TA3/314/ATR et celles du Cahier des Clauses Administratives Particulières (**CCAP**) convenues entre les parties dans le cadre dudit marché ;

Que **l'article 73 du COA** dispose que « *L'inexécution par l'Administration de ses obligations n'autorise en aucun cas son cocontractant à suspendre ses prestations* » ;

Que **l'article 89** de la même loi dispose que « *l'inexécution totale ou partielle par un des contractants peut être justifiée par la force majeure ou le fait de l'autre partie* » ;

Que son **article 93** ajoute que « *le fait d'une partie qui rend l'exécution du contrat impossible peut justifier l'inexécution de ses obligations par l'autre partie. Pour être justificatif, le fait d'une partie doit être extérieur, imprévisible et irrésistible. Il a alors les mêmes effets que la force majeure* » ;

Attendu par ailleurs qu'il résulte des articles **134, 168 et 171** du décret n°2002-550 portant Code des marchés publics et pris en application de la loi portant Code des Obligations de l'Administration qu'en cas de manquements particulièrement graves de l'autorité contractante à ses obligations contractuelles, il est fait application des dispositions de **l'article 77 du COA** d'une part ;

Que d'autre part, le contractant peut, dans les conditions prévues à **l'article 134 du COA**, demander au juge de prononcer la résiliation judiciaire du marché et que cette résiliation peut être prononcée à ses torts lorsque l'Administration a commis une faute particulièrement grave prouvée par son cocontractant ;

Attendu qu'il résulte des stipulations **l'article 8 du contrat de marché TA3/ 314/ ATR** qu'en contrepartie du paiement du marché effectué par des acomptes mensuels déterminés par le Maître d'œuvre et payés par le Maître de l'Ouvrage à l'Entrepreneur, ce

dernier s'engageait à exécuter les travaux ainsi qu'à reprendre toutes les malfaçons y afférentes en conformité absolue avec les dispositions du marché ;

Qu'il résulte des **articles 2.10 et 2.14 du Cahier des Clauses Administratives Particulières** que des acomptes seront versés mensuellement à l'Entrepreneur après leur établissement par ce dernier et leur présentation au Maître d'œuvre pour vérification ;

Qu'en cas d'approbation par le Maître d'Œuvre le décompte est transmis au Maître d'Ouvrage délégué pour paiement et son mandatement doit intervenir trente (30) jours au plus tard après la réception du décompte ;

Qu'en revanche, **l'article 48.3 du Cahier des Clauses Administratives Générales** applicable notamment aux marchés de travaux passés par l'Agence Autonome des Travaux Routiers devenue AGEROUTE prévoyait **qu'au cas où trois acomptes mensuels successifs n'auraient pas été mandatés, l'Entrepreneur pouvait, trente (30) jours après l'expiration du délai de quarante-cinq (45) jours prévu pour le mandatement de son troisième décompte, adresser une lettre recommandée avec accusé de réception au Maître de l'ouvrage pour le prévenir de son intention d'interrompre les travaux au terme d'un délai de deux (02) mois ;**

Que si dans le délai de deux (02) mois après avoir informé le Maître de l'Ouvrage de son intention d'interrompre l'exécution des travaux, il ne lui a pas été notifié par lettre recommandée avec avis de réception une décision du Maître de l'Ouvrage lui ordonnant de poursuivre les travaux, il pouvait les interrompre pour non-paiement de décomptes ;

**Attendu que l'examen des pièces produites aux débats notamment le contrat de marché n°TA3/ 314/ ATR approuvé le 29 décembre 2005 par le Président du Conseil des Routes, du Cahier des Clauses Administratives Générales, du Cahier des**

**Clauses Administratives Particulières ainsi que des correspondances des parties et des pièces versées aux débats révèle que le Groupement a interrompu l'exécution de ses prestations relatives à la construction de la Route Bambey-Fatick pour non-paiement des décomptes numéros 7, 8 et 9 correspondant aux périodes Septembre/Octobre 2006, Novembre/Décembre 2006 et Janvier/Février 2007 au mois d'Avril 2007 ;**

**Qu'il n'est pas discuté que le décompte n°7 a été payé le 04 mai 2007 pour un montant de 119.238.349 FCFA par AGEROUTE qui restait devoir les décomptes 8 et 9 d'un montant de 694.290.205 FCFA ;**

**Que le 12 juin 2007, AGEROUTE a servi au Groupement une mise en demeure de reprendre les travaux que ce dernier a contesté le 19 juin 2007 en exigeant le paiement des décomptes 8 et 9 ainsi que la révision des prix de la tranche conditionnelle, l'approbation par le Conseil des Routes de la tranche conditionnelle du marché, la fourniture par AGEROUTE d'une attestation d'existence de crédit de la tranche conditionnelle afin de pouvoir débloquer les fonds bloqués par sa banque et un report du délai de fin des travaux à sept mois (07) mois ;**

**Que les décomptes 8 et 9 n'ont été payés par AGEROUTE qu'au mois de mars 2009 soit près de deux (02) années après l'interruption des travaux ;**

**Qu'un ordre service de reprise des travaux n°0012/DTOA ainsi qu'une mise en demeure les 20 avril et 04 décembre 2009 ont été notifiés en vain au Groupement par AGEROUTE puisque selon procès-verbal de constat dressé par Adama Dia huissier de justice à Fatick le 05 janvier 2011 il a été établi que les travaux n'avaient pas repris et qu'aucune activité n'a été effectuée sur l'axe Fatick-Bambey ;**

Attendu qu'à la suite du paiement de son décompte n°7, le Groupement n'avait plus la prérogative d'interrompre l'exécution du marché de travaux public dans la mesure où AGEROUTE ne lui devait comme arriérés que les décomptes n°8 et 9 qui lui ont été payés en mars 2009 ;

Que jusqu'à la date de la notification par AGEROUTE de son intention de résilier le marché pour absence de reprise d'activité sur le terrain malgré des mises en demeure infructueuses, le Groupement a subordonné, dans ses correspondances adressées au maître de l'ouvrage après la mise en demeure en date du 04 décembre 2009, la reprise des prestations relatives au marché notamment à la révision et à la réactualisation des prix pour la partie restante des travaux, à une indemnité de remobilisation pour un montant de deux cent (200.000.000) millions de FCFA, à la garantie du paiement des futurs décomptes, à la délivrance par le maître de l'ouvrage d'une attestation de crédit précisant le chapitre ainsi que le numéro de l'inscription budgétaire relatif à la tranche conditionnelle et enfin l'approbation formelle et sans réserves de la tranche conditionnelle par le Président du Conseil des Routes ;

Que toutes ces conditions formulées par le groupement Zakheim-Soeco pour justifier son refus de redémarrer les travaux prévus par le marché litigieux ne sont fondées ni sur les dispositions légales et réglementaires régissant les contrats de marché public, ni sur les clauses constitutives du contrat de marché puisque l'article 48-3 du CCAG ne lui permettait d'interrompre les travaux qu'en cas de non-paiement de trois acomptes mensuels successifs ;

Qu'en conséquence, en refusant la reprise des travaux après la mise en demeure du 04 décembre 2009 alors que le maître de l'ouvrage ne lui devait à cette date aucune somme à titre d'acompte, le Groupement a commis une faute de nature à justifier la rupture du contrat de marché par AGEROUTE ;

Qu'il y'a lieu dès lors de rejeter sa demande tendant à retenir la responsabilité du maître de l'ouvrage pour rupture unilatérale abusive comme mal fondée ;

Attendu que le Groupement a sollicité la somme de 10.025.213.361 FCFA à titre de réparation pour préjudice subi du fait de cette rupture unilatérale abusive alors qu'il a été retenu que le maître de l'ouvrage a usé à bon droit de son droit de rupture unilatéral du contrat de marché ;

Qu'aucune faute n'étant imputée à AGETROUTE dans l'exercice de son pouvoir de rompre unilatéralement ledit marché, il y'a lieu de rejeter la demande de paiement de dommages et intérêts formulée comme mal fondée ;

#### **SUR LA RESTITUTION DES CAUTIONS ;**

Attendu que suivant exploit et conclusions précitées le Groupement Zakheim-Soeco a sollicité la mainlevée des cautions d'avance de démarrage, de bonne exécution, d'avance de démarrage et de bonne exécution de la tranche conditionnelle sous astreinte de 20.000.000 FCFA par jour de retard.

Qu'en revanche, AGEROUTE a sollicité le rejet de la restitution desdites cautions en faisant valoir qu'aucune des conditions nécessaires à leur mainlevée n'est réalisée notamment la réception provisoire ou définitive des travaux ;

Attendu toutefois que le contrat de marché a été unilatéralement résilié par AGEROUTE et que l'exécution de la tranche conditionnelle a été confiée à une autre entreprise afin qu'elle termine le chantier ;

Qu'il est également établi par les correspondances adressées par le Groupement à AGEROUTE que le premier a invité le maître de l'ouvrage à une réception des travaux qu'il avait déjà effectué ;

Qu'en égard à ces considérations de fait, il y'a lieu de dire qu'il n'y a plus lieu pour AGEROUTE de retenir la caution les cautions

remises par le Groupement au titre de la tranche ferme que celles remises au titre de la tranche conditionnelle sont devenues sans objet ;

Attendu que la restitution des montants donnés à titre de garantie est constitutive d'une obligation de donner ;

Qu'il résulte de l'article 196 du COCC que l'exécution de toute obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation ;

Que l'obligation de restituer les sommes retenues à titre de caution ayant été établie contre AGEROUTE, il y'a lieu d'ordonner la mesure sollicitée sous astreinte de la somme de 2.000.000 FCFA par jour de retard ;

#### **SUR L'EXECUTION PROVISOIRE ;**

Attendu qu'il résulte de l'article 86 du CPC que l'exécution provisoire des jugements définitifs ou avant dire droit, contradictoires ou par défaut peut être ordonnée si elle est demandée et seulement pour le cas d'urgence ou de péril en la demeure ;

Qu'également l'urgence et le péril en la demeure doivent être expressément caractérisés et le jugement dûment motivé à cet effet par le tribunal ;

Attendu en revanche que ni l'urgence, ni le péril en la demeure n'ont été caractérisés par le demandeur ;

Qu'il y'a lieu de rejeter cette demande comme mal fondée ;

#### **SUR LES DEPENS ;**

Attendu qu'il résulte de l'article 82 du CPC que les juges peuvent compenser les dépens en tout ou partie, si les parties succombent respectivement sur quelque chef ;

Attendu qu'en l'espèce AGEROUTE et l'Etat du Sénégal ont succombé sur la demande relative à la restitution des cautions alors

que le Groupement a succombé sur le chef de demande relatif à la rupture unilatérale abusive du contrat de marché ;

Qu'il y'a lieu de les condamner solidairement aux dépens ;

**PAR CES MOTIFS ;**

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière administrative et en premier ressort ;

**EN LA FORME ;**

Reçoit l'action ;

**AU FOND ;**

Rejette la demande de paiement de la somme de dix milliards vingt-cinq millions deux cent treize mille trois cent soixante et un mille (10.025.213.361) FCFA réclamée à L'Etat du Sénégal et AGEROUTE comme mal fondée ;

Ordonne à AGEROUTE de donner mainlevée des cautions d'avance de démarrage n°350700, de retenue de garantie n° 348963, de bonne exécution n°347630, d'avance de démarrage n°34811 et de bonne exécution de la tranche conditionnelle n°35001 sous astreinte de deux millions (2.000.000) FCFA par jour de retard ;

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

Condamne solidairement AGEROUTE et le Groupement Zakheim-Soeco aux dépens ;

**Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement les jour, mois et an que dessus ;**

**Et ont signé le Président et la Greffière ;**

REPUBLIQUE DU  
SENEGAL  
Un Peuple-Un but-Une  
Foi

-----  
COUR D'APPEL DE  
DAKAR  
-----

TRIBUNAL DE  
GRANDE INSTANCE  
HORS CLASSE DE  
DAKAR

Première Chambre Civile

Rôle Général

N° 1990/2017

JUGEMENT CIVIL

N°1111 DU 15/11/2018

LES PARTIES

La société  
SENECARTOURS

(Me Mame Adama  
GUEYE et Associés)

CONTRE

Etat du Sénégal

OBJET : Paiement

QUITTANCE TRESOR N° 0006076 du  
18/10/2017 (10 000) FCFA  
QUITTANCE GREFFE N°857779 du  
18/10/2017 (6 000) FCFA

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE HORS  
CLASSE DE DAKAR (SENEGAL)  
AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 15  
NOVEMBRE 2018

A

l'appel de la cause à

Le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), statuant en matière civile, en son audience publique ordinaire du quinze novembre deux mille dix-huit à laquelle siégeaient **Madame Aminata DIENE PAYE**, Présidente de chambre, **Madame Oumy TOURE DIOP** et **Madame Fatou Diagne THIAW DIARRA**, juges au siège, membres, et avec l'assistance de **Maître Fatma NDIAYE**, Greffière, a rendu le jugement d'audience, teneur suit :

l'affaire a été renvoyée successivement

DEMANDERESSE jusqu'au 05 avril 2018 pour être

La société **SENECARTOURS**, ayant son siège social à Dakar Almadies, Route de Ngor, poursuites et diligences de son représentant légal, à Dakar, mais faisant élection de domicile en l'étude de Maître Mame Adama GUEYE et Associés, SCP d'Avocats, 28 Rue Amadou Assane Ndoye à Dakar ;

Comparant et concluant à l'audience par l'organe desdits conseils ;  
A cette date, l'affaire a été mise en délibéré

DEFENDEUR :

Etat du Sénégal représenté par l'Agent Judiciaire de l'Etat, ayant ses bureaux à pour instance du Ministère de l'Economie et des Finances, 10<sup>e</sup> Etage, Avenue Carde à Dakar ;

rendu à l'audience du 03 mai  
Comparant et concluant à l'audience par l'organe de l'Agent Judiciaire ;

Sans que les présentes qualités puissent nuire, ni préjudicier en rien aux droits et intérêts des parties en cause ;

FAITS

Par exploit du 17 octobre 2017 de Maître Adama DIA Huissier de Justice à Dakar, la

A cette date, le délibéré a été rabattu et l'affaire renvoyée successivement jusqu'au 18 octobre 2018 ;

A cette date, l'affaire a été mise en délibéré pour jugement être rendu à l'audience du 15 novembre 2018 ;

Advenue cette date, le tribunal vidant son délibéré, a statué en ces termes ;

### **LE TRIBUNAL**

Vu les pièces du dossier ;

Oui les parties en leurs conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que par exploit en date du 17 octobre 2017 de maître Adama DIA Huissier de Justice à Dakar, la Société SENECARTOURS a assigné l'Etat du Sénégal par devant le tribunal de Grande Instance de Dakar en responsabilité et en paiement de la somme de 2.000.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts outre les intérêts de droit et sous le bénéfice de l'exécution provisoire ;

Attendu que par acte en date du 13 juin 2018, la Société SENECARTOURS a appelé en cause l'Agence des Aéroports du Sénégal dite ADS ;

Attendu qu'il y'a lieu de statuer par défaut contre l'Agence des Aéroports du Sénégal qui n'a pas été représenté bien que régulièrement assignée à son service des courriers ;

### **En la forme**

Attendu qu'il y'a lieu de recevoir l'action qui a été introduite conformément aux dispositions légales ;

### **Au fond**

### **Sur les moyens et prétentions**

Attendu que la Société SENECARTOURS a déclaré dans son acte introductif d'instance que suite à un appel d'offre lancé par l'Agence des Aéroports du Sénégal, pour assurer le transport des passagers sur le tronçon, salle d'embarquement-aéronefs, elle avait déposé sa lettre de soumission ;

Que l'ADS ayant entrepris toutes les formalités subséquentes lui a notifié le 13 février 2013 un avis d'attribution provisoire du marché en question pour un montant de 792.488.000 FCFA ;

Qu'à la date du 06 mars 2013, ADS lui a notifié l'avis d'attribution définitive et la Direction Centrale des Marchés Publics a pour sa part notifié le 09 septembre 2013 ;

Qu'elle a expliqué que sur ce, elle a mobilisé toutes ses ressources, sollicité ses partenaires financiers, procédé à l'acquisition du matériel nécessaire à la l'exécution du marché et notifié à l'ADS qu'elle était prête à commencer le service ;

Que cependant cette dernière n'a jamais pris les dispositions requises pour lui permettre d'entamer sa mission ;

Qu'elle fait noter qu'elle a en plus, envoyé à l'Etat du Sénégal par l'intermédiaire de l'Agent Judiciaire une lettre en date du 03 mai 2017 pour s'enquérir des bonnes dispositions que ce dernier voudrait bien prendre pour réparer intégralement le préjudice qu'il a subi ;

Qu'elle a informé qu'aucune suite n'a été donnée à cette correspondance ;

Qu'elle a analysé ce silence comme valant rejet implicite ;

Qu'elle a au demeurant rappelé les dispositions de l'article 58 du code des obligations de l'administration qui prévoit que l'administration doit exécuter ses engagements contractuels dans le délai prévu, de façon correcte, et intégrale ;

Qu'elle a également visé l'article 94 du même code qui dispose que les fautes commises par les parties engagent leur responsabilité ;

Qu'elle a souligné que ADS a fortement préjudicié à ses intérêts étant donné qu'elle avait emprunté une forte somme à la BIS pour une bonne exécution du marché ;

Que ce préjudice est réel, certain et spécial comme l'exige l'article 96 du code des obligations de l'administration ;

Qu'elle a sollicité à titre de réparation le paiement de la somme de 2.000.000.000 FCFA par l'Agence des Aéroports du Sénégal ;

Attendu que par écriture datée du 06 décembre 2017, l'Etat du Sénégal a conclu par le biais de l'Agent Judiciaire de l'Etat à sa mise hors de cause ;

Qu'il a soutenu que le contrat invoqué par la société SENECARTOURS a été conclu avec l'ADS ;

Qu'il a précisé que l'ADS dispose d'une personnalité juridique et d'une capacité d'ester en justice ;

Qu'il a visé l'article 1<sup>er</sup> du décret 2008-460 du 09 mai 2008 portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence des Aéroports du Sénégal, qui prévoit que cette entité est dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ;

Qu'il a également invoqué l'article 20 du même décret qui dispose que le Directeur Général est chargé notamment de représenter l'Agence auprès des juridictions nationales et internationales ;

Qu'il a en définitive retenu que la Société SENECARTOURS a mal dirigé son action ;

### **Sur ce**

### **Sur la mise hors de cause**

Attendu qu'il ya lieu de relever que l'Agence des Aéroports du Sénégal dispose d'une personnalité juridique propre, elle dispose

également d'une autonomie administrative et financière ainsi que cela résulte des articles 1<sup>er</sup> et 20 du décret 2008-460 du 09 mai 2008 ;

Que dès lors, elle doit répondre de ses actes par le biais de son représentant en l'occurrence son Directeur Général ;

Attendu qu'en l'espèce le demandeur a versé à la procédure plusieurs pièces comme entre autres, l'avis d'appel d'offre et la notification de marché ;

Que ces divers actes, faut-il le souligner ont été conclus exclusivement par l'agence représentée par son Directeur Général ;

Que dès lors l'Etat du Sénégal n'ayant pas pris part auxdits contrats, il y a lieu de le mettre hors de cause ;

### **Sur la responsabilité et la réparation**

Attendu qu'au sens des dispositions de l'article 118 du Code des Obligations Civiles et Commerciales, est responsable, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ;

Que la faute étant définie par l'article 119 dudit code comme un manquement à une obligation préexistante de quelque nature que ce soit ;

Attendu qu'en l'espèce, il est constant que par correspondance en date du 06 mars 2013, l'Agence des Aéroports du Sénégal avait notifié à la demanderesse une attribution définitive du marché portant sur le transport des passagers sur le tronçon;

Qu'il est également constant que par courrier du 03 octobre 2013, la société SENECARTOURS avait informé la défenderesse de ce qu'elle avait acquis des véhicules dont le financement tourne autour de

1.500.000.000 et que le retard apporté dans le démarrage du marché lui fait subir des frais financiers insupportables de la part de la banque ;

Attendu que l'article 58 du COA dispose clairement que l'administration doit exécuter ses engagements contractuels et que cette exécution doit être correcte, intégrale et intervenir dans les délais ;

Attendu que l'ADS qui n'a pas été représentée bien que appelé en cause par assignation du 13 juin 2018, n'a pas produit de moyens de défense et n'a donc pas donner les raisons de son silence ou exciper d'une résiliation du marché ;

Qu'il s'ensuit dès lors, l'ADS a commis une faute en méprisant les dispositions du contrat de marché et en ne permettant pas son exécution ;

Qu'il échet en conséquence la déclarer responsable du préjudice subi par la société SENECARTOURS ;

#### **Sur la réparation**

Attendu que l'article 94 du code des obligations de l'administration prévoit que les fautes commises par les parties engagent leur responsabilité et que l'article 97 dispose que l'indemnisation doit intégralement réparer le préjudice ;

Attendu que toutefois compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a lieu d'allouer à la demanderesse la somme de 20.000.000 à titre de dommages et intérêts pour toutes causes de préjudices confondues outre les intérêts de droit et de condamner l'ADS au paiement de ladite somme ;

#### **Sur l'exécution provisoire**

Attendu que la demanderesse qui a plaidé le bénéfice de l'exécution provisoire n'a ni caractérisé, ni l'urgence, ni le péril en la demeure ;

Qu'il y'a lieu en vertu des dispositions de l'article 86 du Code de Procédure Civile de dire n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

**Sur les dépens**

Attendu que l'Agence des Aéroports du Sénégal ayant succombé, il échet de la condamner aux dépens en application de l'article 81 du Code de Procédure Civile ;

**Par ces motifs**

Statuant publiquement, contradictoirement à l'égard de la société SENECARTOURS et de l'Etat du Sénégal, par défaut réputé contradictoire contre l'Agence des Aéroports du Sénégal, en matière civile et en premier ressort ;

**En la forme**

-Déclare l'action recevable ;

**Au fond**

- Déclare l'Agence des Aéroports du Sénégal dite ADS responsable du préjudice subi par la société SENECARTOURS;
- Alloue à la société SENECARTOURS la somme de 20.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts outre les intérêts de droit ;
- Condamne l'Agence des Aéroports du Sénégal au paiement de ladite somme ;
- Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;
- Condamne l'Agence des Aéroports du Sénégal aux dépens.

**Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an ci-dessus.**

**LA PRESIDENTE**

**LA GREFFIERE**

REPUBLIQUE DU  
SENEGAL  
Un Peuple-Un but-Une  
Foi

-----  
COUR D'APPEL DE  
DAKAR

-----  
TRIBUNAL DE  
GRANDE INSTANCE  
HORS CLASSE DE  
DAKAR

Première Chambre Civile

Rôle Général

N° 1990/2017

JUGEMENT CIVIL

N°1111 DU 15/11/2018

LES PARTIES

La société  
SENECARTOURS

(Me Mame Adama  
GUEYE et Associés)

CONTRE

Etat du Sénégal

OBJET : Paiement

QUITTANCE TRESOR N° 0006076 du 18/10/2017  
(10 000) FCFA

QUITTANCE GREFFE N°857779 du 18/10/2017 (6  
000) FCFA

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE HORS  
CLASSE DE DAKAR (SENEGAL)  
AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 15  
NOVEMBRE 2018

Le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), statuant en matière civile, en son audience publique ordinaire du quinze novembre deux mille dix-huit à laquelle siégeaient **Madame Aminata DIENE PAYE**, Présidente de chambre, **Madame Oumy TOURE DIOP** et **Madame Fatou Diagne THIAW DIARRA**, juges au siège, membres, et avec l'assistance de **Maître Fatma NDIAYE**, Greffière, a rendu le jugement dont la teneur suit :

DEMANDERESSE :

**La société SENECARTOURS**, ayant son siège social à Dakar Almadies, Route de Ngor, poursuites et diligences de son représentant légal, à Dakar, mais faisant élection de domicile en l'étude de Maître Mame Adama GUEYE et Associés, SCP d'Avocats, 28 Rue Amadou Assane Ndoye à Dakar ;

Comparant et concluant à l'audience par l'organe desdits conseils ;

DEFENDEUR :

**Etat du Sénégal** représenté par l'Agent Judiciaire de l'Etat, ayant ses bureaux à l'immeuble du Ministère de l'Economie et des Finances, 10<sup>e</sup> Etage, Avenue Carde à Dakar ;

Comparant et concluant à l'audience par l'organe de l'Agent Judiciaire ;

Sans que les présentes qualités puissent nuire, ni préjudicier en rien aux droits et intérêts des parties en cause ;

FAITS

Par exploit du 17 octobre 2017 de Maître Adama DIA Huissier de Justice à Dakar, la SENECARTOURS a assigné l'Etat du Sénégal devant la juridiction de céans, en responsabilité et en paiement de la somme de

A l'appel de la cause à ladite audience, l'affaire a été renvoyée successivement jusqu'au 05 avril 2018 pour être utilement retenue ;

A cette date, l'affaire a été mise en délibéré pour jugement être rendu à l'audience du 03 mai 2018 ;

A cette date, le délibéré a été rabattu et l'affaire renvoyée successivement jusqu'au 18 octobre 2018 ;

A cette date, l'affaire a été mise en délibéré pour jugement être rendu à l'audience du 15 novembre 2018 ;

Advenue cette date, le tribunal vidant son délibéré, a statué en ces termes ;

### **LE TRIBUNAL**

Vu les pièces du dossier ;

Oui les parties en leurs conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu que par exploit en date du 17 octobre 2017 de maître Adama DIA Huissier de Justice à Dakar, la Société SENECARTOURS a assigné l'Etat du Sénégal par devant le tribunal de Grande Instance de Dakar en responsabilité et en paiement de la somme de 2.000.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts outre les intérêts de droit et sous le bénéfice de l'exécution provisoire ;

Attendu que par acte en date du 13 juin 2018, la Société SENECARTOURS a appelé en cause l'Agence des Aéroports du Sénégal dite ADS ;

Attendu qu'il y'a lieu de statuer par défaut contre l'Agence des Aéroports du Sénégal qui n'a pas été représenté bien que régulièrement assignée à son service des courriers ;

### **En la forme**

Attendu qu'il y'a lieu de recevoir l'action qui a été introduite conformément aux dispositions légales ;

### **Au fond**

#### **Sur les moyens et prétentions**

Attendu que la Société SENECARTOURS a déclaré dans son acte introductif d'instance que suite à un appel d'offre lancé par l'Agence des Aéroports du Sénégal, pour assurer le transport des passagers sur le tronçon, salle d'embarquement-aéronefs, elle avait déposé sa lettre de soumission ;

Que l'ADS ayant entrepris toutes les formalités subséquentes lui a notifié le 13 février 2013 un avis d'attribution provisoire du marché en question pour un montant de 792.488.000 FCFA ;

Qu'à la date du 06 mars 2013, ADS lui a notifié l'avis d'attribution définitive et la Direction Centrale des Marchés Publics a pour sa part notifié le 09 septembre 2013 ;

Qu'elle a expliqué que sur ce, elle a mobilisé toutes ses ressources, sollicité ses partenaires financiers, procédé à l'acquisition du matériel nécessaire à la l'exécution du marché et notifié à l'ADS qu'elle était prête à commencer le service ;

Que cependant cette dernière n'a jamais pris les dispositions requises pour lui permettre d'entamer sa mission ;

Qu'elle fait noter qu'elle a en plus, envoyé à l'Etat du Sénégal par l'intermédiaire de l'Agent Judiciaire une lettre en date du 03 mai 2017pour s'enquérir des bonnes dispositions que ce dernier voudrait bien prendre pour réparer intégralement le préjudice qu'il a subi ;

Qu'elle a informé qu'aucune suite n'a été donnée à cette correspondance ;

Qu'elle a analysé ce silence comme valant rejet implicite ;

Qu'elle a au demeurant rappelé les dispositions de l'article 58 du code des obligations de l'administration qui prévoit que l'administration doit exécuter ses engagements contractuels dans le délai prévu, de façon correcte, et intégrale ;

Qu'elle a également visé l'article 94 du même code qui dispose que les fautes commises par les parties engagent leur responsabilité ;

Qu'elle a souligné que ADS a fortement préjudicié à ses intérêts étant donné qu'elle avait emprunté une forte somme à la BIS pour une bonne exécution du marché ;

Que ce préjudice est réel, certain et spécial comme l'exige l'article 96 du code des obligations de l'administration ;

Qu'elle a sollicité à titre de réparation le paiement de la somme de 2.000.000.000 FCFA par l'Agence des Aéroports du Sénégal ;

Attendu que par écriture datée du 06 décembre 2017, l'Etat du Sénégal a conclu par le biais de l'Agent Judiciaire de l'Etat à sa mise hors de cause ;

Qu'il a soutenu que le contrat invoqué par la société SENECARTOURS a été conclu avec l'ADS ;

Qu'il a précisé que l'ADS dispose d'une personnalité juridique et d'une capacité d'ester en justice ;

Qu'il a visé l'article 1<sup>er</sup> du décret 2008-460 du 09 mai 2008 portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence des Aéroports du Sénégal, qui prévoit que cette entité est dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ;

Qu'il a également invoqué l'article 20 du même décret qui dispose que le Directeur Général est chargé notamment de représenter l'Agence auprès des juridictions nationales et internationales ;

Qu'il a en définitive retenu que la Société SENECARTOURS a mal dirigé son action ;

### **Sur ce**

#### **Sur la mise hors de cause**

Attendu qu'il ya lieu de relever que l'Agence des Aéroports du Sénégal dispose d'une personnalité juridique propre, elle dispose également d'une autonomie administrative et financière ainsi que cela résulte des articles 1<sup>er</sup> et 20 du décret 2008-460 du 09 mai 2008 ;

Que dès lors, elle doit répondre de ses actes par le biais de son représentant en l'occurrence son Directeur Général ;

Attendu qu'en l'espèce le demandeur a versé à la procédure plusieurs pièces comme entre autres, l'avis d'appel d'offre et la notification de marché ;

Que ces divers actes, faut-il le souligner ont été conclus exclusivement par l'agence représentée par son Directeur Général ;

Que dès lors l'Etat du Sénégal n'ayant pas pris part auxdits contrats, il y a lieu de le mettre hors de cause ;

### **Sur la responsabilité et la réparation**

Attendu qu'au sens des dispositions de l'article 118 du Code des Obligations Civiles et Commerciales, est responsable, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ;

Que la faute étant définie par l'article 119 dudit code comme un manquement à une obligation préexistante de quelque nature que ce soit ;

Attendu qu'en l'espèce, il est constant que par correspondance en date du 06 mars 2013, l'Agence des Aéroports du Sénégal avait notifié à la demanderesse une attribution définitive du marché portant sur le transport des passagers sur le tronçon;

Qu'il est également constant que par courrier du 03 octobre 2013, la société SENECARTOURS avait informé la défenderesse de ce qu'elle avait acquis des véhicules dont le financement tourne autour de 1.500.000.000 et que le retard apporté dans le démarrage du marché lui fait subir des frais financiers insupportables de la part de la banque ;

Attendu que l'article 58 du COA dispose clairement que l'administration doit exécuter ses engagements contractuels et que cette exécution doit être correcte, intégrale et intervenir dans les délais ;

Attendu que l'ADS qui n'a pas été représentée bien que appelé en cause par assignation du 13 juin 2018, n'a pas produit de moyens de défense et n'a donc pas donner les raisons de son silence ou exciper d'une résiliation du marché ;

Qu'il s'ensuit dès lors, l'ADS a commis une faute en méprisant les dispositions du contrat de marché et en ne permettant pas son exécution ;

Qu'il échet en conséquence la déclarer responsable du préjudice subi par la société SENECARTOURS ;

### **Sur la réparation**

Attendu que l'article 94 du code des obligations de l'administration prévoit que les fautes commises par les parties engagent leur responsabilité et que l'article 97 dispose que l'indemnisation doit intégralement réparer le préjudice ;

Attendu que toutefois compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a lieu d'allouer à la demanderesse la somme de 20.000.000 à titre de dommages et intérêts pour toutes causes de préjudices confondues outre les intérêts de droit et de condamner l'ADS au paiement de ladite somme ;

### **Sur l'exécution provisoire**

Attendu que la demanderesse qui a plaidé le bénéfice de l'exécution provisoire n'a ni caractérisé, ni l'urgence, ni le péril en la demeure ;

Qu'il y'a lieu en vertu des dispositions de l'article 86 du Code de Procédure Civile de dire n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

### **Sur les dépens**

Attendu que l'Agence des Aéroports du Sénégal ayant succombé, il échet de la condamner aux dépens en application de l'article 81 du Code de Procédure Civile ;

### **Par ces motifs**

Statuant publiquement, contradictoirement à l'égard de la société SENECARTOURS et de l'Etat du Sénégal, par défaut réputé contradictoire contre l'Agence des Aéroports du Sénégal, en matière civile et en premier ressort ;

### **En la forme**

- Déclare l'action recevable ;

**Au fond**

- Déclare l'Agence des Aéroports du Sénégal dite ADS responsable du préjudice subi par la société SENECARTOURS;
- Alloue à la société SENECARTOURS la somme de 20.000.000 FCFA à titre de dommages et intérêts outre les intérêts de droit ;
- Condamne l'Agence des Aéroports du Sénégal au paiement de ladite somme ;
- Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;
- Condamne l'Agence des Aéroports du Sénégal aux dépens.

**Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an ci-dessus.**

**LA PRESIDENTE**

**LA GREFFIERE**

**Tribunal des Conflits, 05/07/2021, C4223, Publié au recueil Lebon**

Vu, enregistrée à son secrétariat le 20 mai 2021, l'expédition de la décision n° 438593 en date du 4 février 2021, par laquelle le Conseil d'Etat, saisi du pourvoi de la société Cari-Fayat tendant à l'annulation de l'arrêt du 12 décembre 2019 de la cour administrative d'appel de Bordeaux en tant qu'il a rejeté ses conclusions contre la compagnie Allianz Iard, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu, enregistré le 28 juin 2021, le mémoire de la SCP Waquet, Farge, Hazan pour la société Cari-Fayat tendant à ce que la juridiction administrative soit déclarée compétente par les motifs que, en matière de marchés publics de construction, l'intérêt de la police unique de chantier est de permettre que soient examinés par une même juridiction l'action en responsabilité dirigée contre les constructeurs et l'appel en garantie formé par ces derniers contre leur assureur de responsabilité ;

Vu, enregistré le 2 juillet 2021, le mémoire présenté par la SCP Zribi, Texier pour la société SMAC s'en rapportant à la justice sur la question de compétence posée au Tribunal des conflits ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des conflits a été communiquée aux sociétés Atelier Sauvagé-Ducasse-Harter, Jean-Pierre Mole et Edeis, à la compagnie Allianz Iard, à la commune d'Auch, au ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités, ainsi qu'au ministre de l'économie, des finances et de la relance, qui n'ont pas produit de mémoire ;  
Vu les autres pièces du dossier;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872;

Vu le décret n°2015-233 du 27 février 2015;

Vu le décret n° 98-111 du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de services ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001;

Après avoir entendu en séance publique:

-le rapport de M. B...A..., membre du Tribunal,

-les conclusions de M. Nicolas Polge, rapporteur public;

Considérant ce qui suit :

1. Par un acte d'engagement du 31 janvier 2001, la commune d'Auch a confié à un groupement d'entreprises solidaire le marché de construction d'un parc de stationnement souterrain. La société d'économie mixte Gers, mandataire de la commune d'Auch, a, le 13 septembre 2002, conclu avec la société AGF, aux droits de laquelle est venue la compagnie Allianz Iard, un contrat d'assurance dénommé " police unique de chantier ", comprenant une assurance dommage-ouvrage au bénéfice de la commune d'Auch, maître d'ouvrage, et une assurance couvrant la responsabilité décennale des constructeurs. Des désordres ayant affecté la construction, la commune d'Auch a assigné les entreprises membres du groupement solidaire en réparation de son préjudice sur le fondement de la garantie décennale des constructeurs. Les entreprises assignées ont appelé la compagnie Allianz Iard en garantie. Par jugement du tribunal administratif de Pau du 8 juin 2017, confirmé par un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 12 décembre 2019, les entreprises ont été condamnées à verser des dommages-intérêts à la commune d'Auch, mais leur appel en garantie dirigé contre la compagnie Allianz Iard a été rejeté comme porté devant une juridiction incompétente pour en connaître. Saisi du pourvoi formé par la société Cari-Fayat, anciennement dénommée Carillon BTP Nicoletti, membre du groupement d'entreprises solidaire, tendant à l'annulation de l'arrêt du 12 décembre 2019 en tant qu'il a rejeté son appel en garantie, le Conseil d'Etat a, par décision du 4 février 2021, renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence.

2. Aux termes du I de l'article 1er du code des marchés publics, dans sa version issue du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, applicable en l'espèce : " Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ". Le I de l'article 2 précise : " Les dispositions du présent code s'appliquent : / 1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les

collectivités territoriales et leurs établissements publics ; / 2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret. " Les services d'assurances ont été soumis aux dispositions du code des marchés publics par l'article 1er du décret n° 98-111 du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de services et codifié sur ce point à l'article 29 du code des marchés publics, dans sa version résultant du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.

3. Aux termes de l'article 2 de loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : " Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ".

4. Il ressort de ces dispositions que le contrat par lequel, dans le cadre d'un marché public de construction, une collectivité territoriale souscrit une assurance dommage-ouvrage, a le caractère de contrat administratif. La circonstance que, par le même contrat, elle souscrit également une assurance garantissant la responsabilité décennale du constructeur auquel elle a attribué le marché public de construction, qui s'analyse comme une stipulation pour autrui, ne modifie pas la nature de ce contrat. Le litige relatif à l'exécution d'un tel contrat, y compris en tant qu'il porte sur les obligations de l'assureur stipulées au bénéfice du constructeur, relève donc de la compétence de la juridiction administrative.

5. En conséquence, la juridiction administrative est compétente pour connaître de l'appel en garantie dirigé par la société Cari-Fayat contre la compagnie Allianz Iard fondé sur la police unique de chantier souscrite par la commune d'Auch, représentée par la SEM Gers, son mandataire.

DECIDE:

-----

Article 1er : La juridiction administrative est compétente pour connaître de l'appel en garantie dirigée par la société Cari-Fayat contre la compagnie AllianzIard.

Article 2 : La présente décision sera notifiée aux sociétés Cari-Fayat, SMAC, Atelier Sauvagé-Ducasse-Harter, Jean-Pierre Mole et Edeis, à la compagnie Allianz Iard, à la commune d'Auch, au ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités, ainsi qu'au ministre de l'économie, des finances et de la relance.

**Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 08/10/2014, 370644, Publié au recueil Lebon**

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 29 juillet et 30 octobre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société Grenke location, dont le siège est 11 rue de Lisbonne à Schiltigheim (67300) ; la société Grenke location demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 12NC01396 du 27 mai 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy, à la demande du ministre de la culture et de la communication, a, en premier lieu, annulé l'article 1er du jugement n° 0904852 du 31 mai 2012 du tribunal administratif de Strasbourg condamnant l'Etat à lui payer la somme de 101 042,39 euros majorée des intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2009, en deuxième lieu, rejeté sa demande présentée devant le tribunal administratif de Strasbourg ainsi que ses conclusions d'appel incident ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel du ministre de la culture et de la communication et de faire droit à ses conclusions ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Laurence Marion, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Roger, Sevaux, Mathonnet, avocat de la société Grenke location, et à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat du ministre de la culture et de la communication;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le " Musée des civilisations de l'Europe et de la méditerranée " (Mucem), service à compétence nationale du ministère de la culture et de la communication, et la société Grenke location ont conclu, le 10 avril 2008, un contrat par lequel la société Grenke location s'engageait à acheter auprès d'un

fournisseur désigné cinq photocopieurs pour les donner ensuite en location au Mucem pour une durée de soixante-trois mois moyennant un loyer trimestriel de 5 563 euros ; que le Mucem ayant cessé de régler les loyers trimestriels dès le 27 mai 2008, la société Grenke location a résilié ce contrat, en application de la clause prévue à cet effet, par une lettre du 17 mars 2009 et a demandé le versement de l'indemnité de résiliation contractuellement prévue ainsi que la restitution des matériels ; que la société Grenke location se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 27 mai 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a annulé l'article 1er du jugement du 31 mai 2012 du tribunal administratif de Strasbourg ayant condamné l'Etat à lui payer la somme de 101 042,39 euros, majorée des intérêts aux taux légaux, et rejeté la demande d'indemnisation présentée par la société Grenke location ;

2. Considérant que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat ; que, par suite, en écartant, en raison de leur illégalité, l'application des clauses de l'article 12 des conditions générales annexées au contrat conclu entre le Mucem et la société Grenke location au seul motif qu'elles permettaient au cocontractant de l'administration de résilier unilatéralement le contrat en cas de retard de paiement des loyers, sans rechercher si ces clauses répondaient aux conditions rappelées ci-dessus, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ;

3. Considérant que si le ministre de la culture et de la communication demande que le juge de cassation substitue au motif erroné en droit retenu par la cour, celui tiré de ce que les clauses litigieuses revêtiraient un caractère abusif au sens des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation, une telle substitution impose toutefois, en tout état de cause, l'appréciation de circonstances de fait ; qu'il n'y a pas lieu, par suite, de procéder à la substitution demandée ;

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la société Grenke location et non compris dans les dépens, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces dispositions font, en revanche, obstacle à ce que la somme demandée par l'Etat à ce titre soit mise à la charge de la société requérante, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance ;

**D E C I D E :**

Article 1er : L'arrêt du 27 mai 2013 de la cour administrative d'appel de Nancy est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Nancy.

Article 3 : L'Etat versera à la société Grenke location la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par l'Etat au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Grenke location et au ministre de la culture et de la communication.

**Conseil d'État, Assemblée, 04/04/2014, 358994, Publié au recueil Lebon**

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 avril et 11 juillet 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le département de Tarn-et-Garonne, représenté par le président du conseil général ; le département de Tarn-et-Garonne demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 10BX02641 du 28 février 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement n° 0700239 du 20 juillet 2010 par lequel le tribunal administratif de Toulouse a, à la demande de M. François Bonhomme, annulé la délibération en date du 20 novembre 2006 de la commission permanente du conseil général de Tarn-et-Garonne autorisant le président du conseil général à signer avec la société Sotral un marché à bons de commande ayant pour objet la location en longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général et enjoint au département d'obtenir la résolution du contrat ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa requête d'appel ;

3°) de mettre à la charge de M. A... le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que les frais de contribution à l'aide juridique

Vu les autres pièces du dossier

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Dominique Nuttens, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à Me Foussard, avocat du département du Tarn-et-Garonne et à la SCP Delvolvé, avocat de M. François Bonhomme ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence du 26 juin 2006, le département de Tarn-et-Garonne a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour

objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général ; que, par une délibération en date du 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, retenue comme attributaire par la commission d'appel d'offres ; que le 18 janvier 2007, M. François Bonhomme, conseiller général de Tarn-et-Garonne, a saisi le tribunal administratif de Toulouse d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 20 novembre 2006 ; que le conseil général de Tarn-et-Garonne se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 28 février 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Toulouse du 20 juillet 2010 annulant la délibération attaquée et invitant les parties, à défaut de résolution amiable du contrat, à saisir le juge du contrat ;

Sur les recours en contestation de la validité du contrat dont disposent les tiers :

2. Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

3. Considérant que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;

4. Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

5. Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision ; que l'existence d'un recours contre le contrat, qui, hormis le déféré préfectoral, n'était ouvert avant

la présente décision qu'aux seuls concurrents évincés, ne prive pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision ; qu'il en résulte que le présent litige a conservé son objet ;

Sur le pourvoi du département de Tarn-et-Garonne

6. Considérant que, pour confirmer l'annulation de la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, la cour administrative d'appel de Bordeaux a énoncé qu'en omettant de porter les renseignements requis à la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence consacrée aux procédures de recours, le département avait méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait en vertu des obligations du règlement de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement et du Conseil ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'irrégularité constatée avait été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver d'une garantie les personnes susceptibles d'être concernées par l'indication des procédures de recours contentieux, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

7. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

8. Considérant que si M. A... soutient que l'avis d'appel public à la concurrence publié par le département de Tarn-et-Garonne ne comportait pas la rubrique " Procédures de recours " en méconnaissance des dispositions du règlement de la Commission du 7 septembre 2005, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette irrégularité ait été, dans les circonstances de l'espèce, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la société attributaire ayant été, d'ailleurs, la seule candidate ; que, par suite, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à soutenir que c'est à tort que, pour annuler la délibération du 20 novembre 2006, le tribunal administratif de Toulouse s'est fondé sur la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombait au département en ne portant pas les renseignements requis à la rubrique " Procédures de recours " de l'avis d'appel public à la concurrence ;

9. Considérant toutefois qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. A... devant le tribunal administratif de Toulouse ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que les membres de la commission permanente ont été, contrairement à ce que soutient M. A..., destinataires d'un rapport mentionnant les principales caractéristiques du marché ;

11. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 71 du code des marchés publics alors en vigueur : " Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande " ; que si M. A... fait valoir que le département de Tarn-et-Garonne a méconnu ces dispositions en recourant au marché fractionné pour la location de ses véhicules de service, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu du renouvellement à venir de l'assemblée départementale et de la perspective du transfert de nouvelles compétences aux départements, le département de Tarn-et-Garonne n'était pas en mesure d'arrêter entièrement l'étendue de ses besoins dans le marché ;

12. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 57 du code des marchés publics alors en vigueur : " Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de l'envoi de l'appel public à la concurrence (...) " ; que si M. A... soutient que le département de Tarn-et-Garonne aurait méconnu ces dispositions en fixant le délai de réception des offres à dix-sept heures le cinquante-deuxième jour suivant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, il ne ressort pas des pièces du dossier, et il n'est pas même soutenu, qu'un candidat aurait été empêché de présenter utilement son offre en raison de la réduction alléguée de quelques heures du délai de 52 jours de réception des offres ; qu'ainsi, le vice allégué affectant la procédure de passation du marché n'a été susceptible, dans les circonstances de l'espèce, ni d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ni de priver d'autres candidats d'une garantie ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées à la demande de M. A... par le département de Tarn-et-Garonne, que ce dernier est fondé à soutenir que c'est à tort que par son jugement du 10 juillet 2010, le tribunal administratif de Toulouse a annulé la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le contrat ;

14. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge du département de Tarn-et-Garonne, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes demandées par M. A... devant la cour administrative d'appel au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le département de Tarn-et-Garonne au titre des mêmes dispositions et de l'article R. 761-1 du code de justice administrative dans sa rédaction applicable à la présente affaire ;

**D E C I D E :**

Article 1er : L'arrêt du 28 février 2012 de la cour administrative d'appel de Bordeaux et le jugement du 20 juillet 2010 du tribunal administratif de Toulouse sont annulés.

Article 2 : La demande présentée par M. A... devant le tribunal administratif de Toulouse et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, présentées devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions du pourvoi du département de Tarn-et-Garonne est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au département de Tarn-et-Garonne, à M. François Bonhomme et à la société Sotral.

**Conseil d'État, Assemblée, 16/07/2007, 291545, Publié au recueil Lebon**

Vu la requête, enregistrée le 21 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION, dont le siège est lot n° 7, zone industrielle de Moudong Sud à Baie-Mahault (97122) ; la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 2 mars 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre, statuant en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à la suspension de la décision en date du 14 novembre 2005 de la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre rejetant son offre pour le marché de marquage des aires d'avions de l'aéroport Le Raizet à Pointe-à-Pitre, de la décision d'attribuer ce marché à l'entreprise Rugoway, de la décision de signer ce marché et du marché lui-même ;

2°) statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de faire droit à la demande de suspension présentée devant le tribunal administratif de Basse-Terre ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles R. 122-17, R. 122-18 et R. 611-20 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Nathalie Escaut, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION et de la SCP Richard, avocat de la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre,
- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'après avoir été informée, le 14 novembre 2005, par la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre du rejet de l'offre qu'elle avait présentée pour l'attribution d'un marché portant sur le marquage des aires d'avions et des chaussées routières de l'aéroport de Pointe-à-Pitre le Raizet, la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de ce rejet de

son offre, de la décision de la chambre de commerce et d'industrie acceptant l'offre de la société Rugoway, de sa décision de signer le marché et du marché lui-même ; que par une ordonnance en date du 2 mars 2006, à l'encontre de laquelle la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION se pourvoit en

Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête ;

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions

en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ;

Considérant qu'en rejetant comme irrecevables les conclusions de la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION à fin de suspension du marché conclu entre la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre et la société Rugoway, sans rechercher si la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION s'était portée candidate à l'attribution de ce marché, le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a commis une erreur de droit entachant le bien-fondé de l'ensemble de son ordonnance ;

Considérant qu'il résulte de qui précède que la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre ;

Considérant qu'il y a lieu, pour le Conseil d'Etat, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : "Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...)" ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le délai de recours contre le marché conclu entre la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre et la société Rugoway n'ayant pas couru faute de mesure de publicité appropriée, la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION, en sa qualité de concurrent évincé de l'attribution de ce marché, est recevable à demander la suspension de son exécution sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ; que toutefois, en l'état de l'instruction, le seul moyen d'annulation qu'elle soulève et qui est tiré du détournement de pouvoir, n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de ce marché ; que, par suite, ses conclusions tendant à la suspension de son exécution doivent être rejetées ;

Considérant que, compte tenu de la signature du marché contesté le 26 novembre 2005, la société requérante n'était plus recevable à la date de l'introduction de sa demande, le 13 janvier 2006, à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ; que dès lors, ses conclusions à fin de suspension des décisions de la chambre de commerce et d'industrie rejetant son offre, attribuant le marché à la société Rugoway et décidant de le signer ne peuvent également qu'être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION la somme que la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

#### **D E C I D E :**

Article 1er : L'ordonnance en date du 2 mars 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre est annulée.

Article 2 : La requête de la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre est rejetée.

Article 3 : Les conclusions de la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION, à la chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre et à la société Rugoway.

Copie pour information en sera adressée au Premier ministre, au ministre d'Etat, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables et au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi.

**Conseil d'État 7ème - 2<sup>ème</sup>, chambres réunies, 2 décembre 2019, Publié au recueil Lebon**

Vu la procédure suivante :

La société Ysenbaert a demandé au tribunal administratif de Lille de condamner le département du Nord à lui verser la somme de 128 520,19 euros, augmentée des intérêts de droit à compter du 2 août 2012 et de la capitalisation des intérêts échus à compter de cette même date, au titre du paiement direct de ses prestations de sous-traitant dans le cadre d'un marché de fourniture et de pose de signalisation directionnelle passé avec la société Sécurité et Signalisation (SES). Par un jugement n° 1408343 du 18 octobre 2016, le tribunal administratif de Lille a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 16DA02390 du 17 mai 2018, la cour administrative d'appel de Douai a, sur appel de la société Ysenbaert, annulé ce jugement et a condamné le département du Nord à verser à cette société la somme de 42 164,83 euros augmentée des intérêts au taux légal à compter du 7 septembre 2012 et de leur capitalisation à compter du 25 novembre 2014.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 17 juillet, 17 octobre 2018 et 9 octobre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département du Nord demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Ysenbaert la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil ;
- le code des marchés publics ;
- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Yohann Bouquerel, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat du département du Nord et à Me Occhipinti, avocat de la société Ysenbaert ;

### **Considérant ce qui suit :**

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département du Nord a conclu le 2 mars 2007 avec un groupement constitué notamment de la société SES un marché à bons de commandes, d'une durée d'un an renouvelable trois fois, portant sur la réalisation de travaux de signalisation verticale de jalonnement sur les routes du département. Par un acte spécial notifié le même jour à la société Ysenbaert, le département du Nord a accepté cette dernière comme sous-traitante de la société SES et a agréé ses conditions de paiement direct dans la limite d'un plafond annuel fixé à 107 640 euros TTC. Par un jugement du tribunal de commerce de Tours du 30 juin 2011, la société SES a été placée en liquidation judiciaire. Par un courrier du 2 août 2012, la société Ysenbaert a demandé au département du Nord le versement de la somme de 128 520,19 euros, au titre des prestations réalisées entre le 27 janvier et le 28 avril 2011. Le département a rejeté cette demande par un courrier du 7 septembre 2012. Une décision implicite de refus du département est née à la suite d'une nouvelle demande présentée le 5 mai 2014 par la société Ysenbaert. Par un jugement du 18 octobre 2016, le tribunal administratif de Lille a rejeté la demande de cette société tendant à la condamnation du département du Nord à lui verser la somme de 128 520,19 euros. Le département du Nord se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 18 octobre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a annulé ce jugement et l'a condamné à verser à la société Ysenbaert la somme de 42 164,83 euros. Par la voie du pourvoi incident, la société Ysenbaert demande l'annulation de l'arrêt, en tant qu'il n'a fait droit que partiellement à sa requête d'appel.

2. En premier lieu, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : " L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage (...) / Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ". Aux termes de l'article 5 de la même loi : " (...) En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage ". Aux termes de l'article 6 de la même loi : " Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de

paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution (...) ". Aux termes de l'article 14-1 de la même loi : " (...) Le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations ".

3. Aux termes de l'article 114 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au litige : " L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés dans les conditions suivantes : 1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant : (...) c) Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant (...) ; 2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1°./ L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties. Figurent dans l'acte spécial les renseignements ci-dessus mentionnés au 1° ; 3° Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du présent code (...). Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise. Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ".

4. Il résulte des dispositions citées aux points 2 et 3 qu'il incombe au maître d'ouvrage, lorsqu'il a connaissance de l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial et conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct, de mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser, à charge

pour le titulaire du marché, le cas échéant, de solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant.

5. Il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département du Nord avait connaissance du fait que le plafond, prévu dans l'acte spécial notifié le 2 mars 2007, de 107 640 euros, en-deçà duquel il devait payer directement la société Ysenbaert pour les prestations de sous-traitance réalisées pour le compte de la société SES, devait être dépassé vers le 15 novembre 2010, alors même que le contrat de sous-traitance courait jusqu'à la fin de l'année 2010. Dès lors, en jugeant que le département du Nord avait commis une faute en s'abstenant de mettre en demeure la société SES, titulaire du marché de réalisation de travaux de signalisation verticale de jalonnement sur les routes du département, de régulariser la situation de la société sous-traitante Ysenbaert eu égard aux articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975, la cour n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit, ni d'erreur de qualification juridique.

6. En deuxième lieu, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en considérant qu'il existait un lien direct entre le comportement fautif du département et le préjudice subi par la société Ysenbaert, le département s'étant abstenu de toute démarche à l'égard de la société SES et ayant versé à cette dernière, ultérieurement placée en redressement judiciaire, les sommes correspondant aux travaux exécutés par la société Ysenbaert au-delà du montant maximal fixé par l'acte spécial.

7. En troisième lieu, en jugeant que la société Ysenbaert et la société SES avaient chacune commis une faute de nature à atténuer la responsabilité du département du Nord, la première en poursuivant l'exécution des prestations au-delà du montant maximum fixé par l'acte spécial sans s'assurer que sa situation avait été régularisée, la seconde en négligeant de soumettre à l'agrément du département les conditions de paiement du sous-traitant pour les prestations en cause, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

8. Enfin, c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour a opéré un partage de responsabilité par tiers entre le département du Nord, la société SES et la

société Ysenbaert, et a condamné le département à verser à cette dernière la somme de 42 164,83 euros.

9. Il résulte de tout ce qui précède que ni le département du Nord, par la voie du pourvoi principal, ni la société Ysenbaert, par la voie du pourvoi incident, ne sont fondés à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.

10. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des deux parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**D E C I D E :**

Article 1er : Le pourvoi du département du Nord est rejeté.

Article 2 : Le pourvoi incident de la société Ysenbaert et ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au département du Nord et à la société Ysenbaert.

**Conseil d'État 7ème / 2ème SSR, 1<sup>er</sup> juillet 2015, N° 383613**, Mentionné aux tables du recueil Lebon

Vu la procédure suivante :

La société Sud terrassement a demandé au tribunal administratif de Nice de condamner la communauté de communes des terres de Siagne à l'indemniser à hauteur de 94 034,30 euros au titre de sujétions imprévues dans l'exécution d'un marché de travaux.

Par un jugement n° 0902701 du 16 décembre 2011, le tribunal administratif de Nice a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 12MA00617 du 10 juin 2014, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel de la société Sud terrassement, annulé ce jugement et condamné la communauté de communes des terres de Siagne à verser à la société la somme de 94 034,30 euros assortie des intérêts au taux légal à compter du 28 novembre 2008.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 11 août et 12 novembre 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la régie des eaux du canal de Belletrud (RECB), venue aux droits de la communauté de communes des terres de Siagne, demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel de la société Sud terrassement ;

3°) de mettre à la charge de la société Sud terrassement le versement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Charline Nicolas, auditeur,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la régie des eaux du canal de Belletrud, et à Me Balat, avocat de la société Sud terrassement ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un marché à forfait d'un montant de 695 940 euros HT conclu le 7 mars 2006, le syndicat intercommunal des cinq communes de l'eau et de l'assainissement a confié à la société Degrémont la construction d'une unité de séchage solaire des boues de la station d'épuration de Peymeinade ; qu'aux fins d'effectuer des travaux de terrassement, la société Degrémont a conclu un contrat de sous-traitance d'un montant de 156 000 euros HT avec la société Sud terrassement ; que le maître d'ouvrage a agréé ce sous-traitant et accepté ses conditions de paiement ; que la société Sud terrassement a saisi le tribunal administratif de Nice d'une demande tendant à la condamnation de la communauté de communes des terres de Siagne, venue aux droits du syndicat intercommunal des cinq communes de l'eau et de l'assainissement, à lui payer la somme de 94 034,30 euros correspondant au surcoût des travaux qu'elle a supporté, les sols s'étant révélés d'une nature différente de celle qu'avait analysée l'étude des sols qui avait été réalisée préalablement à la conclusion du marché ; que, par un jugement du 16 décembre 2011, le tribunal administratif de Nice a rejeté cette demande ; que la cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 10 juin 2014, annulé ce jugement et condamné la communauté de communes des terres de Siagne à payer à la société Sud terrassement la somme de 94 034,30 euros TTC au titre des sujétions imprévues ; que la régie des eaux du canal de Belletrud (RECB), venue aux droits de la communauté de communes des terres de Siagne, se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

2. Considérant que, même si un marché public a été conclu à prix forfaitaire, son titulaire a droit à être indemnisé pour les dépenses exposées en raison de sujétions imprévues, c'est-à-dire de sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties, si ces sujétions ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché ; qu'un sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché ;

3. Considérant que, pour accorder la somme de 94 034,30 euros TTC à la société Sud terrassement, sous-traitante de la société Degrémont, titulaire du marché en cause, la cour s'est fondée sur la circonstance qu'elle avait dû faire face à des sujétions imprévues qui avaient eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché ; que, toutefois, pour apprécier si des sujétions imprévues apparues pendant l'exécution d'une partie sous-traitée d'un marché ont

entraîné un bouleversement de l'économie générale de ce marché, il convient de comparer le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée ; que la cour a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que les dépenses occasionnées en l'espèce, d'un montant estimé par elle à 78 624 euros HT et 94 034 euros TTC, soit 11,3 % du montant total de 695 940 euros HT, avaient bouleversé l'économie générale du marché ; que, par suite, son arrêt doit être annulé ;

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

5. Considérant que le montant des dépenses auxquelles la société Sud terrassement soutient avoir dû faire face pour l'exécution de son contrat de sous-traitance du fait de sujétions imprévues est évalué par elle à 94 034 euros TTC, soit 11,3 % du marché conclu entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché ; que ces dépenses ne peuvent donc être regardées comme ayant bouleversé l'économie générale du marché ; que la société n'est ainsi pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a rejeté sa demande ;

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le versement d'une somme soit mis à la charge de la RECB qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la société Sud terrassement le versement de la somme de 3 000 euros à la RECB au titre de ces mêmes dispositions ;

**D E C I D E :**

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 10 juin 2014 est annulé.

Article 2 : La requête présentée par la société Sud terrassement devant la cour administrative d'appel de Marseille est rejetée.

Article 3 : La société Sud terrassement versera à la régie des eaux du canal de Belletrud une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Sud terrassement au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la régie des eaux du canal de Belletrud et à la société Sud terrassement.

## Conseil d'Etat, du 10 janvier 1902, 94624, publié au recueil Lebon

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen, société anonyme dont le siège social est à Déville-lès-Rouen, Rue aux Juifs n° 32, représentée par son directeur et ses administrateurs en exercice, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au Secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat le 23 février et le 28 août 1898 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 9 décembre 1897, par lequel le conseil de préfecture de la Seine-Inférieure a rejeté sa demande d'indemnité formée contre la commune de Deville-lès-Rouen, à raison du préjudice résultant pour elle de l'autorisation donnée au sieur X..., auquel est substituée la Compagnie électrique de la banlieue de Rouen, de poser sur le territoire de la commune des fils pour l'éclairage électrique à fournir aux particuliers ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ;

Considérant que la commune de Deville-lès-Rouen soutient que si elle a concédé à la Compagnie requérante le privilège exclusif de l'éclairage par le gaz, ce privilège dans le silence des traités de 1874 et de 1887, ne s'étend pas à l'éclairage par tout autre moyen et notamment par celui de l'électricité, la commune n'ayant pas renoncé au droit de faire profiter ses habitants de la découverte d'un nouveau mode d'éclairage ;

Considérant que le silence gardé sur ce point par les premières conventions de 1874 est facile à expliquer et doit être interprété en faveur de la Compagnie du gaz ; qu'il en est autrement du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation intervenu en 1887, époque où l'éclairage au moyen de l'électricité fonctionnait déjà dans des localités voisines ; qu'à cet égard les parties sont en faute de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté, ce qui met le juge dans l'obligation d'interpréter leur silence et de rechercher quelle a été en 1887 leur commune intention ;

Considérant qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage n'importe par quel moyen et à la commune de Deville la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, en le concédant à un tiers dans le cas où la Compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier ;

Considérant, il est vrai, que la commune allègue que les longues négociations engagées sans résultat dès 1893 entre elle et la Compagnie et à la suite desquelles est intervenu le traité passé en janvier 1897 avec le sieur X... constitue une mise en demeure suffisante pour rendre ce traité définitif ;

Mais considérant que ces négociations antérieures à la solution d'un litige qui porte sur l'étendue des obligations imposées à chacune des parties dans le traité de 1887 ne peuvent remplacer la mise en demeure préalable à l'exercice du droit de préférence reconnu par la présente décision en faveur de la Compagnie requérante ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté ci-dessus visé du Conseil de préfecture de la Seine-Inférieure en date du 9 décembre 1897 est annulé. Article 2 : Dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision la commune de Deville mettra la Compagnie du gaz en demeure de déclarer avant l'expiration du mois suivant si elle entend se charger du service de l'éclairage au moyen de l'électricité dans les conditions du traité passé avec le sieur X.... Article 3 : Il est sursis à statuer jusqu'après l'exécution à donner à l'article 2 ci-dessus sur la demande de dommages-intérêts formée par la Compagnie du gaz. Article 4 : Les dépens exposés jusqu'à ce jour seront supportés par la commune de Deville. Article 5 : Expédition Intérieur.

**Cour Administrative d'Appel de Nancy, 1ère chambre - formation à 3, 13/02/2014, 13NC00578, Inédit au recueil Lebon**

Vu la requête, enregistrée le 28 mars 2013, complétée par des mémoires enregistrés les 9 octobre 2013 et 17 janvier 2014, présentée pour la société Véolia Eau, ayant son siège 52 rue d'Anjou à Paris (75008), par Me Cabanes ;

La société Véolia Eau demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1100739-1101749 en date du 31 janvier 2013 par lequel le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande tendant à l'annulation des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 par lesquelles la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a révisé à la baisse les redevances et tarifs des services de distribution d'eau potable et d'assainissement ;

2°) de rétablir le contrat en son état antérieur aux délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 ;

3°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard le paiement d'une somme de 10 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Véolia Eau soutient que :

- le tribunal a rejeté à tort sa requête comme irrecevable en estimant que la recevabilité du recours d'une partie au contrat contre l'une des mesures d'exécution d'un tel contrat était limitée aux seules mesures de résiliation ;

- c'est à tort que les premiers juges ont rejeté sa demande de première instance comme irrecevable en estimant qu'une personne publique pouvait modifier unilatéralement les clauses tarifaires d'un contrat -sans même en l'espèce respecter les conclusions de la commission tripartite- et ne se sont pas assurés que cette modification était motivée par la poursuite d'un motif d'intérêt général ;

- le jugement est entaché d'une omission à statuer sur ses conclusions dès lors qu'il a été demandé en première instance la requalification des délibérations litigieuses en décisions de résiliation anticipée non au regard de leurs effets sur l'équilibre financier du contrat mais en ce qu'elles visaient à permettre un retour à la régie dès le 2 février 2015 soit 7 ans avant le terme contractuel de la délégation de service public ;

- la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a procédé à une modification irrégulière des clauses tarifaires de la convention, dès lors qu'elle est proscrite par principe et qu'elle n'a en tout état de cause pas été menée conformément aux termes du contrat prévoyant le suivi des préconisations de la commission tripartite ;
- les délibérations litigieuses ont été adoptées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2121-12 et de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ; la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard n'a en tout état de cause jamais démontré le respect du délai de 5 jours relatif à la convocation des élus ;
- la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a porté atteinte au principe de bonne foi et de loyauté contractuelle, lequel impose aux parties de se soumettre aux procédures qu'elles ont instituées entre elles et fait obstacle aux pouvoirs unilatéraux dont dispose l'administration dans l'intérêt général ;
- les délibérations méconnaissent le caractère contraignant de la décision de la commission tripartite dont le contenu a été partiellement mis en œuvre par la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, ce qui entache les délibérations d'une erreur de droit ;
- les décisions unilatérales de modification du contrat sont illégales dès lors qu'elles conduisent à créer un déséquilibre financier substantiel au préjudice du délégataire et qu'elles remettent en cause l'économie générale du contrat ;
- les délibérations litigieuses sont entachées de détournement de pouvoir dès lors qu'elles visent à contourner les conclusions de la commission tripartite destinées à restaurer l'équilibre économique du contrat et à s'assurer l'approbation des usagers et électeurs ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 juillet 2013 et complété par un mémoire enregistré le 7 novembre 2013, présenté pour la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Véolia Eau une somme de 8 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard soutient que :

- le moyen tiré de l'impossibilité de modifier unilatéralement les clauses tarifaires d'un contrat est inopérant à l'appui d'une critique de l'irrecevabilité opposée par le tribunal aux conclusions

dirigées contre les délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 et ce moyen est en tout état de cause mal fondé ;

- le moyen tiré de ce que les premiers juges n'auraient pas recherché si la modification unilatérale était justifiée par un motif d'intérêt général est inopérant à l'égard du motif d'irrecevabilité opposé par le tribunal et il est en tout état de cause mal fondé dès lors qu'il s'agissait de mettre fin à des stipulations illégales en ce qui concerne la répercussion des droits d'usage dans les tarifs des services publics industriels et commerciaux ;

- le tribunal a opposé à raison l'irrecevabilité des conclusions dirigées contre des décisions de modification d'un contrat, seules les décisions de résiliation ou équivalent à une résiliation pouvant donner lieu de la part d'une partie à un recours en contestation de telles mesures assorti de conclusions tendant à la reprise des relations contractuelles ;

- le jugement n'est entaché d'aucune omission à statuer, ni de dénaturation des écritures de la société Véolia Eau dès lors que les deux requêtes introductives d'instances tendaient à l'annulation des délibérations litigieuses, seul le mémoire en réplique faisant appel au juge du contrat et la société Véolia Eau ne sollicitant pas la résiliation pour faute du contrat qui la lie à la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard ; le tribunal a répondu au moyen tiré de ce que les délibérations en cause constituaient en fait une résiliation déguisée ;

- subsidiairement, les moyens invoqués à l'encontre des délibérations litigieuses sont inopérants dès lors que la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard était tenue de remédier à l'illégalité entachant le contrat ; la modification litigieuse a été réalisée pour un motif d'intérêt général ; les dispositions des articles L. 2121-12 et L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ont été respectées ; les moyens tirés du détournement de pouvoir et de l'erreur de droit ne sont pas fondés ; les stipulations contractuelles relatives à la commission tripartite n'ont pas été méconnues pour ce qui relevait de sa compétence ; les délibérations ne méconnaissent pas le principe de loyauté contractuelle ; le moyen tiré du déséquilibre financier ne peut venir au soutien que de conclusions à fin indemnitaire qui ne sont pas en litige et n'est en tout état de cause pas fondé, alors même qu'il ne serait tenu compte que du critère de la baisse de 10% alléguée de la rémunération du délégataire, ce qui ne correspond pas à la réalité ; le moyen tiré de la rétroactivité illégale invoqué à l'encontre de la délibération du 6 octobre 2011 n'est pas fondé, les différences de tarifs entre les deux délibérations ne découlant que de la prise en compte de mesures de correction liées au caractère définitif de données qui n'étaient que prévisionnelles à la date de la première délibération ;

Vu le jugement et les délibérations attaqués ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 23 janvier 2014 :

- le rapport de M. Richard, premier conseiller,

- les conclusions de M. Favret, rapporteur public,

- et les observations de Me Cabanes, avocat de la société Véolia Eau, ainsi que celles de Me Roll, avocat de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard ;

1. Considérant que la société Véolia Eau relève appel du jugement en date du 31 janvier 2013 par lequel le tribunal administratif de Besançon a rejeté, comme irrecevable, sa demande tendant, d'une part, à l'annulation des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 par lesquelles le conseil communautaire de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a modifié les clauses tarifaires du contrat qui la lie à cet établissement depuis le 1er janvier 1993, d'autre part, à la restauration des conditions contractuelles antérieures ;

2. Considérant que si les parties à un contrat administratif ne peuvent pas demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution de ce contrat mais seulement une indemnisation du préjudice qu'une telle mesure leur a causé, elles peuvent, eu égard à la portée d'une telle mesure, former un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ;

3. Considérant que la société Véolia Eau fait valoir que c'est à tort que le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande comme irrecevable dès lors qu'eu égard à la nature et à la portée des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, elle dispose devant le juge du contrat et en tant que cocontractant de l'administration, d'une voie de recours tendant à la restauration des conditions contractuelles antérieures aux modifications apportées unilatéralement par la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par ses deux délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard a " révisé à la baisse les redevances et tarifs des services publics de distribution d'eau potable et d'assainissement " et donné " mandat au président pour engager de nouvelles discussions avec la société Véolia Eau aux fins de convenir du montant de l'indemnité transactionnelle visant à compenser la suppression du dispositif du droit d'usage dans ce contrat et ce dans les limites

maximales issues des travaux de la commission tripartite " ; que si ces délibérations constituent ainsi des mesures de modification unilatérale du contrat conclu entre la société Véolia Eau et la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, lesquelles visent en l'espèce à purger le contrat de ses dispositions illégales relatives au droit d'usage versé par la société requérante et de ses conséquences tarifaires pour les usagers, de telles délibérations ne sauraient être regardées, contrairement à ce que soutient la société Véolia Eau, et ainsi que l'ont jugé à bon droit les premiers juges qui n'ont pas entaché leur jugement d'une omission à statuer sur ce point, comme une mesure équivalant à la résiliation du contrat conclu entre les parties ; que ni la baisse alléguée de 10 % des recettes de la société Véolia qui en découlerait, ni les déclarations du président de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard relatives à une possible fin anticipée des relations contractuelles compte tenu de l'irrégularité de la durée du contrat initialement conclu pour trente ans ne sont de nature à leur donner le caractère d'une décision de résiliation ; que le contrat litigieux a d'ailleurs continué à produire ses effets postérieurement aux délibérations des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011, la société Véolia Eau n'ayant pour sa part formé aucune demande tendant à la résiliation dudit contrat aux torts du délégant et au versement d'indemnités correspondantes ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Véolia Eau n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par son jugement en date du 31 janvier 2013, le tribunal administratif de Besançon a rejeté comme irrecevables, sans examiner la légalité desdites délibérations, ses conclusions tendant à l'annulation des délibérations en date des 31 mars 2011 et 6 octobre 2011 et à la restauration des conditions contractuelles antérieures aux délibérations litigieuses ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative:

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société Véolia Eau demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, sur le fondement de ces dernières dispositions, de mettre à la charge de la société Véolia Eau le paiement de la somme de 1 500 euros à la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard au titre des frais exposés dans le litige ;

**D E C I D E :**

Article 1er : La requête de la société Véolia Eau est rejetée.

Article 2 : La société Véolia Eau versera à la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard une somme de 1 500 € (mille cinq cents euros) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3: Le présent arrêt sera notifié à la société Véolia Eau et à la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard.