

January 2022

Litigation over Public Procurement in light of Algerian Legislation and Judicial Precedents

Dr. Ahcene Rabhi

Lecturer, Faculty of Law, University of Boumerdes, Algeria, rabhiahcene@gmail.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Common Law Commons](#)

Recommended Citation

Rabhi, Dr. Ahcene (2022) "Litigation over Public Procurement in light of Algerian Legislation and Judicial Precedents," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2022: No. 91, Article 9.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss91/9

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in *Journal Sharia and Law* by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Litigation over Public Procurement in light of Algerian Legislation and Judicial Precedents

Cover Page Footnote

Dr. Ahcene Rabhi Lecturer, Faculty of Law, University of Boumerdes, Algeria rabhiahcene@gmail.com

Litigation over Public Procurement in light of Algerian Legislation and Judicial Precedents*

Dr. Ahcene Rabhi

Lecturer, Faculty of Law, University of Boumerdes, Algeria

rabhiahcene@gmail.com

The flexibility and dynamism of the substantive dimensions of public tenders have been reflected by the large legal provisions enacted by the Algerian legislature in order to control disputes concerning this type of administrative contracts. This has been initially divided according to a threefold approach, which takes into account the adaptation of administrative proceedings and their types, and finally the legal solutions applied to adjudicating them. However, despite the considerable attraction of this legislative position, it was quickly and widely criticized for the large gaps it left, resulting in the "embarrassment" of the administrative judiciary in many legal problems. This is both when determining the reference attribution of the dispute and when applying these legal solutions to new types of contractual disputes, particularly in the context of the legality assessment, the assessment of compensation or the judgment of both in the course of a full judicial proceeding, under all these circumstances, the subject of public tender disputes to date has suffered a clear legislative and judicial limitation in many ways.

Keywords: Public tenders, the legislative adaptation and judicial adaptation of contractual dispute, legality judge, full judicial judge, summary justice, legal solutions for adaptation, dismissal in contract dispute.

* Received on 24-Aug-2020, and authorized for publication on 02- Feb-2021

التقاضي بشأن المشتريات العمومية في ضوء التشريعات الجزائرية والسوابق القضائية

د. أحسن رابحي

أستاذ محاضر "أ" كلية الحقوق جامعة بومرداس الجزائر

rabhiahcene@gmail.com

الملخص:

إن مرونة وحركية الأبعاد الموضوعية للمناقصات العامة قد قابلته ضخامة النصوص القانونية التي سنّها المشرع الجزائري من أجل السيطرة على ميدان المنازعات المتعلقة بهذه الطائفة من العقود الإدارية، هذه المعالجة تم تقسيمها مبدئياً وفق منحى ثلاثي يراعى فيه تكييف الدعوى الإدارية وأصنافها وأخيراً الحلول القانونية المطبقة للفصل فيها، لكن بالرغم من الجاذبية الكبيرة التي ميزت هذا الموقف التشريعي إلا أنه سرعان ما واجهته إنتقادات فقهية واسعة بسبب الثغرات الكبيرة التي تركها والتي تمخضت عن "إحراج" القضاء الإداري في العديد من الإشكالات القانونية، وهذا سواء عند تحديد الإسناد المرجعي للنزاع أو عند إسقاط هذه الحلول القانونية على الأنماط الجديدة من المنازعات العقدية، لاسيما في إطار تقدير المشروعية أو تقدير التعويض أو الحكم بكليهما في خضم دعوى القضاء الكامل، وفي ظل كل هذه الملابسات ظل موضوع منازعات المناقصات العامة حتى اليوم يعاني كسوفاً تشريعياً وقضائياً واضحاً في إطار متعدد الأشكال.

الكلمات المفتاحية: المناقصات العامة، التكييف التشريعي والتكييف القضائي للنزاع العقدي، قاضي المشروعية، قاضي القضاء الكامل، القضاء الإستعجالي، الحلول القانونية في التكييف، الرد في النزاع العقدي.

Le contentieux des marchés publics à la lumière de la législation et de la jurisprudence algérienne

Résumé:

L'ampleur des amendements et des modifications apportées aux textes législatifs régissant les marchés publics, avec tout ce qu'elles ont entraîné comme insuffisances et vides juridiques récurrents, est révélatrice de l'impuissance du législateur algérien à mettre en place un dispositif juridique capable de trancher des litiges soulevés par cette catégorie de contrats administratifs. En effet, du point de vue de la forme, le système appliqué présente des carences en matière de procédure concernant les règles et les conditions d'introduction d'une action en justice qui ont pu être comblées par référence à certaines dispositions du code de procédure civile et administrative. S'agissant du critère de qualification du recours, il a été adopté, maladroitement, une double solution hésitante entre la nature administrative et la nature privée du contrat, ce qui par conséquent, a mis l'administration, le requérant et même le juge dans un embarras juridique réel. Même l'ajout du critère de financement par le trésor public comme moyen complémentaire pour distinguer les deux ordres de juridiction administrative ou de droit commun compétente pour connaître des recours s'est avéré vain à cause de l'élargissement du financement public à tous les établissements publics abstraction faite de leur nature. Ce vide dans la forme est accentué par une contradiction flagrante dans le fond qui impose, comme passage obligé, le recours préalable devant la Commission Nationale des Marchés Publics qui est une procédure contraire au libre choix des modes de règlement des litiges qui peuvent aller jusqu'à l'arbitrage; en plus de ce que peut provoquer le recours à la seule commission nationale comme retard dans les suites à donner à la requête et partant, à la réalisation des projets y afférents. A noter par ailleurs, la centralisation du contentieux des marchés publics au niveau du seul juge de fond, occultant le juge des référés est une situation anormale en droit algérien, bien qu'elle soit unanimement admise dans les systèmes juridiques comparés comme moyen de règlement de cette catégorie de litiges.

Mots clés: Contentieux des marchés publics, critère organique, critère matériel, service public, clauses exorbitantes de droit commun, actes rattachables, actes détachables.

Introduction

La délimitation objective de la construction générale des équilibres administratifs en tant que référent détermine de toutes les règles de droit administratif contraint le chercheur à se doter de nombreux et différents outils lui permettant de cerner les limites de cette construction; ceci est dû à la

[Le contentieux des marchés publics]

flexibilité et à la mutabilité du droit administratif dont les règles sont ainsi qualifiées d'exorbitantes et exceptionnelles⁽¹⁾. Le cheminement des mutations profondes et continues du droit administratif au fil des temps à aboutit à une crise sur les notions du contrat administratif influencées par la relative prédominance de l'aspect civil sur l'action administrative et ce dans le cadre de la problématique de choix de critères sur la base desquels on peut dire que telle action relève du droit public ou du droit privé⁽²⁾.

Si le contrat civil est consensuel dans sa formation, en application de la règle: le contrat fait la loi des parties, traduction du principe latin: *pacta sunt servanda*, le contrat administratif⁽³⁾ est radicalement différent tant en ce qui concerne les

(1) Le droit administratif constitue le droit du déséquilibre car il régit essentiellement les rapports entre les personnes publiques et les administrés. Ce décalage entre l'intérêt général et les intérêts particuliers explique l'existence d'un droit particulier, exorbitant du droit commun. (Cassese (S), *La construction du droit administratif*. Ed Montchrestien, Paris, 2002, P 24). Dans le sens inverse l'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle. À plus forte raison doit-il considérer comme peu normal de voir les décisions de l'administrations soumises à la censure d'un juge: au nom de quoi celui-ci, irresponsable, serait-il plus infaillible que l'homme placé aux leviers de commande et qui, lui, est responsable de ses actes ? Certes, nous sommes aujourd'hui accoutumés à voir l'État limité par le droit et soumis au contrôle juridictionnel; il faut de temps à autre une réaction gouvernementale un peu vive pour nous permettre d'apprécier les choses à leur juste valeur. (Arnaud A.-J. (A-J), *Critique de la raison juridique. Gouvernants sans frontières*, LGDJ, Paris, 2003, P 87 - 88. Allières (A-J) et autres, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif*, Paris, Publisud, Paris, 1985, P 53 et s). Carbonnier (J), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979, P 112 ET S.

(2) Toutes les clauses qui régissent la conclusion d'un acte administratif, ainsi que les moyens consacrés par l'administration contractante pour son exécution sont des outils juridiques relevant du droit public. Par conséquent, les règles juridiques applicables aux situations contentieuses qui naissent de l'exécution de ces contrats ont un caractère administratif. Néanmoins l'application de certaines règles de droit privé ne sont pas totalement exclues pour certains volets secondaires se rattachant auxdits contrats à l'exemple du contentieux relatif à la capacité d'exercice ou aux conflits qui opposent le partenaire contractant et son sous-traitant. Ces situations requièrent l'existence d'un juge spécialisé capable de reconnaître les situations relevant du droit public et celles relevant du droit privé. Sur ce point d'analyse voir Benoît (P), *L'utilisation du Droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse de doctorat, l'université Panthéon-Assas, 10/10/2001, LGDJ, Paris, 2001, P 165.

(3) Un contrat administratif est un accord de volonté destiné à produire des effets de droit impliquant une personne publique. Le contrat administratif a pour objectif de satisfaire l'intérêt général et il est nécessairement régi par le droit administratif. Le contrat administratif peut être qualifié de tel soit par la loi, ou par la jurisprudence s'il porte sur l'exécution d'un service public ou comporte des clauses exorbitantes du droit commun. On peut distinguer plusieurs types de contrats administratifs par exemple: le contrat de concession, le contrat de marché public, le contrat des travaux publics, le contrat de partenariat, le contrat de délégation de service public, les offres de concours, les emprunts publics de l'État, etc. Pour aller loin voir - Brenet (F.), *La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes*: AJDA 2003, p.919 et s.

modes de sa passation ou de son exécution et ce en raison du caractère exceptionnel du droit administratif lui-même⁽⁴⁾. Le but de l'exorbitance du droit administratif est de limiter la liberté absolue de l'administration et l'astreindre, d'une part au respect de la loi et d'autre part à la réalisation de l'intérêt général; contrairement aux cas dans lesquels elle a la faculté de recourir aux procédés de droit commun dans la conclusion de certains contrats dits de l'administration qui sont similaires aux contrats de droit privé⁽⁵⁾.

Les marchés publics⁽⁶⁾ en tant que catégorie la plus importante des contrats administratifs⁽⁷⁾ utilisée dans l'organisation et le fonctionnement des services

(4) Les contrats administratifs sont soumis dans leur formation et leur exécution aux clauses exorbitantes de droit commun ou a des règles juridiques préétablies. En outre l'administration, dans l'exécution du contrat, utilise des prérogatives de puissance publique justifiées par la réalisation d'opérations d'intérêt général. L'administration est tenue donc dans son action des lois et des règlements édictés par le législateur en vue de procéder au bon choix du partenaire contractant. Pour plus de détails voir Amselek (P.), Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe, *Revue Administrative*, 1973, p 633.

(5) Elisabeth (A) et Raynaud (J), *Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante: Mélanges – Guibal*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, t. 1, p 783 et s.

(6) Selon l'article 4 de l'Ordonnance n° 2015 - 899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015): « Les marchés (publics) sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Les procédures de marché public ont pour objectif, comme le précise l'article 52 de la même Ordonnance, de permettre aux collectivités publiques de choisir « l'offre économiquement la plus avantageuse ». cette définition est similaire à celle édictée par le législateur algérien dans l'article 21 du décret présidentiel n° 15 - 247 du 16 septembre 2015 relative au code des marchés publics (JORA n°50 du 26 septembre 2015) qui dispose « Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, dans les conditions prévues dans le présent décret, pour répondre à des besoins du service contractant, en matière de travaux, de fournitures, de services et d'études. Art. 40: L'appel d'offres est la procédure visant à obtenir les offres de plusieurs soumissionnaires entrant en concurrence et à attribuer le marché, sans négociation, au soumissionnaire présentant l'offre jugée économiquement la plus avantageuse sur la base de critères de choix objectifs, établis préalablement au lancement de la procédure. Il convient de noter que l'attribution automatique du marché au souscripteur le moins disant n'est pas toujours avantageuse car, en plus du prix il existe d'autres éléments techniques qu'il faut prendre en considération dans l'attribution des marchés de travaux (ouvrages d'arts) ou de fournitures dont l'attribution est dévolue, non pas au moins disant, mais au mieux disant. Pour plus de détails, voir – Dé Laubadere (A) et autres, *traité des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1983, P 31 et S. Quant aux différentes définitions données par la doctrine administrative, nous citons la plus répondue; « le marché public est un ensemble de procédures visant l'appel au public à participer à l'opération envisager par l'administration en vue de sélectionner le souscripteur le moins disant en termes de prix ». Voir à ce propos Richer (L), *les contrats administratifs*, Ed Dalloz, Paris,

[Le contentieux des marchés publics]

publics, obéissent, dans leur passation et leur exécution à des règles différentes; certaines contractuelles, d'autres réglementaires. La dominance dans ces relations contractuelles est l'aspect réglementaire. L'administration utilise ainsi des procédures exceptionnelles du fait des prérogatives de puissance publique qui lui sont reconnues. La dualité des règles contenues dans le marché public peut générer des situations conflictuelles⁽⁸⁾ dues à la difficile appréciation entre l'intérêt général recherché par l'administration et le profit attendu par le partenaire contractant⁽⁹⁾. L'élaboration d'un dispositif juridique est donc absolument nécessaire pour traiter de ces éventuelles situations contentieuses⁽¹⁰⁾.

1991, P 16. Georges (PH), droit public, 7ème édition, Ed Sirey, Paris, 1989, P 334. Pastoral (J.P), droit administratif, 4ème édition, Ed Gualino, Paris, 1999, P 82.

(7) En droit Français il faut souligner que depuis la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi dite « MURCEF » (JORF n°288 du 12 décembre 2001), article 2, les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs. Ce texte avait mis fin à la jurisprudence du Tribunal des conflits selon laquelle le fait qu'un contrat était soumis, en raison de son montant, au Code des marchés publics, ne pouvait suffire à lui conférer le caractère de contrat administratif (TC, 5 juillet 1999, requête numéro 3142, Commune de Sauve c. Société Gestetner: AJDA 1999, p. 554, chron. Raynaud et Fombeur; Dr. adm. 1999, 248, obs. Schwartz; RDP 2000, p. 247, note Llorens; RFDA 1999, p. 1163, concl. Schwartz).

(8) Le législateur algérien n'a pas donné de définition au contentieux administratif mais il la toutefois séparé, tant du point de vue juridictionnel que procédural, du contentieux du droit commun et ce notamment après la réforme judiciaire de 1998 (Loi organique n° 98 - 01 du 30 mai 1998 modifiée et complétée relative à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat, Loi n° 98 - 03 du 3 juin 1998 relative à l'organisation et attributions du tribunal des conflits, Loi n° 98 - 02 du 30 mai 1998 relative aux tribunaux administratifs) (JORA n°37 du 1 Juin 1998), et procédural de 2008 (Loi n° 08 – 09 du 25 février 2008 portant le code de procédures civiles et administratives (JORA n°21 du 21 Avril 2008). Le soin de donner des définitions aux marchés publics étant ainsi laissé à la doctrine, ceci à notre sens ne constitue pas un vide juridique mais, devant ces différences d'opinions doctrinales le législateur algérien se garde de se lancer dans le risque de donner une définition qui, par la suite fera l'objet de critique.

(9) Parfois les subtilités relative aux marches publics peuvent avoir des dimensions régional et même international comme c'est le cas de la France, conduit par l'union européenne à réformer le code des marchés publics en 2001 (Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, op.cit), puis en 2004 (Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JORF n°6 du 8 janvier 2004), et en 2006 (Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006). De même elle a adopté l'ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 pour les achats de certains organismes publics non soumis au code des marchés publics (JORF n°131 du 7 juin 2005). Pour répondre à la transposition des nouvelles directives, le droit des marchés publics a été profondément remanié par l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (op.cit), valable aussi bien pour les acheteurs précédemment soumis au code des marchés publics que pour ceux qui relevaient de l'ordonnance de 2005. La matière a été recodifiée dans le code de la commande public, publié en décembre 2018 et entré en vigueur le 1er avril 2019. Cite

La nature réglementaire de la commande publique enclin la pensée politique à retenir le principe de la soumission du contentieux des marchés publics à des règles de fond et de forme particulières. Il s'agit pour les règles de forme les fondements procéduraux en vertu desquels l'action judiciaire est acceptée ou rejetée, elle englobe: le recours administratif préalable, le respect des délais de recours en justice, l'intérêt pour agir, les conditions du recours parallèles.

Les règles les plus importantes en matière de contentieux des marchés publics sont celles concernant la compétence juridictionnelle, quelque peu occultées, par la législation algérienne régissant les contrats administratifs et en particulier les marchés publics d'où le recours, par conséquent, aux règles générales contenues dans le code de procédures civiles et administratives⁽¹¹⁾ et aux autres textes fondamentaux de manière générale⁽¹²⁾.

En sus des règles de forme, le contentieux des marchés publics repose sur des règles de fond auxquelles le juge se réfère pour statuer sur les litiges qui lui sont soumis. Ces règles concernent les recours: de plein contentieux, en annulation ou en référé, ce qui représente l'axe principal de notre étude.

Dans la réalité, cette étude comporte plusieurs points ambigus du fait de la nature du sujet lui-même rendu complexe par les fréquentes modifications des textes juridiques auxquels il est soumis. Même les approches scientifiques et académiques traitant du sujet sont si rares qu'elles n'ont pu aboutir à des résultats palpables. Par cette étude nous espérons développer et enrichir le thème d'une manière suffisante par la consolidation des solutions législatives et juridictionnelles et par la proposition des modifications et des mesures jugées utiles.

De ce qui précède, la question fondamentale voire, substantielle est de cerner et définir les solutions législatifs et juridictionnelles adoptées par le législateur

par - Marianne Dony, *Droit de l'Union européenne*, troisième édition, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2020, P 27 et s.

(10) Sur ce point voir - Ménéménis (A.), *Contentieux des contrats*, AJDA, 2011, p 308. Voir également - Tenailleau (F.), *Les marchés de partenariat*, JCP, Paris, 2015, P 222 et s.

(11) Loi n° 08 – 09 du 25 février 2008 portant le code de procédures civiles et administratives (op.cit).

(12) Ces textes fondamentaux englobent la constitution de 1996 (JORA n°76 du 8 décembre 1996) notamment l'article 152, la loi n° 16 - 01 du 6 mars 2016 relative à la modification constitutionnelle (JORA n°14 du 7 mars 2016) article 171, la loi organique n° 98 - 01 du 30 mai 1998 modifiée et complétée relative à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'État (op.cit), la loi n° 98 - 03 du 3 juin 1998 relative à l'organisation et attributions du tribunal des conflits (op.cit) et enfin la loi n° 98 - 02 du 30 mai 1998 relative aux tribunaux administratifs (op.cit).

[Le contentieux des marchés publics]

algérien ainsi que le pouvoir judiciaire en matière de qualification de la nature juridique des marchés publics, compte tenu des complications et des difficultés pratiques que suscite une forme d'application souvent dite de rigide tant du paramètre organique que matériel. Dans la même optique nous nous retrouvons contraint à s'interroger sur la nature mixte des marchés publics selon le couple (contrat règlement), et ses effets sur le style des actions judiciaires répertoriées par le code des procédures civiles et administratives, et cela á fin de de mettre au point un système de contrôle et de surveillance efficace, veillant à renforcer le principe de légitimité sans pour autant porter atteinte à la liberté contractuelle de l'administration?

La méthodologie suivie dans le traitement de ce sujet est la méthode heuristique qui consiste à collecter les différents arrêts et textes juridiques servant de base d'analyse et de critique le cas échéant, sans toutefois, écarter la méthode comparative a titre occasionnel par rapport au droit et à la jurisprudence française pour enrichir l'étude. Le plan adopté consiste à traiter, dans la première partie, la position du droit et de la jurisprudence administrative quant aux conditions de forme et de fond devant être réunies pour classer le litige dans les attributions du juge administratif; la deuxième partie est consacré à l'étude des pouvoirs des juges de l'annulation et de plein contentieux dans le règlement des litiges relevant des marchés publics, en sus du rôle complémentaire du juge du référé susceptible d'astreindre l'administration au respect de ses obligations contractuelles. L'étude se termine par une conclusion contenant les résultats atteints et les propositions et recommandations pouvant enrichir les mécanismes de règlement des conflits inhérent à la commande publique.

Première partie**Critère de qualification du contentieux des marchés publics**

Traiter de la notion de contentieux des marchés publics nous mène à définir le critère retenu dans la délimitation du champ de compétence des instances judiciaires administratives dont elle relève; autrement dit distinguer le champ de compétence et des attributions des juridictions administratives et des juridictions judiciaires. La doctrine et la jurisprudence se sont beaucoup intéressés à la question de détermination du critère permettant d'identifier la juridiction compétente pour connaître des litiges⁽¹³⁾ relevant des marchés publics.

(13) En particulier les efforts constamment fournis par la jurisprudence française pour développer des critères délimitant le champ du contentieux administratif. CE, 15 mars 1999, requête numéro 199889, Union des Mutuelles de la Drôme (RFDA 2002, p. 350, note Luchère): les conventions d'objectifs passées par les caisses mutuelles régionales, qui sont des personnes morales de droit privé gérant un service public, sont des contrats de droit privé. Il en

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les deux idées suivantes:

Section I - Qualification du contentieux des marchés publics Sur la base du critère organique.

Section II - Qualification du contentieux des marchés publics Sur la base du critère matériel.

Et cela comme il suit:

Section I

Qualification du contentieux des marchés publics

Sur la base du critère organique

Contrairement au droit français⁽¹⁴⁾, le critère de compétence en Algérie est d'essence législatif et non jurisprudentiel, il tire son origine de l'article 800 du code de procédure civile et administrative⁽¹⁵⁾ qui consacre le critère organique⁽¹⁶⁾

va de même lorsque le contrat porte sur l'exécution d'un travail public (TC, 21 juillet 1972, requête numéro 78563, SA Entreprise ossue: Rec. p.562) ou s'il est conclu pour la mise en œuvre d'une mission de service public (CE Sect., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin: Rec. p. 623). Ainsi, l'élément organique joue un rôle majeur, ce qui constitue une différence notable entre le régime des contrats et celui appliqué aux actes administratifs unilatéraux. En effet, pour les actes unilatéraux, les considérations organiques s'effacent: lorsqu'est contesté un acte administratif unilatéral pris par une personne privée, c'est le juge administratif qui est compétent. Cité par – Benoît (P), op.cit, p 173 – 179.

(14) La qualification du contrat administratif en droit Français tien a deux sortes de classification référentielle, soit par détermination de la loi (par exemple: les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs, en application de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi dite « MURCEF », (op.cit) article 2). L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016), précise que ces contrats sont des contrats administratifs. Soit encore par les critères juridictionnels, notamment « le critère organique» et «le critère matériel». Pour aller loin voir - Haïm (V.), Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs: AJDA 1992, p. 315. Giacuzzo (J.F) , Le critère organique du contrat administratif et « l'amphibologique » notion française de concession, in CAIRN, Paris, 2014, P 279 – 290.

(15) Loi n° 08 - 09 du 25 février 2008 relative aux procédures civiles et administratives modifiée et complétée (op.cit). Voir aussi l'article premier de la loi relative aux tribunaux administratifs qui dispose: il est créé des tribunaux administratifs en tant qu'instance judiciaires de droit publics en matière administrative.

(16) La jurisprudence algérienne a appliqué le critère organique dans plusieurs arrêts, notamment: l'arrêt de la chambre administrative de la cour suprême en date du 12/7/1968 dans l'affaire opposant l'office de gestion et de promotion immobilière (OPGI) en tant qu'établissement public administratif contre Mr M. B. ainsi que dans l'arrêt du 30/9/1968 opposant le ministère de l'intérieur et Mr Z.S. voir aussi, l'application du critère dans l'arrêt de la chambre administrative de la cour suprême en date du 13/7/ 1985 n° 42353 entre l'association religieuse de la mosquée l'Emir Abdelkader et l'université Islamique d'une part, et le Sieur

[Le contentieux des marchés publics]

dans la détermination de la juridiction compétente. D'après cet article, le litige est qualifié d'administratif lorsque l'une des parties est une personne morale de droit public (Etat, wilaya, commune, ou établissement public à caractère administratif) sans tenir compte de la nature de l'activité⁽¹⁷⁾. Dans le domaine des marchés publics ce critère est expressément consacré par l'article 6 alinéa 1 du décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 qui dispose: Les dispositions du présent titre sont applicables exclusivement aux marchés publics, objet des dépenses: de l'Etat - des collectivités territoriales; des établissements publics à caractère administratif.

La position du législateur algérien dans son choix du critère organique comme base de répartition des règles de compétence entre les juridictions administratives et de droit commun tant en ce qui concerne le contentieux de l'annulation ou dans le cadre des contrats administratifs est dictée par sa volonté de simplifier les règles de compétence pour les juges et pour les justiciables. Néanmoins, l'analyse objective de cette position n'a abouti qu'à des résultats partiels et ce pour les raisons suivantes:

1- En principe, les tribunaux administratifs en Algérie, au même titre que les tribunaux administratifs français, sont en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif⁽¹⁸⁾, sauf en ce qui concerne les litiges

B.CH qui demande une indemnisation en contre partie de la démolition de sa villa à cause des travaux de construction de la mosquée Emir Abdelkader. La chambre administrative a considéré que l'association religieuse n'est pas une personne morale de droit public et par conséquent, la chambre administrative près la cour de Constantine n'est pas habilitée à connaître de l'action en justice intentée contre celle-ci et ce en application des dispositions de l'article 7 du code de procédures civiles et administratives (op.cit) fixant les compétences d'attribution des juridictions civiles et administratives. (Arrêt non publiée).

(17) Il faut relever ici que lorsque le cocontractant public devient, en cours d'exécution, une personne privée, par exemple en cas de privatisation d'un établissement public à caractère industriel et commercial, les juges considèrent que « sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu » (TC, 16 octobre 2006, requête numéro 3506, Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français : AJDA 2006, p. 2382, chron. Landais et Lenica; CJEG 2007, p. 30, concl. Stahl; Contrats-marchés publ. 2016, 319, note Zimmer; Dr. adm. 2006, focus 21, obs. Noguellou; JCPA 2007, 2077, note Plessix; RFDA 2007, p.284, concl. Stahl, note Delaunay). Cette solution s'applique y compris en cas de cession du contrat par la nouvelle société à une autre société privée (TC, 11 avril 2016, requête numéro 4043, Société Fosmax Lng c/ Société TCM FR, Tecnimont et Saipem: Contrats-Marchés publ. 2016, 146, note Pietri.- V. également TC, 4 juillet 2016, requête numéro 4055, Société JSC Investissement et Société SODEC Commercialisation et Gestion c/ Société Aéroports de Paris).

(18) Selon l'article 7 du code de procédure civile et administrative (op.cit): relèvent de la compétence des tribunaux administratifs: -les recours en annulation formulés contre des actes administratifs émanant des Président des assemblées populaires communales et des

exclus expressément par un texte légal et confiés à des juridictions de droit commun ou à d'autres juridictions administratives. Cette raison confirme la ferme volonté du législateur de consacrer la séparation du contentieux administratif de celui qui relève du droit commun. Ainsi les tribunaux administratifs constituent des juridictions de droit commun en matière de contentieux administratif et les tribunaux civils sont des juridictions de droit commun en matière de contentieux relevant du droit privé⁽¹⁹⁾. Comme l'article 32 n'exclue aucun litige du champ de compétence des tribunaux civils, l'article 800 alinéa premier du code de procédure civile et administrative fait de même et n'exclue du champ de compétence des tribunaux administratifs aucun contentieux de droit public, y compris les actes de souveraineté qui traditionnellement échappe au contrôle du juge administratif⁽²⁰⁾.

2- Reconnaître aux tribunaux administratifs la compétence de droit commun en matière administrative signifie la pérennité de la jurisprudence administrative représentée par le tribunal administratif en tant que juridiction de premier ressort et le Conseil d'Etat en tant que juridiction d'appel dans le domaine du contentieux administratif en général et celui des marchés publics en particulier⁽²¹⁾. Cette affirmation devait être systématique à chaque fois qu'il y a

établissements publics à caractère administratif, les recours en interprétation de ces actes, le recours en appréciation de légalité, le recours en responsabilité civile pour indemnisation dirigé contre l'Etat, de la Wilaya, de la commune et des établissements publics à caractère administratif

(19) Selon l'article 32 du code de procédure civile et administrative (op.cit): Le tribunal est la juridiction de droit commun; il est composé de sections elle connaît de toutes les actions, notamment civiles, commerciales, maritimes, sociales, foncières et des affaires familiales pour lesquelles il est territorialement compétent.

(20) Selon le droit et la jurisprudence contemporaine, les actes de souveraineté échappent au contrôle du juge administratif en ce qui concerne les recours en annulation, quant aux recours en responsabilité ils sont admis en droit algérien comme en droit français et entraînent la responsabilité sans faute de la personne publique. Il est entendu par acte de souveraineté les actes accomplis par l'Etat en sa qualité de pouvoir suprême échappant à tout contrôle du juge administratif. A titre d'exemple, les actes concernant la relation du Président de la République avec le parlement, les relations extérieures de l'Etat etc.... Voir Beaud (O), Etat et Souveraineté, élément pour une théorie de l'Etat, Thèse de Doctorat en droit, Université de Paris II, 1989, P 606 et s.

(21) En vertu de l'article 800 alinéa 1 du code de procédure civile et administrative (op.cit): les tribunaux administratifs sont des juridictions de droit commun en matière de contentieux des marchés publics même si le service contractant est une administration centrale; parce qu'en vertu de l'article 9 de la loi organique n° 98 - 02 relative aux attributions, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat (op.cit), le C.E ne traite que des recours en annulation intentés contre les actes réglementaires et individuels émanant de l'administration centrale ou des pouvoirs publics et des organisations professionnelles à caractère nationale, il peut aussi connaître des recours en interprétation de la loi et de recours de légalité. Ainsi donc le législateur

[Le contentieux des marchés publics]

une personne publique partie au litige, sans qu'il ne soit besoin de recourir à la nature interne du litige ou au contenu de l'adjudication. Ce qui prouve aussi que le tribunal administratif n'est conditionné par aucun texte spécial pour l'exercice de ces compétences, contrairement aux tribunaux civils, qui eux, ne peuvent intervenir dans les affaires contentieuses de droit public qu'en vertu d'un texte bien précis, car la compétence de ces tribunaux est exceptionnelle et l'exception est toujours régit par un texte légal.

3- Le législateur algérien, dans l'article 800 du code de procédure civile et administrative a exhaustivement limité les personnes publiques à: l'Etat, la wilaya (département), la commune et les établissements publics à caractère administratif. Cette limitation astreint le tribunal administratif à ne connaître que des litiges dont fait partie l'une des personnes publiques précitées. De ce fait la compétence du tribunal administratif n'est pas étendue aux établissements publics à caractère industriel et commercial⁽²²⁾ dont le contentieux demeure régi par les tribunaux de droit commun⁽²³⁾.

algérien a exclu du champ de compétence du conseil d'Etat le contentieux des marchés publics en premier et dernier ressort, même si le service contractant est une administration centrale ou une institution nationale comme l'Assemblée Populaire Nationale, la cour des comptes etc...néanmoins, en vertu de l'article 152 de la constitution et en application des articles 10 et 11 de la loi organique précitée, le conseil d'Etat demeure comme instance de contrôle juridictionnelle dans toute les affaires contentieuses relevant des marchés publics mais seulement en appel ou en cassation.

(22) Au regard de la taxinomie et de la logique, en tant qu'ensemble permettant un regroupement et un classement, l'établissement public à caractère industriel et commercial a pu être considérée, sous le vocable « entreprises nationales », comme une catégorie « absolument nouvelle » dans la théorie du droit administratif: G. VEDEL, « La technique des nationalisations », *Droit social*, 1946, n°1, p. 97. Sur ce point d'analyse voir également - Jean RIVERO, « Le droit français des sociétés et l'entreprise publique », *Trav. Ass. Henri Capitant*, 1967, p. 195, à propos d'établissements financiers: Crédit foncier de France (décret du 10 décembre 1862), Crédit mutuel, (loi du 10 octobre 1910), Banque française du commerce extérieur (loi du 23 octobre 1919), Caisse centrale de crédit hôtelier (loi du 30 juin 1935). Michel DURUPTY, *Les entreprises publiques*, Paris, PUF, 1987, t. I, p. 183. Bernard CHENOT, « Les paradoxes des entreprises publiques », *Revue française de science politique*, 1955, vol. II, p. 725. Jean-Denis BREDIN, *L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1956, p. 56.

(23) C'est ce qui est a été confirmé par la cour suprême dans l'affaire de l'Office National de la Réforme Agraire déclarant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative d'en connaître du moment que le dit office est un établissement public à caractère industriel et commercial et qu'en vertu de l'article 7 du code de procédure civile et administrative (op.cit), la chambre administrative près la cour d'Alger n'est pas compétente à traiter des litiges dirigés contre un EPIC. En revanche et selon le même article, la cour suprême s'est déclarée compétente pour en connaître d'une affaire de OP-HLM qu'elle considère comme étant un EPA soumis à la juridiction administrative.

4- En sus de la liste des personnes publiques fixées par l'article 800 du code de procédure civile et administrative, la réglementation des marchés publics, a postérieurement, élargie cette liste pour inclure dans son champ d'application les contrats passés par: les établissements publics à caractère scientifique et technologiques, les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics à caractère scientifique et technique et enfin, les centres de recherche et de développement⁽²⁴⁾. La réglementation des marchés publics faisant partie intégrante des règles de droit administratif, il y va donc, de soi que la compétence des tribunaux administratifs soit élargie pour en connaître des litiges qui naissent des contrats passés par ces établissements publics même si l'article 800 du code de procédure civile et administrative qui est une référence de base pour l'application du critère organique, ne dit rien sur les établissements à caractère économiques; ce qui pose un sérieux problème en matière de compétence d'attribution. Il est donc nécessaire de combler, au plus vite, ce vide juridique en intégrant les établissements publics précités dans la nouvelle définition de l'EPA compte tenu des similitudes existantes entre ces institutions, tant au niveau de leur création et de leur organisation qu'au niveau du champ et de la nature de leurs missions⁽²⁵⁾, ce qui nous permettra d'intégrer dans le champ du contentieux administratifs les litiges qui naissent des marchés conclus par ces établissements.

Section II

Qualification du contentieux des marchés publics

Sur la base du critère matériel

La jurisprudence algérienne est restée longtemps fidèle au critère organique et son application dans le domaine du contentieux administratif et ce malgré les nombreuses critiques dont elle a fait l'objet. Or la persistance dans cette situation pourrait aboutir à des obstacles sérieux dans la maîtrise du contentieux des contrats administratifs en général et des marchés publics tout particulièrement. C'est pour cela que la jurisprudence a opté pour la construction d'une dualité juridique complexe mais utile mariant ainsi les théories de service public et de puissance publique dans le cadre du célèbre critère matériel⁽²⁶⁾.

(24) Article 2 du décret présidentiel n° 15- 247 (op.cit).

(25) Voir dans ce sens, la loi n° 98 - 11 du 22 août 1998 portant loi d'orientation relative à la recherche scientifique et au progrès technologique modifiée et complétée (JORA n°62 du 24 août 1998), la loi n° 99 - 05 du 4 avril 1999 portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur modifiée et complétée (JORA n°24 du 7 avril 1999), le décret exécutif n° 11 - 396 du 24 novembre 2011 fixant le statut type des établissements publics à caractère scientifique et technologique (JORA n°66 du 4 décembre 2011).

(26) La jurisprudence algérienne continue d'appliquer le critère organique dans la délimitation de son champ de compétence en matière de contentieux administratif en appliquant

[Le contentieux des marchés publics]

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les deux idées suivantes:

Sous-section I - La liaison: marché public, service public.

Sous-section II - Existence de clauses exorbitantes de droit commun.

Et cela comme il suit:

Sous-section I

La liaison: marché public, service public

L'idée de la liaison du marché public avec le service public s'explique par le but visé par l'activité du service public qui est la réalisation des besoins des particuliers⁽²⁷⁾. L'attachement du marché public au service public est l'un des critères majeurs de qualification des contrats administratifs⁽²⁸⁾. En effet, la

systématiquement l'article 800 qui énumère les personnes publiques. Il n'est sorti de cette règle que dans deux affaires seulement auxquelles il a appliqué le critère matériel à titre exceptionnel. Il s'agit de l'affaire SEMPAC contre OAIC et de l'affaire n° 020431 du 3 mars 2004 concernant un conflit interne dans un parti politique. Voir El Hassar (M), a propos de l'article 7 du code de procédure civile, in « RASJEP », n° 01, Alger, Mars 1969, P 7 - 10. Luchère (F.), L'évolution du critère organique du contrat administratif, RFDA, 2002, p 341.

(27) L'origine du critère matériel remonte à l'arrêt Blanco du tribunal des conflits français en date du 8 février 1872 qui a tranché la question de savoir quelle est des eux autorités administrative et judiciaire, celle qui a compétence pour connaître des actions en dommages-intérêts contre l'Etat. Cet arrêt consacre la compétence administrative et écarte la compétence judiciaire des litiges qui naissent à l'occasion de la gestion d'un service public. (T.C. du 8 février 1872, BLANCO, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, P 1 et suivant). La théorie du service public a fait l'objet de vives critiques avec l'apparition des établissements publics à caractère industriel et commercial qui font partie des moyens d'intervention de l'Etat dans le domaine économique, le début était avec l'arrêt du tribunal des conflits sur l'affaire: Société commerciale de l'Ouest africain. Par cet arrêt célèbre, le Tribunal des conflits a ainsi décidé que l'autorité judiciaire était compétente pour connaître des actions intentées par des particuliers en réparation des conséquences dommageables de l'exploitation d'un service public industriel et commercial c'est-à-dire d'un service fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée. (Voir T.C. du 22 janvier 1921, SOCIETE COMMERCIALE DE L'OUEST AFRICAIN arrêt n°36, in. les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Collection Droit Public P 217).

(28) Voir l'article 13 du décret présidentiel n° 10 - 236 portant Réglementation des marchés publics modifié et complété (op.cit). Ce qui a été consacré d'une manière constante dans la jurisprudence administrative française depuis longtemps. Voir par exemple - Tribunal des conflits, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, requête numéro 3984:AJCT 2015, p. 403, obs. Dreyfus; AJDA 2015, p. 1204, chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe et p. 601, tribune Clamour; Dr. adm. 2015, 34, note Brenet; Contrats-marchés publ. 2015, 110, note Devillers; JCP A 2015, 2157, note Sestier et 2157, chron. Hul; RFDA 2015, p. 265, concl. Escaut et p. 273, note Canedo-Paris; RTD com. 2015, p. 247, chron. Orsoni.- V. également Conseil d'Etat, 7ème et 2ème SSR, 17 juin 2015, Société des Autoroutes Paris-Rhone-Rhin, requête numéro 383203: JCPA 2015, 2359, note Martin.

participation directe du marché public à la réalisation du service public, tant en ce qui concerne sa création comme c'est le cas du marché de travaux public, ou son organisation et fonctionnement qu'on retrouve dans les contrats de fournitures et d'approvisionnement, les études et les prestations de service,⁽²⁹⁾ suffit à reconnaître la nature administrative du contrat et par conséquent sa soumission au contrôle du juge administratif⁽³⁰⁾.

Par ailleurs il est utile de rappeler la liaison existante entre la notion de l'intérêt général et le service public. En effet tout litige naissant d'une activité visant la réalisation de l'intérêt général est du ressort des juridictions administratives alors même que l'une des parties n'est pas une personne de droit public, à l'exemple du contrat de concession passé par une personne privée pour la réalisation d'une mission d'intérêt général⁽³¹⁾. Le législateur algérien a consacré ce principe dans l'article 6 du décret présidentiel 15 - 247 suscité qui a

(29) Il est entendu par travaux publics: la réalisation par le partenaire contractant des tâches de construction, d'entretien, de réhabilitation, de rénovation ou de démolition d'une ou partie d'une construction, y compris les équipements et les parties communes selon les clauses et les conditions fixées dans le cahier des charges par le maître de l'ouvrage. Acquisition de fournitures: ce contrat signifie l'achat ou la location par le service contractant de matériels ou de produits inhérent à l'activité du service public. Il englobe l'acquisition d'une chaîne complète de production d'occasion, mais dont la durée d'utilisation est assurée par le fournisseur. La réalisation des études: l'objet de ce contrat est la réalisation des études de maturation et de faisabilité des projets ou des programmes d'équipements publics. La prestation de service le contrat de prestation de service est une convention par laquelle le prestataire de service s'engage à réaliser un service de manière indépendante pour un client, qui s'engage à verser une rémunération en contrepartie du travail effectué. Sur ce point d'analyse, voir, Braconnier (S), *Droit des marchés publics*, édition techniques, Paris, 2002, p 151.

(30) Dans ce concept il faut soulever que les contrats conclus entre deux personnes publiques "revêtaient en principe un caractère administratif", ce principe cédant dans le cas où "eu égard à leur objet, ils ne faisaient naître entre les parties que des rapports de droit privé" (T.C *Union des Assurances de Paris*, 21 mars 1983). Ce mode de qualification a parfois été désigné sous le vocable de "présomption", qui a été utilisé par le Commissaire du gouvernement Daniel Labetoulle dans ses conclusions sur cet arrêt. Braconnier (S), *op.cit*, p 155.

(31) Comme on l'a déjà soulevé d'une manière répétitive, Un contrat passé uniquement entre des personnes privées est en principe toujours un contrat de droit privé soumis aux règles du Code civil. À contrario, le contrat conclu entre deux personnes privées est en principe de droit privé même si l'une des personnes privées est chargée d'un service public (T.C, 3 mars 1969, *Société Interlait*). Mais le juge administratif a appliqué les notions de mandat et de représentation pour admettre que ce type de contrat pouvait être administratif dès lors qu'une des parties agit "pour le compte d'une personne publique" (C.E, *Sté Brossette*, 30 janvier 1931. CE, 15 mars 1999, requête numéro 199889, Union des Mutuelles de la Drôme (RFDA 2002, p. 350, note Lichère. CE, 21 mars 2007, requête numéro 281796, Commune de Boulogne-Billancourt: Rec. p. 130; BJCP 2007, 230, concl. Boulouis, note Ch. M.; AJDA 2007, p. 915, note Dreyfus; RJEP 2007, p. 270, note N. E.- V. également CAA Nancy, 22 mars 2012, requête numéro 11NC00238, Si Abdallah: LPA 22 avril 2013, p. 10, note Tifine.

[Le contentieux des marchés publics]

étendu les dispositions du code des marchés publics aux établissements publics soumis à la législation régissant les activités commerciales, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation d'une opération financée, totalement ou partiellement, sur concours temporaire ou définitif de l'Etat ou des collectivités territoriales⁽³²⁾. Cette position dénote de la volonté du législateur d'élargir l'application du critère matériel dans la délimitation du champ de compétence du juge administratif en dépit de l'absence d'une des personnes morales de droit public citées dans l'article 800 du code de procédure civile et administrative et ce en soumettant les projets d'investissement publics réalisés par des personnes privées au contrôle du juge de la légalité⁽³³⁾.

Sous-section II**Existence de clauses exorbitantes de droit commun**

Existence de clauses exorbitantes de droit commun dans un contrat est l'un des éléments objectifs essentiels pour l'adoption du critère matériel dans la qualification du marché public⁽³⁴⁾, si l'administration agit en tant que puissance publique en utilisant les prérogatives de puissance publique qui lui sont reconnues⁽³⁵⁾, telles que l'exécution forcée des actes administratifs,

(32) Les contrats passés par des établissements publics non administratifs sont soumis aux juridictions privées de par leur nature commerciale. Cette position est confirmée par la jurisprudence française dans l'arrêt du tribunal des conflits du 22 janvier 1921 dans l'affaire Société Générale de Transport sus cité.

(33) Voir - Delvolvé (P), Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, Mélanges Perrot, Dalloz, 1996, p 83.

(34) Fardet (C), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA, Paris, 2000, p 115. Ce critère est apparu à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges (Rec. p. 909, conclusion. Blum; RDP 1914, p. 145, note Jèze). Cette affaire concernait un litige relatif à un contrat entre la ville de Lille et cette société sur le montant du prix d'une livraison de pavés. Le Conseil d'Etat se borne à relever que ce contrat « avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». Par conséquent, les litiges liés à l'exécution de ces contrats, qui ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun, relèvent du juge judiciaire. Cette notion de « clauses exorbitantes du droit commun » a été constamment utilisée par le juge administratif depuis 1912. Elle a été redéfinie par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'arrêt Tribunal des Conflits, 13 octobre 2014, SA Axa IARD, requête numéro 3963. Cite par - Braconnier (S), op.cit. p 178 et s.

(35) Le débat entre l'Ecole de la puissance publique et l'Ecole du service public continue de nourrir les réflexions doctrinales. Ce sont en particulier les thèses consacrant la notion de puissance publique comme critère déterminant de l'identification du droit administratif ou de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels qui font l'objet de plusieurs rappels. La critique virulente et systématique faite par Charles Eisenmann de la thèse moniste portée par l'Ecole du service public est ainsi l'objet d'un article de Frédéric Rolin revenant sur la défense du « *droit administratif réel* » et la « *thèse dualiste* » développée par cet auteur

l'expropriation pour cause d'utilité publique, etc.... ses actes sont des actes administratifs soumis dans leurs contentieux aux juridictions administratives. En revanche, si l'administration abandonne l'utilisation de ces prérogatives et choisi de se comporter comme un particulier, ces actes sont alors qualifiés de privés et leurs litiges relèvent des juridictions de droit commun⁽³⁶⁾.

Dans les marchés publics, la clause exorbitante établit un rapport d'inégalité entre les cocontractants car elle octroi à l'une des parties des pouvoirs sans les donner à l'autre. Exemple: le pouvoir de modification unilatérale du contrat, la résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles, le droit d'exercer certaines prérogatives de puissance publique par l'administration dans les limites requises par la bonne exécution du contrat⁽³⁷⁾.

Les clauses exorbitantes jouent un rôle important dans la détermination de la nature du contentieux. En effet l'évolution de la notion du service public, avec ce qu'elle a entraîné comme nouvelles formes de services publics, est devenue insuffisante, à elle seule, de ranger le contrat dans la catégorie des contrats administratifs, puisque l'administration a toute latitude de recourir, dans ses relations contractuelles, aux procédés de droit commun. Le recours par la jurisprudence française au critère des clauses exorbitantes, est donc nécessaire pour s'assurer de la volonté de l'administration d'utiliser, dans ses relations contractuelles, les règles de droit publics, pour ainsi qualifier le contrat

dans le corpus de ses cours publiés en 1982. Rolin (F), « Charles Eisenmann et les doctrines du service public », *RDP* 2016, p. 403. C'est également la doctrine du doyen Vedel, mettant à l'honneur la notion de puissance publique comme expression de la souveraineté de l'Etat et s'opposant à l'Ecole du service public, qui est à nouveau analysée. Antoine Faye rappelle ainsi que si l'Ecole du service public masque la « *filiation directe du droit administratif et de la Constitution* », la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif du doyen Vedel se fonde sur « *la notion de souveraineté, par le truchement de la puissance publique* » pour unifier « *nécessairement, par son origine constitutionnelle, le droit public, en ce qu'elle constitue le fondement du droit administratif* ». Antoine Faye, « L'unité du droit public dans l'oeuvre du doyen Vedel », *RFDA* 2016 p. 398. Cite par – Julia Schmitz, Service public et puissance publique, in *JDA (Journal du droit administratif)*, Toulouse, France, 2017, P 10 et s.

(36) Eckert (G.), Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs: Contrats-Marchés publics, *AJDA*, Paris, 2010, P 269.

(37) Sur ce point d'analyse voir - De Laubadere (A.), Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs: *RDP*, Paris, 1954, p. 36. Voir également - Clouzot (L.), La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable désuétude: *RFDA* 2010, p.937.

[Le contentieux des marchés publics]

d'administratif sans qu'il ne soit besoin d'examiner sa relation avec un service public⁽³⁸⁾.

La jurisprudence algérienne a consacré ce principe dans l'un des principaux arrêts du conseil d'Etat du 16 janvier 2008 sur l'affaire de la société de réalisation et de construction contre l'Institut Nationale de Cartographie et de Télédétection qui « après refus de la requérante de remédier aux manquements constatés dans les obligations contractuelles, la personne publique a procédé unilatéralement à la résiliation du contrat, et que la résiliation est suffisamment motivée au regard des clauses du contrat⁽³⁹⁾... ».

Il résulte de cet arrêt que le juge administratif s'est référé aux clauses du marché pour confirmer la résiliation unilatérale du contrat par le service contractant en cas de faute d'une gravité suffisante du titulaire cocontractant. Ce pouvoir de l'administration est au cœur même du droit public qu'on ne retrouve nulle part en droit privé.

On retrouve ce principe, aussi dans l'arrêt du conseil d'Etat du 9 mai 2007 dans l'affaire de la SARL travaux de l'ouest contre l'Office de Promotion et de Gestion immobilière (OPGI) de Bechar. Le conseil d'Etat s'est reconnu

(38) C'est ce qui apparaît dans les considérants de l'arrêt du conseil d'Etat français du 31/7/1912 dans l'affaire de la Société des granits porphyroïdes des Vosges. (Rec. p. 909, concl. Blum; RDP 1914, p. 145, note Jèze). Cette affaire concernait un litige relatif à un contrat entre la ville de Lille et cette société sur le montant du prix d'une livraison de pavés. Le Conseil d'Etat se borne à relever que ce contrat « avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». Par conséquent, les litiges liés à l'exécution de ces contrats, qui ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun, relèvent du juge judiciaire. Cette notion de « clauses exorbitantes du droit commun » a été constamment utilisée par le juge administratif depuis 1912. Elle a été redéfinie par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'arrêt Tribunal des Conflits, 13 octobre 2014, SA Axa IARD, requête numéro 3963.

Le recours à cette notion, telle qu'elle résulte de l'arrêt du 31 juillet 1912, présentait un certain nombre d'inconvénients, qui sont tous liés au caractère négatif de sa définition. Selon le Conseil d'Etat il s'agit de clauses qui ont « pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (CE, Sect, 20 octobre 1950, Stein: Rec. p. 505). Le Conseil d'Etat a pu également se référer à « des clauses attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun » (CE, 21 janvier 1948, Société Penaroya: S. 1949, III, p. 6). Un arrêt d'une cour d'appel se réfère quant à lui à « une clause qui serait illicite ou impossible à insérer dans un contrat de droit privé » (CA Caen, 26 juin 2008, numéro 08/00826, Le Cleach c/ Commune de Ranes: Loyers et Copropriété 2008, 271, note Vial-Pedroletti).

(39) Arrêt du C.E n° 38341 du 16 janvier 2008 dans l'affaire de la société de réalisation et de construction contre l'Institut Nationale de Cartographie et de Télédétection publié dans la revue du Conseil d'Etat n° 14, Alger 2008, P 46.

compétent car « ...en vertu de l'article 2 du décret présidentiel n° 02- 250 du 24 juin 2002 qui dispose: les marchés passés par des établissements publics à caractère industriel et commercial, lorsque ceux-ci sont chargés de la réalisation, sur concours définitifs du budget de l'Etat, de projets d'investissements publics, sont soumis au contrôle du juge administratif; et considérant qu'au regard des pièces jointes au dossier, que l'OPGI qui est un EPIC a passé un marché public dans le cadre des dispositions de l'article 2 du décret suscité, la juridiction compétente pour en connaitre du litige y afférant est la juridiction administrative⁽⁴⁰⁾ »....

En conclusion, on peut affirmer que si l'application du critère matériel a permis de régler une grande partie du contentieux administratif⁽⁴¹⁾, son application dans le droit et la jurisprudence administrative algérienne en matière de contentieux des marchés publics a laissé des vides juridiques importants et des difficultés d'application du fait de son opposition avec la notion restrictive traditionnelle du service public⁽⁴²⁾.

(40) Arrêt du conseil d'Etat n  34786 du 9 mai 2007 dans l'affaire de la SARL travaux de l'ouest contre l'Office de Promotion et de Gestion immobilière (OPGI) de Bechar publié dans la revue du Conseil d'Etat n 12, Alger 2007, P142.

(41) Tendence confirmée par l'arrêt n  42 du T.C. en date du 13 novembre 2007 dans l'affaire de l'Entreprise de Construction (K.D) contre la Société Algérienne d'Assurance (SAA) qui affirme dans ses considérants « ...s'il existe réellement un marché public conclu entre le Sieur K.D. Directeur de la société de construction, unité de Bechar et la SAA, cette dernière n'est pas un EPA mais un EPIC qui n'est pas chargé, dans cette affaire contentieuse, de la réalisation, sur concours définitifs du budget de l'Etat, de projets d'investissements publics. » (Article 2 du décret n  02 - 250 du 24 juin 2002 modifié et complété portant réglementation des marchés publics) Revue du Conseil d'Etat, n  9, 2009, P 147 et suivant. La même tendance a été adoptée par la cour suprême dans son arrêt n  468744 émanant de la chambre commerciale et maritime en date du 04 juin 2008 dans l'affaire de l'OPGI contre l'Entreprise de Travaux de Constructionconsid rant qu'effectivement, l'article 2 du décret présidentiel du 24 juin 2002, dans l'une de ses dispositions, confirme l'application dudit décret aux établissements publics y compris à caractère industriel et commercial s'ils sont chargés de réaliser des programmes investissements sur concours définitif du budget de l'Etat... et considérant que la construction des logements sociaux se fait dans le cadre du décret ex cutf n  98 - 42 du 1er avril 1998 relatif aux règles de distributions des logements sociaux qui affirme , dans son article 2, que le financement de l'opération de construction se fait sur concours définitif de l'Etat ..Considérant que le requérant en sa qualité d'EPIC a passé avec le défendeur un contrat portant sur la réalisation de 6 logements sociaux et que par conséquent le litige opposant les deux parties est du ressort de la juridiction administrative. (Revue de la cours suprême, n  1, 2009, P 176).

(42) Pour aller loin voir - Weil (P.), Le critère du contrat administratif en crise, Mélanges Waline, LGDJ, Paris, p 847 et s.

[Le contentieux des marchés publics]

Deuxième partie
Les formes d'exercice de l'action administrative
Dans le contentieux des marchés publics

Du fait de ses différentes formes, le contentieux des marchés publics relève de différentes juridictions administratives⁽⁴³⁾: il est du ressort du juge de plein contentieux en sa qualité de juge du contrat et aussi du ressort du juge de l'annulation en matière d'actes administratifs détachables du contrat. Comme il relève du ressort du juge des référés à titre préventif en vue de contrôler la légalité de passation et d'exécution du marché. Enfin, le litige peut être soumis à l'arbitrage bien que cette dernière solution ne soit pas admise dans la législation algérienne⁽⁴⁴⁾.

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les idées suivantes:

(43) Avant d'intenter une action en justice, il y a lieu de respecter la procédure du recours préalable prévue par les articles 99 à 101 du décret exécutif n° 91 - 434 suscité devant les commissions de marchés compétentes en vue d'aboutir à un règlement à l'amiable au litige contractuel. Ce principe a fait l'objet d'une ferme application par la juridiction administrative; c'est ce qui ressort de l'arrêt de la chambre administrative de la cour suprême du 25/12 /1982: considérant que le recours devant le comité consultatif en vue de résoudre à l'amiable le litige issu du marché public est une procédure obligatoire avant toute action en justice et par conséquent l'entrepreneur est tenu de formuler sa demande auprès du ministre de l'agriculture en vue de soumettre le litige devant le comité consultatif et considérant l'absence d'une telle procédure, le requérant n'est pas en droit d'affirmer que la cour d'Alger a tort un arrêt de rejet.(arrêt non publié). L'obligation de recours préalable ne concerne que les contrats qui ont atteint le seuil de passation d'un marché public, elle ne concerne donc pas les contrats de travaux ou de fournitures passés au profit de l'administration mais qui sont conclus sur une simple commande. Ce principe est confirmé par le conseil d'Etat dans l'arrêt du 21/9/2004 qui affirme que: les articles 99 à 101 du décret exécutif n° 91/434 ne s'appliquent qu'aux marchés publics et non aux commandes ne dépassant pas le seuil de passation d'un marché public (arrêt non publié). On retrouve la même confirmation dans l'arrêt du 21/12/2004 dans l'affaire de la mairie (APC) d'Oran contre l'entreprise (B): considérant que: les articles 99 à 101 du décret exécutif n° 91/434 sont applicables quand il s'agit des litiges concernant l'exécution d'un marché public tel que défini par 3 du décret sus cité.et qu'en l'espèce le contrat de réalisation de travaux passé sur simple commande ne dépassant pas le seuil de passation d'un marché défini par l'article 6 du décret n° 91/434 (non publié).

(44) A côté de la juridiction administrative, on peut faire appel à l'arbitrage, en cas de litige, sur la base d'un accord entre les parties, consigné dans les clauses du contrat lui-même. Mais selon le principe général admis dans la législation algérienne, l'arbitrage n'est pas admis comme moyen de règlement des conflits contractuels au risque de marginaliser le rôle du juge administratif dans le contrôle de la passation et de l'exécution du marché public et favoriser l'intérêt personnel au détriment de l'intérêt général qui est l'essence même du contrat administratif.

[Dr. Ahcene Rabhi]

Section I - Le règlement judiciaire des litiges des marchés publics dans le cadre du contentieux de l'annulation.

Section II - Le règlement judiciaire des litiges des marchés publics dans le cadre du plein contentieux.

Section III - Le règlement juridictionnel des litiges des marchés publics Dans le cadre du référé administratif.

Et cela comme il suit:

Section I

Le règlement judiciaire des litiges des marchés publics dans le cadre du contentieux de l'annulation

Le contentieux de l'annulation en matière des marchés publics est intimement lié à la nature du contrat administratif lui-même qui, dans le processus de son élaboration et exécution, l'administration a besoin de prendre des actes détachables qui sont susceptible d'influer sur l'existence dudit contrat et parfois même sur la situation de la partie cocontractante dans la mesure où le but de l'administration est uniquement la réalisation de l'intérêt général. Ces actes fond, par conséquent l'objet de recours en annulation dans un cadre déterminé. C'est la position adoptée par les jurisprudences française et algérienne⁽⁴⁵⁾.

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les deux idées suivantes:

Sous-section I - Le champ du recours en annulation dans le domaine des marchés publics.

Sous-section II - Applications jurisprudentielles de l'annulation en matière d'actes administratifs détachables.

Et cela comme il suit:

(45) Le recours en annulation tire son fondement de l'article 161 de la constitution de 1996 modifié qui dispose: Art. 161. La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives. Ainsi que les articles 9 et 10 de la loi organique n° 98 - 01 sus citée. Quant au fondement juridique, il est tiré des articles 801, 901, 902, 903 du code de procédure civile et administrative.

[Le contentieux des marchés publics]

Sous-section I
Le champ du recours en annulation
dans le domaine des marchés publics

Le recours en annulation, en règle générale, n'est formulé que contre un acte administratif, quant au recours contentieux concernant les contrats administratifs et en particulier les marchés publics, ils échappent au contrôle du juge de l'annulation du fait de leur nature d'actes juridiques conventionnels et par conséquent ils ne peuvent être exclus du champ du recours de plein contentieux⁽⁴⁶⁾.

Toutefois cette règle n'est pas absolue dans son étendue puisque les courants de droit et de jurisprudence contemporains ont admis le recours en annulation contre des actes administratifs se rattachant à des situations contractuelles tant en ce qui concerne la passation ou l'exécution du contrat à chaque fois que les conditions de l'annulation sont réunies. Ce principe est adopté par la jurisprudence française dans le cadre de la théorie des actes détachables⁽⁴⁷⁾.

(46) Pouyaud (D.), *Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats?*: RFDA, Paris, 2015, p 727.

(47) En principe, seules les parties au contrat peuvent exercer un recours contre le contrat. C'est l'effet relatif des contrats. Cette règle a l'inconvénient de priver les administrés de tout recours contre des actes qui peuvent, notamment, engager fortement les finances locales. Pour le pallier, le Conseil d'État, en 1905, a forgé une théorie, dite des « actes détachables ». Si les requérants n'ont toujours pas accès au contentieux contractuel, ils peuvent depuis l'arrêt Martin de 1905, exercer un recours pour excès de pouvoir contre les actes unilatéraux qui sont des préalables nécessaires à la conclusion du contrat. Il en est ainsi par exemple des délibérations des organes délibérants qui autorisent la signature du contrat, ou encore l'acte de signer lui-même. C'est cette « détachabilité » que remet en cause l'arrêt du 4 avril 2014. Désormais, les actes unilatéraux qui précèdent la conclusion du contrat ne seront plus détachables que pour le préfet, et seulement jusqu'à la signature du contrat. À cet événement, le recours du préfet deviendra sans objet. Les tiers au contrat ne pourront plus exercer de recours pour excès de pouvoir, recours dont un des attraits était d'être dépourvu de l'obligation du ministère d'avocat (mais les recours dirigés contre les actes des collectivités territoriales sont également dispensés de cette obligation). La théorie des actes détachés ou détachables est l'une des applications du principe de distinction entre les actes administratifs simples et les actes administratifs mixtes ou complexes. Les actes administratifs simples est une catégorie d'actes qui sont pris de manière indépendante, sans être lié à aucune autre opération administrative. La majorité de l'action administrative se manifeste par des actes administratifs simple's ou unilatéraux à l'exemple des actes émanant des autorités hiérarchiques ou celles des pouvoirs de tutelle. Les actes administratifs mixtes ou complexes représentent une catégorie d'actes qui sont pris en relation avec une action administrative à laquelle ils sont rattachés. Ces actes peuvent être pris préalablement, simultanément ou postérieurement à l'action administrative de rattachement. La théorie des actes détachables a été aussi une tentative du CE français pour l'application de la théorie du recours parallèle avant qu'elle ne soit abandonnée du fait de son inefficacité. Bergeal (C) et Lenica (F), *Le contentieux des Marchés Public*, Imprimerie nationale « édition techniques », Paris, 2004, P 38.

Il est à noter que la jurisprudence a classé les actes détachables en deux catégories: celle qui a trait à la conclusion du contrat; elle englobe les actes relatifs à l'exclusion d'un candidat soumissionnaire, l'attribution temporaire du marché, le visa, les vices de forme, la durée légale de dépôt des soumissions, les décisions des commissions d'ouverture et d'évaluation des offres et enfin la décision de refus de conclusion du marché.

L'autre catégorie traite de l'exécution du marché: elle concerne les actes relatifs aux pénalités de retard dans l'exécution du marché, les actes portant sur les modifications substantielles des clauses contractuelles et enfin la résiliation unilatérale du contrat.

En revanche, les actes relatifs à la résiliation du marché du fait de l'application des clauses de garantie et les actes de poursuite en réparation des préjudices causés à l'administration par la faute du partenaire cocontractant ne font pas l'objet de recours en annulation devant les juridictions administratives, leur règlement rentre dans les attributions reconnues à l'administration en tant que puissance publique dans les relations contractuelles⁽⁴⁸⁾.

Du fait de la grande flexibilité qui caractérise ce recours notamment dans le domaine des marchés publics il est devenu nécessaire de l'encadrer par un nombre d'éléments objectifs dont les plus importants sont:

1-Le juge de l'annulation a des pouvoirs limités dans le traitement des affaires contentieuses relative's aux marchés publics qui ne peuvent dépasser le cadre de l'annulation du marché pour vice de forme⁽⁴⁹⁾ et n'a pas de pouvoir hiérarchique d'orientation de substitution ou de sanction sur l'administration contractante. Son rôle est de veiller à l'application de la loi et non à combler le vide créé par l'annulation⁽⁵⁰⁾.

(48) Sur ce point d'analyse voir - Laggoune (W), La théorie générale des actes rattachables et des actes détachables en droit administratif Algérien, in RASJEP, n° 3, Alger, 2014, p 397.

(49) L'interdiction pour le juge de l'annulation d'annuler un marché public est dictée par l'idée de convention ou de contrats à effet réglementaire considérés par la jurisprudence française comme des actes juridiques générateurs de droits acquis que ce soit à l'égard de l'administration ou du partenaire cocontractant, dans les deux cas, l'intervention du juge de l'annulation est considérée comme une atteinte aux droits acquis protégés par la constitution. La jurisprudence algérienne a adopté cette position dans un nombre d'arrêts dont le plus important est l'arrêt de la chambre administrative de la cour suprême en date du 30/9/1984 dans l'affaire de la Direction de Domaines de la wilaya de Skikda Direction de Domaines de la wilaya de Skikda contre le sieur (B.D.)considérant que l'acte de cession en date du 27/2/1978 objet de recours en annulation partielle du requérant est un acte émanant de la Direction des Domaines de la wilaya de Skikda....le rejet de la requête du demandeur est fondée sur l'idée du contrat réglementaire qui est un acte administratif complexe. (Arrêt non publié).

(50) En application de l'article 980 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

[Le contentieux des marchés publics]

2- Le principale problème soulevée par cette question est de savoir si l'effet de l'annulation de l'acte administratif a une influence directe sur la légalité du marché public et ce en application de la règle qui dit: si le tenant est nul, l'aboutissant est automatiquement nul. La réponse à cette question est liée essentiellement à l'évaluation des effets de l'acte annulé lui-même sur la validité du marché public. En effet, si l'acte administratif est rattaché à un élément déterminant dans la validité du contrat, logiquement l'annulation de l'acte administratif entraîne la résiliation du marché. A titre d'exemple, la passation d'un marché sur la base d'un acte administratif entaché d'un vice de compétence ou d'excès de pouvoir; si, au contraire, l'acte administratif n'est lié qu'à un élément secondaire du marché, à l'exemple des décisions concernant les pénalités de retard prises à l'encontre du partenaire cocontractant; ces décisions n'ont aucun effet sur la validité du marché.

Sous-section II**Applications jurisprudentielles de l'annulation en matière d'actes administratifs détachables**

Dans le domaine des actes administratifs détachables, la jurisprudence algérienne a adopté la position héritée de la jurisprudence française avec réserve et dans un nombre limité de cas. Le plus important des arrêts est celui de la chambre administrative de la cour suprême en date du 16/12/1966 dans l'affaire de la société Hetzel qui considère que les actes administratifs visant la bonne exécution d'un marché de travaux publics sont des contrats liés et non détachables de l'opération objet de contrat et ce en application des critères objectif et subjectif appliqués dans la séparation des actes administratifs détachables et juge que le recours en annulation intenté par la société Hetzel contre des actes administratifs se rattachant au marché de travaux publics est infondé.

Parmi les applications de la théorie des actes administratifs détachables, l'acceptation par le juge des recours formulés contre différents actes administratifs liés à un contrat depuis sa préparation jusqu'à son exécution. A titre d'exemple, l'arrêt du conseil d'Etat du 29/4/2009 dans l'affaire opposant le sieur (M.M) au wali de la wilaya de Ouargla, au sujet d'un marché public portant sur la réalisation d'une gare routière. La position du CE est la suivante:....considérant que le requérant a bénéficié d'un marché portant sur la réalisation d'une gare routière à Touggourt en vertu d'une convention enregistrée sous le n° 9/05 en date du 1/1/ 2005, passée avec le Président de l'assemblée populaire communale de la commune de Touggourt...considérant qu'en date du 20/3/2005, le wali a pris un arrêté préfectoral annulant la délibération n°19 relative à l'attribution du marché au sieur M.M. qui par la

suite, M.M. a intenté un recours en annulation devant la chambre administrative de la cour de Ouargla demandant l'annulation la décision du wali. La chambre administrative a rejeté la requête au motif que la gare routière est un établissement public à caractère régionale et national et en vertu de l'article 7 du décret 04-17 fixant les attributions du wali, ce dernier est la seule autorité compétente pour la passation du marché public la concernant et non le Président de l'APC. Le CE a rendu son jugement en dernier ressort par la confirmation de l'acte objet de recours en appel⁽⁵¹⁾.

On déduit de cet arrêt que la compétence du wali de prendre l'arrêté d'attribution du marché public pour la construction d'une gare routière qui est un établissement public d'utilité régionale et nationale rend la décision du P/APC de Touggourt attribuant le marché annulable pour excès de pouvoir et abouti, en même temps à la résiliation du marché dont l'arrêté d'attribution du P/APC est un élément fondamental du marché.

Ce principe est consacré aussi par le CE français dans certains arrêts de principe qui imposent le respect des arrêts du juge de l'annulation traitant de la légalité des actes détachables relatifs à la conclusion d'un marché public⁽⁵²⁾.

Section II

Le règlement judiciaire des litiges des marchés publics dans le cadre du plein contentieux

Le plein contentieux représente la compétence originale du juge en matière de contentieux des marchés publics tant en ce qui concerne la passation ou l'exécution du contrat. C'est un contentieux subjectif et non objectif, il a pour

(51) Arrêt non publié.

(52) A partir de ce panorama, deux séries de considérations ont été développées par le Conseil d'Etat. D'une part, le recours contre le contrat a connu un élargissement progressif. Ce dernier s'est manifesté notamment par la possibilité ouverte au préfet de contester les contrats des collectivités territoriales, dans un recours qui était considéré comme un recours pour excès de pouvoir (Conseil d'Etat, Section, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, requête numéro 117717, rec. p. 302) jusqu'à un récent revirement (Conseil d'Etat, SSR., 23 décembre 2011, Ministre de l'Intérieur, requête numéro 348647, rec. p. 662). Il s'est manifesté également par la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre une clause réglementaire du contrat (Conseil d'Etat, Assemblée, 10 juillet 1996, Cayzele, requête numéro 138536, rec. p. 274). D'autre part, les pouvoirs d'injonction dont a été doté le juge administratif par les lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995 ont élargi les effets du contentieux des actes détachables au-delà de leur simple annulation. En effet, il est désormais admis qu'en cas d'annulation d'un acte détachable, le juge puisse enjoindre aux parties, le cas échéant sous astreinte, de saisir le juge du contrat pour qu'il tire les conséquences de cette annulation (Conseil d'Etat, Section, 7 octobre 1994, Epoux Lopez, requête numéro 124244, rec. p. 430).

[Le contentieux des marchés publics]

objet de délimiter la situation juridique subjective d'une personne partie au contrat.

Dans ce type de litige, le juge administratif dispose des pouvoirs les plus étendus. Il peut invalider un acte administratif mais il peut aussi lui en substituer un autre ou simplement le modifier. Il peut aussi accorder au demandeur des dommages-intérêts. Le juge a donc, des pouvoirs plus étendus par rapport aux autres types de contentieux.

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les deux idées suivantes:

Sous-section I - Le champ du recours de plein contentieux dans le domaine des marchés publics.

Sous-section II - Les pouvoirs du juge de plein contentieux dans le domaine des marchés publics.

Et cela comme il suit:

Sous-section I Le champ du recours de plein contentieux dans le domaine des marchés publics

A l'instar de la législation française, la législation algérienne relative à la procédure civile et administrative reconnaît aux juridictions de plein contentieux des compétences très étendues dans le domaine des marchés publics lui permettant de régler définitivement le litige, par l'exercice d'un contrôle juridictionnel global touchant à tous ses aspects y compris ceux relatifs au référé. Ainsi il peut annuler des actes administratifs illégaux détachables du contrat, même s'il y a risque de se heurter aux pouvoirs du juge de l'annulation. Il peut ainsi se prononcer sur toutes les requêtes touchant à la légalité de la relation contractuelle quel que soit le nombre de ses objets et de ses parties. C'est pour cette raison qu'on qualifie le juge du plein contentieux de juge du contrat⁽⁵³⁾.

(53) Cette formulation un peu étrange « pleine juridiction » ou « plein contentieux » s'explique tout simplement par le fait que, pour ce type de recours, le juge dispose des pouvoirs les plus étendus. Le contentieux de pleine juridiction se distingue clairement de l'excès de pouvoir. Le juge ne doit pas seulement se limiter, comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, à annuler ou à valider un acte administratif. Il peut aussi réformer l'acte administratif (le modifier), voire lui en substituer un nouveau. Tel est par exemple le cas dans le contentieux des travaux publics. Le juge du plein contentieux peut condamner l'administration à des dommages et intérêts (ex: le contentieux de la responsabilité). Il faut toutefois noter que, ces dernières années, les deux types de contentieux ont eu tendance à se rapprocher, à mesure que les prérogatives du juge de l'excès de pouvoir augmentaient, notamment en ce qui concerne les conséquences d'une annulation (ex: modulation des effets dans le temps d'une décision juridictionnelle: Conseil

Du point de vue juridique, le contentieux de pleine juridiction tire son fondement, en matière de marchés publics, de l'article 801 alinéa 2 du code de procédure civile et administrative⁽⁵⁴⁾. Il obéit aux mêmes conditions de forme, de qualité et d'intérêt à agir⁽⁵⁵⁾ et de délais⁽⁵⁶⁾ et de compétence juridictionnelle administrative⁽⁵⁷⁾ requise par le recours de pleine juridiction en matière de contentieux administratif de façon générale. A côté des critères objectifs liés au contenu de la requête qui devait être fondée sur les cas de manquement par l'une des parties aux clauses du marché qu'elles soient contractuelles ou non, le recours de plein contentieux peut prendre la forme de la nullité du contrat à cause de l'existence d'un vice dans sa formation⁽⁵⁸⁾, comme il peut aussi contenir la réparation des préjudices matériels subis par le partenaire contractant suite à une faute de l'administration; la responsabilité sans faute de l'administration peut, toutefois être engagée en cas d'acte légale entraînant un préjudice à autrui et ce dans le cadre de la responsabilité contractuelle ou quasi contractuelle dans

d'État, 11 mai 2004, arrêt Préfecture de Bauvey (CE, 11 mai 2004, n° 126430). Sur ce point d'analyse voir - Bergeal (C) et Lenica(F), op.cit, p 117 et s.

(54) Il tire aussi son fondement, d'une manière tacite, des articles 800, 902, 903, 949, 953 et 960 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(55)En générale, les requérants peuvent être les soumissionnaires eux-mêmes en période de conclusion du marché ou l'une des parties au contrat dans la phase d'exécution.

(56) Ces conditions sont prévues dans les articles 800, 801, 902, 903, du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(57) Les tribunaux administratifs sont des juridictions de droit commun en matière de contentieux administratif, en particulier dans le domaine du plein contentieux. Toutefois, la question de la compétence territoriale s'est posée pour le législateur algérien qui, au début a opté pour le critère matériel, à savoir le lieu de résidence du défendeur et ce en application de l'article 803 du code de procédure civile et administrative, ce qui a abouti à des situations de conflits de compétence et surtout de pression sur certains tribunaux que sur d'autres en raison de la concentration des administrations publiques sur la capitale Alger. C'est la raison pour laquelle il abandonné ce critère, par le même article 803 du code de procédure civile et administrative modifié en 2005 (op.cit), pour retenir celui du lieu d'exécution du marché public. Ce critère, à son tour, a suscité certaines difficultés dans l'exécution du marché de travaux public qui peut s'étendre sur plusieurs territoires entrant dans la compétence de différents tribunaux administratifs. Pour résoudre cette situation, il y a lieu d'interpréter le lieu d'exécution d'une manière restrictive et retenir le lieu où se trouve le siège de l'autorité administrative signataire du contrat soit directement ou par délégation.

(58) Le CE français a permis aux tierces personnes au contrat d'intenter un recours en annulation s'ils ont un intérêt direct ou indirect à agir. Position adoptée aussi par une grande partie de la doctrine française à sa tête Pouyau (D.): « Par sa décision Département de Tarn-et-Garonne, le Conseil d'État décide d'ouvrir le recours direct contre le contrat à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Ces tiers peuvent à présent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, y compris en faisant valoir, devant le juge du contrat, l'illégalité des actes « détachables » du contrat. La voie du recours contre ces actes « détachables », devenue inutile, leur est désormais fermée ». Pouyau (D.), Op.cit, p 746.

[Le contentieux des marchés publics]

les marchés publics⁽⁵⁹⁾. Ces recours peuvent aussi concernés: la restitution des montants dépensés à cause des travaux supplémentaires, l'assurance, la révision des prix, les intérêts moratoires. En somme, le partenaire cocontractant peut demander l'annulation du marché public en cas de manquement de l'administration à ses obligations contractuelles⁽⁶⁰⁾. À noter que le code de procédure civile et administrative algérien a tiré les dispositions et la procédure contentieuse de pleine juridiction des évolutions de la jurisprudence française. Mais la rapidité avec laquelle évolue la jurisprudence française en sus des difficultés qui peuvent survenir dans l'application, ont mis la jurisprudence algérienne dans une situation d'hésitation à suivre ces évolutions sans avoir le risque de revoir un nombre important de dispositions concernant le recours de pleine juridiction, à l'exemple de la règle de restriction du champ de la responsabilité sans faute de l'administration contractante par son recours aux clauses du contrat qui contiennent des prérogatives de puissance publique⁽⁶¹⁾.

Sous-section II

Les pouvoirs du juge de pleine juridiction dans le domaine des marchés publics

A l'instar de tous les litiges des autres contrats administratifs, notamment ceux relatifs aux contrats de concession, le juge de pleine juridiction exerce des pouvoirs exceptionnels et très étendus dans le règlement des litiges des marchés publics. Il peut ainsi décider de la réparation des préjudices issus du marché, de l'annulation des actes de l'administration contraires aux obligations contractuelles ou encore l'annulation pure et simple du marché tout entier.

Paragraphe A- En matière d'indemnisation

Le juge de pleine juridiction peut prononcer des jugements d'indemnisation pour préjudices causés, soit au profit de l'administration ou du partenaire cocontractant sous forme de prix ou de salaire objet d'accord entre les parties, ou fixé par le juge lui-même sur la base de procès-verbal d'expertise ou de rapport des commissions des marchés.

On peut résumer le champ d'intervention du juge de pleine juridiction dans les cas suivants:

(59) Sur ce point d'analyse, Voir - Lajoys (C), Droit des marchés publics, éd Gualino, Paris, 2005, p .206 et s.

(60) Pour plus de détails, voir Haïm (V.), Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs: AJDA 1992, p. 315.

(61) C.E, 10 juin 2009, req. N° 259664, Etablissement public d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines: LPA 2009, p. 4, note Moderne; RDP, 2009, p 1828).

1- En cas de manquement dans l'exécution du marché, le juge du plein contentieux peut contraindre le cocontractant à verser des indemnités à l'administration en réparation des dommages causés⁽⁶²⁾, ou à restituer les sommes versées en garantie⁽⁶³⁾, ou à prononcer des mesures coercitives contre l'entrepreneur qui accuse un retard dans l'exécution du marché⁽⁶⁴⁾.

2- Lorsque la faute de l'administration est établie comme origine de la nullité du contrat, le cocontractant peut demander réparation des dommages qui en résultent sur la base de la responsabilité contractuelle engagée⁽⁶⁵⁾, comme par exemple le recours en indemnisation contre l'administration en réparation des préjudices causés par l'arrêt des travaux pour manque de crédits budgétaires⁽⁶⁶⁾.

Le juge de l'annulation peut aussi condamner l'administration à des dommages-intérêts même en l'absence de faute, si son comportement a causé un préjudice matériel au cocontractant.

3- le juge peut aussi intervenir en vue d'indemniser le cocontractant à l'occasion de la révision des prix ou pour des travaux supplémentaires non prévus dans le contrat⁽⁶⁷⁾ et pour le rétablissement de l'équilibre financier que ce soit du fait de l'administration ou pour des faits étrangers à sa volonté comme les catastrophes naturelles⁽⁶⁸⁾.

(62) Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du conseil d'Etat en date du 16/12/2003, 1er chambre n° 0011126 rep. 917 dans l'affaire de Mme (H.A) contre la mairie de OULED YAICH (arrêt non publié).

(63) Voir l'arrêt de la CE de la 20/5/2003 1ère chambre n° 009768 rec. 429 dans l'affaire de Sieur (B.A) contre la mairie de BISKRA (arrêt non publié).

(64) Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du conseil d'Etat en date du 20/4/2004, 1er chambre n° 012781 rep. 06 dans l'affaire de l'entreprise nationale des travaux de l'irrigation d'ANNABA contre la mairie de BERREHAL. (Arrêt non publié).

(65) Sur ce point d'analyse, Voir - Lajoys (C), Op.cit. p 206 et s.

(66) Voir l'arrêt du CE du 12/7/2005, 1er chambre n° 020289, rep. 870. dans l'affaire de Sieur (Z.D) contre la mairie de Theniet el had, arrêt publié dans la revue du CE n° 7, Alger 2005, p. 85.

(67) La théorie de l'imprévision a été appliquée pour la première fois en France dans l'arrêt du CE du 30/3/1916, dans l'affaire de la Compagnie Générale d'Eclairage de bordeaux, avant de subir des évolutions et des développements qu'on connaît aujourd'hui. C.E, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. p.125, Conclusion Chardenet; RDP 1916, p.206, note Jèze; S. 1916, III, p.17).

(68) Voir par exemple l'arrêt de la CE de la 20/1/2003 1ère chambre, rec. 12 dans l'affaire de Sieur (M.A) contre la mairie de AIN EL KAHIL (arrêt non publié).

Ce cas de figure peut être illustré par l'Arrêt du Conseil d'Etat Français du 18 janvier 1985 Relais culturel d'Aix-en-Provence (req n° 51534: RDSS 1985, n° 4, p. 537. Voir également CE, 21 décembre 2007, req n° 293260, req n° 293261, req n° 293262, req n° 293263, Région Limousin: JCPA2008, 205, note Pontier).

[Le contentieux des marchés publics]

Paragraphe B- En matière d'annulation de certains actes de l'administration contraires aux obligations contractuelles.

Les pouvoirs étendus du juge de plein contentieux peuvent aller jusqu'à l'annulation de certains actes de l'administration contraires aux obligations contractuelles sans pour autant toucher à la validité du contrat⁽⁶⁹⁾. Le recours continue de conserver son appartenance au plein contentieux même s'il ne porte que sur l'annulation d'un acte administratif relatif à la résiliation du marché par la volonté unilatérale de l'administration, ou d'un acte comportant des sanctions pécuniaires contre celle-ci. Le CE algérien, dans son arrêt du 17/3/2003, a traité cette situation...*tous les actes émanant de l'administration en rapport avec le marché, comme les actes de sanctions, de résiliation ou d'annulation du contrat relèvent des droits objectifs du partenaire cocontractant puisqu'ils sont directement liés, au contrat duquel sont issus et, de ce fait, relèvent de la compétence du juge de plein contentieux*⁽⁷⁰⁾.... C'est aussi la position adoptée par la jurisprudence française dans plusieurs arrêts, en étendant son application à des actes réglementaires relatifs à l'exécution des marchés publics.⁽⁷¹⁾

Paragraphe C- En matière d'annulation du marché

En règle générale, le marché public s'éteint par la réalisation de son objet et produit ses effets sans litige aucun entre l'administration et le partenaire cocontractant. Néanmoins, il arrive que dans certains cas le marché prend fin sans que son objet ne soit réalisé complètement. L'annulation est prononcée par le juge de plein contentieux en cas de vice dans le contrat ou de manquement flagrant par l'une des parties aux obligations contractuelles.

Dans le premier cas, l'article 481 du code de procédure civile et administrative confère au juge de plein contentieux un pouvoir discrétionnaire

(69) Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du conseil d'Etat en date du 20/1/2004, 1er chambre n° 013565 rep. 03 dans l'affaire de l'entreprise publique économique de travaux contre la mairie de BATNA. (Arrêt non publié). Et son arrêt du 15/4/2003 dans l'affaire de l'entreprise de Mer (Z.M) de travaux publics contre la mairie de THENES, dossier n° 008072, rec.91, 1ère chambre, (arrêt non publié).

(70) Voir l'arrêt du CE du 17/6/2003 dans l'affaire de l'entreprise privée de travaux publics et bâtiment contre la mairie de BOUZAREA, 1er chambre, rec. 477 dossier n° 007887. (Arrêt non publié).

(71) C.E Assemblée Cayzele; Arrêt du 10 juillet 1996, le Conseil d'Etat a admis que le recours pour excès de pouvoir est recevable à l'encontre des clauses réglementaires des contrats (rec n° 138536: RFDA 1997, p. 89, note Delvolvé; AJDA 1996, p. 732). CE, 14 mars 1997, req n° 119055, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne: RFDA 1997, p. 349. Arrêt de Section du 30 octobre 1998, Ville de Lisieux (req n° 149663: Rec. p.375; AJDA 1998, p. 969 et 977, chronique Raynaud et Fombeur; note Bourdon. Voir également C.E, 2 février 2015, Commune d'Aix-en-Provence, req n° 373520).

très étendu dans l'appréciation de la légalité du marché du point de vue de sa formation tant en ce qui concerne le consentement des parties, la capacité d'exercice et l'objet du contrat. Dans ces cas de figure, si le juge constate l'existence de ces vices dans le contrat il prononce son annulation⁽⁷²⁾.

Dans le deuxième cas, les articles 482 et 483 du code de procédure civile et administrative reconnaissent au juge de pleine juridiction l'annulation par voie de justice, à la demande de l'une des parties, sur la base de faits graves et éminents rendant l'exécution du contrat impossible ou, pour le moins difficile, et ce en cas d'arrêt des travaux ou de retard inexplicable dans l'exécution des obligations contractuelles. En revanche, le partenaire cocontractant a le droit de demander au juge d'annuler le contrat en cas d'abus de pouvoir de l'administration qui peut porter sur la modification substantielle des termes du contrat ou en cas de sanction financières exagérées.

A noter que la jurisprudence administrative française, contrairement à la jurisprudence algérienne, a adopté une position extensive dans la limitation des personnes susceptible de demander l'annulation du contrat en permettant aux tiers étrangers au contrat de demander son annulation s'il en a un intérêt direct ou indirect et ce en application de la théorie de la préservation des droits extracontractuels des tiers⁽⁷³⁾.

Section III

Le règlement juridictionnel des litiges des marchés publics Dans le cadre du référé administratif

Confier certains litiges des marchés publics au juge des référés est l'une des innovations contenues dans les dernières modifications du code de procédure civile et administrative, en commençant, en premier lieu par définir les conditions du recours en référé, pour ensuite, proposer les solutions juridiques à

(72) Voir, à titre d'exemple, l'arrêt du conseil d'Etat, 1er chambre dossier n° 006052 de l'année 2003 dans l'affaire de sieur (K.A) contre la commune de METLILI, arrêt publié dans la revue du CE n°4, Alger 2004, p. 71 et son arrêt du 12/5/ 2005 1er chambre rec. N° 927 dans l'affaire du sieur (B.M) con la Direction de la Jeunesse et des Sports de la Wilaya de Bouira, Revue du CE n° 7, Alger 2005, p 112.

(73) C'est la solution adoptée par une grande partie de la doctrine française à sa tête Laustave (F): « Par sa décision Département de Tarn-et-Garonne, le Conseil d'État décide d'ouvrir le recours direct contre le contrat à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Ces tiers peuvent à présent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, y compris en faisant valoir, devant le juge du contrat, l'illégalité des actes « détachables » du contrat. La voie du recours contre ces actes « détachables », devenue inutile, leur est désormais fermée ». Laustave (F). Op.cit. p 224.

[Le contentieux des marchés publics]

mettre à la disposition du juge en vue de renforcer la légalité du contrat et de garantir la justice et la transparence dans le domaine des relations contractuelles.

C'est ce qu'on va tenter de développer à travers les deux idées suivantes:

Sous-section I - Les conditions du recours en référé dans le contentieux des marchés publics.

Sous-section II - Les pouvoirs du juge des référés dans le domaine des marchés publics.

Et cela comme il suit:

Sous-section I Les conditions du recours en référé dans le contentieux des marchés publics

A l'instar des autres recours juridictionnels, le législateur algérien a soumis cette procédure à certaines conditions de forme et de fond: les conditions de forme concernent les règles de procédure exigées pour la recevabilité du recours, à savoir: la capacité, la qualité et l'intérêt à agir. En plus, le recours doit faire l'objet d'une requête écrite et signé par un avocat, déposé auprès du greffe de la juridiction compétente⁽⁷⁴⁾. Les règles de fond peuvent être scindées en deux sortes de règles: les règles générales qui supposent l'existence d'une urgence⁽⁷⁵⁾ et l'absence de contestation sérieuse ou obligation non sérieusement contestable⁽⁷⁶⁾. Le juge de référé ne tranche pas au principal⁽⁷⁷⁾ car cela n'est pas de sa compétence mais celle des juges du fond et se prononce dans les meilleurs délais.

Quant aux règles spéciales, le législateur les a résumées sur les suivantes: l'existence d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, aux avis d'appels d'offres, aux délais de réception des offres et la violation des mécanismes fixés par le législateur en matière de passation des marchés publics, notamment les articles de 25 à 34 du code des marchés publics, ainsi que l'exclusion arbitraire d'un soumissionnaire⁽⁷⁸⁾ etc....

L'étude du cadre juridique régissant les marchés publics fait ressortir beaucoup de similitudes et de convergences entre les législations algérienne et

(74) Voir les articles 815 et 816 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(75) Cette condition est une condition fondamentale dans la procédure de référé prévue par les articles 919, 924, 925 et enfin 929 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(76) Voir l'article 924 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(77) Voir l'article 918 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(78) Voir l'article 946 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

française⁽⁷⁹⁾ avec néanmoins certaines différences touchant au champ d'application du référé et les juridictions compétentes en la matière:

1- en ce qui concerne le champ d'application du référé: dans la législation française, la compétence du juge administratif ne se limite pas aux affaires contentieuses qui ont un lien direct avec le contrat tant en ce qui concerne sa formation, son exécution ou sa résiliation, mais elle est étendue à tous ce qui peut dériver de ce contrat. Par conséquent la compétence du juge de référé tire son fondement juridique sur la compétence des juridictions administratives de plein contentieux qui elle, tire son fondement de la nature du contrat lui-même.

Cette position est totalement différente de celle du législateur algérien, en ce sens que ce dernier considère le référé comme étant un recours indépendant et ne dérive d'aucun autre recours administratif y compris du plein contentieux. De ce fait, le référé a ses propres conditions, un régime juridique particulier; c'est un recours qui a son existence propre. En matière de marché public, le référé pourrait exister uniquement en phase précontractuelle, précisément dans les cas de manquement aux règles de publicité et de concurrence. Contrairement au droit français qui l'étend pour englober les phases de conclusion et d'exécution du marché.

2- En ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente: la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et le CE, dans la juridiction française, est basée sur un critère d'attribution. Le Conseil d'Etat est la juridiction de premier ressort pour en connaître des litiges de plein contentieux concernant les marchés publics conclus par les administrations centrales, comme il est une juridiction en appel pour les autres personnes publiques⁽⁸⁰⁾; cette situation s'applique aussi bien pour les recours sur le fond que pour le référé⁽⁸¹⁾. En revanche le législateur algérien a limité la compétence juridictionnelle du référé exclusivement aux tribunaux sans faire mention au CE.

Ce qui nous mène à ce demandé si la généralité et l'imprécision des termes de l'article 946 du code de procédure civile et administrative peuvent s'interpréter par l'exclusion de la compétence du CE pour connaître en appel des décisions rendues en référé par les tribunaux administratifs. La réponse à cette question paraît difficile devant la confusion des textes législatifs et la rareté des décisions jurisprudentielles rendues en la matière, la confusion est accentuée par

(79) Voir ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (op.cit).

(80) Article 122 /alinéa 1 du Décret n° 2010 – 164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives (modifier et compléter) (op.cit).

(81) Article 63 de la Loi n° 2000 – 597 du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives (modifier et compléter) (JORF n°151 du 1 juillet 2000).

[Le contentieux des marchés publics]

les dispositions des articles 936 et 937 du code de procédure civile et administrative qui permet exclusivement le recours en appel devant le CE des décisions de référé relatives aux contrats de concession – cas des avances financières – sans faire mention aucune aux cas d’appel concernant les marchés publics.

Enfin, nous pensons que ce vide juridique peut être comblé par l’extension du régime juridique du référé à tous les autres contrats administratifs tout en limitant, à titre exhaustif, les cas de référé tranchés par les tribunaux administratif, en premier et dernier ressort; quant aux délais de recours, ils peuvent être alignés sur ceux applicables en matière de référé.

Sous-section II **Les pouvoirs du juge des référés** **dans le domaine des marchés publics**

Le juge des référés a des pouvoirs renforcés dans le contrôle des actes de l’administration contraires à la loi⁽⁸²⁾ et qui ont un impact direct sur les relations contractuelles. A ce titre il est possible d’introduire devant le juge administratif un "**référé précontractuel**", lorsque les obligations de publicité et de mise en concurrence n’ont pas été respectées. Il peut en outre suspendre l’exécution d’une décision administrative ou déferer son exécution ou encore prononcer des injonctions coercitives à l’encontre de l’administration qui enfreint à l’application d’une décision de justice.

1- les pouvoirs du juge des référés à l’égard de l’administration: le pouvoir du juge, dans ce domaine, consiste à apprécier la légalité et le respect, par l’administration, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats administratifs et des marché public, les pouvoirs du juge sont tirés de l’article 946 alinéa 6 qui lui permet « ...d’enjoindre de différer la signature du contrat jusqu’au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.. ». Ce sursis est considéré comme étant un outil de pression qui oblige l’administration d’une part, à se conformer aux procédures de passation du marché et d’autre part, à suspendre l’exécution du contrat qui pourrait éventuellement impacter négativement le principe de continuité du service public⁽⁸³⁾.

2- les pouvoirs coercitifs du juge des référés à l’égard de l’administration contractante: le recours en référé produit l’un des effets suivants: le juge peut

(82) Voir l’article 946 du code de procédure civile et administrative (op.cit).

(83) Les pouvoirs reconnus au juge du référé visent à astreindre l’administration au respect de la règle constitutionnelle qui dispose: « l’impartialité de l’administration est garantie par la loi » (article 25 de la constitution de 1996 modifiée et complétée (op.cit).

prendre une mesure préventive empêchant la conclusion d'un marché public illégale. Dans ce cas, l'administration qui refuse d'obtempérer dans le délai des 20 jours prévu par la loi, est sujette à des pénalités coercitives qui prennent effet à compter de l'expiration du délai fixé pour l'exécution de la décision de justice.

En revanche, si le recours ne rentre pas dans les cas prévus par l'article 946 du code de procédure civile et administrative, le juge des référés rejette la requête demandeur et ordonne, à nouveau, la poursuite de l'exécution normale du marché public⁽⁸⁴⁾.

Conclusion

Cette étude portant sur les solutions législatives et jurisprudentielles nous renseigne sur le volume de l'arsenal juridique mis en place pour éviter que l'opération de conclusion du marché public ne sorte de son cadre juridique. L'importance de l'étude réside donc, dans la recherche des mécanismes à mettre en œuvre pour arriver au choix du meilleur partenaire cocontractant et aux meilleures conditions d'exécution du marché.

Cette étude a abouti, de manière générale aux conclusions suivantes:

1- Absence de limitation claire des règles régissant le contentieux des marchés publics dans la pensée juridique algérienne tant en ce qui concerne les textes juridiques que la position de la doctrine et de la jurisprudence administrative.

En effet, si la question des règles de fond a pu être surmonté par le rassemblement des règles générales et spéciales dans un seul code de procédure civile et administrative; la question des règles de fond pose une problématique sérieuse pour l'administration, le cocontractant et au juge administratif lui-même

(84) Le CE algérien, après avoir maintenu sa position qui consiste à ne prononcer aucune sanction coercitive à l'encontre de l'administration, notamment par son arrêt du 8/4/2008 dans l'affaire de Mme Km contre le ministère de l'éducation nationale qui affirme « le juge administratif ne peut prononcer des sanctions coercitives en absence de dispositions légales les régissant »(arrêt non publié), ce même conseil a changé sa position avec la parution des modifications concernant le code de procédure civile et administrative qui autorisent le juge à astreindre l'administration, par des mesures coercitives, à appliquer ses décisions relatives au respect des règles de publicité et de transparence dans le choix du partenaire cocontractant. Cette position nous parait la plus raisonnable tant que le recours en référé, en droit algérien, est un recours indépendant de tout autre recours juridictionnel et son objet ne peut toucher au principal qui demeure toujours du ressort du juge de fond. En somme, c'est recours préventif et rectificatif précontractuel ne contenant, en lui-même, aucun moyen de pression réel sur l'administration. Mais en contrepartie, le fait de conférer au juge des référés le pouvoir de condamner l'administration par des sanctions coercitives, pour manquement aux règles de publicité et de concurrence est un moyen parfait de dissuasion.

[Le contentieux des marchés publics]

du fait de la dualité juridictionnelle auxquelles elles obéissent: la juridiction administrative pour le contentieux des marchés publics conclus par l'Etat et ses établissements publics à caractère administratif; la juridiction civile pour les contrats administratifs passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial, même si le marché est financé totalement sur le budget de l'Etat, et ce en application du critère organique comme référent dans la détermination de la juridiction administrative compétente sans tenir compte de l'origine du financement qui peut être un financement public comme c'est le cas dans la législation et la jurisprudence française.

2- Nous approuvons la démarche du législateur d'avoir tranché la question de la relation entre l'application du recours dans le cadre des règles générales prévues dans le code de procédure civile et administrative et les règles de recours prévues dans le code des marchés publics. Dans le premier cas - qui forme la règle de droit commun de la majorité des litiges administratifs - le recours préalable devant l'administration est une condition de forme fondamentale pour l'acceptation du recours. Dans le deuxième cas, ces règles rentrent dans le cadre du règlement amiable des litiges qui est une condition incontournable pour l'acceptation des recours concernant les marchés publics. Ces règlements à l'amiables sont traités devant la Commission Nationale des Marchés Publics. Toutefois, il est reproché au législateur de limiter ce recours à une seule autorité administrative: la CNMP. Cette situation est susceptible de provoquer une forte centralisation qui continue de provoquer, à ce jour des lenteurs administratives insurmontables dans le traitement des litiges et partant des retards dans la réalisation des projets publics.

Par suite des conclusions précédentes, nous pensons que la modernisation du système juridique des marchés est tributaire de réformes profondes que nous résumons à travers les résolutions suivantes:

1- L'insuffisance du critère organique dans la qualification du contentieux des marchés publics impose d'étendre l'application du critère matériel aux marchés, bénéficiant du financement total ou partiel sur le budget de l'Etat, passés par les établissements dont l'activité est régie par le droit commercial, en application des articles 4 et 6 du décret présidentiel n° 15- 247 portant réglementation des marchés publics. Cette solution est dictée par l'impuissance du critère de l'intérêt général – à lui seul- de tracer une ligne de démarcation entre les contrats administratifs y compris les marchés publics et les autres contrats de l'administration soumis au droit privé du fait de la flexibilité issue de la réforme et aux interférences réciproques des EPA et des EPIC.

2- Consolider le rôle interprétatif et créatif du juge administratif dans le domaine des marchés publics au lieu de le confiner dans son rôle unique de juge

[Dr. Ahcene Rabhi]

applicateur des règles de droit. Car le juge administratif doit être un juge créatif de règles de droit applicables aux marchés publics à l’instar du juge administratif français. Nous pensons par ailleurs, qu’il faut étendre le champ d’intervention du juge des référés pour englober toutes les phases de conclusion et d’exécution du marché au lieu de se contenter uniquement de la concurrence et de la publicité en phase de conclusion. L’amendement de l’article 496 du code de procédure civile et administrative est posé avec acuité pour prendre en charge ces recommandations.

3- Il a été constaté une grande insuffisance dans le nombre des études jurisprudentielles relative’s aux marchés publics qui est dû, d’une part à la nouveauté du régime jurisprudentiel algérien par rapport au régime français qui est très ancien et d’autre part aux carences enregistrés dans le code de procédure civile et administrative et celui des marchés publics dans l’organisation du recours contentieux. La refonte des mécanismes de contrôle des marchés publics est une nécessité pour arriver à définir les critères de qualification ainsi que les solutions applicables à leur contentieux que ce soit en juridiction de fond ou des référés et arriver, en définitif, à un régime juridique unique, stable et performant dans les relations contractuelles publiques.

Bibliographie

A – Ouvrages

- 1) Allières (A-J) et autres, L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif, Paris, Publisud, Paris, 1985.
- 2) Arnaud (A-J), Critique de la raison juridique. Gouvernants sans frontières, Igdj, Paris, 2003.
- 3) Bergeal (C) et Lenica (F), Le contentieux des Marchés Publics, Imprimerie nationale « édition techniques », Paris, 2004.
- 4) Braconnier (S), Droit des marchés publics, édition techniques, Paris, 2002.
- 5) Carbonnier (J), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979.
- 6) Bredin (J.D), L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé, Paris, LGDJ, 1956.
- 7) Cassese (S), *La construction du droit administratif*, Ed Montchrestien, Paris, 2002.
- 8) Dé Laubadere (A) et autres, traité des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1983.
- 9) Delvolvé (P), Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, Mélanges Perrot, Dalloz, 1996.
- 10) Dururty (M), Les entreprises publiques, Paris, PUF, 1987, t. I.
- 11) Elisabeth (A) et Raynaud (J), Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante: Mélanges – Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006.
- 12) Georges (PH), droit public, 7ème édition, Ed Sirey, Paris, 1989.
- 13) Lajoys (C), Droit des marchés publics, éd Gualino, Paris, 2005.
- 14) Melleray (F), L'exorbitance du Droit administratif en question, LGDJ, Paris 2004.
- 15) Pastoral (J.P), droit administratif, 4ème édition, Ed Gualino, Paris, 1999.
- 16) Richer (L), les contrats administratifs, Ed Dalloz, Paris, 1991.
- 17) Rivero (J), « Le droit français des sociétés et l'entreprise publique », Trav. Ass. Henri Capitant, 1967.
- 18) Weil (P.), Le critère du contrat administratif en crise, Mélanges Waline, LGDJ, Paris.

B – Thèses et Mémoires

- 19) Beaud (O), Etat et Souveraineté, élément pour une théorie de l'Etat, Thèse de Doctorat en droit, Université de Paris II, 1989.
- 20) Benoît (P), L'utilisation du Droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse de doctorat, l'université Panthéon-Assas, 10/10/2001, LGDJ, Paris, 2001.

C – Articles

- 21) Amselek (P), Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe, *Revue Administratif*, 1973.
- 22) Brenet (F), La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes, *AJDA*, 2003.
- 23) Chenot (B), « Les paradoxes des entreprises publiques », *RFSP*, (*Revue française de science politique*), 1955, vol. II.
- 24) Clouzot (L), La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable désuétude: *RFDA* 2010.
- 25) De Laubadere (A), Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs: *RDP*, Paris, 1954.
- 26) Eckert (G), Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs: *Contrats-Marchés publics*, *AJDA*, Paris, 2010.
- 27) El Hassar (M), à propos de l'article 7 du code de procédure civile, in « *RASJEP* », n° 01, Alger, Mars 1969.
- 28) Fardet (C), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, *AJDA*, Paris, 2000.
- 29) Faye (A), « L'unité du droit public dans l'œuvre du doyen Vedel », *RFDA*, 2016.
- 30) Giacuzzo (J.F) , Le critère organique du contrat administratif et « l'amphibologique » notion française de concession, in *CAIRN*, Paris, 2014.
- 31) Haïm (V.), Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs: *AJDA* 1992.
- 32) Laggoune (W), La théorie générale des actes rattachables et des actes détachables en droit administratif Algérien, in *RASJEP*, n° 3, Alger, 2014.
- 33) Luchère (F.), L'évolution du critère organique du contrat administratif, *RFDA*, 2002.
- 34) Ménéménis (A), Contentieux des contrats, *AJDA*, 2011.
- 35) Pouyaud (D), Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats? *RFDA*, Paris, 2015.
- 36) Schmitz (J), Service public et puissance publique, in *JDA* (*Journal du droit administratif*), Toulouse, France, 2017.
- 37) Tenailleau (F.), Les marchés de partenariat, *JCP*, Paris, 2015.
- 38) Vedel (G), « La technique des nationalisations », *Droit social*, n°1, 1946.

D – Textes juridiques

- 39) Loi n° 16 - 01 du 6 mars 2016 relative à la modification constitutionnelle.
- 40) Loi organique n° 98 - 01 du 30 mai 1998 modifiée et complétée relative à l'organisation et au fonctionnement du conseil d'Etat.

[Le contentieux des marchés publics]_____

- 41) Loi n° 08 – 09 du 25 février 2008 portant le code de procédures civiles et administratives.
- 42) Loi n° 98 - 03 du 3 juin 1998 relative à l'organisation et attributions du tribunal des conflits.
- 43) Loi n° 98 - 02 du 30 mai 1998 relative aux tribunaux administratifs.
- 44) Ordonnance n° 2015 - 899 du 23 juillet 2015 relative aux Marchés publics.
- 45) Décret présidentiel n° 15 - 247 du 16 septembre 2015 relative au code des marchés publics.