



Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في نظام المنافسة العمومية

إعداد

محاسن المحسين الجواني

أستاذ مشارك في القانون الإداري بقسم القانون العام

بكلية الحقوق بجامعة طيبة

بالمدينة المنورة - المملكة العربية السعودية

البريد الإلكتروني : jaouanimahassen@yahoo.fr

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

ملخص البحث

يُعدّ التوازن المالي للصفقات العمومية هدفاً رئيسياً لطرفي عقد الصفقات العمومية، وشرطاً أساسياً لضمان استدامة هذه الصفقات وتلبية احتياجات السكان والمصلحة العامة على النحو الأمثل.

وتجدد السياق القانوني بصدور المرسوم رقم 3158-2002. إلا أن خبراء القانون يُعربون عن قلقهم إزاء تزايد عدد النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية وكثرتها، والتي تُنشر بوتيرة سريعة للغاية، ويزداد الأمر سوءاً بسبب استعارة قانون الصفقات العمومية من مصادر خارج نطاق القانون الإداري.

علاوة على ذلك، يُهمّ قانون الصفقات العمومية التونسي جميع الفاعلين الاقتصاديين وأصحاب المصلحة، سواء كانوا وطنيين أو أجانب، بقدر ما يشاركون في الصفقات والمشتريات العمومية التونسية.

الكلمات المفتاحية: مبدأ التوازن المالي، العقد الإداري، المنافسات العمومية، القاضي الإداري، القوة القاهرة، الأمر الطارئ، القانون الإداري.

Resume:

L'équilibre financier des marchés publics constitue un objectif majeur des deux parties du contrat des marchés publics et une condition indispensable pour assurer la pérennité des marchés publics et répondre au mieux aux besoins de la population et à l'intérêt général.

Le Contexte juridique s'est renouvelé avec le décret n°2002-3158¹. En revanche, la doctrine s'émiet de la multiplicité et la cascade des textes concernant les marchés publics² à un rythme particulièrement accéléré et plus encore de l'emprunt du droit des marchés publics à des sources extérieures au droit administratif.

¹ Décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés publics, JORT, 20 décembre 2002, n° 103, p.3036-3056 tel que modifié et complété par le décret n° 2003-1638 du 4 août 2003, le décret n°2004-2551 du 2 novembre 2004, le décret n°2006-2167 du 10 août 2006, le décret n° 2007-1329 du 4 juin 2007, le décret n° 2008- 561 du 4 mars 2008 et le décret n° 2008-2471 du 5 juillet 2008, le décret n°2008-562 du 4 mars 2008 et le décret n°2009-3018 du 19 octobre 2009.

²NOGUELLON (R.) : Nouveau code des marchés publics, éditions du Juris-classeur, 2004,p.1.« Notamment,La multiplicité des textes concernant les marchés publics autres que le CMPF, dont le droit des marchés publics apparait, depuis 2001, comme un droit en mouvement perpétuel. Après un droit adopté en 2001, une nouvelle réforme est intervenue et un nouveau code des marchés publics a été adopté par un décret du 7 janvier 2004. ».

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Keywords : Équilibre financier, Contrat administratif, Marchés publics. Juge administratif, Force majeure, Fait du prince, Droit administratif

INTRODUCTION

L'équilibre financier des marchés publics constitue un objectif majeur des deux parties du contrat des marchés publics et une condition indispensable pour assurer la pérennité des marchés publics et répondre au mieux aux besoins de la population et à l'intérêt général.

Le Contexte juridique s'est renouvelé avec le décret n°2002-3158¹. En revanche, la doctrine s'émiet de la multiplicité et la cascade des textes concernant les marchés publics² à un

¹ Décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés publics, JORT, 20 décembre 2002, n° 103, p.3036-3056 tel que modifié et complété par le décret n° 2003-1638 du 4 août 2003, le décret n°2004-2551 du 2 novembre 2004, le décret n°2006-2167 du 10 août 2006, le décret n° 2007-1329 du 4 juin 2007, le décret n° 2008- 561 du 4 mars 2008 et le décret n° 2008-2471 du 5 juillet 2008, le décret n°2008-562 du 4 mars 2008 et le décret n°2009-3018 du 19 octobre 2009.

²NOGUELLON (R.) : Nouveau code des marchés publics, éditions du Juris-classeur, 2004,p.1.« Notamment,La multiplicité des textes concernant les marchés publics autres que le CMPF, dont le droit des marchés publics apparaît, depuis 2001, comme un droit en mouvement perpétuel. Après un droit adopté en 2001, une nouvelle réforme est intervenue et un nouveau code des marchés publics a été adopté par un décret du 7 janvier 2004. ».

rythme particulièrement accéléré et plus encore de l'emprunt du droit des marchés publics à des sources extérieures au droit administratif.

En outre, le droit tunisien des marchés publics, intéresse sans aucun tous les opérateurs et acteurs économiques qu'ils soient nationaux ou étrangers dans la mesure où ils se trouvent intéressés par les offres et achats publics tunisiens.

La réglementation moderne des marchés publics poursuit l'objectif de démocratisation¹. De manière que les marchés publics doivent être ouverts sur la base de la transparence et de la concurrence au plus grand nombre. Sinon à tous les opérateurs économiques intéressés, pour autant qu'ils remplissent les conditions exigées par la réglementation en vigueur².

¹ BOUACHBA (T.) : La réglementation des marchés publics : les lignes directrices, chronique (marchés publics), infos Juridiques, n° 26/27, juin 2007, p.6.

² BOUACHBA (T.) : La réglementation des marchés publics : les lignes directrices », *Op.Cit.* p.6

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Dans ce cadre, le titulaire du marché public doit accomplir toutes ses obligations¹ découlant du cahier des charges ou par le marché public concerné. Ainsi, ces obligations sont des garanties dont le cocontractant de l'acheteur public doit les remplir en respectant leur régime de constitution. A défaut de constituer ces diverses garanties, les titulaires seront responsables à l'égard de l'acheteur public et sanctionnés pour manquement à leurs engagements. Or, malgré le respect du cocontractant de l'administration des conditions exigées par la réglementation en vigueur, l'acheteur public reste toujours le seul bénéficiaire des garanties des marchés publics puisqu'il dispose des privilèges et des prérogatives de la puissance publique.

Le régime du contrat administratif implique d'étudier le droit à l'équilibre financier du contrat administratif². En effet,

¹ Art .50 du décret n° 2002-3158 portant réglementation des marchés publics qui a abrogé le décret n°89-442 du 22 avril 1989.

² ض"المسؤولية الإدارية تبررها العوامل التي تخل بالتوازن المالي للعقد بما يثقل كاهل معاهد الإدارة عند تنفيذه للعقد فتكون الإدارة ملزمة بمساعدته ماليا وتعويضه عما لحقه من أضرار خاصة وغير عادية وهي نظرية لئن ظهرت لأول مرة في إطار فإنها 33 عقود الإلتزام عممت على الإدارية وقد مختلف العقود أشارت إليها المحكمة الإدارية واعتبرتها من الإستثناءات التي للقاعدة الأصولية مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين إذ "ولئن أقرت القاعدة الأصولية أن العقد شريعة الطرفين إلا أن مبادئ القانون الإداري تبيح لمعاهد الإدارة الحق في التعويض عن الخسائر

d'une part le cocontractant a droit à l'équilibre financier du contrat. Il a droit dans certains cas à une indemnisation pour arriver à un équilibre financier du contrat. Pour les contrats administratifs les plus nombreux, la loi a elle-même déterminée leur caractère administratif. Le caractère du droit à l'équilibre financier est assez récent. Depuis la loi du 11 décembre 2001, l'ensemble des marchés publics sont des contrats administratifs, c'est-à-dire pas seulement les marchés de travaux publics mais aussi l'ensemble des marchés de fourniture. Tous ces contrats présentent le droit à l'équilibre financier du contrat administratif. Les contrats administratifs sont un pas très important de l'activité économique du pays. La question qui se pose est de savoir comment se met en place ce droit à l'équilibre financier du contrat administratif.

غير العادية التي لحقته من جراء تنفيذه للعقد في ظروف إستثنائية وبصورة مخلة بالتوازن المالي لل عقد خاصة إذا كانت جهة الإدارة متسببة في تلك الظروف أو أنها كانت خارجة تماما عن إرادة طرفي العقد وهذه الإمكانية المتاحة لتعديل العقد تنصوي في إطار تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وتندرج أيضا في إطار تنزيه الإدارة عن هاجس الإستفادة المادية من الظروف غير العادية التي يلاقيها معاقدها لتحقيق أقصى ما يمكن من الربح والمنفعة حسابه 35" على ويمكن تبرير هذا التوجه التوسعي للقضاء الإداري بحماية معاهد الإدارة من المخاطر الإدارية والإقتصادية والطبيعية ومساعدته على مواصلة تنفيذ العقد الإداري"

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

L'étude de l'équilibre financier des marchés publics exige, en premier lieu la délimitation du sujet (I), ensuite l'évolution historique (II) et pour finir avec l'intérêt du sujet (III).

I– La délimitation du sujet :

Pour délimiter le sujet, il faut d'abord définir la notion du marché public (A), ensuite la définition du droit des marchés publics (B), pour finir avec l'équilibre financier des marchés publics (C).

A– Définition du marché public :

La notion de marché public ne peut être définie simplement. Le fait, par exemple que la réglementation des marchés publics ne pouvait ne pas déterminer ou définir le marché public¹.

La définition du marché public est une question « primordiale »¹ pour l'application de la réglementation des marchés publics et

¹ BEN SAAD BEN DEBBA (W.): Les garanties dans le droit des marchés publics, *Op., Ct.*, p.3. « La notion de marché public est complexe surtout en droit comparé, notamment parce que sa définition est différente en droit interne français et en droit communautaire. En droit interne, le marché public est un contrat administratif, passé par une personne publique avec une personne privée ou une personne publique, moyennant le versement d'un prix, et ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services. Toutefois, la notion communautaire de marché public est plus large que la définition retenue par le code des marchés publics. »

pour la détermination du champ d'application d'une telle réglementation.

« Le marché public, contrairement aux autres contrats de l'administration, est un contrat réglementé. L'hypertrophie de la réglementation dans cette matière s'explique par l'importance des dépenses résultant de cette catégorie de contrats et qui s'élèvent à 18% di PIB et représentent environ 40% du budget de l'Etat »².

Le décret du 17 décembre 2002, modifié successivement en 2003, 2004, 2006, 2008, 2009 et dernièrement en 2012³, définit globalement les marchés publics comme étant des contrats, sans qu'il se prononce au sujet sa nature, s'il s'agissait de contrats de droit privé ou de contrats

¹ BOUACHBA (T.): La réglementation des marchés publics : les lignes directrices », *Op.Cit.* p.6

² FOURATI (S.): L'évolution du régime de l'exécution des marchés publics, in Colloque organisé par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, l'Union Tunisienne de l'Industrie du commerce et de l'Artisanat (Union régional de Sfax), et Association des juristes de Sfax, le 12 et 13 février 2010, p.1, inédit.

³ Décret n° 2012-515 du 2 juin 2012 portant modification du décret n°2002-3158 portant réglementation des marchés publics et le décret n°2011-623 du 23 mai 2011 portant dispositions spécifiques pour la réglementation des marchés publics.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

administratifs. Cela dit que l'article premier du décret n°2002-3158 précité se limite, dans son premier paragraphe, à énoncer « Les marchés publics sont des contrats écrits, passés par l'acheteur, en vue de la réalisation des commandes publiques... »¹.

Selon sa définition classique, un marché public est un contrat, c'est-à-dire une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.

La qualification de marché public², au sens de l'article 1 du code des marchés publics, emporte la qualité de contrat administratif en application des dispositions de l'article 2 de la

¹ Dans sa version issue du décret du 1^{er} août 2006, le code

² Au regard de droit positif Camerounais seul le marché est réputé contrat administratif par le gouvernement. Les décrets de 1979, 1988 et les textes ultérieurs définissent les marchés publics en ces termes : *"Un marché publique est un contrat écrit par lequel une personne de droit publique ou de droit privé s'engage en vers une collectivité publique ou un établissement publique ou un organisme parapublique à participation majoritaire des intérêts publiques, à réaliser un ouvrage pour leur compte ou sous leur surveillance ou sous leur surveillance ou à leur fournir des biens et des services moyennant un prix"*.

loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF », selon lequel « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ». Cette qualification législative marque avec force la légitimité du caractère administratif du marché public, mettant fin à une doctrine et une jurisprudence fournies, notamment dans le domaine des contrats d'assurance.

Selon l'article 1 précité, « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs¹ (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».²

Autrement dit, un contrat sans contrepartie financière, réalisé à titre gratuit, n'est jamais un marché public, car le caractère onéreux du contrat induit l'idée d'un coût pesant sur l'acheteur public. Toute prestation engageant un euro oblige l'acheteur

¹ Il s'agit des établissements publics à l'exclusion des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), groupements d'intérêts économiques (GIE) et les groupements d'intérêts publics (GIP).

² Source : **Art. 1** de la **directive 2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

public à respecter les grands principes de la commande publique.

Une notion évolutive

Le caractère onéreux implique une contrepartie financière de la part de l'acheteur public. Le caractère onéreux concerne donc ce qui a effectivement un prix, mais aussi ce qui aurait pu en avoir un, si la prestation avait été présentée à la concurrence. Le prix matérialise, classiquement, le montant du marché. Il s'agit généralement du paiement d'une somme en argent en échange de la réalisation d'une prestation. Néanmoins, en l'absence d'un versement, d'autres formes de rémunération existent, où le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché. L'exemple le plus cité est celui des marchés de mobilier urbain (CE, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298) où une société installe le mobilier urbain sans que la ville ne le paie. En contrepartie, la commune autorise l'entreprise à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain en l'exonérant de redevance pour occupation du

domaine public. L'avantage accordé à la société constitue la contrepartie onéreuse de la prestation.

Un critère fragile

Le caractère onéreux du marché public est une notion écartelée par des approches d'interprétation jurisprudentielles nationales différentes et par l'élargissement de la notion de concessions de services impulsées par les directives européennes

Dans ce cadre, l'article 80 encadre et délimite la possibilité d'apporter des modifications unilatérales aux marchés de travaux par l'administration et répond au souci d'assurer le rétablissement de l'équilibre financier.¹ L'adjudicataire peut ainsi

¹La phase d'exécution des marchés revêt une très grande importance puisque en dépend la parfaite réalisation du marché, c'est-à-dire l'adéquation entre les besoins exprimés et la réussite de l'acte d'achat. Le suivi rigoureux, administratif, technique et financier de l'exécution des marchés permettra la mise en œuvre d'une politique d'achat efficace et efficiente.

Les participants auront appris à identifier précisément les obligations du marché telles qu'elles résultent des pièces contractuelles, du CCAP, du CCTP des annexes financières ainsi que des clauses des CCAG mais également les droits et les obligations des parties au contrat. Ils sauront superviser le déroulement de son exécution, tant à travers les vérifications quantitatives et qualitatives qu'à travers les opérations de suivi et de contrôle ainsi que ses éventuelles modifications. Ils sauront également assurer le suivi financier du marché et connaîtront le partage des responsabilités entre ordonnateur et comptable. Ils maîtriseront les

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

prétendre, non seulement, à l'obtention de prix nouveaux, mais aussi à la prolongation du délai contractuel d'exécution. Par ailleurs, l'adjudicataire pourrait avoir pour prétention de réclamer une indemnité réparatrice si ces mesures sont de nature à rétablir l'équilibre financier du marché.

le thème des contrats est devenu aujourd'hui l'un des plus « à la mode » du droit administratif, certes, la nature transversale du sujet est irréductible et nul n'ignore désormais que la vérité du droit est en grande partie à rechercher dans ses fondements économiques.

Le sujet s'ordonne autour de deux grandes questions : le rôle joué par l'équilibre financier dans le contrat et les fondements de l'équilibre financier du contrat.

garanties, les règlements, les cessions, les vérifications exercées par le comptables, le délai global de paiement, les intérêts moratoires.

Ils pourront enfin sécuriser la fin du marché et résoudre d'éventuels conflits. À la fin de cette formation, les participants auront appréhendé l'importance décisive de la phase d'exécution des marchés.

Cette formation s'appuiera sur une mise en situation du déroulement des marchés et des cas spécifiques : l'étude de CCAP et de CCTP, d'un avenant, des variations de prix (actualisable ou révisable), du calcul des intérêts moratoires.

À partir de la diversité des définitions de la notion d'équilibre : équilibre de risque, équilibre de survie, équilibre de viabilité, grand et petit équilibre... les théories, jusqu'ici restées peu explorées en profondeur par la doctrine, du fait du prince, de la force majeure, des sujétions imprévues et surtout de l'imprévision font l'objet de décompositions–recompositions d'une vigueur et subtilité rarement atteintes. Les propos sur la souplesse requise dans l'interprétation des clauses des cahiers de charges dans le but de rétablir l'équilibre financier, stratégie opérationnelle encouragée par le juge, montrent l'importance des investigations, de même que ceux consacrés au rôle de la théorie de l'imprévision : mesurer et borner l'altération de la prévisibilité initiale.

Les droits du cocontractant à l'équilibre financier du contrat (obligations de l'Administration)

Le cocontractant de l'état a droit d'une part à l'exécution du contrat de bonne fois par l'administration des stipulations contractuelles. Mais en outre il a droit à l'équation financière, à l'équilibre financier qui peut être dû par des faits extérieurs et

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

indépendante de la volonté des parties au contrat, (la force majeure, l'imprévision, le fait du prince) qui désigne toutes les interventions du pouvoir public qui ont pour conséquence d'entraîner le bouleversement de l'équilibre. Le contrat passé par l'état lie celui-ci qui est tenu de le respecter au même titre que la loi. Un simple écart suffit pour engager la responsabilité de l'état devant sa juridiction qui diffère des juridictions des droits communs.

Le particulier a droit à l'obtention de la rémunération convenue et au rétablissement de l'équilibre financier du contrat dans l'hypothèse où ce dernier serait rompu. Il a droit au paiement de la rémunération fixée initialement (prix versé par l'administration, redevance prélevée sur les usages du service pour une concession) qui ne peut être modifié unilatéralement par l'administration. Il a droit aussi au rétablissement de l'équilibre financier en cas de prestations nouvelles imposées par l'administration.

Paragraphe 1 : LE FAIT DU PRINCE :

Le **fait du Prince**, qui dans le langage courant désigne un acte arbitraire du gouvernement, désigne en droit administratif français, une mesure prise par l'administration qui a un impact sur un contrat auquel elle est partie.

La **théorie du fait du Prince** prévoit que le cocontractant de l'administration a alors droit à une indemnisation intégrale des frais causés par cette mesure, si cette mesure a perturbé la réalisation des travaux prévus par le contrat.

Une telle mesure n'est pas considérée comme un fait du Prince si elle entre dans le cadre des pouvoirs traditionnels de l'administration en termes de contrat administratif : pouvoir de contrôle, pouvoir de modification et de résiliation unilatérales .

La théorie du fait du Prince ne s'applique donc que pour des mesures prises par l'administration à titre extra-contractuel. Il peut s'agir par exemple de mesures de police administrative indépendantes du contrat mais qui ont un impact sur les conditions de son exécution.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

L'application de **la théorie du fait du Prince** entraîne l'indemnisation intégrale du cocontractant par l'administration. Elle se distingue donc de la théorie de l'imprévision qui ne prévoit qu'une indemnisation partielle dans le cas d'un événement indépendant de la volonté des parties.

Le fait du prince se définit comme un événement ayant un caractère de force majeure causé par une décision arbitraire d'une autorité publique.

Le fait du prince désigne l'intervention de l'autorité administrative, rendant totalement impuissant l'employeur et le mettant dans l'impossibilité de remplir ses obligations. Il n'a aucune possibilité d'intervenir sur la situation. La situation s'impose alors à l'employeur comme un cas de force majeure, qui le met dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution normale des contrats de travail avec ses salariés.

Il est donc fondé à procéder à un lock-out, dans l'attente de la fin du « fait du prince ».

On parle d'aléa administratif. Cette théorie correspond à une situation où l'exécution d'un contrat est altérée par une mesure émanant de l'autorité publique contractante. Le fait du prince modifie indirectement le contrat par des mesures extérieures mais qui auront des répercussions sur lui. Il est possible d'illustrer cette théorie par l'exemple suivant: dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de police, le maire d'une commune peut modifier des trajets de circulation dans la commune et accroître ainsi les charges d'un service de transports en commun concédé à une entreprise contractante. Cependant, l'aléa administratif a été distancé dans les faits par l'aléa économique.

Il s'agit ici de connaître les répercussions des mesures prises par les pouvoirs publics qui ont pour effet de rendre plus difficile l'exécution des obligations du cocontractant. On rencontre donc ici un élément qui est de nature à limiter la force obligatoire du contrat, à savoir l'aléa administratif, que l'on oppose parfois à l'aléa économique.

Il s'agit de définir les conditions dans lesquelles on pourra admettre une limitation à l'obligation contractuelle. Les difficultés apparaissent lorsqu'il faut définir la qualité de l'auteur

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

des mesures. Peut-on dire par exemple qu'il y a fait du Prince lorsqu'une mesure a été prise par l'administration non contractante ? Il faut encore définir la nature des mesures susceptibles d'être considérées comme constitutives d'un fait du Prince. Doivent-elles porter sur les dispositions même du contrat ou suffit-il qu'elles aient une simple incidence ? Il reste enfin à déterminer la conséquence de la notion.

La détermination de la qualité de l'auteur des mesures constituant un fait du Prince : le Prince

La jurisprudence en cette matière a évolué. À l'origine, dans une conception extensive, la jurisprudence avait assimilé le fait du Prince à toute intervention de la puissance publique. On admettait qu'une intervention de l'administration, même non partie au contrat mais extérieure au contrat, pouvait avoir des effets sur les rapports contractuels. Le Conseil d'État a fréquemment accueilli des demandes d'indemnisation émanant

de personnes publiques étrangères au contrat. Ex: contrat passé entre une commune et une personne privée ¹.

Il semble qu'une telle conception soit critiquable. Si en effet, en droit privé, on peut à l'occasion du fait du Prince retenir une notion extensive, il convient en droit administratif de bien distinguer l'administration cocontractante, qui est étroitement mêlée aux rapports contractuels en cause de l'administration non cocontractante, qui est extérieure à de tels rapports. Joue alors la théorie de l'imprévision (qui concerne l'aléa administratif).

Depuis ces critiques, la jurisprudence a finalement retenu du fait du Prince une conception étroite. Il y a fait du Prince lorsque l'on se trouve en présence de mesures édictées par l'administration cocontractante. Mais là encore, il convient de distinguer selon que l'administration cocontractante agit au titre et dans l'exercice de pouvoirs que lui donne la théorie des contrats administratifs (contrôle, modification unilatérale,

¹ CE 28 décembre 1924 *Tanti* : Recueil Lebon p. 940

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

résiliation unilatérale) ou qu'elle **agit indépendamment de ses pouvoirs en utilisant des pouvoirs extra –contractuels qui cependant ont une répercussion sur le contrat**. Ce sera par exemple le conseil municipal d'une commune qui vote une augmentation des impôts ou qui décide de nouvelles règles de circulation qui aggravent les charges d'un concessionnaire. Cette hypothèse, et cette hypothèse seulement, correspond au fait du Prince ¹.

La nature des mesures qui constituent des faits du Prince

À quelles conditions une mesure émanant de l'administration cocontractante à titre extra –contractuel peut-elle constituer un fait du Prince ? On est en présence d'une jurisprudence complexe et nuancée, qui tient compte d'éléments très variables afin de qualifier la mesure qui donnera lieu à indemnisation.

Pour cette jurisprudence, il y a d'abord fait du Prince lorsqu'une mesure porte directement atteinte aux dispositions du contrat. Il

¹ Conseil d'État 28 avril 1939 *Cie des chemins de fer de l'Ouest* : RDP 1940 p. 58

peut en être ainsi même lorsque la mesure est une mesure générale¹.

Il y a encore fait du Prince lorsqu'il s'agit d'une mesure particulière qui atteint indirectement le contrat. Le problème est plus délicat s'agissant des mesures qui n'atteignent le contrat qu'indirectement. C'est le juge qui estimera qu'il y a lieu ou non à indemnisation².

Lorsque la personne publique contractante prend une mesure telle l'augmentation du taux de certaines impositions ou l'institution de prescriptions nouvelles en matière de sécurité du travail, qui ont pour effet d'alourdir les conditions financières d'exécution du contrat pour le cocontractant, celui-ci a droit à une indemnisation permettant de rétablir l'équilibre financier initial du contrat³.

¹ Conseil d'État 10 février 1943 *Aurran* : Recueil Lebon, p. 36

² CE ; 26 janvier 1938 *Barre* : Rec. p. 89

³ CE, 02.02.1983, Union des Transports Publics Urbains et Régionaux

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Lorsqu'une personne publique contracte avec des particuliers elle ne renonce pas, de ce fait, à l'exercice de ses particuliers¹ après avoir contracté.

La théorie du fait du prince constitue l'un des éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'Administration².

La théorie du fait du prince vise la protection du droit du cocontractant de l'Administration une fois frappé par un aléa purement administratif³.

La définition du fait du prince n'est pas la même pour tous les autres. Cette définition est tantôt extensive⁴, tantôt restrictive⁵.

¹ TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.150.

Dans le même sens ;

- RICHER (L.) : Droit des contrats administratifs, op cit, p. 258.

² LAUBADERE (André De) ; Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle.....op cit, p.390.

³ Gros droit administratif, l'angle jurisprudentiel, op cit, p.178 et s.

⁴ Sur la définition extensive voir notamment S.BADAoui, le fait du prince dans le contrat administratif, thèse, L. G. D. J. 1955., p.1.

⁵ « L'Administration publique étant liée avec un particulier par un de ses contrats qu'entraîne l'exécution des services publics un marché de fourniture ou un marché des travaux publics, apporte un changement au contrat par un de ses actes ou se relève la puissance publique indépendante, particulièrement un acte réglementaire c'est donc le fait de la puissance publique qui après avoir condescendu à traiter , à marchander, à se lier tout à coup se trouve « prince » c'est-à-dire absolue au sens originaire du mot, affranchie de tout lien et lien et cela dans des circonstances telle que cette manifestation du pouvoir absolu est de nature à modifier les éléments de la

La définition restrictive distingue le fait du prince de la modification unilatérale et du pouvoir de résiliation. Une telle démarche est motivée par des raisons méthodologiques et contentieuses¹. Selon cette définition restrictive² le fait du prince correspond exclusivement à l'exercice par l'Administration de ses compétences extra-contractuelles³. La jurisprudence du tribunal administratif a précisé sans équivoque que le fait du prince est l'un des cas dont la fait du prince, en tant que cas d'engagement de la responsabilité de l'Administration sans faute, deux problèmes se posent. Tout d'abord, savoir la base sur laquelle repose le droit du titulaire du marché à être indemnisé dans cette hypothèse (A), le second est relatif aux conditions dans lesquelles s'applique la théorie du fait du prince(B).

situation contractuelle qu'elle avait au paravent laissé établir ».M.HAURIUO, note sous C.E , 8 mars 1901, *prevet.c/ ministre de la guerre*, Sirey, III, 1902, p.73.

¹ TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.150.

² L'étude, dans cet article ,du pouvoir de modification unilatérale, du pouvoir de résiliation unilatérale aussi que le fait du prince, d'une manière séparée est fondée par l'option pour une définition restrictive du fait du prince.

³ TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.150.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

A– Les fondements controversés du fait du prince :

Lorsqu'il ya fait du Prince ceci qui entraîne l'obligation pour l'administration d'accorder à son cocontractant une indemnisation intégrale. Par là, la théorie du fait du prince se distingue de la théorie de l'imprévision qui ne donne lieu qu'à indemnisation partiell

Aujourd'hui il n'ya nul doute¹ que l'indemnisation du titulaire d'un marché public sur la base du fait du prince est reconnu en droit administratif tunisien.

Cette solution est consacrée par le Tribunal Administratif, dans l'affaire DRAGADOS précitée, de la façon suivante « considérant que la jurisprudence administrative a limité les cas exceptionnels dans lesquels le cocontractant de

¹ M.M.Mabrouk a nié l'existence d'une responsabilité contractuelle sans faute. Il a écrit « En droit tunisien il est plus de responsabilité contractuelle qu'à raison d'une faute....Il n'est point besoin de recourir à la théorie du fait du prince ».

Sur la responsabilité de la puissance publique ;

- CHAPUS (R.) ; Le contrôle et le contentieux de l'Administration en Tunisie, cahiers du centre de recherche et d'études de l'Administration, n°3,Tunis, ENA , 1968, p.84.
- RTD 1969-1970, p.158.

l'Administration sera indemnisé lorsqu'il subit des charges financières exceptionnelles lors de l'exécution du contrat qui le lie à l'Administration. Ces cas sont le fait du prince, l'imprévision, la force majeure et les sujétions imprévues. »¹.

En essayant de trouver un fondement de l'indemnisation du cocontractant de l'Administration sur la base du fait du prince, la doctrine nous fournit des opinions différentes. Pour G.JEZE le fondement de la responsabilité de l'Administration du fait du prince est l'intention comme des parties². Pour A.DE LAUBADERE, F.MODERNE et P. DELVOLVE, le fondement de l'indemnisation du fait du prince est l'équité et l'intérêt du service public³. Pour Mahmoud HELMI l'obligation de réparer qui pèse sur l'Administration du fait du prince peut être fondée sur la base de l'enrichissement sans cause. Aussi la responsabilité du fait du prince peut être fondée sur la base de la responsabilité contractuelle. Cette idée a été rejetée par M.

¹ "وحيث حصر فقه القضاء الإداري الصور الاستثنائية التي يمكن حدوثها تعويض معاقدا الإدارة عند تحمله أعباء مالية غير عادية لتنفيذ العقد الذي يربطه معها وهذه الصور هي نظرية فعل الأمير ونظرية القوة القاهرة ونظرية الصعوبات الغير متوقعة".

² G.JEZE cité par H.EDDEROUICHE, les droits des cocontractants de l'Administration, op cit, p.56.

³ M.HELMI, le contrat administratif (en langue arabe), op cit, p.120.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Maurice André FLAMME. Qui considère que « l'idée d'équilibre financier suffit amplement »¹.

L'idée de l'équilibre financier correspond incontestablement à l'intention des parties ainsi qu'au principe de l'égalité des charges.²

L'étude de la jurisprudence du Tribunal Administratif nous permet de déduire les fondements sur lesquels le titulaire d'un marché public en particulier et un cocontractant de l'Administration d'une manière générale, peut être indemnisé du fait du prince.

Dans l'affaire DRAGADOS précitée le Tribunal Administratif a fondé le droit du titulaire du marché à une indemnité sur la base de la « réalisation d'un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt particulier »³. Ce fondement n'est pas connu en doctrine. S'agit-il d'un nouveau fondement de l'indemnisation sur la base du fait du prince ?

¹ M .A.FLAMME ; traité théorique et pratique des marchés publics, TII, op ct, p.637.

² Ibid.

³ " وهذه الإمكانية... تنضوي في إطار تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة".

Le Tribunal Administratif a précisé aussi que le fondement de l'indemnisation du titulaire du marché du fait du prince¹ est l'enrichissement sans cause. Même s'il n'a pas utilisé expressément la formule. Mais l'expression, « réaliser le maximum de profit et la réalisation d'intérêt à son détriment »², peut être assimilée à l'enrichissement sans cause. On peut même soutenir que ces deux expressions sont synonymes et visent toutes deux le même sens. La différence n'est que terminologique.

L'esprit de cette jurisprudence permet de considérer l'équité comme fondement de l'indemnisation du titulaire du marché, sur la base du fait du prince. C'est vrai que le Tribunal Administratif ne l'a pas expressément prévu néanmoins l'esprit de cette décision, DRAGADOS, permet cette déduction.

¹ Ces fondements sont valables selon la jurisprudence du tribunal administratif pour l'imprévision, la force majeure ainsi que les sujétions imprévues.

² "وتندرج أيضا في إطار تنزيه الإدارة عن هاجس الاستفادة المادية من الظروف غير العادية التي يلاقيها معاقدها لتحقيق أقصى ما يمكن من الربح والمنفعة على حسابه."

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

B- LES CONDITIONS DU FAIT DU PRINCE ¹:

L'acte pris dans le cadre du fait du prince, pour pouvoir engager la responsabilité de l'Administration, doit remplir certaines conditions à coté du préjudice, qui doit être anormal ceci conformément à la jurisprudence du Tribunal Administratif qui a précisé «Mais les principes de droit administratif permettent au cocontractant de l'Administration l'indemnisation

¹ توفيق الغناي " المسؤولية الإدارية التعاقدية "، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الذي نظّمته كلية الحقوق بصفاقس حول " المسؤولية الإدارية اليوم"، يومي 7 و 8 أفريل 2006، ص. 235 ورد بالمقال ما يلي "نظرية الأمير I فعل في تحديدها لشروط وأسس تطبيق هذه النظرية تقول المحكمة "إذا 39 20/5/1961 الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري فإن شروط نظرية فعل الأمير التي إستندت أحقيّة إليها الطاعن في تقريره في التعويض غير متوافرة في حالته ذلك أن شروطها هي: - أن الإدارية 1 يكون ثمة عقد من العقود - أن المتعاقدة 2 يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة - أن 3 ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة - إفتراض 4 أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين إتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ - أن متوقع 5 يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير 6 - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمس القرار العام." واضح أن فعل الأمير صلاحية إدارية تستند لا إلى العقد بل إلى نص قانوني يقرها بما يعني أن الإدارة المتعاقدة في ممارستها لها فهي في الحقيقة تمارس مهامها العادية كسب القوانين أو وظيفة الضبط الإداري أو غير ذلك مما يخرج عن إطار العلاقة التعاقدية مع أن هذه الصلاحيات قد تؤثر في تنفيذ العقد ولهذا فهي التعويض تبرر. أما إذا صدرت هذه التصرفات عن جهة إدارية أخرى غير تلك الطرف في العقد فهي تعبر عن الطرف الطارئ الذي لا 40 عن فعل الأمير يشترط العلاقة التعاقدية بين مصدر الفعل الضار لأننا 4241 والمتضرر في إطار مسؤولية تعاقدية تتحملها الإدارة المتعاقدة وهو ما دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى التخلي عن المفهوم الواسع لفعل الأمير. 43 وإعتماد المفهوم الضيق كذلك لا بد أن يكون فعل الأمير شرعيا فإذا لم يكن كذلك فهو خطأ من جانب الإدارة وفي هذه الحالة لا نطبق قواعد المسؤولية التعاقدية دون 44 خطأ كما يتعين متوقع في 45 أن يكون فعل الأمير غير ذاته أو في خصوص آثاره لأنه لا يستطيع أي أحد أن لا يتكهن في كل وقت بإمكانية تدخل القانونية مما 46 الإدارة وممارسة صلاحياتها قد يفضي إلى الإضرار بمعاقدها يجعل تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا وبصورة تختلف عن الأضرار التي يسببها لغيره الأجنبي عن العقد الإداري المعني".

de préjudices anormaux subis lors de l'exécution du contrat »¹, d'autres conditions sont exigées.

1-L'acte administratif doit être imputable à

l'Administration contractante :

Un fait dommageable, de nature à engager la responsabilité de l'Administration, pour être constitutif du fait du prince doit être imputable à l'Administration contractante. Dès lors, si les faits dommageables sont imputables à une autre Administration, que celle contractante, cela ne peut pas constituer un cas du fait du prince. Cette condition a été confirmée par le conseil d'Etat². Cette condition a été considérée par la doctrine comme « très stricte »³. La doctrine est allée plus loin en critiquant la rigueur et le caractère strict de cette condition. Car le cocontractant de l'Administration qu'il soit entrepreneur, fournisseur, ou autre, se trouve inséré dans un contexte

¹ T.A.3eme chambre, aff n° 22264, 23 juin 2000, Groupe DRAGADOS, op cit.

"...إلا أن مبادئ القانون الإداري تتيح لمعاهد الإدارة الحق في التعويض عن الخسائر غير العادية الذي لحقته من جراء تنفيذ العقد."

² CE, 20 octobre 1971, compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec, p.624.

³ TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.151.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

législatif et réglementaire dont il ne doit pas subir les aléas « **juridico-administratifs** »¹. En plus, l'Administration demeure « en définitive à l'égard des citoyens comme une seule et même volonté ». En réalité, du point de vue contentieux, la rigueur de cette condition n'affecte pas beaucoup le statut du cocontractant. Ce dernier peut se baser sur la théorie de l'imprévision, pour être indemnisé d'un acte, lui causant préjudice, émanant d'une Administration non-contractante.

2-La licéité de l'acte :

Le problème qui se pose ici est de savoir si l'acte entrepris dans le cadre des compétences extra-contractuelles de l'Administration contractante pour pouvoir constituer un cas de fait du prince doit être licite ou non.

La jurisprudence en Tunisie et en France ne nous fournit pas une réponse satisfaisante à cette question. Dans la doctrine la réponse n'est pas toujours la même : pour certains auteurs, il

¹ M .A.FLAMME ; traité théorique et pratique des marchés publics, TII, op ct, p.639.

ya une présomption¹ de licéité de l'acte². Pour d'autres auteurs la question relève du droit positif³. C'est une question qui relève de la compétence du juge du contrat qui ne lui échappe pas d'apprécier la validité de l'acte pris par l'Administration contractante dans le cadre de ses compétences extra-contractuelles. « dès lors il est impossible de savoir si le fait du prince générateur d'une obligation de réparation contractuelle était ou n'était pas licite »⁴.

3-L'exigence du caractère imprévisible de l'acte au moment de l'accord des volontés :

Le caractère imprévisible de l'acte constituant le fait du prince n'est pas propre à la théorie du fait du prince. Cette condition est exigée aussi dans le cas de l'imprévision. En réalité, cette condition va de soi et s'explique par le fait que si le fait du prince « pouvait avoir été prévu au moment de la conclusion du

¹ M.HELMI, le contrat administratif (en langue arabe), op cit, p.118 et s.

² TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.153.

³ M.Laurent Richer exige que l'acte doit être licite « le fait du prince peut être donc défini comme le fait imprévisible consistant en une mesure licite prise par l'autorité contractante qu'il soit contenu et le fondement de cette mesure », droit des contrats administratifs, op ct, p.259.

⁴TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.154.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

contrat il est à présumer que le cocontractant l'avait pris en considération »¹.

La jurisprudence française a confirmé cette condition depuis longtemps². La jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point est constante³.

Cette condition, « très sévère »⁴ pour le cocontractant, est indispensable pour l'application de la théorie du fait du prince. En tout cas, le titulaire d'un marché public et pour pouvoir bénéficier de l'application du fait du prince emporter la preuve que toutes ces conditions sont réunies. Ces conditions sont en effet cumulatives.

Dans la pratique, les actes pris par l'Administration constitutifs d'un cas de fait du prince sont très divers et variés.

Il peut s'agir d'un acte législatif⁵ comme il peut s'agir d'une mesure de police administrative.

¹ A.De.LAUBADERE, F.MODERNE et P. DEVOLVE : Traité des contrats administratifs, op, cit, n°1298.

² CE, 14 mai 1926, POUILLARD, Rec, p.498.

³ CE, 7mai 1982, société sogepare-Paris,Rec,Tab, p.669.

⁴ TERNEYERE (Ph.) : La responsabilité contractuelle.....op cit, p.153.

⁵ CE, 27 juillet 1906 ; Compagnie PLM, Rec, p.702, sur la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat en raison de l'exercice de la fonction législative voir CE Ass, 14 janvier 1938 « La société anonymes des produits laitiers la fleurette ». Rec, p.25

Dans tous les cas, le fait du prince est une théorie, qui est de nature à protéger l'équilibre financier du contrat une fois rompu. De ce fait, le titulaire d'un marché public se trouve dans une situation qui lui assure une protection contre les aléas administratifs. En conséquence, la notion d'équilibre financier du contrat administratif joue le rôle de fondement d'une responsabilité contractuelle sans faute¹. Cette notion joue le même rôle joué par le principe d'égalité devant les charges publiques en matière de responsabilité extra-contractuelle sans faute. Une fois, le fait du prince est prouvé, le titulaire d'un marché a droit à une indemnité intégrale.

A coté de ce cas d'inexécution sans faute, du au fait de l'Administration, il-y-a d'autres cas d'inexécution non imputables au fait de l'Administration.

¹ CE 30/3/1916 : Gaz de Bordeaux : D.1916, 3, p.25 : « Cons. qu'en principe le contrat.... règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant... que la variation des prix... à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché... et demeure à ces risques et périls, chaque partie ayant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager. Mais cons. que ... la hausse survenue ...s'est trouvée attendre une proportion ... a un caractère exceptionnel... mais qu'elle entraîne... une augmentation qui déjouant qui dépasse tous les calculs ...que l'économie du contrat se trouve absolument renversée »

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Paragraphe 2 : Les théories communes à tous les marchés :

Ces théories ne sont pas propres aux marchés publics mais sont des théories applicables à tous les contrats administratifs . Qu'on se place dans le cadre d'un marché public ou de tout autre contrat administratif la survenance d'une imprévision (A). ou d'une force majeure (B) engage la responsabilité de l'Administration.

A– La théorie de l'imprévision :

La théorie de l'imprévision est issue de l'arrêt "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux" de 1916¹, elle s'applique aux

¹ [CE, 30 mars 1916, n° 59928 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.](#)
Dans le même sens :

- [CE, 9 décembre 1932, n° 89655, Compagnie de tramways de Cherbourg](#)
« Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des

contrats administratifs essentiellement aux contrats de concessions car ce sont des contrats de longue durée.

On parle ici d'aléa économique. Cette théorie est une création jurisprudentielle¹. Elle produit ses effets lorsque, en raison de circonstances extérieures aux parties (différence avec le fait du prince) et non prévisibles, le contrat de marché public connaît un tel bouleversement que son exécution est mise en péril mais n'est cependant pas rendue impossible (différence avec la force majeure).

contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».

- La [Circulaire du 20 novembre 1974](#) relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques dispose que :
- Les juridictions administratives ont été conduites à tempérer, dans certains cas, les effets de l'obligation impérative qui pèse sur le titulaire d'un marché public d'en poursuivre l'exécution, sauf cas de force majeure. Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, elles ont admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes qu'il a subies, sans pour autant garantir un bénéfice au titulaire.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Un cocontractant ayant subi des bouleversements dans les conditions d'exécution du contrat de marché public peut ainsi revendiquer le bénéfice de l'une des théories précitées afin d'obtenir une indemnisation financière de l'Administration.

Il y a application de la théorie de l'imprévision en cas de survenance de faits nouveaux étrangers à la volonté des parties entraînant un bouleversement des conditions économiques d'exécution du contrat. Ainsi, l'augmentation considérable du prix du charbon nécessaire à la fabrication du gaz par le concessionnaire oblige l'administration à aider pécuniairement le concessionnaire en situation gravement déficitaire¹.

Il faut que le contrat soit bouleversé. Cette théorie est née de la volonté de satisfaire aux exigences de continuité du SP.

¹ CE arrêt du 30.03.1916 Cie Générale d'éclairage de Bordeaux. Contrat Ville de Bordeaux antérieur à 1914. Les conditions d'exploitations devenaient de plus en plus périlleuses. La question se posait alors de la continuité du SP. Le CE a dégagé la théorie de l'imprévision qui impose à l'Ad contractante l'obligation d'aider financièrement le cocontractant à exécuter le contrat lorsqu'un événement imprévisible étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement économique du contrat.

L'exécution de la plupart des marchés publics, notamment les marchés publics des travaux, nécessite une durée assez longue.

Pendant cette durée d'exécution, des événements imprévus peuvent entraîner le bouleversement du marché et causer un préjudice au titulaire du marché. De ce fait est née la théorie de l'imprévision qui est définie par le fait qu'elle « suppose un bouleversement du contrat provenant d'une réparation partielle fondée sur la nécessité de maintenir l'exécution régulière d'un service public ».¹

La naissance de cette théorie, selon la doctrine, remonte à l'arrêt du CE compagnie générale d'éclairage de Bordeaux². Cette théorie est considérée par des juristes comme étant « l'une des théories jurisprudentielles les plus notoires du droit administratif »³.

¹ A. MESTRE, Note sous CE, 15 juillet 1949, ville d'Elbeuf, Sirey 1950, p.61.

² CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Rec, p.125, Les AJDA, op Cit, p.184 et s. « La hausse du prix du charbon du fait de la première guerre mondiale a été reconnu comme susceptible d'ouvrir droit à indemnisation sur le fondement de l'imprévision ». CE 30 mars 1916, CG d'éclairage de Bordeaux.

³ CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1163.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

La théorie de l'imprévision a vocation à s'appliquer à tous les contrats administratifs à longue période d'exécution¹. L'imprévision se distingue de la force majeure par le fait que l'imprévision rend l'exécution du marché difficile et plus onéreux mais sans la rendre absolument impossible². De ce fait, l'indemnité de l'imprévision joue « un rôle de prévision de la force majeure »³.

1 – Les éléments constitutifs de l'imprévision.

Ils sont au nombre de trois. Il faut que l'événement perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire du marché ;
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'« extra-contractuelles » parce que

¹ A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.569 et s.

Dans le même sens :

- CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1163.

² M.A.FLAMME ; Traité des marchés publics, T II, op cit, p.649.

³ M.WALINE ; Traité élémentaire de droit administratif, 6^{ème} édition, Paris, Sirey, 1961, p.695.

non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie.

2 – Les conséquences de l'imprévision.

Lorsque le bouleversement de l'économie du contrat est établi, le titulaire du marché peut obtenir une indemnité.

Dans l'hypothèse où la stabilisation des circonstances économiques s'effectue à un niveau tel que les clauses contractuelles s'avèrent définitivement inadaptées, les tribunaux considèrent qu'il appartient aux contractants de procéder à l'amiable à leur révision. A défaut d'accord sur ce point, les tribunaux se réservent le droit de prononcer la résiliation du contrat.

Bien que de portée générale, la modification des clauses contractuelles et la résiliation d'un contrat pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement qu'aux concessions. Ce type de contrat étant de très longue durée, le palliatif que constitue l'indemnité d'imprévision est, en effet, insuffisant pour assurer, dans de bonnes conditions, la continuité du service public.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Selon le Tribunal Administratif, le fondement de l'application de cette théorie, en cas de bouleversement de l'économie du contrat, est l'équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt du cocontractant de l'Administration¹ ainsi que l'enrichissement sans cause². La jurisprudence Française a fondé l'indemnisation du cocontractant de l'Administration, sur le principe de continuité de service public³.

La doctrine n'est pas unanime sur les fondements de cette théorie. Pour certains auteurs, le fondement de l'application de cette théorie n'est pas seulement la continuité du service public mais aussi l'équité⁴. Pour le professeur René CHAPUS, le fondement de cette théorie est la continuité du service public⁵.

¹ TA aff n° 22264, 30 juin 2000, Groupe DRAGADOS.c/ CCE pour le compte du ministère de l'agriculture , op cit,

² Ibidem.

³ « Il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe, au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution....que tient compte toute à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service public », CE 30 mars 1916, compagnie d'éclairage de Bordeaux, Rec, p.125, conclusions CHARDENET, GAJA, op cit, p.184.

⁴ A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.526.

⁵ CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1163

L'imprévision constitue une spécificité du régime juridique des contrats administratifs, par rapport au régime des contrats en droit civil qui ne permet aucune place à cette théorie¹ malgré sa consécration par le droit canonique² au moyen âge et en dépit des efforts de la doctrine³ civiliste qui fondait cette théorie sur la bonne foi⁴ ou sur la théorie de l'abus de droit⁵. Ceci n'a pas empêché certains législateurs de la consacrer dans les codes civils⁶. Même s'il est vrai que la théorie aujourd'hui, a perdu beaucoup de son éclat initial⁷. Néanmoins, l'imprévision « n'est pas pour autant devenue un objet de musée »⁸. Cette théorie, aujourd'hui, peut même connaître une renaissance vue l'instabilité économique et financière qui caractérise les économies contemporaines. A tout moment, des événements

¹ ZINE (M.) ; op cit ,p.271.

² J.FLOUR et J.L.AUBERT ; les obligations ; l'acte juridique, 4^{ème} édition par J.L. AUBERT, Paris, Armond Colin, 1990, N° 406.

³ A.WEIL et F.TERRE ; Droit civil, les obligations, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1986, n°406

Dans le même sens :

- ZINE (M.) ; op cit ,p.271.

⁴ ibidem

⁵ B.STARCK,H.ROLAND et L.BOYER ; Droit civil, obligations, 2, contrat, 3^{ème} édition, Paris, Litec, 1989,n°1163.

⁶ Art 269, code civil Polonais de 1934 et art 147 du code égyptien de 1948.

⁷ CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1165.

⁸ Ibidem, p.1166.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

imprévisibles peuvent bouleverser l'économie du contrat. Dans tous les cas, l'application de cette théorie exige le cumul de certaines conditions qui sont au nombre de trois.

1-L'imprévisibilité de l'évènement :

Cette condition découle du nom même de la théorie. L'évènement imprévisible est un évènement extra-ordinaire¹. Que le cocontractant n'a pas raisonnablement prévoir² et « de jouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes qu'elles ont pu envisager »³.

Dans la pratique, la notion d'imprévisibilité ne se définit pas en elle-même. Mais par rapport aux circonstances de l'espèce⁴. De ce fait, le juge administratif va apprécier l'existence de l'imprévision in concreto. Le juge apprécie dans chaque cas d'espèce l'existence ou non de cette condition.

¹ M.A.FLAMME ; Traité des marchés publics, op, cit,p.658.

² A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.585.

³ Conclusion de Corneille sur CE, 3 décembre 1920, Formassol, RDP, 1921,p.80.

⁴ A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.586.

L'œuvre du juge est importante dans ce cadre. Le juge apprécie l'existence ou non de cette condition lors de la conclusion du contrat. Tout comme la jurisprudence du Conseil d'Etat français¹. Cette même démarche a été suivie par le Tribunal Administratif dans l'affaire « DRAGADOS » précitée.

Dans la pratique, l'évènement imprévisible peut être une guerre, une crise économique comme il peut s'agir de tout évènement de nature exceptionnelle². Comme on le remarque, et conformément aux écrits des éminents auteurs de droit administratif, ces évènements ont un caractère économique voire même ces évènements doivent avoir une nature économique³. Cette condition n'est pas sans raison. Sa raison d'être est de servir comme critère de distinction entre l'imprévision et le fait du prince⁴.

L'application de cette théorie exige que l'évènement doit bouleverser l'économie du contrat.

¹ CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec, p.125

Dans le même sens :

- CE, 17 juin 1981 ; Commune du Papeete, Rec, p.814.

² M.GROS ; Droit administratif, op,cit,p.569.

³ M.A.FLAMME ; Traité des marchés publics, T II, op cit, p.569.

⁴ Ibidem.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

2-L'évènement doit bouleverser l'économie du contrat :

L'évènement imprévu pour engendrer l'application de la théorie de l'imprévision doit générer un bouleversement de l'économie du contrat. Ce bouleversement ne doit pas être « une simple rupture de son équilibre financier, l'évènement doit aggraver les charges dans une mesure telle qu'une situation extra-contractuelle se trouve créée »¹.

La jurisprudence du Tribunal Administratif a exigé cette condition pour que le cocontractant aura un droit à une indemnité. Ceci dans l'affaire DRAGADOS précitée ou le Tribunal a précisé que « les principes du droit administratif permettent au cocontractant de l'Administration un droit à une indemnité du préjudice anormal qu'il a subi, lors de l'exécution du contrat, dans des circonstances exceptionnelles et ont bouleversé l'équilibre financier du contrat »². Cette démarche de

¹ CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1164.

² "...إلا أن مبادئ القانون الإداري تبيح لمعاهد الإدارة الحق في التعويض عن الخسائر غير العادية التي لحقت من جزاء العقد في ظروف استثنائية وبصورة مخلة بالتوازن المالي للعقد". م.إ. مجموعة دار قادوس المذكور سابقاً.

la jurisprudence tunisienne est la même qu'a suivit le Conseil d'Etat français¹ d'une manière constante².

Il faut toutefois préciser que la doctrine a exigé que le bouleversement de l'équilibre financier du contrat doit être temporaire³. En application de cette condition la jurisprudence française a refusé l'application de la théorie de l'imprévision dans le cas où le bouleversement de l'équilibre financier du contrat est définitif⁴. La doctrine administrative a vu dans la notion du bouleversement de l'équilibre financier du contrat « une notion relative concrète qui se définit en fonction de chaque espèce »⁵. De ce fait, l'œuvre du juge du contrat, en

¹ CE, 30 mars 1916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, op,cit,

² CE, 12 mai 1982, société des travaux publics et des batiments T.M.E.G, R.D.P, p.273.

³ CHAPUS (R.) ; Droit administratif général, op cit, p.1165.

Dans le même sens :

- AOUIJ-MRAD (A.) ; Les grands services publics, cours, FDSP, Tunis, 1996-1997, p.69.

⁴ « considérant que au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et où les conditions économiques nouvelles ont autre crée une situation définitive...la situation aussi crée. Constitue un cas de force majeure ». CE, 4 juin 2000 ; Commune de STAFFELFELDEN,c/ SA Lyonnaise des eaux Duniez et société SOGEST, CJEG n° 571, décembre 2000, conclusions c. BERGEAL.

Dans le même sens :

- CE, 9 décembre 1930, Compagnie des tramcuays du cherbourg, Rec, p.1050.

⁵ A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.597.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

appréciant s'il y a non un bouleversement de l'économie du contrat est importante.

La jurisprudence a exigé aussi que l'élément constitutif de l'imprévision doit être étranger à la volonté des parties.

3-La condition de l'extériorité :

Pour pouvoir constituer un état d'imprévision l'aléa engendrant le bouleversement de l'équilibre financier du contrat doit être extérieur aux parties. C'est-à-dire extérieure à la volonté du titulaire du marché, cocontractant de l'Administration¹, et à la volonté de l'autorité administrative contractante².

La jurisprudence du Tribunal Administratif a prévu, elle aussi, que le bouleversement de l'économie du contrat peut être du à des faits totalement extérieurs à la volonté des parties³.

¹ CE 8 novembre 1935 ; ville de Lagny, Rec, 1026.

² CE 15 juillet 1949 ; ville d'ELBEUF, op cit, sur cette condition dans la doctrine voir notamment :

- M.Villard, Y.Bachelot et J.M.Romero ; droit et pratique des marchés publics de travaux, Paris, édition le Moniteur 1981, p.325.
- A.DE LAUBADERE, F.MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.590.
- AOUIJ-MRAD (A.) ; Les grands services publics, cours, FDSP, Tunis, 1996-1997, p.69.

³ TA, affaire, DRAGADOS, précitée.

En réalité, cette condition permet de distinguer la théorie de l'imprévision de celle du fait du prince¹.

La réunion de ces conditions ne libère guère le titulaire d'un marché public de ses obligations². Ceci est en harmonie avec la raison d'être de cette théorie, à savoir, permettre la continuité du service public³ malgré l'aléa économique subi par le titulaire d'un marché public. Mais en contre partie, l'imprévision ouvre droit au titulaire du marché public à une indemnité. Cette indemnité est partielle. La doctrine est unanime sur ce point⁴. Malgré l'existence d'une exception⁵. Ce caractère partiel de l'indemnité est consacré par la jurisprudence française.

Quant à la jurisprudence du Tribunal Administratif, elle est muette sur ce point.

¹ M.GROS ; Droit administratif, l'angle jurisprudence, op cit, p.180.

² CE, Sect, 5 novembre ; société propetrol. DALLOZ, 1983, p.245, note J.P. DUBOIS.

³ M.GROS ; Droit administratif, l'angle jurisprudence, op cit, p.180.

⁴ BEN SALAH (H.) ; note de lecture, à propos de l'ouvrage de BEN ACHOUR (Y.) ; droit administratif, CERP, Tunis 1982, servir 1982,p.161.

Dans le même sens :

- CHAPUS (R.) ; droit administratif général, op, cit, p.1165.

- M.GROS ; Droit administratif, l'angle jurisprudence, op cit, p.180.

- A.DE LAUBADERE,F.MODERNE et P.DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, op cit, p.590.

⁵ BEN ACHOUR (Y.) ; droit administratif, op cit, p .413.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

La jurisprudence française ne laisse à la charge du cocontractant qu'une très faible partie du déficit. Cette partie varie entre 10%¹ et 5%².

Il est très rare que la jurisprudence met à la charge du cocontractant une charge qui dépasse 10% de ce déficit³.

4-Les conditions d'indemnisation :

Le Juge Administratif admet une possibilité d'indemnisation dans certaines conditions : D'abord, il faut que l'aléa soit indépendant de la volonté des parties et imprévisible : guerre, crise économique grave, dévaluation monétaire, et difficilement résistible.

Ensuite, le bouleversement doit présenter un caractère temporaire.

Enfin, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat malgré les difficultés rencontrées. L'indemnité d'imprévision fixée sous le contrôle du juge, va couvrir une partie du déficit

¹ CE 9 mai 1962, ville de Bastia, Rec, p.307.

² C.BERGEAL, conclusions sur CE 4 juin 2000, commune de Staffelfelden, CJEG, op cit, p.475.

³ CE 8 novembre 1935, ville de Lagny, op cit.

qu'il a subi (90 à 95 %). L'Etat d'imprévision, toujours temporaire, prendra fin soit par le rétablissement de l'équilibre du contrat, soit par sa résiliation.

B- La force majeure¹ :

La force majeure est un événement qui doit être à la fois extérieur au cocontractant, irrésistible et imprévisible². Il s'agit d'un fait qui ne pouvait, ni être prévu ni être empêché par les

¹ CE arrêt du 09.12.1932 Cie des Tramways de Cherbourg. Dans le cas où des conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais du contribuable, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire.

La doctrine privatiste ainsi qu'administrativiste définissent la force majeure de la même façon « la force majeure est un événement extérieur aux parties imprévisible et irrésistible ».

En droit administratif voir notamment :

- MA FLAMME ; Traité des marchés publics, op cit, p.580.
- M.DEGGUERGUE ; jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, thèse, Paris, LGDJ 1994,p.449.

En droit privé voir notamment :

- ZINE (M.) ; théorie générale des obligations, le contrat, (en langue arabe) ;op cit, p.299.

² CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes, n° 17614.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

parties. Cet événement est totalement indépendant de leur volonté et rend l'exécution du marché absolument impossible¹.

La force majeure se caractérise, comme en droit civil, par son extériorité (en dehors des parties contractantes), son imprévisibilité (cause) et son irrésistibilité (effets) et rendant ainsi, l'exécution du contrat impossible. S'ils sont d'une violence et d'une durée exceptionnelle, les exemples souvent cités sont: ouragans, éboulements, sécheresse.

Le code des obligations et des contrats utilise la notion de force majeure au moins dans trente-huit articles². Cette notion se

¹ La force majeure se définit à travers trois critères :

- L'irrésistibilité qui correspond à l'idée que l'événement constitutif de la force majeure est réellement impossible à surmonter (CE, 25 mai 1990, Abadie, rec. p. 1026).
- L'imprévisibilité. Le juge recherche si l'événement aurait pu être prévu par l'entrepreneur au moment de la conclusion du marché (CAA Bordeaux, 23 mai 1989, SA Smac Acieroid, D., 1990, somm., p. 68). Ce critère s'apprécie par rapport à une région et à une localité et sur une durée de temps assez longue.
- L'extériorité suppose que le fait soit étranger au défendeur qui s'en prévaut, et plus généralement aux parties (CE, 9 novembre 1955, Société des transports routiers Aviat et Cie, rec. p. 230).

² Voir les articles ; 94-96-104-111-280-478-637-644-661-744-779-783-814-815-825-847-850-864-880-968-1003-1007-1022-1075-1143-1207-1267-1273-1338-1410-1412-1415. Données fournies par Besma Louati ; La force

trouve confondue dans le cas fortuit. Ni la jurisprudence¹, ni la doctrine² n'ont fait de distinction entre les deux notions.

En droit administratif, la doctrine, depuis le début de ce siècle, a essayé de distinguer le cas fortuit de la force majeure³. Ces tentatives et ces constructions de la doctrine ont connu un échec⁴.

En matière de marchés publics, le CCAG travaux, en Tunisie, comme en France, prévoit que : « en cas des pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible ou en cas de force majeure, l'entrepreneur peut être indemnisé pour le préjudice subi »⁵. Le Tribunal Administratif tunisien a confirmé

majeure en droit civil tunisien, mémoire de DEA en droit privé, Faculté des Droits et des Sciences Politiques, Tunis, 1993,p.16.

¹ « Le cas fortuit est assimilé à la force majeure. Tout deux ont les mêmes effets juridiques sans aucune distinction », Cassation civile, n°7793, 29 avril 1971, n°6-1972, p.43.

²

محمد الشريف : هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ؟، مجلة القضاء والتشريع ، 1987، ص25،

³ HAURIOU (M.), note, sous CE, 10 mai 1912, EMBROSINI, DALLOZ,1914,3,p.73. : Le Doyen M.HAURIOU est considéré par la doctrine comme étant le père fondateur de cette tentative de distinction.

⁴ SEGUR (Ph.) ; Le cas fortuit en droit administratif ou échec d'une construction doctrinale, AJDA n°3, 1994,p.171.

⁵ Art. 18-3 CCAG (travaux) ; cet article est inspiré de l'article 18-3 CCAG (travaux) français, les deux articles sont rédigés de la même façon.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

que la réalisation d'un évènement constituant un cas de force majeure, rompant l'équilibre financier du contrat ouvre au titulaire d'un marché public droit à une indemnité¹.

Dans tous les cas, la force majeure, rompant l'équilibre financier du contrat ouvre au titulaire d'un marché public droit à une indemnité.

Dans tous les cas, la force majeure ne peut ouvrir au titulaire du marché public droit à une indemnité que si elle remplit trois conditions ; L'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité².

Pour ce qui concerne l'élément de l'extériorité on remarque que le CCAG travaux n'a pas prévu expressément cette condition. Néanmoins, on peut soutenir que l'article 18-3 CCAG travaux l'a prévu implicitement. Car en principe cette condition va de soi. Un évènement constituant une force majeure ne peut guère être imputable au titulaire du marché ne lui aura pas droit à une indemnité. Dans l'hypothèse ou l'évènement est imputable à

Les requérants doivent rapporter les éléments de nature à établir le bien fondé du moyen tiré de ce que l'évènement ou le phénomène naturel invoqué serait imputable à des circonstances constitutives de la force majeure. Ces évènements peuvent être causés soit par des faits naturels (intempéries exceptionnelles), soit par des faits de l'homme (grève, guerre).

¹ TA affaire DRAGADOS précitée.

² Art. 282 C.O.C.

l'Administration contractante on serait dans le cadre d'un fait du prince.

La jurisprudence du Tribunal Administratif, elle non plus, n'a pas prévu expressément l'élément de l'extériorité d'une manière expresse comme elle l'avait fait en traitant la théorie des sujétions imprévues¹.

Le Tribunal Administratif, en réalité, prévoit cette condition d'une manière implicite car il prévoit que le bouleversement de l'équilibre financier du contrat peut être imputable à des faits totalement extérieurs à la volonté des parties². C'est pour cette raison qu'on peut déduire que dans les événements pouvant constituer un cas de force majeure la condition de l'extériorité est présumée par le Tribunal Administratif³. A travers la jurisprudence DRAGADOS, on peut dire que le Tribunal Administratif ne nie pas la condition de l'extériorité, comme l'art 18-3 CCAG travaux, mais seulement le raisonnement du Tribunal Administratif n'est pas assez explicite. Cette tendance du juge administratif est la même en matière du responsabilité

¹ Voir infra.

² Affaire DRAGADOS précitée.

³ Affaire DRAGADOS précitée.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

extra- contractuelle¹ de l'Administration. Cette tendance fait ressortir une certaine incertitude quant à l'utilité de la notion d'extériorité². Dès lors, plus de clarté dans la jurisprudence du Tribunal Administratif sur ce point est souhaitable.

Le deuxième élément constitutif de la force majeure est l'imprévisibilité. L'article 18CCAG travaux précise que le cas de force majeure « n'était pas normalement prévisible ». La jurisprudence du Tribunal Administratif dans l'affaire DRAGADOS est allée dans ce sens. Sans toutefois, l'expliciter. Dans l'affaire DRAGADOS précitée, le Tribunal Administratif a conclu qu'une grève, dont l'étendue est limitée aux ouvriers du chantier, ne peut pas constituer un cas de force majeure. Le fondement de cette conclusion n'était pas le défaut de l'un des trois des conditions de la force majeure. Mais plutôt des dispositions du CCAG. Il était plus logique de fonder cette conclusion non pas sur les stipulations du CCAG. Mais plutôt sur le défaut de l'une des conditions de la force majeure. Cette

¹ TA affaire n° 1067, 1^{er} mars 1993, le CCAG pour le compte du ministère de 'équipement et de l'habitat C./ Salah BEN MOHAMED KADDAS, donnée fournie par Noomen NCIRI, op cit, annexe n° 3, p.63.

² NCIRI (N.) ; Les causes d'exonération de la responsabilité, op cit , p.20.

logique, la bonne, paraît plus utile car dans l'hypothèse où le CCAG ne précise pas si un tel événement constitue ou non un cas de force majeure on ne sait pas sur quelle base le Tribunal Administratif pourra le faire.

Il était plus souhaitable que le Tribunal Administratif précise d'avantage cette condition de la force majeure considérée par la doctrine comme étant « la condition essentielle, sinon exclusive »¹ de la force majeure.

La jurisprudence française est plus précise et plus nette que celle du Tribunal Administratif. Le Conseil d'Etat a formulé cette condition comme suit « considérant qu'il résulte de l'instruction que la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'ILLZACH avait un caractère irrésistible et a constitué...un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune »².

¹ DRACY (G.) ; note sous CE, 25 mai 1990, Abadie, AJDA 1990, au même « la responsabilité de l'Administration », Dalloz, 1996,p.129.

² CE 4 juin 2000 ; commune de STAFFELFELDEN précitée.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

L'extériorité ainsi que l'imprévisibilité ne suffisent pas pour pouvoir mettre en œuvre la théorie de la force majeure. Une troisième condition est exigée : l'irrésistibilité.

Un événement pour pouvoir constituer un cas de force majeure doit être « irrésistible dans ses conséquences, ou si l'on veut, celles-ci doivent avoir été inévitables, insurmontables, le défendeur doit s'être trouvé dans l'impossibilité d'agir autrement qu'il a fait et il fait que toute autre personne placée dans la même situation, n'ait pu agir autrement ; il doit avoir le simple instrument passif d'un vis major »¹.

La condition de l'irrésistibilité est exigée par le COC² aussi que par le CCAG travaux³. L'irrésistibilité distingue nettement la force majeure de l'imprévision.

La jurisprudence de la cour de cassation a exigé l'irrésistibilité⁴ pour appliquer la théorie de force majeure.

¹ CHAPUS (R.) ; responsabilité publique et responsabilité privée, op cit, p.448.

² Article 283 COC.

³ Article 18-2 et 18-3 CCAG (travaux).

⁴ " يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة"، قرار تعقيبي مدني عدد 7713 ، 8 أفريل 1971، مجلة القضاء والتشريع عدد 6 ، 1972 ، ص43.
في نفس الإتجاه:
- قرار تعقيبي مدني عدد 14549 ، 20 فيفري 1986.

La cour de cassation a rappelé, à maintes reprises, cette condition.

Sur cette condition, le Tribunal Administratif n'est pas assez claire contrairement au Conseil 'Etat français qui a précisé cette condition de la façon suivante « considérant qu'il résulte de l'instruction que la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'ILLZACH avait un caractère irrésistible »¹.

Il faut rappeler que la réalisation des éléments de la force majeure doit entraîner un bouleversement définitif de l'équilibre financier du contrat².

Aussi, faut-il rappeler que le titulaire d'un marché, et pour pouvoir être indemnisé en cas de force majeure doit strictement respecter les conditions de formes prévues par l'article 18-3 du CCAG travaux. Le titulaire du marché doit signaler, dans les fixes jours qui suivent le phénomène, les faits par écrit. Le défaut de réclamation dans les délais prévus par le CCAG prive

¹ CE 4 juin 2000 ; commune de STAFFELFELDEN, op cit.

² CE, 9 décembre 1932 ; compagnies des tramways de Cherbourg, Rec,p.1050, GAJA, op cit, p.292. س

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

le cocontractant de l'Administration de se prévaloir de la force majeure¹.

En définitive, il est vrai que le Tribunal Administratif, confirme très nettement qu'un événement, constitutif de la force majeure permet l'indemnisation du titulaire d'un marché public. Néanmoins, cette jurisprudence est moins claire sur les éléments constitutifs de la force majeure ceci, contrairement à la jurisprudence française, considérée par M. MESTRE comme une source d'inspiration pour le juge tunisien².

Pour conclure, l'indemnisation du prestataire, cocontractant de l'Administration sur la base de la force majeure constitue de ce fait « une originalité fondamentale de la théorie de la force majeure en droit administratif »³, et constitue de ce fait « une exception notable à l'absence d'obligation à la dette de l'Administration contractant en cas de force majeure »⁴.

¹ CE, 3 novembre 1950 ; ministre de la guerre.

² MESTRE (A.) ; Brèves observations sur la première jurisprudence du Tribunal administratif (1975.79),RTD,1980,p.527.

³ TERNEYRE (Ph.) ; La responsabilité contractuelle...,op cit,p.221.

⁴ TERNEYRE (Ph.) ; La responsabilité contractuelle...,op cit,p.221.

L'établissement de la situation de la force majeure permet de justifier aussi bien l'inaction de l'Administration¹ que le manquement de l'entrepreneur. L'entrepreneur est libéré de son obligation d'exécution². Toutefois, si la force majeure prend fin, l'obligation d'exécuter le marché s'impose à nouveau à l'entrepreneur³.

Paragraphe deuxième : Les sujétions imprévues :

Une théorie propre aux marchés publics des travaux⁴ :

Sujétions techniques pour lesquelles le titulaire d'un marché a droit à être indemnisé par la personne publique. Ce sont des cas pour lesquels le marché ne peut pas être exécuté dans ses conditions initiales. Elles peuvent engendrer le

¹CE, 13 juillet 1961, Société indochinoise d'électricité, rec. p.519

² CE, 29 janvier 1909, précité

³ CE, 5 janvier 1924, Compagnie Gar, rec. p. 18.

⁴ Sur la définition de marché public des travaux voir dans la jurisprudence :

- TA 2^{ème} Chambre, affaire n° 21258, 30 juin 1998 CCE pour le compte de la commissariat régionale de l'agriculture de Kasserine c/ société Chaabane et compagnie.

- CE, 10 février 1978 ; Société Muller, AJDA, n°2, 1979,p.46.

Sur cette définition dans la doctrine voir ;

- G.LIET VEAUX ; Le droit de la construction, 2^{ème} édition, Paris, édition CELSE,1972, p.229 et s.

- DUFAU (J) ; marché des travaux publics, notion, JCA Fasc. 520, 1997.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

versement d'une indemnité ou une modification du contrat. Pour pouvoir être qualifiées comme telles, **ces sujétions doivent être extérieures aux parties, avoir un caractère imprévisible et entraîner un bouleversement de l'économie du marché**¹.

Le cocontractant (l'entrepreneur) se heurte à des difficultés matérielles d'exécution non prévues et qui sont extérieures à sa volonté et qui augmentent ses charges alors l'Administration contractante doit l'indemniser de ce supplément de dépenses. Il faut toutefois que les sujétions imprévues aient bouleversées le contrat².

¹ Le cocontractant, a, dans ce cas droit à être intégralement indemnisé.

Les conditions ont été définies comme suit (Source : Conseil d'Etat, 30 juillet 2003, , n° 223445, Commune de LENS).

Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues que

- des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel
- imprévisibles lors de la conclusion du contrat
- et dont la cause est extérieure aux parties.

C'est donc une théorie d'origine jurisprudentielle, mais le CMP en fait mention.

² Certaines clauses sont prédéterminées, déjà rédigées pour ce qui concerne les MP, les contrats domaniaux, un cahier des clauses qui est imposé à la volonté des parties dans code _____ qui les régit pour encadrer les politiques contractuelles des collectivités publiques. Pour les Marchés publics :

Le régime juridique des marchés publics de travaux « présente un intérêt juridique particulièrement grand »¹. L'une des particularités de ce régime juridique est incontestablement la théorie des sujétions imprévues².

- Les documents généraux : le code des MP -08.01.2004-
- Les documents particuliers

Le C.A.G : ces cahiers sont adaptés à l'objet du marché et ils sont notamment relatifs à l'établissement des prix aux modalités de financement, aux conditions de réalisation des prestations. Le C.T.G : il reprend les aspects techniques du marché, à côté de ces documents, les documents particuliers propres à chaque marché : le CAP, le C C T P. Avant la conclusion du contrat, ces cahiers sont des règles obligatoires, une fois qu'ils sont incorporés dans le contrat, ils acquièrent une valeur juridique contractuelle. Toute modification dans ces cahiers est sans incidence du contenu des contrats sauf avenant, ou loi contraire.

¹ A.DE LAUBADERE et YVES GAUDMET ; Traité de droit administratif, T II, droit des biens, 11^{ème} édition, Paris, LGDJ, 1998, p.376.

² توفيق الغناني " المسؤولية الإدارية التعاقدية "، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الذي نظمته كلية الحقوق بصفاقس حول " المسؤولية الإدارية اليوم"، يومي 7 و 8 أبريل 2006، ص.234 "نظرية الأشغال الإضافية" ظهرت هذه النظرية في العموم إطار صفقات الأشغال الإدارية ولكن لا مانع من تطبيق مبادئها في مجال الصفقات ومفادها بقية أصناف أن معاهد الإدارة قد ينفذ من تلقاء نفسه أشغالا إضافية في غياب إذن منها أو إتفاق معها ومع ذلك فهو يستحق تعويضا عما أنجزه على أساس المسؤولية والتي بالنيابة التعاقدية دون خطأ تبرر في هذه الحالة المشتركة للمتعاقدين إلا أن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من تأسيسها على فكرة من وحي القانون المدني . ونعني نظرية العمل الفضولي إلا أن هذه المسؤولية تظل حسب فقه القضاء الإداري الفرنسي إستثنائية ومحدودة الشروط فهي تستوجب لإعمالها توفر جملة من أولها أن تكون الأشغال الإضافية ضرورية وحتمية ضمانا لحسن تنفيذ الموضوع وهذا الأصلي للعقد وعلى معاهد الإدارة إثبات ذلك هو توجه المحكمة وثبتت صراحة الإدارية التونسية أو الضرورة مثلا بإعتراف الإدارة عدم مجادلتها فيما أثبتته معاقدها والأشغال الإضافية مذكورة في الضرورية متعددة منها لا ما يمس متانة وسلامة الأسس التي يبنى عليها المنشأ العقد أو موضوع الأشغال التي تفرضها هياكل الرقابة أو المرافق العامة لهدف أمني عن أو الغير عدة تعديلات أدخلتها الإدارة على تنفيذ العقد تسبب فيها وقد لا ضروري يتعلق الأمر بأشغال إضافية بل بأشغال إضافية (utiles) مفيدة أي دون أن تستدعيها ضرورة حسن تنفيذ العقد فهي تعود بالنفع على الإدارة وعلى العقد موضوع . في هذه الحالة يمكن التعويض عنها على أساس المسؤولية التعاقدية دون خطأ أو شريطة موافقة الإدارة عليها عدم لها وتبرير التعويض في معارضتها هذه الحالة هو فكرة الإثراء بدون فائدة الإدارة سبب التي تتمتع بسلطات رقابة موسعة إكتشفت الأشغال الإضافية ولم تعارضها واستفادت منها دون أي سند قانوني فيكون

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Il est à noter que le texte règlement les marchés publics ne nous fournit pas une définition de cette théorie même si le CCAG travaux la consacre tant en Tunisie¹ qu'en France².

La jurisprudence ainsi que la doctrine nous fournissent une définition de cette théorie.

Le Tribunal Administratif a défini, très clairement la théorie des sujétions imprévues comme suit « la théorie des sujétions imprévues est le cas dans lequel le cocontractant rencontre lors de l'exécution de ses obligations contractuelles des difficultés purement matérielles, totalement extérieurs à la volonté des parties, ayant un caractère exceptionnel et anormal et imprévisible au moment de la conclusion du contrat »³. Cette définition, comme l'a précisé le Tribunal Administratif est inspirée de la doctrine⁴. La théorie des sujétions imprévues est

التعويض مبررا وهو ما إستقر عليه الفرنسي القضاء الإداري . والموافقة قد تكون صريحة الإدار أو ضمنية كتأشير على الأشغال أو التزامها بها الإضافية بعد معاينتها أو الصمت تجاهها مع علمها تسلم فالقبول التعويض الأشغال أو المواد الإضافية...".

¹ Article 18-3 CCAG (travaux).

² Article 18-3 CCAG (travaux).

³

" وحيث يعرف فقهاء القانون الإداري نظرية الصعوبات غير المتوقعة على أنها الصورة التي يتعرض فيها معاهد الإدارة عند تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى صعوبات مادية بحتة وتكون هذه الصعوبات خارجة تماما عن طرفي العقد وتكون ذات صبغة استثنائية وغير عادية ولم يكن لأحد من طرفي العقد التنبؤ بها أو توقع حدوثها زمن إبرام العقد". مجموعة دار أقادوس المذكور سابقا.

⁴ Voir par exemple :

une création jurisprudentielle dont le champ d'application est le marché des travaux publics. Ceci rend son champ d'application un peu réduit. La doctrine a considéré que la jurisprudence a tort¹ de limiter le champ d'application de cette théorie.

Le Tribunal Administratif a consacré cette conception restrictive et limitative du champ d'application de cette théorie. Il a, dans l'affaire DRAGADOS, précisé sans équivoque que « le champ d'application, naturel, de cette théorie demeure les marchés de travaux publics »².

Pour pouvoir bénéficier d'une indemnité sur la base des sujétions imprévues, l'entrepreneur, cocontractant de l'Administration, doit prouver l'existence de toutes les conditions de cette théorie (A). L'œuvre du juge en appréciant l'existence ou non des sujétions imprévues est importante (B).

A- Les conditions de sujétions imprévues :

-
- A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, T II, op cit, p.499.
 - A. DE LAUBADERE et Y GAUDEMET ; Traité de droit administratif, T II, op cit, p.416.
 - BOUACHBA (T.) ; principes du droit administratif tunisien, op cit, p.359.

¹ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE ; Traité des contrats administratifs, T II, op cit, p.501.

²

" وحيث أنّ المجال الطبيعي لتطبيق هذه النظرية يبقى ميدان عقود الأشغال العامة".

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Diverses conditions sont exigées par la jurisprudence pour appliquer la théorie des sujétions imprévues. Le Tribunal Administratif a précisé ces conditions dans l'affaire DRAGADOS, qui est l'unique décision qui traite des sujétions imprévues¹.

Tout d'abord, le Tribunal Administratif exige que les difficultés rencontrées par l'entrepreneur soient « purement matérielles »². Conformément à l'article 18-3 CCAG travaux l'expression « purement matérielle » s'interprète comme étant synonyme à tout phénomène naturel. L'article 18-3 CCAG travaux a limité les sujétions imprévues aux phénomènes naturels. Cette condition fait distinguer les sujétions imprévues de la force majeure qui peuvent être constituées par toute sorte

¹ A notre connaissance, il n'y avait pas de jurisprudence antérieure qui traite la théorie des sujétions imprévues. Dans cette affaire, le Tribunal Administratif a précisé sans équivoque les conditions de cette théorie, ceci contrairement à ce qu'il a fait avec la théorie de la force majeure, de la façon suivante :

" وحيث يعرف فقهاء القانون الإداري نظرية الصعوبات غير المتوقعة على أنها الصورة التي يتعرّض فيها معاهد الإدارة عند تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى صعوبات مادية بحتة وتكون هذه الصعوبات خارجة تماما عن طرفي العقد وتكون ذات صبغة استثنائية وغير عادية ولم يكن لأحد من طرفي العقد التنبؤ بها أو توقع حدوثها زمن إبرام العقد. " مجموعة دراقادوس المذكور سابقا.

² Affaire DRAGADOS, précitée.

d'évènement¹. Aussi cette condition fait distinguer les sujétions imprévues d'autres événements économiques, sociaux...etc².

Ensuite, les sujétions imprévues, pour donner lieu à une indemnité à l'entrepreneur, doivent « être totalement extérieures aux parties »³. En réalité, cette condition va de soi car les événements pouvant constituer des sujétions imprévues sont des phénomènes naturels, qui, par définition sont extérieurs à la volonté des parties. La condition d'extériorité, de ce fait, n'a qu'une utilité réduite dans cette théorie. Contrairement à son importance dans le cadre de la force majeure.

Aussi, l'application sujétions imprévues exige le caractère exceptionnel et anormal de l'évènement : Pour qu'un événement puisse constituer un cas de sujétion imprévue, il doit être « anormal et exceptionnel »⁴. Le Tribunal Administratif a exigé explicitement cette condition. Les qualificatifs « anormal et

¹ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE ; Traité des contrats administratifs, T II, op cit, p.501.

² DUFAU (J.) ; marchés des travaux publics, régime juridique, formation et exécution, op cit, p.13.

³ " وهذا ما أمدته المحكمة الإدارية في قضية دراقادوس المذكورة على النحو التالي: " وتكون هذه الصعوبات خارجة تماما عن إرادة طرفي العقد".

⁴ " ... وتكون ذات صبغة استثنائية وغير عادية "، مجموعة دراقادوس المذكور سابقا.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

exceptionnel » terminologiquement ne sont pas synonymes. Le Tribunal Administratif n'est pas très suffisamment claire sur ce point. Les deux notions ne sont pas synonymes. En réalité, les deux expressions sont fonctionnelles. Le caractère anormal est l'effet du caractère exceptionnel des sujétions. La sujétion n'est anormale que si elle est exceptionnelle. On peut trouver un écho à cette analyse dans la jurisprudence du Tribunal Administratif qui utilise, toujours dans l'affaire DRAGADOS, l'expression « exceptionnel » avant l'expression anormal.

Cette distinction a une portée théorique. L'application de ce caractère anormal et exceptionnel des sujétions se fait subjectivement in concreto pour chaque cas d'espèce en se basant sur les pièces constitutives du marché et les exigences de l'exécution du contrat¹.

L'imprévisibilité : Cette condition est exigée par les CCAG travaux tant en Tunisie qu'en France². Le Tribunal Administratif a exigé cette condition en utilisant trois expressions d'une manière alternative. Le Tribunal Administratif a exigé que la

¹ Affaire DRAGADOS, précitée.

² Les deux CCAG tunisien ainsi que français retiennent la même formule au sein de l'article 18-3.

sujétion ne soit pas prédite ou imprévisible. Ces expressions, imprévisible, soudain et n'est prédit sont alternatives. Si on peut admettre le caractère alternatif pour les deux premières expressions car la soudaineté est l'une des deux caractéristiques de l'imprévisibilité¹. Il est préférable de se contenter uniquement de l'expression « imprévisible » pour éviter toute équivoque éventuelle.

Le Tribunal Administratif, dans l'affaire DRAGADOS, considère que le caractère imprévisible des sujétions est l'effet du caractère imprévisible et exceptionnel des sujétions².

La sujétion imprévue doit être imprévisible par rapport à la date de conclusion du contrat³. Le tribunal Administratif a exigé que ces conditions soient cumulatives⁴. L'absence de l'une quelconque de ces conditions rend la théorie inapplicable⁵.

¹ Sur ce point voir :

- PONTIER (J.M) ; L'imprévisibilité, RDP, 1986, p.5.

² "وحيث أنّ المجال الطبيعي لتطبيق هذه النظرية يبقى ميدان عقود الأشغال العامة نظرا لكون الصعوبات المعترضة يجب أن تكون ذات صبغة مادية شكلت بما لها من طابع استثنائي وغير عادي عنصر مفاجئا لطرفي العقد وأدت إلى اختلال توازنه المالي."

³ "وحيث يعرف فقهاء القانون الإداري نظرية الصعوبات غير المتوقعة... ولم يكن لأحد من طرفي العقد التنبؤ بها أو توقع حدوثها زمن إبرام العقد." مجموعة دراقادوس المذكور سابقا.

⁴ "وحيث أنّه لإعمال هذه النظرية يجب أن تكون أركانها المذكورة متوفرة ومجمعة."

⁵ "وحيث تجلّى هكذا بفعل تقصير المفاوضة كما ثبت من تقارير الخبراء أنّ الصعوبات التي اعترضتها... وهو ما يفقد نظرية الصعوبات غير المتوقعة بعض ركائزها ويجعلها بالتالي غير ممكنة التطبيق"

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Aussi, le Tribunal Administratif, conformément à la jurisprudence française ainsi qu'à la doctrine de droit administratif, exige que les sujétions imprévues bouleversent l'économie du contrat¹. La précision et la clarté sont les deux traits essentiels qui ont caractérisé la jurisprudence du Tribunal Administratif qui a suffisamment, éclairci les éléments de cette théorie. En réalité, cette clarté et cette précision sont souhaitées dans toutes les décisions du Tribunal Administratif.

La réalisation de toutes ces conditions est insuffisante pour ouvrir à l'entrepreneur, cocontractant de l'Administration, le droit à une indemnité. Ce dernier est tenu de signaler, dans les dix jours qui suivent les sujétions imprévues, les faits par écrit conformément à l'article 18-3 CCAG (travaux).

B- L'appréciation par le juge des sujétions imprévues :

Le juge administratif tunisien a précisé l'étendue de sa compétence en matière contractuelle en s'exprimant comme suit « considérant que le domaine des contrats administratifs la compétence du juge administratif en matière de réparation

¹ Affaire DRAGADOS, précitée.

s'étend à toute l'opération de contractualisation de son amont jusqu'à son aval »¹.

En appréciant l'existence ou l'inexistence des sujétions imprévues le juge dispose d'un pouvoir assez important.

Toutefois, l'appréciation du juge ne peut être que concrète. Le juge du contrat, pour apprécier l'existence ou l'inexistence des sujétions imprévues, doit recourir aux faits ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles l'entrepreneur a exécuté le contrat.

Pour pouvoir mieux le faire, le juge administratif doit ainsi se référer aux pièces constitutives du marché ainsi que ses clauses. De ce fait, le contrat « demeure la source fondamentale et le point de départ pour conclure(...) s'il ya ou non un cas de sujétions imprévues... »².

Le juge administratif aussi dispose d'un pouvoir assez important qui lui permet de recourir aux avis des experts et à leurs rapports.

¹ Affaire ETTAKADOM, précitée.

² "حيث يظل هكذا عقد الصفقة هو المرجع الأساسي ويكون منطلقا للبت في مدى وجود صورة تطبيق الاستثناءات المذكورة آنفا بشكل عام وللتحقق من وجود صورة أعمال نظرية الصعوبات غير المتوقعة."

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

Le Tribunal Administratif a nié le caractère exceptionnel des modifications non prévues par le marché pour conclure à l'inexistence des sujétions imprévues, en se basant sur les rapports des experts désignés par l'Administration ainsi que par la requérante¹.

Le recours à ce genre d'expertises est nécessaire, voire même indispensable, lors de l'appréciation des faits. La conclusion du juge, pour avoir une assise scientifique, pour être plus juste et plus équitable, doit se fonder sur les rapports et les avis de professionnels, surtout dans le domaine, des marchés publics de travaux, ou les connaissances techniques du juge ne peut pas être que limitées.

Les avis et les rapports des experts peuvent éclairer le juge. Ce dernier a constaté l'inexistence du caractère anormal, exceptionnel et imprévisible des sujétions en se basant sur les rapports des experts. Le Tribunal Administratif a précisé que « considérant que les experts, qu'ils soient désignés par l'Administration ou recrutés par la requérante, sont unanimes sur l'inexistence des sujétions anormales et d'une nature

¹ Au moins dans quatre

exceptionnelle qui constituent un évènement fortuit et imprévisible... ».

A l'issue de l'étude des cas d'inexécution des marchés publics, nous pouvons conclure que la responsabilité administrative pour cause d'inexécution des marchés publics d'une manière particulière et la responsabilité administrative contractuelle, d'une manière générale, n'est pas toujours subordonnée à la faute. Elle existe en dehors de toute faute imputable à l'Administration. Nous avons aussi remarqué que l'Administration, dans l'exécution des marchés publics, est dotée des privilèges. Ce qui peut léser les intérêts de son cocontractant toutefois l'action de l'Administration d'une manière générale qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle n'est pas absolue. En matière des marchés publics l'inexécution d'un marché public, qu'elle soit pour faute ou sans faute, engage la responsabilité de l'Administration. Et de ce fait, l'Administration sera sanctionnée.

La conclusion insiste sur l'idée que l'équilibre doit être recherché non seulement dans le contrat mais par le contrat, en lui-même vecteur de l'équilibre en dépit d'un

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

environnement juridique et économique prompt à favoriser le déséquilibre des relations contractuelles.

Le pouvoir réglementaire a su réformer le code de marchés publics par l'adoption de nombreux décrets afin de répondre d'une part aux exigences du droit communautaire et d'autre part aux attentes d'efficience de notre économie.

Toutefois, l'ambition réformatrice reste modeste et aurait pu aboutir à un « code de la commande publique » qui aurait couvert également les délégations de service public.

Par ailleurs, il aurait été souhaitable que le législateur intervienne pour accorder à cette réforme une dimension législative et non pas seulement réglementaire même s'il a été admis que le recours à la loi n'était pas nécessaire.

Bibliographies

1- Les Ouvrages:

- 1- A.DE LAUBADERE , F. MODERNE et P.DELVOLVE ;
Traité des contrats administratifs
- 2- BEN SALAH (H.) ; note de lecture, à propos de l'ouvrage de
BEN ACHOUR (Y.) ; droit administratif, CERP, Tunis 1982,
servir 1982,p.161.
- 3-CHAPUS (R.) ; Le contrôle et le contentieux de
l'Administration en Tunisie, cahiers du centre de recherche et
d'études de l'Administration, n°3, Tunis, ENA, 1968..
- 4- S.BADAOUI, le fait du prince dans le contrat administratif,
thèse, L. G. D. J. 1955..
- 5-M.Villard, Y.Bachelot et J.M.Romero ; droit et pratique des
marchés publics de travaux, Paris, édition le Moniteur 1981.
- 6- M.DEGGUERGUE ; jurisprudence et doctrine dans
l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, thèse,
Paris, LGDJ 1994.
- 7- G. LIET VEAUX ; Le droit de la construction, 2^{ème} édition,
Paris, édition CELSE,1972.

2-Les Articles:

- 1- A. MESTRE, Note sous CE,15 juillet 1949, ville d'Elbeuf,
Sirey 1950, p.61.
- 2- A.WEIL et F.TERRE ; Droit civil, les obligations, 4^{ème} édition,
Paris, Dalloz, 1986, n°406
- 3- AOUIJ-MRAD (A.) ; Les grands services publics, cours,
FDSP, Tunis, 1996-1997, p.69.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

4-HAURIOU (M.), note, sous CE, 10 mai 1912, EMBROSINI, DALLOZ, 1914, 3, p.73.

5- B.STARCK, H.ROLAND et L.BOYER ; Droit civil, obligations, 2, contrat, 3^{ème} édition, Paris, Litec, 1989, n°1163.

6-DRACY (G.) ; note sous CE, 25 mai 1990, Abadie, AJDA 1990, au même « la responsabilité de l'Administration », Dalloz, 1996, p.129.

7-SEGUR (Ph.) ; Le cas fortuit en droit administratif ou échec d'une construction doctrinale, AJDA n°3, 1994, p.171.

8-NOGUELLON (R.) : Nouveau code des marchés publics, éditions du Jurisclasseur, 2004, p.1

9-BOUACHBA (T.) : La réglementation des marchés publics : les lignes directrices, chronique (marchés publics), infos Juridiques, n° 26/27, juin 2007, p.6.

10- M.HAURIOU, note sous C.E , 8 mars 1901, *prevet.c/* ministre de la guerre, Sirey, III, 1902, p.73.

11- M.WALINE ; Traité élémentaire de droit administratif, 6^{ème} édition, Paris, Sirey, 1961, p.695.

12-J.FLOUR et J.L.AUBERT ; les obligations ; l'acte juridique, 4^{ème} édition par J.L. AUBERT, Paris, Armond Colin, 1990, N° 406.

11- PONTIER (J.M) ; L'imprévisibilité, RDP, 1986, p.5.

12- MESTRE (A.) ; Brèves observations sur la première jurisprudence du Tribunal administratif (1975.79), RTD, 1980, p.527.

13- DUFAU (J) ; marché des travaux publics, notion, JCA Fasc. 520, 1997.

3-Thèses et Mémoires:

1- FOURATI (S.) : L'évolution du régime de l'exécution des marchés publics, in Colloque organisé par l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, l'Union Tunisienne de l'Industrie du commerce et de l'Artisanat (Union régional de Sfax), et Association des juristes de Sfax, le 12 et 13 février 2010, p.1, inédit.

2-Besma Louati ; La force majeure en droit civil tunisien, mémoire de DEA en droit privé, Faculté des Droits et des Sciences Politiques, Tunis, 1993,p.16.

4-Les lois:

1- Décret n° 2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés publics, JORT, 20 décembre 2002, n° 103, p.3036-3056 tel que modifié et complété par le décret n° 2003-1638 du 4 août 2003, le décret n°2004-2551 du 2 novembre 2004, le décret n°2006-2167 du 10 août 2006, le décret n° 2007-1329 du 4 juin 2007, le décret n° 2008- 561 du 4 mars 2008 et le décret n° 2008-2471 du 5 juillet 2008, le décret n°2008-562 du 4 mars 2008 et le décret n°2009-3018 du 19 octobre 2009.

2- Décret n° 2012-515 du 2 juin 2012 portant modification du décret n°2002-3158 portant réglementation des marchés publics et le décret n°2011-623 du 23 mai 2011 portant dispositions spécifiques pour la réglementation des marchés publics.

3- Code civil Polonais de 1934 et art 147 du code égyptien de 1948.

5-Jurisprudences:

1- CE 28 décembre 1924 *Tanti* : Recueil Lebon p. 940

2- Conseil d'État 28 avril 1939 *Cie des chemins de fer de l'Ouest* : RDP 1940 p. 58

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

- 3- Conseil d'État 10 février 1943 *Aurran* : Recueil Lebon, p. 36
- 4- CE, 02.02.1983, Union des Transports Publics Urbains et Régionaux.
- 5- CE, 20 octobre 1971, compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec, p.624.
- 6- CE, 14 mai 1926, POUILLARD, Rec, p.498.
- 7-CE, 7mai 1982, société sogepare-Paris,Rec,Tab, p.669.
- 8- CE, 27 juillet 1906 ; Compagnie PLM, Rec, p.702, sur la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat en raison de l'exercice de la fonction législative voir CE Ass, 14 janvier 1938 « La société anonymes des produits laitiers la fleurette ». Rec, p.25
- 9- CE 30/3/1916 : Gaz de Bordeaux : D.1916, 3, p.25
- 10- CE, 30 mars 1916, n° 59928 Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.
- 11- CE arrêt du 30.03.1916 Cie Générale d'éclairage de Bordeaux. Contrat Ville de Bordeaux antérieur à 1914.

- 12- TA aff n° 22264, 30 juin 2000, Groupe DRAGADOS.c/ CCE pour le compte du ministère
- 13- Conclusion de Corneille sur CE, 3 décembre 1920, Formassol, RDP, 1921,p.80.
- 14- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec, p.125
- 15-CE, 17 juin 1981 ; Commune du Papecte, Rec, p.814.
- 16- CE, 12 mai 1982, société des travaux publics et des batiments T.M.E.G, R.D.P, p.273.
- 17- CE, 4 juin 2000 ; Commune de STAFFELFELDEN,c/ SA Lyonnaise des eaux Duniez et société SOGEST, CJEG n° 571, décembre 2000, conclusions c. BERGEAL.
- 18-CE, 9 décembre 1930, Compagnie des tramcuays du cherbourg, Rec, p.1050.
- 19- CE 8 novembre 1935 ; ville de Lagny, Rec, 1026.
- 20- CE, Sect, 5 novembre ; société propetrol. DALLOZ, 1983, p.245, note J.P. DUBOIS.
- 21- CE 9 mai 1962, ville de Bastia, Rec, p.307.
- 22- CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes, n° 17614.
- 23- Cassation civile, n°7793, 29 avril 1971, n°6-1972, p.43.
- 24- CE, 10 février 1978 ; Société Muller, AJDA, n°2, 1979, p.46.
- 25- TA 2^{ème} Chambre, affaire n° 21258, 30 juin 1998 CCE pour le compte du commissariat régionale de l'agriculture de Kasserine c/ société Chaabane et compagnie.
- 26-Conseil d'Etat, 30 juillet 2003, , n° 223445, Commune de LENS.

27- Le principe de l'équilibre financier du contrat administratif des marchés publics

المراجع باللغة العربية:

- 1- توفيق الغناي " المسؤولية الإدارية التعاقدية " ، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الذي نظّمته كلية الحقوق بصفافس حول " المسؤولية الإدارية اليوم "، يومي 7 و 8 أبريل 2006، ص.235.
- 2- محمد الشريف : هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ؟، مجلة القضاء والتشريع ، 1987، ص،25،
- 3- قرار تعفيبي مدني عدد 7713 ، 8 أبريل 1971، مجلة القضاء والتشريع عدد 6 ، 1972، ص،43.