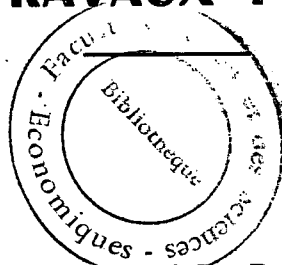


2
UNIVERSITÉ DE DAKAR

FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

**CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DE PROBLÈMES SPÉCIFIQUES DU
DROIT SÉNÉGALAIS DES MARCHÉS
DE TRAVAUX PUBLICS**



THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue devant la Faculté
des Sciences Juridiques et Économiques,

le 12 JUILLET 1977 à 9 h 30

par

JEAN ARCHAMBAUD

ATH 43

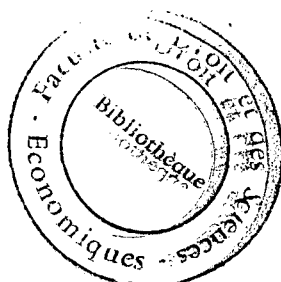
Président : Monsieur Alain Bockel, professeur

Suffragants : Messieurs Charles Fourrier, professeur

Joseph Issa Sayegh, professeur

Birame N'Diaye, chargé d'enseignement.

CONTRIBUTION A L'ETUDE DE
PROBLEMES SPECIFIQUES DU
DROIT SENÉGA LAIS DES
MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS



THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté

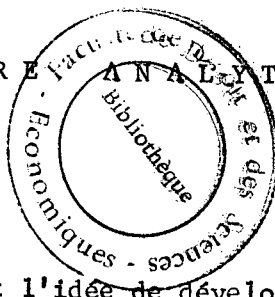
des Sciences Juridiques et Economiques de Dakar.

D2
ARC,

La faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans les
thèses. Ces opinions doivent être considérées
comme propres à leur auteur.

CONTRIBUTION A L'ETUDE DE PROBLEMES SPECIFIQUES DU
DROIT SENEGALAIS DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

SOMMAIRE ANALYTIQUE



INTRODUCTION

Le droit public et l'idée de développement.

Les textes applicables aux marchés de travaux publics et à leur contentieux.

Plan de la thèse.

TITRE I - Les notions de base : marché public, travail public.

Chapitre I - Intérêt de la connaissance des notions de base :
"travail public", "marchés de travaux publics".

Chapitre II - Critères du marché de travaux publics.

- . Section I - Personnalité du contractant administratif.
- . Section II - Contrats administratifs par détermination de la loi.
- . Section III - Marchés de travaux publics passés entre personnes privées.

Chapitre III - La notion de "travail public".

- . Section I - La jurisprudence Effimieff et la définition de "travail public".
- . Section II - Eléments matériels de la définition de "travail public".

.../...

- . Section III - Eléments personnels et finalistes de la notion de "travail public".

T I T R E I I - Problèmes relatifs à la conclusion des marchés de travaux publics.

Chapitre I - Centralisation administrative en matière de conclusion de marchés.

- . Section I - La préparation des marchés de travaux publics.
- . Section II - La passation des marchés de travaux publics et le choix du co-contractant.
- . Section III - L'approbation des marchés de travaux publics.

Chapitre II - Le mécanisme comptable de l'approbation des marchés et du règlement des marchés.

- . Section I - Cadre réglementaire et doctrinal.
- . Section II - L'auto-engagement et la réservation de crédits.
- . Section III - Engagement auprès de l'entrepreneur.

Chapitre III - Le contentieux de la conclusion des marchés de travaux publics.

- . Section I - Contenu du concept de pouvoir discrétionnaire.
- . Section II - Source du pouvoir discrétionnaire de droit public.
- . Section III - Contrôle du pouvoir discrétionnaire au cours de la phase de la conclusion des marchés.

T I T R E I I I - L'exécution et la fin des marchés de travaux publics.

Chapitre I - Obligations et droits du co-contractant de l'Administration.

- . Section I - Obligation personnelle.

.../...

- . Section II - Obligations contractuelles.
- . Section III - Droits de l'entrepreneur à la révision du marché.

Chapitre II - Les délais de règlement et les intérêts moratoires.

- . Section I - Délais de constatation des droits à paiement.
- . Section II - Délais de notification des motifs de non-paiement.
- . Section III - Délais de mandatement ou paiement.

Chapitre III - Les garanties.

- . Section I - Innovations apportées par le décret n° 67-697 en matière de garanties financières.
- . Section II - Les garanties techniques en matière de travaux publics - La garantie annale et la garantie décennale.
- . Section III - Problèmes communs relatifs aux garanties techniques.

T I T R E I V - La préférence sénégalaise.

Chapitre I - La préférence personnelle.

Chapitre II - La préférence matérielle.

Chapitre III - Les travaux publics et la main d'oeuvre sénégalaise.

C O N C L U S I O N

A N N E X E I

- TEXTES APPLICABLES AU SENEGAL AVANT LE 4 AVRIL 1960, EN
MATIERE DE MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

.../...

- TEXTES INTERVENUS ENTRE LE 4 AVRIL 1960 ET LA DATE D'APPLI-
CATION DU DECRET N° 67-697.

A N N E X E I I

TABLE DES CODES, LOIS, REGLEMENTS ET CIRCULAIRES ADMINISTRA-
TIVES CITES.

A. MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS.

B. CONSTITUTION SENEGALAISE.

C. COUR SUPREME.

D. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

E. AUTRES TEXTES.

A N N E X E I I I

TABLE DES AUTEURS ET DES OUVRAGES ET ARTICLES CITES

A N N E X E I V

TABLE DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE.

I N T R O D U C T I O N

Notre propos est d'étudier, sous l'angle du droit public, l'ensemble des textes organisant le régime des marchés de Travaux Publics en appréciant la "sénégalisation" qu'ils impliquent en différents domaines, et le rôle qu'ils jouent comme instruments d'une politique inspirée par l'idée de primauté du développement, en bref sur les problèmes spécifiques qu'ils posent dans le contexte sénégalais.

Il y a bien longtemps que l'idée de développement comme la "croissance du produit par tête d'habitant" (Arthur Lewis 1955 : The Theory of economic growth) est considérée comme périmée. Benjamin Higgins dans "Economic development" (1959), le définit déjà comme "une augmentation discernable dans le revenu total et le revenu moyen par tête, diffusée largement parmi les groupes de production et de revenus et qui dure au moins deux générations et devient cumulative". François Perroux propose d'ailleurs une distinction ("La notion de développement" Janvier 1961. L'économie du XX^e siècle. PUF 1961) entre :

- l'expansion qui est l'accroissement temporaire et éventuellement réversible de quantités économiques liées notamment aux mouvements conjoncturels ;

- la croissance qui est l'augmentation, en longue période et dans des conditions de mutations des structures, de quantités significatives que l'on peut saisir à travers certains indicateurs ;
- le développement qui est l'ensemble des transformations dans les structures mentales et institutionnelles, permettant le soutien de la croissance ;
- le progrès, qui est la signification finaliste donnée au processus de développement.

Il définit finalement le développement comme "la combinaison des changements mentaux et sociaux d'une population qui la rendent apte à faire croître, cumulativement et durablement son produit réel global" et comme requérant "le plein emploi, à l'échelle du monde, de toutes les ressources matérielles et humaines, favorisé dans le dessein de procurer à chacun les conditions matérielles, jugées nécessaires par les sciences, de son plein épanouissement".

PRIMAUTE DU DEVELOPPEMENT

Dans cet esprit, le développement a été défini par un économiste et un humaniste responsable du premier Plan sénégalais, comme étant "le passage pour une population déterminée, d'une phase moins humaine à une phase plus humaine, au rythme le plus rapide possible, au coût le moins élevé possible, compte-tenu de la solidarité entre toutes les populations".(R.P. Lebreton).

Dans cette conception du développement, l'ensemble de la population vivant dans un pays donné est concernée. Les efforts consentis en vue du développement de ce pays ne peuvent profiter seulement

à une fraction de la population, élites, fonctionnaires, noyau étranger, etc...

Autrement dit, l'élévation du revenu intérieur brut par tête d'habitant ne saurait être appréciée par la considération d'une moyenne globale.

La recherche d'une participation de tous les nationaux à la phase dynamique du développement et le contrôle d'une répartition rationnelle des revenus sont des moments de la politique des gouvernants des pays à faible revenu intérieur.

Le droit économique, le droit fiscal et la législation douanière mais aussi, à bien des titres, le droit administratif, fixent le cadre de cette politique.

Le juriste sera donc appelé à s'interroger sur l'adéquation du droit existant aux tâches essentielles du développement.

SOURCE DU DROIT PUBLIC SENEGALAIS (1)

Il est remarquable de constater que le droit en cause est, à peu de choses près, celui d'un pays industrialisé où les impératifs de nationalisation et de développement ne sont pas ressentis avec la même acuité que dans un pays à faible revenu intérieur, émergeant à peine d'une domination coloniale.

(1) Sur les sources du droit public sénégalais : J.C. Gautron
 "Réflexions sur l'autonomie du droit public sénégalais"
 in Annales Africaines 1969 - p. 29.

A bien des égards, en France, le droit est moins créateur que "fixateur de situations juridiques existantes". Les nécessités sociales ou économiques déclenchent en quelque sorte le réflexe du législateur.

Dans les pays de l'Afrique francophone, il semble que la fonction créatrice devrait être dominante. Cependant, le terrain n'est pas vierge. Des siècles ont été vécus sous des institutions réelles, mais sclérosées, fondées sur le respect de tabous, dont certains passent en coutume.

EN PERIODE COLONIALE

Des facteurs géographiques, climatiques et d'autres, historiques, peuvent retarder l'évolution d'un pays, parfois même, être la cause d'une régression. Avec l'apparition du fait colonial, vient la mise en place du droit du colonisateur. Le droit coutumier subsiste, en tant que droit privé, et mène une vie parallèle. Mais s'il est connu d'une manière subjective et contingente, il sera bientôt, grâce aux efforts conjugués du colonisateur et du juge coutumier, rassemblé et codifié, sans atteindre toutefois à l'universalité du droit positif.

Le droit public colonial s'inspire rarement de la coutume, car l'infrastructure administrative est une extension, sur le plan local, des institutions centrales (1). On peut s'interroger sur la motivation du parti-pris colonial : défiance à l'égard des institutions autochtones, crainte de leur inefficacité, méconnaissance des

(1) Cependant, l'intérêt d'une infrastructure administrative adaptée n'a pas toujours été méconnue par exemple sous Lyautey au Maroc, avec l'Administration anglaise au Nigéria, etc...

données du problème ou conscience de la difficulté de les intégrer.

En fait, l'existence des grandes civilisations africaines n'est connue que depuis une époque récente. La pensée africaine est chaque jour pénétrée, les philosophies approfondies, mais combien d'institutions et de pratiques sont tombées et tombent en désuétude lorsque l'Afrique s'ouvre aux influences extérieures. La multiplicité des langues vernaculaires, et celle des coutumes locales ont rebuté les premiers administrateurs. La solution de facilité consistait à plier les populations colonisées à des règlements conçus en Europe pour des Européens, plutôt qu'à rechercher des formes d'administration adaptées à la mentalité indigène, calquées au départ sur les formes locales, mais dont la plasticité aurait été suffisante pour permettre une évolution.

Par ailleurs, un nombre de plus en plus grand d'africains ont été éduqués, instruits selon des normes occidentales, acquérant les réflexes du colonisateur, prenant les mêmes habitudes de pensée, perdant de plus en plus le contact avec leur tradition, bref s'acculturant. Ce phénomène, particulièrement sensible chez ceux qui ont fait leurs études à l'extérieur du pays, affecte également les fonctionnaires et, plus généralement, tous ceux qui vivent en contact avec les Européens.

Et cependant, des penseurs africains comme L.S. Senghor, G. Padmore, ont mis en lumière les lignes de force d'une idéologie africaine : la négritude, définie objectivement comme "l'ensemble des valeurs constitutives d'une civilisation et subjectivement comme volonté de féconder, d'actualiser, de vivre et d'assumer ces valeurs"(1) qui serait le volet culturel, le panafricanisme, le socialisme africain,

(1) Guy Caire - "Liberté Syndicale et Développement économique"

B.I.T. 1976

L.S. Senghor : "Deux textes sur la négritude" - Cahiers ivoiriens de recherche économique et sociale, n° 3.

qui "tente d'offrir aux intellectuels influencés par la pensée marxiste, une théorie qui puisse remplacer celle-ci : ne pouvant s'appuyer sur des structures collectivistes archaïques en voie de disparition, pas plus que sur le capitalisme occidental, ce socialisme s'efforce de trouver dans un communalisme, une voie spécifiquement africaine."

APRÈS L'INDEPENDANCE

Lorsque l'indépendance survient, le problème se pose du maintien des textes en vigueur et de leur adaptation progressive, ou de la table rase et d'une construction du droit fondée sur "l'authenticité". Mais le terrain est préparé à la perpétuation du droit antérieur colonial, car ceux qui ont le pouvoir de décision ont subi une forte imprégnation, ne serait-ce que par les réflexes linguistiques acquis, et que la distanciation est devenu trop importante d'avec le milieu d'origine. L'acquisition de certains processus mentaux et l'aliénation plus ou moins consciente aux valeurs de la société occidentale rend d'ailleurs pratiquement irréversible le mode de pensée.(1)

Au Sénégal donc, le droit du colonisateur est maintenu, modifié au cours des années qui suivent l'indépendance mais sans que ces modifications, à quelques exceptions près, fassent preuve d'une adaptation aux réalités sénégalaises. D'ailleurs, les lois comme les principes du droit continuent, pour la plupart, d'être inspirées par

(1) Il en est ainsi du mode dialectique. Il en est souvent ainsi de la dialectique matérialiste bien que son point de départ soit rebutant et même choquant pour un négro-africain.

l'ancienne métropole.(1)

Comme dans la plupart des droits de pays industriels, ces modifications vont dans le sens d'une complexité toujours plus grande des textes. C'est ainsi qu'en matière sociale, fiscale, douanière, économique, l'Etat accentue son emprise en multipliant ses exigences. Restreignant la liberté du commerce, élevant le taux des impôts, gonflant les valeurs taxables, accroissant le nombre des formalités à accomplir et des documents à tenir à la disposition de ses agents, il rend, malgré lui semble-t-il, les professions du Secteur privé de plus en plus difficiles à exercer par ses nationaux.

Le dirigisme qui imprègne actuellement le droit des affaires est-il de nature à servir la politique d'africanisation de l'entreprise voulue par le régime ? Il semble que, pris à leur jeu, les dirigeants imposent un contrôle de plus en plus étroit, une intervention plus massive dans les mécanismes économiques, alors qu'une simplification du fonctionnement de l'économie permettrait certainement l'épanouissement de l'initiative privée nationale, au lieu qu'elle soit enfermée dans des règles que leur profusion rend rapidement inobservables.

PHENOMENES CARACTERISANT L'EVOLUTION DU DROIT

Il est intéressant de s'interroger sur un ensemble de phénomènes caractérisant l'évolution du droit au Sénégal. Le plus frappant, pour un juriste européen, est, certes, de voir combien les potentialités juridiques d'un concept donné peuvent être différentes,

- (1) Sur l'originalité relative des principes du droit administratif :
 A. Bockel : "Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais" in *Annales Africaines* 1973, p. 137.

lorsqu'elles sont imprégnées par la culture, les valeurs, l'intuition africaine. Mais nous nous attacherons plutôt à décrire trois d'entre eux en raison de leur importance dans l'évolution du droit :

- la méconnaissance des lois par le citoyen ;
- la prolifération de lois spéciales et la tendance à légiférer par voie de circulaires ;
- l'extension du pouvoir discrétionnaire.

S'agissant de la méconnaissance des lois, il est certain qu'en pays de faible alphabétisation, et de langues multiples, le principe selon lequel "nul n'est censé ignorer la loi" devrait être tempéré, dans les domaines où cette ignorance ne saurait porter un préjudice grave et immédiat à la personne d'autrui.

Les progrès de l'éducation et de l'enseignement, ceux de l'information ouvre de plus en plus l'esprit des gens aux problèmes de la cité et font que, désormais, las de subir, ils cherchent à "comprendre l'Administration qui est à son service".(1)

Or, c'est le rôle de cette Administration de porter à la connaissance de ses usagers, la loi et le règlement, plutôt que de s'en servir comme une arme pour sanctionner les fautes commises dans leur méconnaissance.

Mais ce n'est pas seulement par une mauvaise information que le citoyen sénégalais méconnaît sa loi, c'est aussi en raison de l'incroyable complexité des textes à portée économique, fiscale ou

(1) La Bastille administrative - Paul Sabourin - Le Monde 15.3.1975.

douanière, et la multiplicité des obligations créées par ces textes.

Conçus pour des sociétés industrielles, au sein desquelles les agents économiques font preuve d'un dynamisme qu'il faut parfois contenir, ils reflètent un certain malthusianisme mal adapté à des pays dont l'économie demande, au contraire, des relances continues et la levée d'un ferment national.

L'existence de textes simples, (1) en petit nombre et d'application facile, celle d'un corps de fonctionnaires éducateurs et informateurs avant que d'être répresseurs, l'institution de l'avertissement préalable avant qu'une infraction soit sanctionnée transformerait considérablement le climat de tension qui s'est instauré entre Administration et usagers et décourage l'investisseur de s'établir sur le territoire sénégalais ou même d'y étendre ses installations, dans l'incertitude qu'il a du lendemain.

Au contraire de mesures qui tendraient vers une simplification du droit public, la prolifération de lois spéciales accentue la tendance à la répression en multipliant les obligations des particuliers vis-à-vis de l'Etat, les procédures et les sanctions pénales dans le domaine qu'elles visent.

A cette prolifération des lois, il faut ajouter l'épanouissement de la tendance à légiférer par voie de circulaires. (2)

(1) Sur "l'inflation législative" : J.C. Gautron art. cité, in Annales Africaines 1969 - P. 33.

(2) Circulaire sur la non-inclusion de la T.C.A. dans le prix de revient licite, modifiant une disposition du décret n° 61-094 du 8.3.1961, circulaires post-décret de blocage des prix, circulaire n° 1236 sur application Convention de Bruxelles, annexe II sur la valeur en douane, alors que ce texte de droit international n'a jamais été publié au Journal Officiel de l'A.O.F. (ni du Sénégal).

Si les intentions initiales de leurs auteurs sont d'interpréter les textes existants, elles aboutissent trop souvent à créer des obligations nouvelles auxquelles les usagers n'ont guère la possibilité de se soustraire dans la crainte de déplaire à leur inspirateur.

La difficile élaboration d'une jurisprudence administrative a pour cause, précisément, la situation très particulière, au Sénégal, de l'usager, conscient de sa méconnaissance des lois et de l'existence d'une répression active, parfois concertée de la part des administrations. L'extension de ce phénomène a été portée à la connaissance du Gouvernement à l'occasion des réunions de concertation avec le patronat et les travailleurs, et un dialogue permanent officiellement instauré entre certaines Administrations et les Groupements Professionnels.

Le troisième phénomène découle comme le second de la tendance de l'exécutif à déborder le législatif. Il s'agit de l'extension du pouvoir discrétionnaire. Un examen attentif des lois les plus importantes dans le champ de l'économie, permet d'appréhender l'ampleur du phénomène. Il peut aboutir dans de nombreux cas à supprimer pratiquement les raisons de fait ou de droit objectivement fondées qui doivent motiver l'acte administratif.

Quel contrôle peut être exercé sur des actes dispensés par la loi d'être motivés ?

On voit trop vers quels abus pourrait conduire une extension de ce pouvoir dont le principe est, par ailleurs, en désaccord formel avec les déclarations des gouvernants pour l'instauration d'une concertation véritable.

Si l'on examine les textes à portée économique qui attribuent trop facilement le pouvoir discrétionnaire, l'on s'aperçoit que

dans la plupart des cas, l'existence d'une commission réunissant une ou plusieurs administrations concernées, des représentants des branches professionnelles intéressées et du consommateur ou de l'utilisateur, donneraient à la décision un caractère plus authentiquement démocratique.

Il sera tenu compte, dans l'étude qui va suivre, de l'évolution du droit public sénégalais et, notamment, de l'accentuation des phénomènes que nous avons décrit.

Avant de décrire le plan de cet ouvrage, nous citerons les textes applicables en matière de marchés de travaux publics et leurs antécédents.

0

TEXTES APPLICABLES

En matière de travaux publics, la législation et la réglementation élaborées sous le Consulat et l'Empire ont profondément marqué de leur empreinte l'organisation de ce domaine. Citons, parmi des textes d'une longévité exemplaire, la loi du 28 Pluviose an VIII qui attribuait à la juridiction administrative le contentieux des marchés de travaux publics et la loi du 12 Vendémiaire an VIII relative aux comptes à fournir par les entrepreneurs aux Ministres.

LA REGLEMENTATION DES MARCHES

A la veille de l'indépendance du Sénégal, étaient applicables, dans ce territoire, en matière de réglementation des marchés de travaux publics, un ensemble de textes dont la liste est reprodui-

.../...

te en annexe au présent mémoire (annexe I).

Après la proclamation de l'indépendance, de nouveaux règlements interviennent, sans apporter de modifications fondamentales au régime existant (annexe I).

Le décret n° 63-031, relatif aux marchés passés au nom de l'Etat et des établissements publics, est une tentative pour réunir, en une seule formulation, des textes épars. Il contient l'abrogation de nombreux textes antérieurs et régit très largement le domaine des marchés publics.

Le décret n° 67-697 du 16 Juin 1967, enfin, abrogeant essentiellement le décret n° 63-031, le décret n° 62-036 du 2 Février 1962 relatif aux marchés communaux, et l'arrêté n° 1264-F du 15 Mai 1937 traitant des cautions solidaires, reprend les dispositions contenues dans ces textes en "sénégalisant" bon nombre d'entre elles, c'est-à-dire en les adaptant au contexte économique et social, compte-tenu de l'impératif majeur du développement. Le décret n° 67-697 entre en vigueur trois mois après sa publication au Journal Officiel (J.O.R.S. du 29 Juin 1967).

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Parallèlement à cette évolution, devenue sensible, de la réglementation des marchés publics, il convient d'examiner le mouvement suivi en matière de contentieux administratif.

Avant l'indépendance, le contentieux administratif, était jugé au Sénégal (décret du 7 Septembre 1881) par un Conseil dont la composition et la compétence avaient été fixées par un décret du 5 Août 1881, abondamment modifié par des textes ultérieurs et applica-

bles à l'origine aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion.

Un décret du 13 Décembre 1944 devait instituer un Conseil unique pour l'A.O.F., avec siège à Dakar.

Les matières de la compétence du Conseil du Contentieux administratif étaient énumérées aux articles 160 de l'ordonnance du 21 Août 1825 et 176 de l'ordonnance du 9 Février 1827 (page 295 Roland Courant, Code Administratif de l'A.O.F.).

Les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire étaient dévolus en France au Tribunal des Conflits.

Le Conseil d'Etat jugeait, en appel, des matières de la compétence du Conseil du Contentieux administratif, en dehors des affaires relevant de sa compétence en premier ressort et, notamment, le recours en annulation pour excès de pouvoir.

La Constitution française de 1958 devait inspirer une modification de ces principes pour qu'il soit tenu compte de l'appartenance des territoires à la communauté.

Puis, dès que l'indépendance est proclamée, le 4 Avril 1960, par ordonnance n° 60-56 du 15 Novembre 1960, décret n° 60-390 du 10 Novembre 1960, et ordonnance n° 60-17 du 3 Septembre 1960, l'organisation du contentieux administratif au Sénégal est accomplie.

Les ordonnances sénégalaises précitées suppriment partiellement le principe de la séparation des juridictions administratives

et judiciaires.

Les Tribunaux de première instance connaissent de l'ensemble du contentieux administratif à l'exception du recours par excès de pouvoir qui est porté devant la Cour Suprême.(1)

En dehors de ses attributions juridictionnelles, la Cour Suprême peut agir à titre consultatif. C'est ainsi que le décret n° 67-697, en raison de l'importance du domaine auquel il est relatif, et des conséquences pratiques que son application, dès le mois d'octobre 1967, a déjà provoqué, a été soumis à l'examen du Conseil Economique et Social et au contrôle de la Cour Suprême.

Ce passage du projet de règlement au crible de ces deux institutions, a laissé des traces concrètes puisque le législateur a tenu compte, dans la plupart des cas, des suggestions de leurs experts.

PLAN DE LA THESE

Il reste à examiner quel sera le plan de cet ouvrage, compte-tenu des considérations générales qui ont inspiré sa rédaction :

Avant d'aborder les questions relatives à la dynamique du marché, il a paru intéressant de rechercher, d'une part les critères du marché de travaux publics, d'autre part, une définition de la notion

(1) J.C. Gautron et Rougevin-Baville Droit Public du Sénégal p. 309.
Sur l'exception de recours parallèle : A. Bockel in Annales Africaines 1971-72 p. 167.

de travail public en s'appuyant sur les textes fondamentaux y compris le décret n° 67-697, et sur la jurisprudence.

Ce sera l'objet du titre I.

Comme tout contrat de droit commun, le contrat administratif et plus particulièrement le marché de travaux publics comporte trois grandes phases :

- la passation,
- l'exécution,
- la fin.

La première phase sera examinée au titre II, dont le chapitre I sera consacré aux problèmes de la passation proprement dite, et de l'approbation abordés successivement et parfois simultanément sous l'angle de l'effort de centralisation administrative et sous celui du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

La préparation des marchés nécessite au Sénégal l'intervention d'organismes centralisés qui sont appelés à examiner, rédiger, contrôler les marchés.

La passation proprement dite comporte une opération dans laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est manifeste : le choix du co-contractant.

Ici, l'un des problèmes essentiels qui se posent au juriste est celui de la concurrence. L'Administration ne pourra-t-elle invoquer le décret n° 67-697 pour choisir son co-contractant en dehors de toute considération relative au prix et à la qualité des travaux ?

.../...

En matière d'approbation des marchés, les instances supérieures, la Primature et le Ministère des Finances sont les organes de décision alors que le contrôle financier et la Commission des Contrats jouent un rôle d'organes de réflexion, d'examen et de filtrage.

Le chapitre II du titre II traitera des opérations administratives relatives à l'approbation des marchés, opérations qui comprennent une partie comptable dont le mécanisme présente une certaine complexité due à la multiplicité des contrôles.

N'y a-t-il pas une possibilité de "grippage" d'un des rouages de ce mécanisme et, dans l'affirmative, ne pourrait-on trouver une solution assurant l'automatisme du fonctionnement des opérations comptables ?

Le chapitre III du même titre sera consacré à l'examen des conflits qui peuvent intervenir au cours de la phase d'approbation des marchés et de leur solution contentieuse.

Le marché, une fois approuvé, la phase d'exécution commence, suivie et terminée par la phase de conclusion ou de fin du marché. Ces deux phases seront examinées dans un titre III.

En cette matière, le décret n° 67-697 a peu innové. Les notions dominantes de la théorie de l'exécution sont contenues dans le Code des Obligations de l'Administration, mais les règles pratiques de l'exécution des marchés sont dispersées dans les textes sans qu'elles soient véritablement ordonnées. Il serait souhaitable, dans l'éventualité de leur réforme, qu'un seul règlement les reprenne, dont il sera suggéré un plan.

.../...

Seront examinés, dans un chapitre I, les obligations du co-contractant, personnelles et contractuelles, et les droits de l'entrepreneur.

Le chapitre II traitera des délais de règlement et des intérêts moratoires. Les règlements administratifs, ceux de l'Etat et ceux des établissements publics, font actuellement l'objet de revendications continuelles des co-contractants de l'Administration, bien que l'institution des méthodes électro-comptables ait considérablement contribué à assainir la situation.

Le chapitre III sera réservé à l'examen de quelques problèmes qui se posent en matière de garanties financières et techniques et plus spécialement de garantie décennale du constructeur.

Le titre IV enfin, sera consacré à un sujet proprement sénégalais. Il s'agit d'étudier comment l'exécutif sénégalais entend assurer le plein emploi de sa main-d'oeuvre nationale, et promouvoir l'entreprise sénégalaise, tout en garantissant aux sociétés à dominante étrangère installées sur son territoire une certaine activité professionnelle.

T I T R E I

LES NOTIONS DE BASE : MARCHÉ PUBLIC ET TRAVAIL PUBLIC

Le décret n° 67-697 portant réglementation des marchés administratifs définit les marchés publics comme étant "les contrats administratifs relatifs aux travaux, fournitures ou services, conclus par l'Etat, les établissements publics ou les collectivités locales à l'exclusion des concessions".

Un contrat est administratif s'il répond à un certain nombre de critères définis dans les articles 5 à 15 du Code des Obligations de l'Administration.

L'existence de ces critères devra être évidemment recherchée dans les marchés, ainsi qu'un certain nombre d'autres critères spécifiques du marché dit public. Lorsque ce type de marché est rela-

.../...

tif à des travaux, d'autres critères apparaîtront qu'il conviendra d'étudier.

Enfin, et presque indépendamment de la notion de marché public de travaux, ou de marché de travaux publics, expressions équivalentes, la notion de travail public elle-même devra être cernée avec le plus de précision possible, mais il est remarquable que la loi et le règlement soient pratiquement muets sur ce point.

Le décret n° 67-697 ne contient d'autre référence au "travail public" que celle de l'article 181 selon lequel "les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics", par arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 modifié par arrêté ministériel du 27 Novembre 1952, restent provisoirement en vigueur pour tout ce qui n'est pas contraire au décret.

L'arrêté du 16 Octobre 1946 ne donne pas de définition du travail public.

On recherchera donc les éléments de cette notion dans la jurisprudence.

C H A P I T R E I

INTERET DE LA CONNAISSANCE DES NOTIONS DE BASE "TRAVAIL PUBLIC",
"MARCHE DE TRAVAUX PUBLICS"

L'intérêt de la connaissance des notions de base "Travail Public", "Marché de Travaux Publics" réside dans l'application d'un droit spécial et dans la question de la compétence juridictionnelle relative aux litiges nés de l'exécution d'un travail public, dans le cadre d'un marché de travaux publics.

En France, la loi du 28 Pluviose an VIII attribue à la jurisprudence administrative, le contentieux des marchés de travaux publics.

COMPETENCE JURIDICTIONNELLE(1)

Au Sénégal, avant 1960, les contestations qui s'élevaient entre Administration et entrepreneurs de travaux publics et concernant le sens ou l'exécution des clauses du marché devaient être portées devant le Conseil du Contentieux Administratif qui statuait, sauf recours au Conseil d'Etat.

Un Comité Consultatif du Règlement Amiable créé en applica-

(1) Sur ce point : "Le juge et l'Administration en Afrique Noire francophone - A. Bockel Annales Africaines 1971-72

tion de l'article 57 du décret n° 53-405 du 11 Mai 1953 modifié, avait vocation pour connaître les litiges et différends relatifs aux marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux, non soumis aux lois et usages du commerce, passés ou exécutés dans les territoires d'Outre-Mer.

Dès que l'indépendance du Sénégal est proclamée, intervient l'ordonnance n° 60-56 du 14 Novembre 1960 (JORS n° 3413 du 19 Novembre 1960) qui stipule en son article 3, paragraphe 1er, que les tribunaux de première instance sont compétents "pour connaître de toutes instances tendant à faire déclarer débitrices les collectivités publiques, soit à raison de travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de marchés conclus par elles".

L'article 139 du Code des Obligations de l'Administration contient une formule plus générale : "Les tribunaux de 1ère instance sont compétents pour connaître du contentieux des contrats administratifs".

Au Sénégal, le contentieux relatif aux marchés de travaux qu'ils soient publics ou non relèvera, en conséquence, du tribunal de 1ère instance (ou de la Cour Suprême, dans les cas prévus aux articles 2, 3 et 49 et 83 de l'ordonnance n° 60-17 du 3 Septembre 1960).

Le caractère public du marché de travail n'a donc point pour effet d'entraîner l'examen des affaires qui lui sont relatives devant une juridiction spéciale.

A ce titre, la distinction entre marché de travaux publics et travaux ordinaires ne présente plus guère d'intérêt au Sénégal depuis 1960.

.../...

DROIT APPLICABLE

Cependant, le droit applicable par le tribunal compétent est-il le droit commun et le Sénégal aurait-il adopté à cet égard une solution équivalente à celle du droit anglo-saxon "où les tribunaux ordinaires appliquent aux litiges de l'Administration les mêmes règles qu'à ceux des particuliers?" (1)

L'étude des textes administratifs et notamment celle de la loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration et du décret n° 67-697, démontre à l'évidence que les marchés publics s'exécutent en grande partie dans des conditions exorbitantes du droit commun, que l'Administration elle-même détient d'importantes prérogatives et qu'elle ne saurait dans ses rapports avec un co-contractant être considérée par le juge comme un simple particulier au regard de ses obligations contractuelles.

L'intérêt de l'étude des critères définissant le marché public de travaux, s'il se bornait à ce seul critère du droit applicable par un tribunal, apparaîtrait comme suffisant.

Mais il existe aussi dans les caractères très particuliers que revêt la notion elle-même, caractères que les parties au contrat administratif n'hésiteront pas à invoquer à l'occasion de leurs rapports contractuels.

Les mêmes arguments peuvent être avancés en faveur d'un

(1) Gautron et Rougevin-Baville

Droit public du Sénégal - p. 331 - Ed. Pedone 1970.

examen de la notion de travaux publics considérée indépendamment de celle de marché de travaux publics et principalement dans le domaine des dommages de travaux publics.

L'article 143 du Code des Obligations de l'Administration stipule, en effet, que :

"Les tiers ont droit à la réparation du dommage résultant soit de l'exécution d'un travail public, soit de l'existence et du fonctionnement d'un ouvrage public."

"Les usagers ont droit à la réparation du dommage causé par une faute relative à ces travaux ou par le fonctionnement défectueux d'un tel ouvrage."

Il s'agit d'une responsabilité extra-contractuelle de l'Administration.

Mais cette responsabilité est basée sur des principes différents de ceux qui, en droit privé, dominent les questions de faute et de préjudice, principes énoncés dans le Code des Obligations de l'Administration.

C H A P I T R E I I

CRITERES DU MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

Pour que les marchés de travaux soient considérés comme des marchés publics, catégorie particulière des contrats administratifs, il faut qu'ils remplissent un certain nombre de critères énoncés par la loi.

Ces critères sont fixés à l'article 5 du Code des Obligations de l'Administration : "Les conventions conclues par une personne morale de droit public avec une personne privée ou une autre personne morale de droit public sont des contrats administratifs, soit lorsqu'une disposition législative ou réglementaire leur donne cette qualification, soit lorsqu'elles remplissent les conditions définies aux articles suivants". Cette formulation permet de distinguer trois classes de critères : critère personnel, détermination de la loi, conditions spéciales dont nous verrons qu'il s'agit de la présence dans la convention de clauses exorbitantes du droit commun ou de la participation du co-contractant à l'exécution du service public.

Il sera étudié dans une première section, le critère relatif à la personnalité du contractant administratif du marché de travaux publics.

S E C T I O N I
-----PERSONNALITE DU CONTRACTANT ADMINISTRATIF

Le contractant administratif doit être une "personne mora-

.../...

le de droit public" (C.O.A. art. 5) ou plus précisément "l'Etat, les établissements publics ou les collectivités locales" (Décret n° 67-697).

Le décret n° 75-III4 du 21 Novembre 1975 modifié par le décret n° 76-085 du 26 Janvier 1976 portant répartition des services de l'Etat et du contrôle des établissements publics et sociétés d'économie mixte entre la Présidence de la République, la Primature et les Ministères, publie la liste des personnes morales de droit public que recouvre la notion d'Etat. Il s'agit de la Présidence de la République, de la Primature, des Ministères et des Services publics qui y sont rattachés.

COLLECTIVITES LOCALES

Les "collectivités locales" sont régies par un Code promulgué par la loi n° 66-64 du 30 Juin 1966 modifiée. La liste des communes du Sénégal y est donnée. Les communautés rurales et les communautés urbaines faisant l'objet des articles 128 et suivants de la loi n° 66-64, les groupements mixtes constitués par accord entre des communes et l'Etat ou d'autres établissements publics ou entre des communautés urbaines en vue d'une oeuvre ou d'un service présentant une utilité pour chacune des parties adhérentes (article 141 et ss - loi n° 66-64) sont aussi des collectivités locales.(1)

ETABLISSEMENTS PUBLICS

S'agissant des "établissements publics", une définition

(1) Marchés des collectivités locales : cf. décret n° 73-278 du 19 Mars 1973 - J.O. n° 4287 du 7 Avril 1973.

précise en est fournie par la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 modifiée par la loi n° 74-58 du 28 Novembre 1974. Ce sont des personnes morales de droit public, spécialisées, dotées d'un patrimoine propre et de l'autonomie financière et ne bénéficiant d'aucune participation privée.

L'article 3 de cette loi leur reconnaît le caractère administratif, le caractère industriel et commercial, ou le caractère professionnel. Le décret n° 75-1114 précité, en son article 2, les énumère sous ces trois rubriques.

Les contrats passés par ces établissements n'ont pas tous le caractère administratif. L'article 7 de la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 stipule, en effet, que les établissements à caractère industriel et commercial sont soumis, en ce qui concerne leurs contrats (à l'exception de leurs contrats à caractère administratif)(1), et en général, leurs rapports avec les tiers, aux mêmes règles que les entreprises privées.

Ces restrictions apportées par la loi confirment bien, s'il était nécessaire, que la personnalité du contractant administratif ne suffit pas à donner le caractère de contrat administratif à tous les actes passés par une personne morale de droit public.

SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE

Avant d'étudier les critères additionnels prévus par le Code des Obligations de l'Administration, on ne peut manquer d'évoquer, en raison de son actualité, le cas des sociétés d'économie mixte. L'article 4 de la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 les définit comme étant "les sociétés industrielles et commerciales dans lesquelles

(1) Cf. décret n° 72-842 du 13 Juillet 1972 - JO n°4242 du 12 Août 1972.

l'Etat, ou une collectivité publique, possède une partie du capital social soit directement, soit par le jeu de participation à l'aide d'une entreprise intermédiaire." Il ne s'agit donc pas de personnes morales de droit public, telles qu'elles sont citées à la fois par le Code des Obligations de l'Administration et par l'article 1 du décret n° 67-697, et le critère de personnalité, contenu à la fois dans l'article 5 C.O.A. et dans l'article 1 du décret n° 67-697 n'est pas rempli.

Il sera examiné dans la section III du présent chapitre, le cas des marchés passés par ces sociétés au nom et pour le compte d'une personne publique.

O

Nous avons vu précédemment, en citant l'article 5 du C.O.A. que la présence au contrat d'un partenaire ayant la personnalité morale de droit public est nécessaire mais qu'elle n'est pas suffisante.

Le marché de travaux publics ne saurait être considéré comme entrant dans la catégorie des contrats administratifs par la seule présence d'un contractant administratif.

Nous examinerons dans une section II le premier volet de l'alternative contenu dans l'article 5 du C.O.A., c'est-à-dire l'existence d'une disposition législative ou réglementaire lui donnant cette qualification.

S E C T I O N I I

CONTRATS ADMINISTRATIFS PAR DETERMINATION DE LA LOI

Le C.O.A. dispose en son article 6 que la loi ou le règlement peut, à tout moment, attribuer la qualité de contrat administratif à une catégorie de conventions auxquelles une personne morale de droit public est partie. Il faut, pour cela, une disposition expresse de la loi ou du règlement (article 7 C.O.A.).

Pour ce qui concerne les marchés de travaux publics, la question est tranchée par l'article 1er du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967. Un tel marché conclu par l'Etat, les établissements publics ou les collectivités publiques est un contrat administratif. Cette solution existait déjà sous l'empire de la loi française du 28 pluviôse an VIII, qui attribuait le contentieux de ce type de contrats aux Conseils de Préfecture. (1) Les deux critères de fond : présence d'une personne morale de droit public, détermination du règlement, sont réunis dans la formulation de l'article 1er du décret susvisé. Il n'y aura donc pas besoin d'examiner comment en l'absence d'une détermination de la loi ou du règlement, un marché de travaux publics passé par une personne morale de droit public peut encore revêtir le caractère d'un contrat administratif. Le chapitre II du présent titre pourrait se clore sur cette constatation, si l'article 9 du C.O.A., contenu dans un chapitre relatif aux contrats administratifs par nature, ne stipulait une exception au principe de la présence de la personne morale de droit public au contrat administratif :

"Toutefois, les contrats conclus entre des personnes pri-

(1) André de Laubadère - Traité 1973 - p. 335.

vées peuvent être administratifs si l'un des co-contractants a, en réalité, traité pour le compte d'une personne morale de droit public."

Le problème du caractère de contrat administratif des marchés de travaux passés entre personnes privées sera étudié dans la section III.

S E C T I O N I I I

MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS PASSÉS ENTRE PERSONNES PRIVÉES

L'article 9 du C.O.A. qui formule l'exception au principe de la présence au contrat du contractant administratif est situé dans le chapitre II du titre I du C.O.A. Ce chapitre a pour titre : "Des contrats administratifs par nature" ; il comprend deux sections relatives aux deux grands types de contrats administratifs par nature :

Section I - contrats comportant participation du co-contractant de l'Administration à l'exécution du service public.

Selon les articles de cette section, deux conditions doivent être réalisées pour qu'il y ait contrat administratif :

- 1. Présence d'une personne morale de droit public ;

- 2. Participation directe et permanente du co-contractant de l'Administration à l'exécution du service public.

Section II - Contrats comportant des clauses exorbitantes du droit commun.

Selon les articles de cette section II, les conditions sont

les suivantes :

1. Présence d'une personne morale de droit public ;
2. Contrat relatif à une activité de service public ;
3. Utilisant des procédés de gestion publique,

Les articles contenus dans ces deux sections visent évidemment une situation générale ; celle où l'Administration est présente au contrat, mais ils doivent être aussi lus et compris en tenant compte de l'exception formulée dans l'article 9 les précédant, à savoir la possibilité pour un contractant privé agissant "pour le compte" d'une personne morale de droit public de passer un contrat administratif avec une autre personne privée.

Nous étudierons successivement, après avoir donné une brève explication du contenu de l'expression "pour le compte", selon la jurisprudence et la doctrine, les marchés de travaux passés entre personnes privées et remplissant le critère original posé par l'article 10, et ces mêmes marchés lorsqu'ils remplissent les conditions visées dans l'article 12 C.O.A.

O

L'expression "pour le compte de" est, dans le corps de l'article 9 C.O.A., inspirée par la jurisprudence française,

Cette jurisprudence et la doctrine sont abondantes sur le sens qu'il convient de lui donner. Mais elles restent, l'une comme l'autre, divisées.(1) Toutefois, des tentatives sont faites périodi-

(1) Frank Moderne - A.J.D.A. Janvier 1973 - p. 47.

quement par la doctrine pour trouver un lien entre des jurisprudences en apparence contradictoires et pour dégager les éléments permettant d'attribuer la qualification de contrats administratifs à des marchés de travaux dans lesquels un des contractants agit "pour le compte" de la collectivité publique.

Dans une première affaire "Société Autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur, (1) le conseil d'Etat a jugé le 20 Décembre 1961 que cette société d'économie mixte conservait "sa qualité de personne morale de droit privé bien qu'en vertu de la concession qui la lie à l'Etat, elle soit investie d'une mission de service public, que le marché qu'elle a conclu avec l'entreprise Dumaz pour la construction de l'autoroute a été passé par elle en sa qualité de concessionnaire de service public et non de mandataire de l'Etat..."

Il convient de retenir de cette jurisprudence relative au sens de l'expression "pour le compte de" : les deux points suivants :

- Une société d'économie mixte concessionnaire d'une autoroute est investie d'une mission de service public
- Elle n'est pas "mandataire" de l'Etat. (2)

Deux ans après, la jurisprudence Peyrot introduira un autre concept qui sera examiné plus loin.

Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 10 Novembre 1972, Société des Grands Travaux Alpains, entreprise P.I.C.O. et entreprise Chagnaud et fils (AJDA Janvier 1973 - 47), on retrouvera l'affirmation

(1) C.E. 20 Décembre 1961

(2) RDPSP 1963 p. 776 et ss. Conclusions de M. Lasry

qu'une société d'économie mixte (Canal de Provence) conserve sa qualité de personne morale de droit privé : "bien que... elle soit investie d'une mission de service public..." et qu'elle ait passé un marché"... en sa qualité de concessionnaire... et non de mandataire de l'Etat..."

La première Chambre Civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 2 Février 1972, Société Immobilière d'économie mixte de St Gratien contre C.I.T.A.C., relèvera, dans le même esprit que la jurisprudence précitée, mais sans employer le mot "mandataire", que la Société d'économie mixte n'avait pas agi "au nom et pour le compte de la commune de St Gratien..."

Une autre série de jurisprudences, dont certaines anciennes, comme celle de l'affaire Brossette (C.E. Sect. 30.I.1931 - Leb. ... p. II24) ont considéré certaines personnes de droit privé, et singulièrement des sociétés d'économie mixte, comme mandataire de collectivités publiques et en ont inféré la compétence des tribunaux administratifs.

Il est intéressant de noter pour la suite de ce développement que la plupart de ces sociétés sont cantonnées dans l'exécution de travaux tels que :

- Aménagement urbain
- Aménagement du territoire
- Construction d'autoroutes

Mais nous verrons infra que l'exception au principe de la présence de la personne morale publique au contrat, tirée de l'existence d'un mandat n'est pas la seule et que la nature de ces travaux peut avoir inspiré une exception tirée d'une notion différente.

Nous citerons un jugement récent (T.C. 7 Juillet 1975, Commune d'Agde c/Société d'équipement du Biterrois et son littoral) où il est relevé qu'aux termes de stipulations du contrat et du cahier des prescriptions spéciales et de conventions autres, et pour la construction de voies publiques, "la Société d'équipement agissait non pour son compte propre, ni en sa qualité de concessionnaire, mais pour le compte des collectivités publiques auxquelles les voies devaient être remises...", ce qui permettait de conclure à la compétence du juge administratif.

De l'ensemble de ces décisions, et sans que soit abordé le problème des critères relatifs aux clauses exorbitantes ou à la participation au service public, nous pouvons retenir que l'expression "pour le compte" est souvent rapprochée, dans l'esprit du juge, du mandat, avec le sens très précis que peut faire naître son évocation dans l'esprit d'un juriste : "... acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom...".

La situation de mandataire et de concessionnaire n'est pas confondue par le juge qui, cependant, estime qu'un concessionnaire peut se comporter en mandataire. Il existe, en effet, des différences importantes entre leurs obligations de même qu'entre leurs droits. Le concessionnaire agit, en principe, à ses risques et périls et ne peut être révoqué ad nutum. Cependant, malgré l'antinomie qui existe entre concession et mandat, il n'est jamais exclu que des conventions passées par les collectivités publiques mettent à la charge du concessionnaire des obligations susceptibles de supprimer finalement le risque et la responsabilité qui lui incombent normalement.

Elles peuvent être relatives à "la réalisation des ouvrages, la surveillance technique des travaux, les conditions de leur récep-

tion et leur remise à l'autorité concédante"(1).

Le lien de mandat sera recherché par le juge dans les relations contractuelles de la personne publique avec la personne privée. M. J.P. Colin(2) dans une étude relative à la "Nature juridique des marchés de travaux publics passés par les Sociétés d'économie mixte, concessionnaires de travaux publics", considère que le critère de contrat administratif découlant de l'existence d'un mandat, a fait suite, dans l'évolution de la jurisprudence administrative, au critère "organique" de la présence de la personne publique et à son exception, le traité "pour compte" par la personne privée qui agit, en l'absence de tout intérêt particulier et en vue de l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général.

C'est dire que le "mandat" consisterait en un lien plus fort entre l'Etat et la personne privée que le traité "pour compte".

Cette distinction n'est pas reconnue par l'ensemble de la doctrine. C'est ainsi que M. de Laubadère(3) après avoir énoncé que "la jurisprudence admet seulement qu'un contrat conclu par un particulier (agissant pour le compte d'une collectivité publique)(4) avec un autre particulier puisse être administratif", note en analysant la jurisprudence relative à cette proposition et, notamment, celle de l'entreprise Peyrot(5) que "bien que ces sociétés soient des personnes morales

(1) Franc et Boyon - AJDA Juillet-Août 1975 p. 345 et ss

(2) J.P. Colin - AJDA Septembre 1966 p. 474

(3) Traité de droit administratif 1973 - p. 336

(4) Cette expression est en italiques

(5) Et cependant la jurisprudence Peyrot fait appel à une notion différente de celle du mandat.

de droit privé, les contrats en question ont été considérés comme des contrats administratifs, la société d'économie mixte étant en la matière, regardée comme un (mandataire)(1) de la collectivité publique".

Dans des commentaires plus récents,(2) il n'est pas fait de distinction, même la plus subtile entre la situation de mandataire et celle de la personne agissant "pour compte". Toutefois, les auteurs regrettent que dans une jurisprudence nouvelle(3) il ne soit pas fait explicitement référence à la notion de mandat au sens de l'article 1984 du Code Civil.

Il semble que l'expression "pour le compte" reprise dans le corps de l'article 9 devrait être regardée par le juge sénégalais comme impliquant l'existence d'un mandat sinon formel du moins tacite et pouvant être inféré des obligations existant entre les parties et, en particulier, mises à la charge de la personne privée qui agira "pour compte".

C'est ainsi qu'en France, le Tribunal des Conflits, dans l'affaire "Entreprise Peyrot"(4), a déclaré les juridictions de l'ordre administratif compétentes pour connaître d'une action en réparation dirigée par cette entreprise contre la société de l'Autoroute

(1) en italiques

(2) AJDA 1975 Juillet-Août - p. 345 - Franc et Boyon

(3) C.E. Sect. 30 Mai 1975 Société d'équipement de la Région Montpelliéraine - AJDA 1974 Juillet-Août

(4) T.C. 8 Juillet 1963 - AJDA 1963 - p. 463.

Estérel-Côte d'Azur, concessionnaire.

Mais le critère retenu par le Tribunal des Conflits semble différent de celui qui consiste dans le fait d'agir pour le compte d'une collectivité publique puisque la décision est prise: "...sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'Etat, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas, pour le compte de l'Etat, que le concessionnaire soit une personne morale de droit public ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société..."

Il est fait appel à un concept en apparence divergent, celui de travaux appartenant "par nature" à l'Etat.

"... considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage, pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ; Considérant qu'il doit en être de même pour les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 Avril 1955..."

Mais la doctrine(1) n'a pas hésité à rapprocher ces deux concepts en faisant de l'un (le traité pour compte) la conséquence de l'autre, après avoir considéré le critère retenu par la jurisprudence Peyrot comme réduisant notablement le champ d'application de

(1) J.P. Colin "Nature juridique des marchés de travaux publics passés par les sociétés d'économie mixte, concessionnaires de travaux publics - AJDA 1966 - p. 474.

la notion de mandat(1).

Il est intéressant de suivre l'effort de la doctrine en ce sens. Selon Messieurs F.J. Fabre et R. Morin (op. cit.), si la concession de construction d'autoroute est confiée à une société d'économie mixte : "... En pareil cas, le concessionnaire agit pour le compte de l'Etat. En d'autres termes, la convention par laquelle l'Etat ou tout autre collectivité publique, charge une société d'économie mixte d'exécuter une opération qui, par sa nature, relève de leur compétence doit être considérée comme une convention de mandat, alors même qu'elle revêt extérieurement la forme d'un traité de concession..."

Peu à peu, par une sorte de syncrétisme juridique, ces critères se confondront avec d'autres critères, constituant ainsi un faisceau de critères dont le juge recherchera la réunion.

Avant d'aborder ce point, qu'il nous soit permis de conclure, s'agissant de l'examen du contenu de l'expression "pour le compte de", que le problème posé par l'interprétation de l'article 9 du C.O.A. ne peut recevoir une solution par la sémantique pure,

Les travaux publics sont exécutés au Sénégal, dans un contexte socio-économique donné. Le juge y sera-t-il sensible ? Verra-t-il l'intérêt général dans l'application de règles de droit public à la solution d'un litige, notamment lorsque le contractant agissant pour le compte de l'Administration est une société d'économie mixte, type de société de plus en plus courant au Sénégal, et dont l'opportunité de la création paraît de moins en moins discutable ?

(1) F.J. Fabre et R. Morin "quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte" - RDPSP - 1964, p. 767.

Après avoir étudié la réalisation des critères posés par les articles 10 et 12 du C.O.A., nous essaierons de dégager les principes selon lesquels les marchés de travaux passés par une société d'économie mixte devront être rattachés à la catégorie des contrats administratifs et, par conséquent, suivre les règles énoncées par le décret n° 67-697.

PARTICIPATION DU CO-CONTRACTANT AU SERVICE PUBLIC

Après cet examen sommaire du contenu de l'expression "pour le compte de", il convient d'examiner la condition de fond posée par l'article 10 pour que le partenaire privé du contractant agissant pour le compte de la personne morale de droit public puisse invoquer ou puisse se voir invoquer le caractère administratif du contrat passé entre eux.

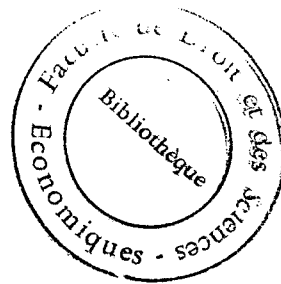
Selon l'article 10 : "Sont administratifs, les contrats comportant une participation directe et permanente du co-contractant de l'Administration à l'exécution du service public."

Deux notions sont à préciser dans ce texte :

- celle de "service public" ;
- de participation directe et permanente.

Le service public est défini dans l'article 11 C.O.A. comme étant : "toute activité d'une personne morale de droit public en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général".

Cette définition est considérée par les auteurs du "Droit Public du Sénégal" comme trop large, en ce sens, qu'elle pourrait imposer aux établissements publics à caractère industriel et commercial de passer de nombreux contrats administratifs, et trop étroite



car elle ne tient pas compte de la participation des particuliers à la gestion des services publics, (1)

Ils proposent la définition suivante : "une activité d'intérêt général, fonctionnant sous la direction ou le contrôle d'une personne publique et soumise à un régime juridique particulier".

L'intérêt de cette définition est qu'elle permet de concilier l'exception de l'article 9 C.O.A. avec la condition de fond posée par l'article 10.

Les auteurs précités constatent l'existence de 3 régimes de service public(2) :

- le régime maximum (service public à caractère administratif à gestion publique) ;
- le régime atténué (service public à caractère industriel et commercial mais à gestion publique) ;
- le régime mixte (services publics gérés par un organisme particulier, sous certaines modalités).

C'est évidemment dans le cadre de ce dernier régime qu'il conviendra d'étudier la notion de participation directe et permanente du co-contractant de la personne privée agissant pour le compte de l'Administration à un service public.

(1) Gautron et Rougevin-Baville, D.P.S. 1970 - p. 271.

(2) Op. cit. p. 211 et ss.

L'arrêt du Conseil d'Etat "Epoux Bertin"(1) a précisé le sens de cette notion. Le contrat est administratif lorsqu'il a pour objet "l'exécution même" du service public.

Le type le plus connu de la participation directe est celui de la concession de service public. Mais il ne faut pas perdre de vue que la notion de participation s'applique à celle du co-contractant de l'organisme privé qui agit aux lieu et place de la personne morale de droit public.

Il ne saurait évidemment y avoir concession de service public entre deux partenaires privés. L'un d'eux est obligatoirement une personne morale de droit public. Cela relève du droit de la concession.

Une entreprise privée exécutant un marché de travaux pour une autre entreprise privée gérant pour le compte d'une Administration, un service public, participe-t-elle directement au service public ? Un raisonnement logique nous amène à considérer que, seule, l'entreprise qui gère le service public y participe directement ; l'exécutant du travail public ne fait que participer au service public de façon indirecte, "au nom et pour le compte" du maître d'oeuvre.

Il semble donc que les conditions posées par l'article 10 C.O.A., intégrant l'exception de l'article 9 ne soient pas réalisées totalement, à savoir :

- contractant privé agissant pour le compte d'une personne morale publique ;

(1) C.E. 20 Avril 1956

D 1956, 433, note A. de Laubadère.

- co-contractant participant de façon directe et permanente au service public,

Un cas limite, cependant, sera évoqué, celui où l'organisme privé agissant pour le compte de la collectivité publique doit accomplir un marché de travaux publics, c'est-à-dire lorsque le service public se réduit au marché lui-même.

L'organisme privé en question est donc titulaire d'un ou plusieurs marchés de travaux publics et, dans la pratique, sous-traite ce ou ces marchés. Nous verrons dans le titre relatif à l'exécution des marchés, que la sous-traitance est soumise à des règles strictes de droit public (articles 65 et 67 C.O.A., décret n° 67-697 - article 63; notamment), que ce problème a donc une solution administrative.

Il reste à examiner si le caractère de contrat administratif peut être donné à un marché de travaux passé dans les conditions posées par l'article 12 de la section II intégrant l'exception de l'article 9 :

- contractant privé agissant pour le compte d'une personne morale publique ;

- existence d'un contrat relatif à une activité de service public et utilisant des "procédés de gestion publique", expression explicitée par le dernier alinéa de l'article 12 :

"L'emploi des procédés de gestion publique se manifeste par la présence dans la convention de clauses exorbitantes du droit commun".

CLAUSES EXORBITANTES DU DROIT COMMUN

L'article 12 contient des conditions cumulatives. En effet, le fait

d'utiliser les formes spéciales de conclusion des contrats administratifs, ne donne pas à la convention la qualité de contrat administratif. Le fait, pour les parties, de donner à la convention, la qualification de contrat administratif n'a pas d'effet sur sa nature réelle. Telles sont les dispositions contenues dans l'article 13 du C.O.A., qui attribuent au juge le soin de décider de la nature du contrat.

S'agissant des formes spéciales de conclusion dont il est question dans l'article 13 C.O.A., et en matière de marchés, ce sont, d'abord, les formes prévues par les articles 7 et 8 du décret n° 67-697 :

- forme écrite pour certains marchés ;
- instrument unique dont les cahiers des charges sont les instruments constitutifs. Pour les contrats, non visés par ces articles, il s'agit des factures et mémoires employés selon les modalités prévues par les dispositions législatives et réglementaires (article 7, 2ème alinéa, décret n° 67-697). L'article 39 du décret n° 67-697 modifié précise que pour les travaux dont le montant est inférieur à 3 Millions, un bon de commande réglementaire suffit, s'il est appuyé de devis.

La jurisprudence sur laquelle est fondé l'article 13 du Code des Obligations de l'Administration a, maintes fois, affirmé que le critère de formes administratives était à écarter. S'il a parfois été approuvé par la doctrine(1) et retenu par la jurisprudence des tribunaux inférieurs(2), par contre, les juridictions supérieures ont considéré qu'il n'était pas suffisant pour conférer le caractère adminis-

(1) Hauriou, note sous l'arrêt Terrier, S. 1903, 3, 25).

(2) Conseil du Contentieux de St Pierre et Miquelon 25 Janvier 1946, Rec. Pénant 1946, I, 242.

tratif à un contrat(1). Ce principe a également été appliqué aux contrats comportant l'emploi d'une procédure d'adjudication (2).

Plus récemment, la décision Société autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur du 20 Décembre 1961 rejette la compétence des tribunaux administratifs : "... nonobstant la circonstance que le Cahier des Charges applicable au-dit marché a été établi par l'ingénieur d'arrondissements des Ponts et Chaussées et que le marché se réfère au Cahier des prescriptions communes...". Enfin, dans l'arrêt Société des Grands Travaux Alpains déjà cité, le Conseil d'Etat ne fait pas cas des références "... aux dispositions du Cahier des clauses administratives générales, applicables aux marchés de travaux" pour écarter la compétence judiciaire.

La notion de "clauses exorbitantes du droit commun" telle qu'elles sont définies par l'article 14 "clauses inspirées par les nécessités particulières qu'impose la réalisation de l'intérêt général poursuivi par le service public est considérée par la doctrine(3) comme l'élément central de la théorie du contrat administratif. Le rôle qu'elles jouent aurait un fondement subjectif découlant de la conception volontariste du contrat administratif (telle qu'on la retrouve, par exemple, dans la formule jurisprudentielle : "... Considérant que les parties ont entendu passer tel contrat dans des conditions différentes du droit commun"), et un fondement objectif, parce qu'elles constituent des données du droit public, les questions que soulèvent leur interprétation et leur application étant des "questions de

(1) T.C. 1er Mai 1926, Templier, S. 1928, 3, 130, note Hauriou

(2) A. de Laubadère - Traité théorique et pratique des Contrats administratifs - 1956 p. 56

(3) A. de Laubadère - idem p. 85.

droit public"(1).

Le caractère exorbitant de la clause peut résulter, selon l'article 15 C.O.A. :

- de la rupture de l'égalité contractuelle au profit de l'un des contractants ;
- de l'octroi au co-contractant de l'Administration de prérogatives à l'égard des tiers ;
- de l'inclusion d'une règle spécifique du régime juridique des contrats administratifs ;
- du but d'intérêt général qui a manifestement inspiré la stipulation.

RUPTURE DE L'EGALITE CONTRACTUELLE

Dans le marché public de travaux, la rupture de l'égalité contractuelle consistera notamment dans le pouvoir discrétionnaire de l'Administration (par exemple, de résiliation), ainsi que dans son pouvoir de modification unilatérale de certaines clauses du marché, modification de la qualité ou de la provenance des matériaux, entre autres. Si l'Administration n'est pas partie au marché, le contractant agissant pour son compte peut-il passer des marchés, dans lesquels l'égalité contractuelle est manifestement rompue ?

En vertu d'un mandat ad hoc, cette possibilité lui serait-elle ouverte ?

(1) André de Laubadère - Traité théorique et pratique des Contrats administratifs - 1956 p. 85.

Le fondement du pouvoir se trouve, en effet, dans les exigences du service public. Or, dans le cas examiné, la personne privée agissant pour le compte de l'Administration est généralement soumise à ces exigences. C'est le cas de la concession de service public. Cela peut être celui d'une société d'économie mixte qui se voit confier un monopole de commercialisation, par exemple, avec des exigences de prix d'achat au producteur, de modalités de versement d'acomptes, de conditions de stockage des produits, etc... Dans la mesure où ces sociétés passent des marchés de travaux et si les marchés sont en relation directe avec l'exécution du service public (cette condition ne paraît pas réalisée dans le cas d'un monopole de commercialisation ; en fait, elle le sera surtout dans le cas de sociétés d'aménagement du territoire et de constructions d'autoroutes), il semble que la qualification de contrat administratif puisse être inférée du pouvoir de modification unilatérale exercé par la société privée maître d'oeuvre, avec l'accord de l'Administration, pour l'exécution du service.

Nous serions tentés de conclure que la qualification de contrat administratif ne devrait être réservée qu'à des cas bien précis de marchés de travaux passés par des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'un service public et ce, en vertu d'un mandat ad hoc de l'Administration. Sinon, on voit bien vers quels abus pourrait conduire une extension de l'application du critère de rupture de l'égalité contractuelle. (Constructions d'immeubles, de routes, de piscines, etc... ayant, en définitive, une destination privée).

PREROGATIVES A L'EGARD DES TIERS

L'octroi au contractant de l'Administration de prérogatives à l'égard des tiers ne se manifeste guère dans les marchés mais plutôt dans les concessions de service public, droit de percevoir des

.../...

redevances ayant le caractère de taxes, privilèges d'exclusivité, etc.,.

En matière de travaux publics, on peut citer toutefois l'arrêt Peulabeuf du 27 Juillet 1950(1) dans lequel une clause reconnue comme exorbitante par le Conseil d'Etat, "subrogeait l'entreprise dans le droit d'occupation temporaire de l'Etat pour extraction de matériaux, à défaut d'accord amiable avec le propriétaire", mais là encore un contractant agissant pour le compte de l'Administration ne pourrait octroyer à ses partenaires au contrat des prérogatives à l'égard des tiers.

REGLES SPECIFIQUES DU REGIME JURIDIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

L'inclusion d'une règle spécifique du régime juridique des contrats administratifs évoque les thèses relatives aux clauses spécifiques du droit public.

On sait que certaines clauses des contrats passés entre personnes privées ont été considérées par la jurisprudence comme "impossibles en droit civil" ou comme simplement inhabituelles et l'on a tenté de définir la clause exorbitante comme étant impossible ou inhabituelle en droit civil.

Mais toutes les clauses exorbitantes ne sont pas des clauses simplement impossibles ou inhabituelles, de même qu'elles ne sont pas seulement caractérisées par la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique. Certaines clauses sont, par contre, spécifiques du droit administratif, celles relatives à l'imprévision ou à l'équilibre

(1) André de Laubadère, Contrats administratifs n° 73.

financier du contrat, par exemple, d'autres peuvent être seulement inspirées "par les considérations et les buts propres au droit public"(1). Dans le domaine des marchés de travaux publics, il faudra rechercher leur marque ou leur inspiration soit dans les textes relatifs à ces marchés, décret n° 67-697, Cahier des charges, soit dans le code des Obligations de l'Administration, soit, enfin, dans l'esprit général du droit administratif. Certes, un contractant agissant pour le compte de la collectivité publique peut introduire de telles clauses dans le marché qu'il passe avec un entrepreneur, personne de droit privé. Il reste à connaître de la validité de telles clauses, lorsqu'elle est soulevée devant un tribunal, par exemple. Certaines d'entre elles, en effet, "ne sont pas susceptibles d'être librement consenties dans le cadre des lois civiles et commerciales"(2).

Tout dépendra alors, de la position du juge quant à la qualité du maître d'oeuvre.

S'il le reconnaît comme agissant valablement pour le compte de la collectivité publique et si la ou les clauses utilisées dans le contrat sont considérées par lui comme spécifiques du régime juridique des contrats administratifs, le marché passé pourra être qualifié de contrat administratif. Cette solution a déjà été envisagée supra en matière de clauses rompant l'équilibre contractuel.

BUT D'INTERET GENERAL

Le but d'intérêt général, ayant manifestement inspiré la

(1) André de Laubadère - Traité théorique et pratique des Contrats administratifs n° 77

(2) C.E. 15 Février 1935, Société Française de Construction.

stipulation, est le critère le plus large de ceux qui sont énumérés dans l'article 15 du Code des Obligations de l'Administration.

En effet, l'intérêt général est la base du régime juridique des contrats administratifs,

Le Code des Obligations de l'Administration a retenu l'expression "intérêt général" dans son article 11 définissant le service public, de préférence à "intérêt public" ou à "utilité générale" ou "utilité publique" ou même encore "intérêt national", toutes expressions que l'on retrouve dans la jurisprudence administrative,

L'étude des sentences des tribunaux administratifs et des arrêts, la connaissance de la doctrine, ne font pas apparaître de distinction, même subtile, entre ces différents termes.

La formule de "l'intérêt général" et celle de "l'utilité générale" sont toutefois plus répandues par les auteurs.

L'article 3 du Code des Obligations de l'Administration invoque "l'intérêt général" comme un des buts poursuivis par les personnes morales de droit public lorsqu'elles concluent des contrats administratifs, l'autre principe finaliste consistant dans les "nécessités du service public".

Ces notions sont liées dans la définition de la clause exorbitante contenue dans l'article 14, disposant que :

"Est exorbitante du droit commun la clause inspirée par les nécessités particulières qu'impose la réalisation de l'intérêt général poursuivi par le service public".

Les marchés de travaux passés entre personnes privées peuvent recevoir la qualification de contrats administratifs et, de ce fait, les contractants se voient soumis aux règles édictées par le droit public dans le domaine de ces contrats.

Nous avons vu que l'article 9 ouvrait cette possibilité lorsqu'une personne privée agit pour le compte d'une personne morale de droit public. Ce critère a été qualifié d'organique par la doctrine(1). Il n'est pas suffisant pour conférer le caractère administratif à un contrat et la condition de participation du co-contractant à l'exécution du service public a été examinée. Toutefois, l'exigence de l'article 11, "participation directe et permanente" du co-contractant de la personne privée agissant pour le compte de l'Administration ne nous a pas paru pouvoir être remplie, la participation de cette personne pouvant être seule considérée comme directe et permanente.

Par contre, la présence dans la convention, de clauses exorbitantes du droit commun et la relation du contrat à une activité de service public, constitue le critère additionnel qui peut inciter le juge à lui attribuer la qualification de contrat administratif.

Le C.O.A. n'a pas prévu, semble-t-il, d'exception au principe de la présence de la personne publique, autre que celle de l'article 9.

Or, la jurisprudence Peyrot(2) nous l'avons vu, retient un

(1) J.P. Colin - AJDA - Septembre 1966

(2) T.C. 8 Juillet 1963 Entreprise Peyrot c/Société autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur - AJDA 1963 p. 463.

critère, en apparence différent de celui-ci, critère tiré de l'objet du contrat. La construction de la voirie routière "appartient par nature à l'Etat", ces travaux sont traditionnellement exécutés en régie directe et soumis aux règles du droit public. La construction d'autoroutes(1), celle d'un tunnel routier(2) ont été considérés comme appartenant par nature à l'Etat. Nous avons vu qu'il n'était pas nécessaire d'écarter ce critère en droit sénégalais, au motif qu'il n'est pas repris formellement par un article du titre premier du C.O.A. Le chapitre II du titre I du C.O.A. est d'ailleurs intitulé "des contrats administratifs par nature".

Chaque fois que le juge sénégalais examinera la nature de l'ouvrage accompli et s'il en infère qu'il s'agit de l'accomplissement d'une mission de service public (critère fonctionnel) relevant "par nature" de l'Etat, il aboutira, semble-t-il, à la conclusion logique que le maître d'œuvre agit pour le compte de l'Etat, ce qui lui permettra d'exciper des dispositions contenues dans l'article 9 C.O.A., pour décider de l'application des règles de droit public relatives aux marchés.

La jurisprudence la plus récente, à laquelle il a été fait allusion à propos du contenu de l'expression "pour compte", a tendance à rechercher l'existence d'un faisceau de critères, dont un critère relationnel : emprise de la collectivité publique sur la société

(1) C.E. 31 Octobre 1973 - Société des Grands travaux de Marseille
Leb. p. 926.

(2) C.E. 24 Avril 1968, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc - AJDA 1968 p. 478.

privée se manifestant par exemple par une majorité d'actions appartenant à cette collectivité, contrôle et surveillance, exclusion des profits purement commerciaux(1), etc...

Ainsi, après avoir reconnu ces deux exceptions au principe de la compétence judiciaire (mandat, travaux appartenant par nature à l'Etat), la jurisprudence française évoluerait-elle vers une exception fondée sur l'ensemble des critères organique, fonctionnel, relationnel et formel ? L'arrêt du Conseil d'Etat du 30 Mai 1975, Société d'Equiperment de la Région Montpelliéraine, et la sentence du Tribunal des Conflits du 7 Juillet 1975, Commune d'Agde, retiennent, en effet, cet ensemble de critères :

C.E. 30 Mai 1975 :

- agissement pour compte de la collectivité publique ;
- objet du contrat (construction de voies publiques) ;
- document contractuel établi et vérifié par les Services des Ponts et Chaussées ;
- remise des ouvrages aux collectivités dès achèvement ou au plus tard dès réception définitive.
- existence d'une clause prévoyant la substitution de plein droit des collectivités locales à la société d'économie mixte pour toute action en responsabilité décennale.

Il convient d'être très attentif à cette évolution, en par-

(1) AJDA Septembre 1966 p. 474 - J.P. Colin "Nature juridique des marchés de travaux publics passés par les Sociétés d'économie mixte concessionnaires de travaux publics".

ticulier tant qu'elle concerne les Sociétés d'économie mixte.

La prolifération de telles sociétés au Sénégal (cf. loi n° 75-III4 du 21 Novembre 1975, dont la liste est incomplète) pose le problème complexe de leur finalité et des conséquences qu'elle ne saurait manquer d'avoir sur l'avenir du secteur privé.

En effet, que la création de ces sociétés soit destinée à remplir un vide laissé par les particuliers dans un secteur donné de l'économie ou qu'elle ait pour but la participation de l'Etat sénégalais à des activités déjà assurées par le privé mais que le Gouvernement estime devoir contrôler, il est manifeste qu'elles introduisent dans les circuits économiques un élément de déséquilibre (monopole ou préférence accordée à ces sociétés(1), critères de choix du personnel désigné par l'Etat pour les gérer, etc...).

Il existe donc un intérêt majeur à ce que l'activité des Sociétés d'économie mixte soit contrôlée par l'Administration et, singulièrement dans le domaine des marchés qu'elles passent dans le cadre des missions de service public qui peuvent leur être confiées.

Certes, la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 dispose que les Sociétés d'économie mixte dont la création et l'administration relève du droit commun des sociétés commerciales, sont soumises au contrôle de l'Etat de plein droit, si la participation de l'Etat ou des collectivités publiques dépasse 50 % du capital social, par décret individuel si cette participation est comprise entre 20 et 50 %, le contrôle étant toujours de droit s'il s'agit de sociétés soumises à un régime dérogatoire fixé par une loi spéciale. Mais ce sont des

(1) Monopole de la commercialisation des cuirs et peaux - SERAS
Monopole de l'exportation des oléagineux - SONACOS, etc...

personnes privées(1) et leurs marchés de travaux même publics ne sont pas nécessairement des contrats administratifs. L'article 16 prévoit bien que le contrôle de l'Etat s'exerce sur les aliénations, échanges, transactions, constructions d'immeubles. Mais le cas des marchés de travaux passés par ces sociétés avec des particuliers n'est pas expressément mentionné. Toutefois, il peut s'agir d'une construction d'immeuble.

Il y aurait intérêt à ce qu'une jurisprudence fixe rapidement les critères permettant d'attribuer la qualification de contrats administratifs aux marchés qu'elles sont amenées à passer avec des particuliers :

Dans le cas des sociétés non contrôlées par l'Etat (article 4 loi n° 72-48, les règles posées par le chapitre II du titre I du C.O.A. seraient évidemment applicables, mais dans le cas des sociétés soumises au contrôle de l'Etat de plein droit ou par décret individuel, tout marché de travaux "publics" devrait être considéré comme un contrat administratif et, de ce fait, soumis aux dispositions du décret n° 67-697.

Le chapitre suivant dans lequel il sera traité de la définition du "travail public" aidera à mieux comprendre le sens de ce voeu.

(1) Voir supra, Section I du présent chapitre.

C H A P I T R E I I I

LA NOTION DE TRAVAIL PUBLIC

La notion de travail public n'étant définie dans aucun texte législatif ou réglementaire, on la recherchera dans la jurisprudence française, aucune jurisprudence sénégalaise n'étant intervenue sur ce point précis, jusqu'à la date de la présente étude(1)

Depuis 1921, date de l'arrêt "Commune de Monséguir", jusqu'à 1955 (arrêt Effimieff) la jurisprudence a peu varié.

La définition du Conseil d'Etat, à savoir : "Un travail immobilier fait par une personne publique ou réalisé pour son compte, dans un but d'utilité générale", a servi de base aux jugements rendus en la matière.

(1) En matière de marchés de Travaux Publics : voir ACH et S.A.B.T.P. contre Etat du Sénégal, Tribunal de 1ère Instance 9.II.1968.

En matière de dommages causés par des travaux publics : Sékou Badio c/Etat du Sénégal. Sté Sotrafom et Mutuelle Générale Française d'Accidents, Tribunal 1ère Instance I.3.1969. Mor Diaw c/Commune de Dakar. Cour d'Appel de Dakar 9.I.1970.

S E C T I O N I
-----LA JURISPRUDENCE EFFIMIEFF ET LA DEFINITIONDU "TRAVAIL PUBLIC"

A partir de l'arrêt Effimieff, la notion de service public est réintroduite dans la définition du travail public de façon à permettre l'assimilation de travaux effectués pour un particulier à des travaux publics.

La définition est ainsi énoncée par le Commissaire du Gouvernement dans l'affaire d'Association syndicale de reconstruction de Toulon et Préfet du Var contre le sieur Effimieff(1).

"Constitue un travail public, tout travail immobilier exécuté, soit pour le compte d'une collectivité publique dans un but d'intérêt général, soit pour la réalisation d'une mission de service public, par une personne publique."

Cette définition, très générale, vise, en réalité, d'autres situations que celle évoquée par la décision Effimieff.

Il convient de rappeler que le Tribunal des Conflits avait à juger du caractère public de travaux accomplis par des associations syndicales de reconstruction, établissements publics, alors que les habitations édifiées devenaient la propriété de leurs adhérents, au fur et à mesure de la construction des appartements. Il s'agissait donc de travaux effectués pour des personnes privées, mais par une

(1) T.C. 28 Mars 1955 AJDA 1957 n° 234 et 265 - également C.E. Ass. 12 Avril 1957, AJDA 20.6.57 n° 254 et 265, Sieur Mimouni.

personne publique et dans le cadre d'une mission de service public. Le cas de travaux effectués par des personnes privées agissant pour le compte d'une collectivité publique devra être aussi évoqué. L'étude des éléments de la définition précitée, élément matériel dans une section II, éléments personnels et finalistes de la notion de travail public, dans une section III, aidera à mieux préciser son sens exact et sa portée réelle.

S E C T I O N I I

ELEMENTS MATERIELS DE LA DEFINITION DE "TRAVAIL PUBLIC"

UN TRAVAIL

Selon la définition admise aujourd'hui par la jurisprudence, le travail public est, au premier chef, un travail que l'on effectue, ce caractère l'opposant aux fournitures livrées ou aux services qui font l'objet d'une prestation.

La plupart des auteurs considère que l'expression "travail public" implique l'existence d'une activité en vue d'un ouvrage.

L'immeuble livré dans le cadre d'un marché administratif doit être oeuvré. Dans le cas d'une livraison d'immeuble brut il s'agirait alors d'une vente ou d'une fourniture(1).

(1) G.P. Bloch - La notion de Travail Public - Thèse - Paris - Librairies Techniques 1965 - B. U. D 304-778 p. 13.

La distinction entre travail public et ouvrage public a souvent été faite par la jurisprudence. Certes la notion d'ouvrage public contient l'élément immobilier(1), mais il ne contient pas l'élément : travail effectué sur un immeuble(2).

Il importe de dire un mot du problème particulier posé par les opérations de remembrement urbain et rural en raison de son caractère d'actualité.

Remembrer consiste à regrouper de façon cohérente des lots de terrain dispersés entre les mains de plusieurs propriétaires. Tantôt, le but recherché est de faciliter les opérations de reconstruction et d'urbanisme, tantôt, de faciliter le développement agricole. Dans la majorité des cas, le problème de la caractérisation de ces opérations en travaux publics est soulevé à l'occasion de dommages causés aux propriétaires de parcelles. On sait que les réparations des dommages de travaux publics sont soumises à des règles spéciales, d'où l'intérêt de la question.

En France, le Conseil d'Etat a décidé plusieurs fois que les opérations de remembrement foncier constituaient des opérations de travaux publics(3). Cette position peut paraître surprenante si l'on

(1) Un plongeur flottant non fixé au sol n'est pas un ouvrage public.
(C.E. 12 Octobre 1973 - RDP 1974 - II37 note Waline).

(2) La reconstruction par l'Etat d'un immeuble sinistré est une opération de Travail Public. T.C. 22.2.1960 - Borel D 1960, 268, R.D.P.A. p. 922.

(3) C.E. 3 Décembre 1955, Ministère de l'Agriculture c/Deletoile.
Recueil p. 572.

considère que les opérations de remembrement sont avant tout des opérations juridiques. Toutefois, c'est dans la mesure où elles sont le prélude à des opérations de construction immobilière accomplies dans le cadre d'une mission de service public que le caractère de travail public peut leur être attribué.

En fait, le remembrement urbain fait l'objet au Sénégal de règles très précises contenues dans la partie réglementaire du Code de l'Urbanisme(1). Les oppositions au dossier de remembrement ne peuvent être fondées que sur l'omission ou la violation des formalités préalables à l'ouverture des opérations de remembrement(2). Les préjudices subis en matière de remembrement par les propriétaires ou locataires peuvent faire l'objet d'une demande en indemnité sur laquelle il est statué comme en matière d'expropriation(3). S'il s'agit de dommage causé par un travail public, ce sont les règles posées par le Code des Obligations de l'Administration qui sont applicables(4). S'il existe un marché de travaux publics passé selon les règles prévues au décret n° 67-697, la responsabilité contractuelle sera soumise aux règles prévues par les articles 94 à 105 du Code des Obligations de l'Administration.

Parallèlement à la question de remembrement, on peut se demander quelle est la nature des opérations de rénovation de la Médina ?

(1) Décret n° 66-1076 du 31 Décembre 1966 - JORS du 30 Janvier 1967.

(2) Articles 223 et ss du décret n° 66-1076 du 21 Décembre 1966.

(3) Loi n° 76-67 du 2 Juillet 1976 et décret n° 66-395 du 31 Mai 1966.

(4) Article 143 du Code des Obligations de l'Administration pour les travaux publics.

Ces opérations sont de plusieurs sortes :

- expropriation pour cause d'utilité publique ;
- déclaration de cessibilité des immeubles nécessaires à la réalisation de la rénovation ;
- cessation du permis d'occuper pour les habitants occupant le domaine privé de l'Etat en vertu d'un titre administratif ;
- délivrance d'un permis d'occuper à Dagoudane Pikine ;
- vente à tempérament d'un logement H.L.M. ou location de studios économiques, location d'une chambre dans l'hôtel des célibataires, construction sur les terrains libres de nouveaux bâtiments sous le régime des marchés publics.

Le problème est le suivant :

Les opérations ainsi décrites ou l'une de ces phases peuvent-elles être considérées comme des "travaux publics" ?

L'expropriation fait l'objet d'une procédure spéciale décrite dans la loi n° 76-67 et le décret n° 66-395.

Le contentieux relatif à la cessation du permis d'occuper est réglé par le décret n° 59-174 du 6 Juillet 1959 mais depuis la date d'application de ce décret, est intervenue la loi n° 60-56 qui attribue au Tribunal de 1ère Instance la compétence autrefois réservée à une juridiction administrative. Il convient de noter qu'au Sénégal, le juge des expropriations détient une compétence étendue, notamment en matière d'indemnité de plus-value due à l'Etat du fait de l'approbation d'un plan d'urbanisme, ou, de l'annonce de travaux ou d'opérations d'utilité publique par les propriétaires d'immeubles situés dans les zones concernées ainsi qu'en matière d'occupation temporaire d'immeubles, appartenant à des personnes privées, par des

..../...

agents de l'Etat ou les personnes auxquelles ils délèguent leurs droits, pour y effectuer les études ou opérations nécessaires à l'établissement de projets d'utilité publique ou d'intérêt général(1).

Enfin, les dommages résultant de la destruction d'immeubles abandonnés et de la construction des nouveaux bâtiments, sous un régime de marché public, sont des dommages de travaux publics.

TRAVAIL IMMOBILIER

Le Code civil dans ses articles 517 et suivants définit plusieurs catégories d'immeubles :

Il distingue les biens corporels,

- immeubles par destination,
- immeubles par nature,

des biens incorporels.

Les travaux publics étant des travaux corporels, ils ne sauraient s'exercer que sur des biens corporels. La distinction entre immeuble par nature et immeuble par destination est trop connue pour qu'il soit utile de l'évoquer. Il peut être intéressant toutefois d'ouvrir une parenthèse sur le caractère d'immeubles par destination de certains objets mobiliers fixés à demeure dans des locaux administratifs. Leur achat par l'Administration fait l'objet d'un marché de fourniture. Mais leur pose et leur entretien doivent-ils être considérés comme un travail public ?

(1) Loi n° 76-67 - 2 Juillet 1976.

Il y a rapport de destination entre le local administratif conditionné et l'objet fixé : ce dernier est affecté au service du fonds. En outre, cet objet est (généralement) scellé. C'est le cas, par exemple, des climatiseurs.

La jurisprudence relative à des glaces scellées ou même à un radiateur simplement posé dans un Palais de justice, leur a reconnu la qualité d'immeuble. On peut donc, par analogie, nonobstant le critère d'affectation au service du fonds qui serait seul suffisant, considérer les conditionneurs d'air comme des immeubles par destination. La théorie de "l'ensemble immobilier" qui prévaut actuellement dans la jurisprudence française peut surabondamment être évoquée, le conditionneur d'air tendant à devenir un élément essentiel d'ensemble immobilier au même titre par exemple, que le chauffage central.

Une question vient alors tout naturellement à l'esprit :

Le climatiseur étant un immeuble par destination, la réparation ou l'entretien d'un climatiseur de l'Administration par une personne privée est-elle un travail public ? Là intervient, semble-t-il, les critères contenus dans la définition du travail public donnée par le commissaire du gouvernement dans l'affaire "Effimieff", autrement dit, il s'agira de vérifier simplement si le travail immobilier est exécuté soit dans un but d'intérêt général pour le compte d'une collectivité publique(1), soit pour la réalisation d'une mission de service public par une personne publique, pour lui conférer la qualification de "public". Ainsi, la dénomination de travail public peut être donnée à des opérations qui, a priori, sembleraient devoir être exclues d'une telle catégorie. Mais cette extension a des

(1) Arrêt Commune de Montségur - C.E. 10 Juin 1921 - Recueil p. 573.

limites : la réparation d'une voiture de l'Administration lorsqu'elle est effectuée par un garage privé n'est pas un travail public. Les automobiles sont des meubles. Leur réparation ou leur entretien dans ces conditions peut s'analyser juridiquement en un louage d'ouvrage, contrat qui relève du droit privé.

CARACTERE ATTRACTIF DE LA NOTION DE TRAVAIL PUBLIC

Ce chapitre relatif à la notion de travail public serait incomplet si l'on ne signalait pas une des particularités remarquables du travail public de posséder un caractère attractif, caractère permettant de lui rattacher par extension des opérations ne présentant parfois avec le travail public qu'une faible connexité. Les applications de la théorie du caractère attractif se manifestent dans plusieurs domaines. C'est ainsi que la jurisprudence a pu décider que les conséquences découlant de l'inexécution d'un travail public sont régies par le droit des travaux publics.

En outre, certaines opérations ont pu être soumises au même régime que les travaux publics par l'application de la théorie de l'accessoire :

- opérations préliminaires aux travaux publics (devis, projets, concours) ;
- opérations annexes servant à la réalisation d'un travail public ou à l'accomplissement du service public des travaux publics (emploi de véhicules servant à transporter des matériaux, du personnel, etc...) ;
- opérations consistant en une partie des rapports contractuels

.../...

constituant un marché de travaux publics(1).

Il faut évidemment qu'il existe un lien unissant un fait matériel ou un acte juridique à un travail public, par un rapport de nécessité, pour que l'élément "travail public" l'emporte sur tous les autres.

Le juriste peut se demander toutefois, si, dans l'état actuel d'attribution des compétences judiciaires, au Sénégal, le travail public aura la même force attractive que dans un pays où il existe une nette différenciation des compétences.

Le juge de 1ère instance sénégalais n'évitera-t-il pas de conférer à une affaire le caractère administratif de façon à se retrouver sur un terrain plus familier, celui du droit privé où la jurisprudence est abondante et la doctrine plus affirmative et moins partagée ?

Diverses raisons ont été invoquées en France, pour justifier le caractère attractif du travail public :

Nécessité de soumettre à la juridiction administrative l'ensemble des contrats accomplis dans le cadre d'une mission de service public, application de la théorie de l'accessoire ou d'une théorie de la connexité.

Si les considérations de compétence n'effleurent pas le juge sénégalais, par contre, l'intérêt est évident de l'unité du droit applicable à des opérations de natures juridiques diverses mais dont le

(1) Bloch thèse p. 56 op. cit.

déroulement s'effectue dans le cadre d'un travail public.

S E C T I O N I I I

ELEMENTS PERSONNELS ET FINALISTES DE LA NOTION

La définition jurisprudentielle du travail public comporte, en dehors des éléments matériels : travail, caractère immobilier du travail, une référence à la personnalité du donneur d'ordre :

"Travail immobilier exécuté, soit pour le compte d'une collectivité publique...". Un travail ne peut être qualifié de public que s'il est effectué par une personne publique ou pour son compte.

L'exécutant du travail public peut être une personne publique, c'est le cas de la régie directe.

La plupart du temps, ce sera un particulier engagé par un contrat (marché de travaux publics) à accomplir le travail public. Mais il arrive que la gestion d'un service public et dans ce cadre, la réalisation d'un travail public soit confiée par une personne publique à un particulier. Il ne s'agit plus du contrat d'entreprise mais de la concession.

De toutes façons, le travail est accompli "pour le compte de l'Administration". Le sens de cette expression a été examiné dans le chapitre II du titre I du présent ouvrage.

La question de la qualification de travail public se pose

.../...

lorsque les relations juridiques entre l'Administration et l'exécutant du travail public existent en dehors des trois régimes précités.

L'arrêt "Consorts Zagouatti"(1) a admis la qualification de travail public pour un travail effectué par un particulier dans le cas d'une simple autorisation de voirie. Le Conseil d'Etat a relevé la mission de surveillance dont la puissance publique était investie à l'égard des travaux exécutés en l'espèce.

Une solution identique a été adoptée dans un cas sensiblement différent, celui des contrats passés par la société Autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur, société d'économie mixte mais personne morale privée, concessionnaire de l'autoroute, avec des entreprises privées, en vue de la construction et de l'entretien de cette voie.

La jurisprudence Effimieff a été l'origine d'un élargissement considérable de la signification de l'expression "pour le compte de"(2).

La jurisprudence Grimouard(3) devait renforcer celle du Tribunal des conflits.

Désormais, des travaux exécutés pour le compte d'un particulier, par une personne publique "lorsqu'ils se rattachent à une mission de service public accomplie dans le cadre d'un régime de droit public", sont des travaux publics(4).

(1) C.E. 19 Novembre 1958, AJ II, p. 456.

(2) Supra, chapitre III - Section I.

(3) C.E. 20 Avril 1956

(4) Long, Weil et Braibant - Grands arrêts de la jurisprudence administrative.

Monsieur Josse dans une note au D. 1956 J. 429 écrit :

"Le travail public est exécuté soit par une personne morale de droit public ou pour le compte de celle-ci, soit par un organisme quelconque remplissant la mission de service public qui lui a été confiée par la loi".

Monsieur Bloch dans sa thèse citée supra, sur la notion de travaux publics, propose une signification subtile de l'expression "pour le compte de", en suggérant que :

"L'imputation du travail public résulte du titre auquel il a été réalisé. Un travail sera public, et imputable à telle personne publique, parce qu'il aura été réalisé soit par cette personne publique elle-même, soit par quelqu'un d'autre mais agissant en ses lieu et place".

La définition du travail contient encore deux éléments finalistes : celui de l'utilité générale, celui de la mission de service public. Ces éléments ont été étudiés à l'occasion de l'examen de la notion de marchés publics.

La jurisprudence se sert de la notion d'utilité générale pour qualifier les travaux les plus divers de travaux publics, l'arrêt Commune de Montségur étant l'un des plus remarquables à ce sujet.

Quant à la notion de service public, on l'a vu, ses éléments sont définis dans le Code des Obligations de l'Administration.

T I T R E I I

PROBLEMES RELATIFS A LA CONCLUSION DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

La vie d'un marché administratif comporte trois grandes phases : la conclusion ou passation, l'exécution, la fin du marché. Les contrats de droit privé connaissent les mêmes phases, mais en droit administratif, la première, la conclusion, présente un caractère de complexité pratiquement inconnu du droit privé.

Cela tient évidemment au fait que l'Administration contractant dans l'intérêt général, dans le cadre d'une mission de service public, doit observer un ensemble de règles exorbitantes du droit commun dont l'un des caractères est de limiter la liberté de ses actes.

.../...

Elle doit s'assurer, en particulier, après avoir déterminé ses besoins exacts en matière de travaux publics, que les crédits correspondant du montant des travaux sont bien inscrits au budget et susceptibles d'être affectés à leur paiement.

Elle vérifie que les principes généraux relatifs à certains marchés sont bien observés, notamment en ce qui concerne la valeur au-dessus de laquelle un appel à la concurrence est obligatoire.

Puis au stade de la préparation du marché, celui de la passation proprement dite et celui de l'approbation, auront lieu un certain nombre d'opérations centralisatrices, destinées à garantir la régularité des marchés soit qu'il s'agisse de l'examen des projets, de leur soumission à l'avis d'organes spécialisés ou bien du contrôle ou de l'approbation finale par les instances supérieures.

S'agissant du choix du co-contractant, l'Administration, si elle bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire, n'en verra pas moins son choix sanctionné par les mêmes instances et par les mêmes organes.

La centralisation administrative en matière de marchés de travaux publics sera étudiée dans un chapitre I.

Le chapitre II traitera du mécanisme comptable de l'approbation des marchés, l'institution qui met en lumière l'effort de centralisation administrative dans les marchés publics.

Enfin, dans un chapitre III, sera étudié le contentieux de la passation des marchés, sous l'angle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

C H A P I T R E I

CENTRALISATION ADMINISTRATIVEEN MATIERE DE CONCLUSION DE MARCHES

Au Sénégal, en matière de conclusion de marchés, la tendance est à une forte centralisation. Cette centralisation s'explique par de nombreuses raisons :

En premier lieu, le Sénégal est un pays de 5.000.000 d'habitants, dispersés, certes, sur un territoire de 200.000 km², mais dont l'administration à partir de sa capitale ne pose guère de problèmes, en raison du cadre géographique existant, puis, pour avoir hérité, au moment de l'indépendance, d'une infrastructure administrative fortement charpentée et d'un réseau convenable d'intercommunications.

L'essentiel des activités administratives est donc concentré dans la Région du Cap-Vert. La plupart des marchés de travaux publics y sont exécutés.

Les exigences du système mécanographique font que les comptes des administrations et ceux des établissements publics sont traités à Dakar.

En outre, les nécessités budgétaires imposent un frein aux dépenses administratives. Il faut non seulement en limiter le montant, mais encore en contrôler l'exécution. Toutes ces raisons font de la centralisation, en matière de travaux publics, un véritable impératif.

.../...

Un organisme, créé par le décret n° 67-696 du 16 Juin 1967(1), joue un rôle centralisateur important. Il s'agit de la Commission nationale des Contrats de l'Administration. Composée de représentants de divers Ministères et du Contrôle financier, du Trésorier Général et du Contrôleur des Opérations financières en personnes, elle est présidée par le Secrétaire Général de la Présidence de la République. Elle tient du règlement, cinq vocations générales essentielles.

- vocation administrative ;
 - vocation de contrôle des prix ;
 - vocation économique ;
 - vocation technique ;
 - vocation de surveillance des Commissions régionales des contrats de l'Administration
- et une vocation particulière de contrôle.

Sa consultation est obligatoire en ce qui concerne les marchés publics, lorsque l'Administration s'engage pour une somme supérieure à 1 million de francs(2) et dans tous les autres cas prévus par le décret n° 67-696 et par le décret n° 67-697. Au stade de la

(1) Décret n° 67-696 du 16 Juin 1967 (J.O. n° 3901 du 29.6.1967) modifié par les décrets n° 70-1421 du 24 Décembre 1970 (J.O. n° 4144 du 23.1.1971), n° 73-073 du 25 Janvier 1973 (J.O. n° 4277 du 17.2.1973), n° 73-074 du 25 Janvier 1973 (J.O. n° 4277 du 17.2.1973).

(2) Article 7 modifié du décret n° 67-696.

préparation des marchés, son rôle est joué a posteriori lors de l'examen du projet de contrat et lorsque la Commission entend à titre de rapporteur un fonctionnaire ou agent du service bénéficiaire assisté, le cas échéant, du fonctionnaire ou agent qui a préparé le contrat(1). Il s'agit au fond, d'un stade intermédiaire entre la préparation et l'approbation du marché.

Toutefois, la Commission propose "toutes mesures susceptibles d'améliorer le placement des commandes... de travaux", et elle est chargée "d'établir les projets de cahiers des prescriptions communes applicables à tous les contrats de même nature"(2). Sa mission dépasse donc, en cette matière, un simple contrôle "a posteriori" de la préparation du marché par les autorités compétentes.

Les Commissions régionales ont été organisées par le décret n° 73-074 du 25 Janvier 1973.

Elles sont appelées à donner leur avis sur les projets de contrats concernant les communautés rurales lorsque ces collectivités s'engagent pour une somme supérieure à 1 million de francs (sauf les contrats relatifs à l'utilisation de personnel conformément aux règles du droit commun)(3).

Un arrêté récent, l'arrêté primatorial n° I4-032 PM-SG du 17 Décembre 1975 étend cette compétence à différents marchés dont ceux

(1) Article 11 - Décret n° 67-696.

(2) Articles 5 et 6 - Décret n° 67-696.

(3) Article 2 du décret n° 73-074, article 102 de la loi n° 72-25.

relatifs aux travaux d'entretien, de réfection des bâtiments administratifs ou conventionnés. La Commission nationale oriente et surveille l'activité des Commissions régionales.

Le décret n° 67-697, le décret n° 67-696 du 16 Juin 1967 créant une Commission Nationale des contrats de l'Administration, et d'autres textes de droit public antérieurs et postérieurs à ces décrets, représentent un effort certain en vue d'organiser la centralisation des pouvoirs de décision, de contrôle et de surveillance dans le domaine des marchés publics.

En examinant quelques problèmes spécifiquement sénégalais, relatifs à la préparation, à la passation des marchés, et au choix des co-contractants et enfin à l'approbation des marchés, cette tendance sera vérifiée.

S E C T I O N I

LA PREPARATION DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

C'est en matière de préparation des marchés que la centralisation organisée par le texte du décret n° 67-697 est la moins apparente. Il reste admis que les corps intéressés sont plus directement aptes à déterminer les conditions d'exécution des travaux dont ils expriment le besoin. Mais, l'article 9 du décret n° 67-697 prévoit que, s'agissant des marchés de travaux, les départements ministériels, les collectivités locales ou établissements publics ne disposant pas de bureaux techniques spécialisés font appel au service des travaux publics ou à tout autre service techniquement compétent.

.../...

Nous avons vu supra que la Commission Nationale des Contrats jouait aussi un certain rôle au stade de la préparation.

L'article 7 du décret n° 67-697 modifié par le décret n° 75-II8 du 24 Novembre 1975 prévoit que "les marchés au-dessus de 3 millions de francs sont conclus sous forme écrite et font l'objet d'un instrument unique dont les cahiers des charges visés à l'article 44 sont les éléments constitutifs".

Le marché fait l'objet d'un instrument unique, ce qui signifie que s'il comporte un certain nombre de documents : cahiers des charges, états descriptifs de matériels, devis, etc..., le marché lui-même avec les références aux documents précités, doit être établi en un seul acte.

Cet acte contient un certain nombre de mentions obligatoires et notamment le numéro de compte de contribuable du co-contratant, c'est-à-dire, le numéro d'immatriculation figurant sur les avis d'imposition sur les revenus (B.I.C., B.N.C., I.G.R.) émis par la Direction des Impôts au cours des années 1965 et 1966, et modifié fin 1966, l'avis de la Commission des Contrats, le nom du comptable assignataire chargé du paiement(1).

Le marché doit faire référence aux Cahiers des charges, qui, aux termes de l'article 7 du décret n° 67-697 en sont les éléments constitutifs.

Il existe trois catégories de cahiers :

- cahiers des clauses et conditions générales : en matière

(1) Article 8 - Décret n° 67-697.

de travaux publics, c'est l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946, modifié par l'arrêté ministériel du 27 Novembre 1952 qui a fixé les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics. Ces dispositions pour tout ce qui n'est pas contraire à celles du décret n° 67-697, ont été maintenues en vigueur par l'article 121 dudit décret. La Commission des Contrats est compétente pour modifier ou établir cette catégorie de documents.

- cahiers des prescriptions communes : ces documents sont établis en projet par la Commission des Contrats(1) et approuvés par arrêté du ou des ministres intéressés, sous réserve, le cas échéant, des dispositions statutaires régissant les établissements publics. Le décret n° 75-180 du 17 Février 1975 (J.O. n° 4440 du 11 Août 1975) porte approbation du cahier des prescriptions communes applicables aux travaux routiers. Son article 11-01 (le premier article du fascicule I) stipule que ses prescriptions ne sont applicables à un marché que si celui-ci y fait référence. Elles deviennent alors contractuelles sous réserve des dérogations explicites ou implicites du cahier des prescriptions spéciales ainsi que, le cas échéant, du bordereau des prix, du devis estimatif et de toute autre pièce du marché.

- cahiers des prescriptions spéciales : ils fixent les conditions propres à chaque marché et peuvent comporter des dérogations aux cahiers des clauses et conditions générales et aux cahiers des prescriptions communes, ce qui laisse supposer que les prescriptions contenues dans ces cahiers n'ont pas un caractère obligatoire.

La Commission Nationale des Contrats, enfin, donne son avis sur les cahiers des charges des marchés par adjudication, préalable-

(1) Article 6 du décret n° 67-697.

ment à leur publication(1).

Les articles 11 et 12 du décret n° 67-696 organisent la procédure de l'examen des projets de contrats par la Commission.

Mais, comme nous l'avons vu, supra, il s'agit d'un examen a posteriori se situant après le stade de la préparation et avant celui de l'approbation.

Ce point sera donc évoqué à la fin de la section II du présent chapitre.

S E C T I O N I I

LA PASSATION DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS ET LE CHOIX DU CO-CONTRACTANT

Le problème le plus important peut-être, au stade de la passation du marché, est celui du choix du co-contractant. Les rédacteurs du décret n° 67-697 et des textes qui l'ont, en partie, inspiré, ont eu le souci, tout en conférant à l'Administration contractante un large pouvoir de décision, de la soumettre cependant à une série de contrôles destinés à assurer en définitive, le respect de l'intérêt général.

Avant de traiter avec les candidats aux soumissions et aux

(1) Article 8 du décret n° 67-696.

appels d'offres, l'Administration cherchera à les mieux connaître ; c'est l'objet d'une série de mesures incluses dans les textes relatifs aux marchés publics.

Par des dispositions supplémentaires contenues en particulier dans les articles 20 et 21 du décret n° 67-697, la possibilité d'établir un véritable fichier du co-contractant lui est ouverte :

L'article 21, par exemple, prévoit la possibilité pour les candidats aux adjudications publiques restreintes et aux appels d'offres de demander leur agrément pour des travaux (fournitures ou services) déterminés.

Une liste des entrepreneurs agréés est alors dressée par les soins de la Commission des Contrats de l'Administration qui la diffuse périodiquement auprès des services susceptibles de passer des marchés publics. Le fonctionnement de cette institution pose des problèmes de contentieux qui seront examinés au chapitre III du présent titre. L'ensemble de ces précautions doit permettre à l'Administration sénégalaise de choisir ses co-contractants, en toute connaissance de cause.

ADJUDICATION

Au plan de l'adjudication, les principes même du choix de ce mode de passation ainsi que l'organisation de la procédure et du choix du co-contractant ne présentent pas un caractère centralisateur spécial, sauf aux stades de la soumission et de l'approbation.

.../...

ADJUDICATION RESTREINTE

S'agissant de l'adjudication restreinte, il est bien spécifié par les textes que l'adjudication comporte la faculté pour l'Administration de n'admettre que les soumissions qui émanent d'entrepreneurs présentant toutes les garanties financières et professionnelles nécessaires, la liste en étant arrêtée par l'autorité compétente, après avis d'une commission désignée à cet effet (article 28). Cette liste ne fait-elle pas double emploi avec celle prévue à l'article 21 ?

En outre, le cahier des charges des adjudications restreintes peut stipuler les titres qui sont exigés pour être admis à soumissionner. L'autorité compétente statue définitivement sur les conditions d'admission avant l'ouverture des plis renfermant les soumissions.

L'adjudication restreinte est réservée aux marchés qui ne peuvent "sans inconvénient, être livrés à une concurrence illimitée". Cette formule est très vague. L'inconvénient peut être de nature technique, lorsqu'une certaine qualité est exigée, politique même si l'Administration entend réserver le marché à une catégorie d'individus au sein de la nation, ou à une catégorie de pays, économique, psychologique parfois. Mais, de toutes façons, l'appréciation de l'inconvénient appartient à l'administration qui passe le marché.

ADJUDICATION SUR COEFFICIENT

L'adjudication sur coefficient concerne les "travaux ne répondant pas à un type uniforme dont les spécifications puissent être définies avec précision et pour lesquels la concurrence porte sur le

.../...

prix et le mérite technique des projets ou échantillons présentés lorsque ce mérite technique peut être évalué par des coefficients de qualité susceptibles d'être combinés avec des coefficients de prix pour l'attribution automatique du marché".

A ce stade, la Commission nationale des Contrats intervient conformément à l'article 7 du décret n° 67-696 modifié en vertu de sa vocation particulière de contrôle, mais aussi et plus spécialement dans ce mode de passation, au titre de sa vocation technique.

Dans le régime de l'adjudication, il y a attribution automatique du marché au candidat qui consent à le prendre au plus bas prix. Dans l'appel d'offres, l'Administration reste, en principe, libre d'attribuer le marché au concurrent de son choix.

APPEL D'OFFRES

L'appel d'offres ouvert institue une certaine concurrence compte tenu toutefois de la sélection des candidats selon les règles contenues dans les articles 20 et 21. Le pouvoir de l'Administration dont nous verrons qu'il est discrétionnaire se manifeste par le mode de désignation de l'offre retenue.

En matière d'appel d'offres restreint, la Commission nationale des Contrats est appelée à intervenir non seulement au titre de sa vocation technique et de sa vocation particulière de contrôle, mais en qualité d'arbitre lors de la présélection des candidats (article 34 - décret n° 67-697).

.../...

Par ailleurs, dans les deux types d'appel d'offres, le procès-verbal de la séance de dépouillement des offres est soumis à l'approbation de l'autorité hiérarchique supérieure au Président de la Commission d'examen, en fait, ce sera la plupart du temps celle qui a lancé l'appel d'offres.

Si cette autorité n'estime pas devoir suivre les propositions de la Commission de dépouillement, elle saisit, du choix qu'elle propose, la Commission des Contrats. Et c'est, en dernier lieu, cette commission qui statue sur l'offre à retenir.

Il ne faut pas perdre de vue que, de toutes façons, la Commission des Contrats devra donner son avis sur les marchés(1) et qu'ils sont approuvés, en définitive, selon les règles exposées supra. Quant à l'examen comparatif des prix dont il est question au paragraphe 2 de l'article 36, il introduit un motif supplémentaire d'élimination des candidats non artisans.

(1) Article 7 - Décret n° 67-696 modifié par décret n° 73-073.

ENTENTE DIRECTE

Enfin, entre trois et cinq millions de francs, l'Administration peut passer un marché par entente directe avec l'entrepreneur de son choix.

L'article 38 prévoit bien, dans ce cas, l'appel à la concurrence mais cet appel n'a pas un caractère aussi obligatoire que pourrait le laisser supposer l'article 6 du décret n° 67-697 puisque selon l'article 38 :

"Aucun marché ne peut être passé par entente directe avant que le service intéressé n'ait assuré, dans la mesure du possible, la publicité préalable et la concurrence par demande de renseignements..."

Il est évident que l'Administration pourra souvent invoquer l'urgence.

Elle peut également passer des marchés par entente directe dans certaines circonstances énumérées à l'article 37, et dont l'examen ne soulève pas de problème spécifique.

Le choix du co-contractant peut encore être limité et orienté au moyen de mesures tendant à établir une certaine préférence au profit soit des nationaux sénégalais, travailleurs et patrons, soit de l'industrie nationale. Ces mesures seront étudiées dans le titre IV du présent ouvrage.

.../...

S E C T I O N I I I

L'APPROBATION DES MARCHES DE TRAVAUXAPPROBATION PAR LE PREMIER MINISTRE ET APPROBATION PAR LE MINISTRE CHARGE DES
FINANCES

On notera deux anomalies dans la réglementation relative à l'approbation des marchés :

1. Les visas du décret n° 77-012 du 5 Janvier 1977 relatif à cette approbation ne reprennent pas le décret n° 70-695 du 12 Juin 1970 (J.O. n° 4111 du 11 Juillet 1970).
Ce décret abrogeait et remplaçait cependant l'alinéa 1er de l'article 11 du décret n° 67-697. Les alinéas suivants n'étaient pas modifiés.

2. Le titre du décret n° 77-012 du 5 Janvier 1977 est ainsi rédigé (J.O. n° 4544 du 29 Janvier 1977, p. 82) :

"DECRET n° 77-012 du 5 Janvier 1977 abrogeant et remplaçant le premier alinéa de l'article 11 du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967 portant réglementation des marchés administratifs.", mais l'article 1er de ce décret stipule "Article premier.- L'article 11 du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967 est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes...".

En fait, il s'agit bien de l'article 11 tout entier, puisque l'article 1er du décret n° 77-012 reprend les deux alinéas de l'article 11 du décret n° 67-697.

.../...

Le texte actuel est donc le suivant :

"Les marchés de travaux, de fournitures ou de services de l'Etat sont approuvés par :

"1° Le Premier Ministre, si leur montant est égal ou supérieur à 100 millions ou s'ils ont fait l'objet d'un avis défavorable de la Commission nationale des Contrats de l'Administration ;

"2° le Ministre chargé des Finances, lorsqu'ils ont reçu l'avis favorable de la Commission des Contrats de l'Administration et si leur montant n'atteint pas 100 millions de francs.

"Pour ce qui concerne les établissements publics, les délégations sont fixées par les textes propres à chacun de ces organismes.

"Dans les articles suivants, le terme autorité compétente désigne la personne habilitée pour l'approbation du marché."

ETABLISSEMENTS PUBLICS

S'agissant des marchés passés par les établissements publics et d'autres organismes visés par la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972, modifiée par la loi n° 74-58 du 28 Novembre 1974 et par la loi n° 75-90 du 20 Décembre 1975, l'article 5 du décret n° 72-842 du 13 Juillet 1972 prévoit que les contrats administratifs des établissements publics à caractère industriel ou commercial sont soumis à l'avis de la Commission des Contrats de l'Administration et approuvés par le Premier Ministre si leur montant est égal ou supérieur à 50 millions.

En-dessous de ce chiffre, ils sont approuvés par l'autorité

.../...

désignée dans le décret qui les constitue.

Quant aux établissements publics à caractère administratif, ils sont soumis aux mêmes règles que les services publics non personnalisés.

Les articles 12 de la loi n° 72-48 et 7 du décret n° 72-842, prévoient que tout acte comportant un engagement financier, accompli par ces établissements doit être visé préalablement à son exécution par le contrôleur des opérations financières. Le refus de visa doit être motivé. Il peut être dérogé à cette disposition dans des conditions déterminées par décret particulier en faveur de certains établissements publics à caractère industriel ou commercial.

Or, ce contrôleur, nommé par le Ministre des Finances et placé sous son autorité, est chargé de suivre l'activité des établissements visés par la loi n° 72-48 et ses rapports sont communiqués au Président de la République, au Premier Ministre, au Ministre de tutelle et au Président de la Commission de vérification des comptes et de contrôle des établissements publics instituée par l'article 20 de la loi n° 72-48.

Il convient d'ajouter que la loi n° 74-58 du 28 Novembre 1974 complétant la loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 prévoit qu'un commissaire du Gouvernement peut être chargé de suivre l'activité d'un ou plusieurs établissements publics à caractère industriel ou commercial et de contrôler leur gestion. Ce commissaire est le représentant permanent du Premier Ministre et des Ministres de tutelle.

Il veille particulièrement au respect de la réglementation des marchés administratifs. Ses rapports sont communiqués au Président

.../...

de la République, au Premier Ministre, aux Ministres de tutelle et au Président de la Commission de vérification des comptes et de contrôle des établissements publics.

Dans les établissements publics où il est désigné, le contrôleur des opérations financières perd une partie de ses attributions (visa des engagements financiers, pouvoir d'investigation).

O

Tant en ce qui concerne l'Administration que les établissements publics, les dispositions actuelles relatives à la passation et à l'approbation des marchés font ressortir le caractère de centralisation du régime des marchés de l'Etat. L'adaptation de la Commission des Contrats aux nouvelles structures de l'Exécutif sénégalais renforce cette centralisation malgré la création des Commissions régionales. Le décret n° 73-073 du 25 Janvier 1973 ajoute, en effet, aux vocations générales de la Commission nationale celle de surveiller les Commissions régionales des contrats de l'Administration, d'orienter et de surveiller leur activité "dans les conditions fixées par les textes réglementaires organisant ces commissions".

En définitive, l'effort de centralisation administrative aboutit à un contrôle du choix du co-contractant par une commission nationale dont la composition devrait garantir l'impartialité.

L'article 24I du décret n° 66-458 du 17 Juin 1966 modifié prévoit l'avis du contrôleur financier en Commission des Contrats et son article 250, celui du Ministre des Finances ou de ses délégués.

.../...

S'agissant plus particulièrement des établissements publics et autres organismes relevant de la loi n° 72-48 modifiée, il a été signalé que le contrôleur financier avait un droit de regard sur tous les engagements pris par ces collectivités.

Enfin, l'Inspection Générale d'Etat et les corps ou agents de contrôle ministériel jouent également un rôle non négligeable dans la surveillance des opérations d'engagement relatives aux marchés.

0

0

0

C H A P I T R E I I

LE MECANISME COMPTABLE DE L'APPROBATION DES MARCHESET DU REGLEMENT DES MARCHESS E C T I O N I
-----CADRE REGLEMENTAIRE ET DOCTRINAL

Le décret n° 64-400 du 4 Juin 1964 a réformé la comptabilité des dépenses publiques. On a souligné que les traits essentiels de cette réforme étaient :

- la simplicité : les compétences et les moyens dispersés entre divers services financiers étant regroupés en un seul service, le Service Comptable Central ;
 - un seul modèle de pièce de dépense : le bon d'engagement ;
- la rapidité : délai très bref entre le dépôt de la facture et son règlement ;
- la rigidité : imposée par l'ordinateur qui n'exécute les opérations tendant au règlement que si les règles de la comptabilité publique sont rigoureusement observées.

Selon l'article 2 du décret n° 64-400, aucune dépense (publique), quelle que soit l'autorité qui propose l'engagement, ne peut recevoir un commencement d'exécution sans que le créancier éventuel

.../...

de l'Etat ait reçu confirmation de la régularité de la prise en charge dans la comptabilité de l'ordinateur.

Autrement dit, le fournisseur qui reçoit une commande de l'Administration, ne peut s'exécuter avant d'avoir reçu un titre de créance établi par l'ordinateur et émanant du Service Comptable Central. Ce titre qui vaut confirmation de la commande n'est émis que si le client administratif a transmis un bon d'engagement en double exemplaire au Service Comptable Central et si la dépense correspondante a été contrôlée par ce service.

L'article 51 C.O.A. stipule que : "Le contrat conclu en violation des règles de forme imposées par la loi est nul de nullité absolue".

L'article 18 de la loi de finances 1972/1973 renforce le caractère strict des prescriptions réglementaires tendant à garantir une saine gestion des finances publiques : "Tout acte de dépense qui engage les finances d'une personne morale de droit public est subordonné à l'existence de crédits suffisants et au respect des règles organisant les dépenses publiques qui sont : l'engagement, le contrôle, la certification du service fait, la confirmation de sa régularité et de sa prise en charge par l'ordonnateur, la liquidation et le paiement. Tout contrat conclu en violation de ces obligations de forme, est nul, et de nullité absolue".

La doctrine a vu dans cet article, l'abrogation implicite de l'alinéa 2 de l'article 17 du Code des Obligations de l'Administration(1).

(1) Alain Bockel "Les contrats des personnes publiques et les règles de la Comptabilité publique" - Annales Africaines 1974.

L'article 17 de la loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965 dispose, en effet, que : "La conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques.

L'inexécution de cette obligation n'est pas opposable au co-contractant de l'Administration".

Dans l'affaire Georges Berraz c/Etat du Sénégal(1), un argument tiré de cette inopposabilité avait été retenu par le premier juge pour conclure à l'existence d'une obligation de paiement du prix convenu à la charge de l'Etat, malgré la violation des règles d'engagement des dépenses publiques. Ce jugement a été infirmé par la Cour d'Appel de Dakar, le 24 Mars 1972, avant même que soit rendue applicable la loi de finances 1972/73.

Désormais, la responsabilité de l'observation des règles organisant les dépenses publiques pèse sur les deux partenaires au contrat.

M. Alain Bockel dans "Les contrats des personnes publiques et les règles de la Comptabilité publique"(2) fait ressortir les deux systèmes de règles auquel sont soumis les engagements contractuels des personnes publiques, lorsque l'engagement d'une dépense publique en résulte .

(1) Georges Berraz c/Etat du Sénégal. Trib. 1ère Instance St-Louis - 20 Février 1971 in Recueil de jurisprudence administrative sénégalaise - p. 135.

(2) Annales Africaines 1974

- règles de validité de l'opération contractuelle (droit sénégalais des obligations, décret n° 67-697)

- règles de régularité de l'engagement de la dépense publique impliquée par le contrat (droit des obligations et droit de la comptabilité publique).

Ces règles ne concernent pas seulement la puissance publique. Qu'il s'agisse de marchés publics ou de bons de commande, le co-contractant de l'Administration doit s'assurer qu'elles sont bien observées. De nombreuses lettres ministérielles le rappellent aux fournisseurs(1).

S'agissant de bons provisoires : "En ce qui concerne les fournisseurs, qu'ils sachent bien que c'est à leurs risques et périls qu'ils acceptent les bons provisoires et qu'en conséquence, je ne me considère nullement tenu d'en assurer la régularisation et que je n'interviendrai en aucun cas malgré les correspondances qu'ils pourraient m'adresser. Et je tiens à préciser, en outre, que, dans toute action en justice, l'Etat leur opposera la réglementation en vigueur, car le bon provisoire n'est qu'un acte individuel qui n'engage que la signature de son auteur". Note n° 99/MFAE.CCAP du 7 Mai 1971.

Ces prescriptions et leur observation effective mettent les co-contractants de l'Administration dans une situation délicate en les contraignant d'opposer une fin de non-recevoir aux demandes

(1) Lettre n° 2880 MF/CCAP du 2 Mai 1967 : "... Quelle que soit la diligence dont feront preuve les agents de l'Etat, il ne reste pas moins vrai que leur action ne sera efficace que dans la mesure où les fournisseurs feront preuve à leur tour de vigilance...".

cependant imposées par l'urgence. Il n'est pas toujours possible de refuser un "dépannage" notamment en matière de travaux publics, où la sécurité de l'utilisateur peut souvent être invoquée. Les dossiers de créances administratives sont alors chargés de ces bons provisoires que tel ou tel service se refuse à honorer, bien qu'une pression ait été exercée sur l'entrepreneur privé pour obtenir une exécution immédiate de la commande.

Il est évident que, dans nombre de cas, la notion de continuité du service public est en jeu. Plutôt que de persister à ignorer officiellement l'existence de cas d'urgence dans lesquels l'établissement d'un bon d'engagement, son contrôle par le Service Comptable Central (fermé le dimanche et les jours fériés) et l'émission d'un titre de créance interdisent le recours à la procédure légale, il conviendrait de rechercher des solutions pratiques telles que l'ouverture, au compte des services, d'un crédit limité, réservé aux bons provisoires. Ceux-ci, limités en nombre, pouvant être revêtus de la signature du seul chef de service ou de son intérimaire, ne seraient délivrés que dans des cas d'urgence caractérisés, et devraient être soumis dès que possible aux mêmes règles que les bons d'engagement. La responsabilité de leur auteur, avec, le cas échéant, saisie-arrêt automatique sur sa solde, serait engagée en cas de non-respect de la règle d'urgence.

Une autre difficulté d'ordre juridique découlant d'une stricte application de l'article 18 a été mise en lumière par la doctrine(1). Il s'agit de la responsabilité incombant au co-contractant dans le déroulement d'opérations telles que "la certification du service fait, la liquidation et le paiement de la dépense...". Certes,

(1) A. Bockel - Annales africaines 1974 - p. 49 - loc. cit.

on verra l'Administration affirmer dans des lettres-circulaires que le fournisseur : "... doit relancer les comptables, et, si besoin est, les harceler. Il ne devra considérer son action comme terminée que lorsqu'il aura reçu son avis de règlement"(1). Nous examinerons infra, le rôle de ce type de relance dans le processus de règlement du marché.

En fait, l'entrepreneur privé ne disposant pas de sanctions vis-à-vis de l'administrateur négligent, n'y aurait-il pas dans les dispositions de l'article 18 ainsi interprétées (et contre l'intention de l'interprète) un encouragement à la corruption de fonctionnaire ?

Si le contrat est annulé et que le partenaire administratif est tenu pour responsable du non-respect des règles de la comptabilité publique, la doctrine(2) a reconnu toutefois l'existence d'un recours né du fondement quasi-contractuel de la responsabilité de l'Administration (article 45 - C.O.A.).

La théorie de l'enrichissement sans cause trouve donc ici une application, à l'encontre de la personne publique qui a bénéficié de fournitures, à condition qu'elle y ait consenti.

La responsabilité de l'Administration peut aussi connaître un fondement quasi-délictuel(3). L'article 142 C.O.A. prévoit que les tiers et les usagers ont droit à la réparation du dommage causé

(1) Lettre n° 3870/MF/CCAP du 25 Mai 1966. Président Chambre de Commerce

(2) A. Bockel - Annales africaines 1974 - p. 50 - loc. cit.

(3) A. Bockel - Annales africaines 1974 - p. 51 - loc. cit.

par le fonctionnement défectueux du service. Un recours fondé sur "l'engagement de la responsabilité pour faute permet à la victime d'obtenir une indemnité souvent plus importante que par le jeu de l'enrichissement sans cause, puisque ce sera l'étendue du dommage subi qui déterminera le montant de l'indemnité...", tout en ne dépassant pas le montant du marché annulé(1).

Enfin, si le co-contractant peut établir une faute personnelle de l'agent, bons d'engagement irréguliers(2), documents détenus indûment, signature falsifiée, numéros de crédit inexacts, faux visas, etc... l'article I45 C.O.A. prévoit un recours contre lui, sur la base du droit privé, avec tous les risques que présente ce genre de recours et notamment l'insolvabilité du défendeur.

Si la faute est commise dans l'exercice des fonctions de l'agent, le co-contractant pourra assigner l'Etat, en se fondant toujours sur l'article I45 C.O.A.. Il pourra aussi tenter de prouver le cumul de fautes :

- faute personnelle de l'agent ;
- faute de service, le mauvais fonctionnement du service ayant permis la commission de la faute de l'agent(3).

(1) A. Bockel-Annales africaines 1974 - p. 51 - loc. cit.

(2) Sté Bernabé c/Etat C.A. 9.4.1971 - Annales africaines 1973 - P. 221 - Observations A. Bockel

(3) Voir à ce sujet A. Bockel - Annales africaines 1974 - p. 52 loc. cit.

S E C T I O N I I

L'AUTO-ENGAGEMENT ET

LA RESERVATION DE CREDITS

L'engagement est par définition "l'acte par lequel un agent de l'ordre administratif habilité à cet effet, crée ou constate à l'encontre de l'Etat, une obligation dont résultera une dépense". (Article 98, décret n° 66-458 du 17 Juin 1966).

Or, aucune dépense ne peut être proposée à l'engagement pour être mise à la charge de l'Etat que par les ministres ou leurs délégués spécialement habilités, lorsque son objet est prévu au budget et jusqu'à concurrence des crédits ou des autorisations de programme régulièrement ouverts. (Article 7, IOI et IO2 du décret n° 66-458).

La procédure générale suivie par les administrations qui comptent passer un marché public est décrite par M. Charles Fourrier dans "Finances publiques du Sénégal". 1975. p. 278 et ss. Ed. Pedone.

La première étape est caractérisée par :

- une information du Bureau des Marchés ;
- la présentation du projet à la Commission des Contrats de l'Administration sur information donnée par le Bureau des Marchés ;
- puis, après approbation, le retour au Bureau des Marchés.

L'approbation vaut engagement de dépense.

.../...

La deuxième étape est celle de la liquidation de la dépense, c'est-à-dire "l'opération qui consiste à constater et à arrêter les droits du créancier". (Article 105 - décret n° 66-458).

La troisième étape est celle de l'ordonnancement de la dépense, "acte administratif par lequel l'ordonnateur donne au comptable, après avoir obtenu son visa, l'ordre de payer une créance liquidée à la charge de l'Etat" (Article 113 - Décret n° 66-458).

Nous nous attacherons à décrire les opérations techniques de cette procédure.

L'AUTO-ENGAGEMENT

Un premier bon d'engagement, établi à son profit, est adressé par le service émetteur au service comptable central pour être présenté au contrôle financier accompagné :

- du procès-verbal de dépouillement des offres ;
- du cahier des charges ;
- du bordereau des prix (article 5, décret n° 64-400 du 4 Juin 1964).

LA RESERVATION DE CREDITS

Le service comptable vise et transmet le bon au service mécanographique. Ce service effectue le blocage des crédits et établit une réservation de crédits qu'il adresse au service émetteur.

En même temps, il établit une "information" et l'adresse au contrôle financier.

Les observations de ce service sont inscrites éventuellement sur le bon d'engagement. Le détail des motifs en est porté sur la notification adressée au service émetteur et jointe au bon d'engagement.

Si l'acte est critiqué, le service émetteur peut :

- soit annuler l'acte et détruire le bon d'engagement ;
- soit ouvrir un contentieux qui aboutira à une annulation ou à une réquisition de l'ordonnateur d'avoir à viser le bon.

Lorsque la réservation de crédits est revenue au service émetteur, celui-ci transmet le dossier du marché accompagné de la réservation au bureau des marchés.

S E C T I O N I I I

ENGAGEMENT AUPRES DE L'ENTREPRENEUR

Le Bureau des Marchés retourne le marché après approbation, visa et numérotation, accompagné de la réservation de crédits, au service émetteur.

Le service émetteur fait parvenir les exemplaires du marché au fournisseur,

Il établit le second bon d'engagement, au profit du fournisseur, en validant la case "marché", puis transmet :

.../...

- le bon d'engagement ;
- la réservation de crédits ;
- un exemplaire du marché approuvé au service comptable central pour visa.

Les pièces visées sont transmises par le service comptable central au service mécanographique.

Ce dernier service substitue au blocage des crédits l'engagement définitif sous le numéro du marché et adresse alors la "certification" au service émetteur.

Le titre de créance est renvoyé à l'entrepreneur (ou fournisseur) par le service mécanographique en même temps que la certification au service émetteur.

L'ensemble de ces deux opérations, envoi de la certification au service émetteur et du titre de créance à l'entrepreneur par le service mécanographique, constitue la "confirmation".

L'entrepreneur ne doit commencer à exécuter les travaux qu'une fois reçu le titre de créance. Lorsqu'il termine les travaux, il adresse ce titre complété au verso et appuyé du duplicata du bon d'engagement (jaune), de sa facture et des pièces justificatives éventuelles, au service comptable central. Il adresse également un duplicata de sa facture au service émetteur.

IMPORTANCE DE LA CERTIFICATION

Mais le titre de créance ne peut être honoré que lorsque

.../...

le service émetteur a renvoyé la certification au service comptable central.

La certification est ainsi définie(1) : "La certification est destinée à informer le service émetteur que le fournisseur a reçu confirmation de la commande et qu'il va donc normalement exécuter la commande. Le service émetteur conserve la certification jusqu'à ce qu'il soit en mesure de la compléter...".

En effet, pour que les opérations de règlement soient déclenchées par l'ordinateur, il faut et il suffit qu'il dispose des 3 ordres de renseignements traduisant chacun des stades de la procédure de dépense :

- le bon d'engagement ;
- le titre de créance renvoyé par l'entrepreneur une fois qu'il a exécuté les travaux prévus ;
- la certification renvoyée par le service émetteur.

La certification a donc une double vocation au cours de son transit administratif :

- à l'aller, aviser le service émetteur que l'entrepreneur a reçu confirmation de la commande ;
- au retour, attester auprès du service comptable puis du service mécanographique à qui elle sera transmise, en définitive, que les services sont bien exécutés et, qu'en conséquence, il convient de procéder au règlement de la créance de l'entrepreneur.

(1) Ch. Fourrier, op. cit. p. 287.

L'article 9 du décret 64-400 du 4 Juin 1964 ne fixe pas de délai de transmission de la certification entre le service émetteur et le service comptable central, non plus qu'entre ce dernier service et le service mécanographique.

Un service administratif, maître d'oeuvre, peut à volonté retarder le règlement de son co-contractant en gardant la certification "sous le coude". Le système de la "relance" est-il susceptible de remédier à cette lacune importante dans les textes relatifs à la procédure de paiement des marchés ?

Deux types de relances peuvent être distinguées :

- la relance par l'ordinateur ;
- la relance par le fournisseur.

S'agissant de la première, nous citerons M. Ch. Fourrier "Finances publiques au Sénégal" 1975, p. 288 "... Si l'une des pièces manque (titre de créance, certification) pendant plus de vingt et un jours, l'ordinateur émet des relances. Si c'est le service émetteur qui n'a pas retourné la certification, l'ordinateur l'informe qu'il a enregistré le titre et qu'il attend la certification en retour pour effectuer le règlement. De son côté, le fournisseur est informé de cet envoi. Si, en revanche, c'est le fournisseur qui est en retard et n'a pas envoyé son bon de créance, alors que le service émetteur a renvoyé la certification (...) c'est le fournisseur qui est relancé et le service émetteur qui est informé de cette relance".

S'agissant du second procédé de relance, dans une lettre n° 3870/MF/CCAP du 25 Mai 1966 adressée au Président de la Chambre de Commerce de Dakar, le Ministre des Finances écrivait :

.../...

"Le fournisseur ne doit pas se contenter de la transmission de son titre de créance, mais il doit aussi s'assurer que la certification est également transmise au service comptable et, pour cela, il doit relancer les comptables, et si besoin est, les harceler. Il ne devra considérer son action comme terminée que lorsqu'il aura reçu son avis de règlement".

L'intervention du co-contractant dans une procédure dont chaque détail est prévu par le règlement, est évidemment peu orthodoxe et, en droit administratif pur, théoriquement inopérante.

En admettant même que le "harcèlement" porte ses fruits, le juriste ne peut que regretter qu'une certaine automaticité dans la transmission de ce document essentiel ne soit pas inscrite dans les décrets organisant la comptabilité publique.

Il est donc souhaitable, en conclusion, qu'il soit assigné, par un remaniement des règlements administratifs actuels, un délai raisonnablement court pour la réalisation de l'opération qui vient d'être décrite.

CHAPITRE III

LE CONTENTIEUX DE LA CONCLUSION DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

Il nous a paru nécessaire de compléter les deux premiers chapitres de ce titre I, "La centralisation administrative au stade de la passation des marchés de travaux publics" et le "Mécanisme comptable de l'approbation et du règlement des marchés", par un troisième chapitre relatif au contentieux de leur conclusion. Les différences constatées dans l'introduction du présent ouvrage entre les régimes judiciaires français et sénégalais, l'existence d'un Code des Obligations de l'Administration, la répartition spécifiquement sénégalaise des pouvoirs de contrôle et de décision entre différents organes de l'exécutif sont de nature, en effet, à soulever des problèmes particuliers de contentieux.

Nous avons noté dans l'introduction à cet ouvrage que le Sénégal ne possédait pas de juridiction administrative. Selon l'article premier de l'ordonnance n° 60-56 du 14 Novembre 1960, les juridictions de droit commun - Tribunaux de première instance, Cour d'Appel et Cour suprême "connaissent... de l'ensemble du contentieux administratif". Mais ceci ne fait pas obstacle à l'existence d'un "droit administratif, d'une procédure contentieuse administrative et d'une jurisprudence partiellement spécialisée, au moins au sommet"(1).

Selon que les litiges relèveront du contentieux de la légalité des actes des autorités administratives sénégalaises ou du conten-

(1) Gautron et Rougevin-Baville - op. cit. p. 332.

tieux de pleine juridiction, tendant non plus "à l'annulation d'un acte administratif pour des raisons de légalité objective, mais au rétablissement du requérant dans ses droits subjectifs méconnus par une action (ou une inaction) de l'Administration"(1), ils seront déferés devant la Cour Suprême ou devant les Tribunaux de première instance.

Il conviendra, en conséquence, d'examiner au stade de la préparation, de la passation proprement dite et de l'approbation de quel contentieux relève le litige.

S'agissant du contrat lui-même, on sait que l'article 140 du Code des Obligations de l'Administration dispose que :

"Les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la Cour Suprême".

"Sont notamment détachables du contrat :

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

En matière de marchés publics, catégorie privilégiée de contrats administratifs, le contrat de gré à gré est l'exception, l'appel à la concurrence est la règle, y compris dans les marchés par entente directe mais l'Administration possède aux différents stades

(1) Gautron et Rougevin-Baville - op. cit. p. 337.

de la passation un certain pouvoir discrétionnaire.

Le recours pour excès de pouvoir est impossible contre le contrat lui-même car il est une sanction de la légalité et l'obligation subjective qui est de l'essence du contrat ne saurait constituer un élément de la légalité. Le juge du fond est donc seul compétent. Mais, avant que le contrat soit définitivement conclu, la phase de la passation, préliminaire à la conclusion, comporte un nombre important d'opérations administratives.

Ces opérations, dans la mesure où elles se traduisent par des actes simplement préparatoires, "supports du contrat" mais de nature non contractuelle, sont considérés comme détachables du contrat. La plupart d'entre elles peuvent être qualifiés d'actes administratifs.

Leur énumération par l'article 140 du Code des Obligations de l'Administration n'est pas limitative.

Nous étudierons plus particulièrement au cours du présent chapitre quelle est la part de pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans ces actes et quel contrôle peut être exercé sur ce pouvoir par l'autorité judiciaire compétente.

En raison de l'importance que revêt ce mode de compétence dans les actes administratifs concourant à la conclusion des marchés de travaux publics, il nous a paru nécessaire d'évoquer brièvement dans une première section, le contenu du concept de pouvoir discrétionnaire, dans une seconde, ses sources dans le droit public sénégalais, dans la troisième, son contrôle et les limites de ce contrôle dans la théorie et dans la pratique de la conclusion des marchés de travaux publics.

.../...

S E C T I O N I

CONTENU DU CONCEPT DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

Dans la plupart des définitions données par la doctrine, le pouvoir discrétionnaire est opposé à la compétence liée. Dans les situations de compétence liée, l'agent administratif doit prendre telle décision lorsqu'il se trouve en présence de circonstances de fait données. Au contraire, il y a pouvoir discrétionnaire "lorsqu'en présence de circonstances de fait données, l'autorité administrative est libre de prendre telle ou telle décision, à le choix entre ces décisions, autrement dit lorsque sa conduite ne lui est pas dictée à l'avance par le droit"(1).

Afin de cerner avec une meilleure précision, le pouvoir discrétionnaire, nous nous proposons d'examiner quelles sont les phases du processus de la décision administrative.

Trois phases, semble-t-il, peuvent être distinguées :

1. Faculté ou obligation d'édiction d'une norme. Lorsqu'un agent administratif se trouve dans une situation de fait déterminée (lorsque telles circonstances sont réunies), il doit rechercher si la faculté d'agir lui est offerte par la loi ou le règlement, ou, à la limite, s'il lui est imposé de prendre telle décision.

(1) A. de Laubadère, "Traité de droit administratif" 1973.

2. Conditions de l'opération d'édiction. Dans un deuxième temps, il examinera si la loi ou le règlement posent des conditions à l'édiction de la norme, et si ces conditions sont susceptibles d'être réunies dans l'espèce considérée.

3. Décision d'édiction de l'acte administratif. Enfin, dans un troisième temps, il décidera du contenu de l'acte normateur.

- Si la loi et le règlement stipulent une obligation d'agir dans un sens déterminé, en présence de certaines circonstances de fait (en matière d'adjudication, devant la soumission faite au prix le plus bas, par exemple), il y aura compétence liée. S'ils ouvrent une simple faculté d'agir, il s'agit alors d'une compétence règlementée :

"Au niveau de l'opération d'édiction, l'Administration quand elle a compétence liée est tenue d'agir, c'est-à-dire obligée de procéder à l'opération d'un acte juridique (sans que l'on considère au moins dans ce premier temps, le contenu de cet acte). Elle est donc soumise à une obligation d'édiction, qu'on doit distinguer de la simple autorisation d'agir, de la simple faculté d'édiction ouverte à l'Administration, qui reste libre d'en user ou non"(1).

- Au second niveau, celui des conditions de l'acte, la compétence ne saurait être liée car : "... l'élément de compétence liée ne concerne et ne peut logiquement concerner que ce qui, dans l'acte relève de la volonté : décision d'édicter ou de ne pas édicter .

(1) G. Timsit "Compétence liée et principe de légalité (Rec. Dalloz 1964 - 34e cahier - chronique).

l'acte"(1). Les conditions de l'acte sont posées, en effet, par la loi et le règlement (conditions d'âge, de moralité, fourniture de certains renseignements, pour la délivrance de certains documents, par exemple). Elles sont, par conséquent, indépendantes de la volonté de l'agent administratif.

"Il ne s'agit donc que d'une simple réglementation dont la violation peut amener le juge à contrôler, selon les cas, la qualification des faits, la réalité des faits et l'exactitude de leur interprétation ou encore l'appréciation des faits à laquelle a procédé l'autorité administrative"(2).

En l'absence de conditions posées par la loi ou le règlement, l'Administration peut disposer d'un pouvoir discrétionnaire : "... Il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui se retrouve plus ou moins dans les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives"(3). Donc, à ce second niveau, nous trouvons deux catégories de compétence, compétence réglementée, lorsque des conditions sont posées par la loi ou le règlement en vue de l'opération d'édiction, pouvoir discrétionnaire, en l'absence de réglementation juridique des conditions de l'acte, pouvoir qui se trouve dans la substitution aux conditions légales, de l'appréciation d'une opportunité.

- Au troisième niveau, celui de la décision aboutissant à l'acte normateur, quelle sera la nature de la compétence mise en jeu ?

(1) Kornprobst "La compétence liée" - R.D.P. 1961 - p. 935.

(2) G. Timsit - loc. cit. p. 220.

(3) Hauriou - Note sous l'arrêt Grazietti - S. 1903.3.II3.

Il est nécessaire, pour répondre à cette question, de revenir à l'origine de l'opération :

Une situation de fait devant laquelle l'Administration a, soit l'obligation d'agir, soit la faculté d'agir.

S'il s'agit d'une obligation et que le sens de l'action soit fixé par la loi ou le règlement, il y aura compétence liée : ".... c'est précisément en cela que consiste la liaison de la compétence au niveau des éléments constitutifs de l'acte normateur : l'Administration est tenue d'agir dans le sens déterminé par la loi" et ne dispose d'aucune liberté quant à l'objet des normes qu'elle doit poser ; elle est donc tenue par le plus rigoureux des deux rapports que suppose le principe de légalité, par une obligation de conformité qui vient s'ajouter à l'obligation d'édiction pour caractériser le contenu de la notion de compétence liée"(1).

S'il s'agit d'une simple faculté d'agir, nous trouverons dans l'existence de conditions posées à l'exercice de cette faculté le critère de la compétence qui sera mise en jeu dans l'accomplissement de l'acte :

. existence de conditions : compétence réglementée quant à l'édiction de l'acte normateur ;

. absence de conditions : pouvoir discrétionnaire.

Cette approche du concept de pouvoir discrétionnaire ne permet d'en dessiner les contours qu'avec une approximation peut-être

(1) G. Timsit - loc. cit. p. 219.

encore insuffisante. Comme toute définition du pouvoir, elle est surtout fondée sur ses aspects comparatifs (distinction d'avec la compétence liée ou règlementée) ou négatifs (absence de conditions posées à l'exercice du pouvoir ou à l'opération d'édiction elle-même de l'acte normateur).

La distinction des éléments de l'acte administratif telle qu'elle est faite par la doctrine, permettra de mieux comprendre sur quels points est susceptible de porter le contrôle du juge.

En dehors de l'objet qui constitue l'essence de la décision et qui est analysé avec précision dans la thèse de M. Venezia sur le pouvoir discrétionnaire(1), la doctrine distingue le but, les mobiles et les motifs de l'acte.

Le mot "but" admet deux acceptions(2) :

1. celui qui doit être poursuivi par l'auteur de l'acte et assigné par le droit administratif à tout agent qui participe à l'action administrative. L'intérêt général, l'intérêt public est le plus souvent invoqué comme but de l'acte administratif. Dans certains cas, ce but est précisé par la loi.

Exemple : Code de l'Administration Communale : salubrité, tranquillité, sécurité publique. Au Sénégal, en matière de travaux publics, par exemple, on pourrait dire : promotion de l'entreprise sénégalaise dans la mesure où cette promotion est compatible avec le respect de l'intérêt général, ou avec les impératifs du développement.

(1) J.C. Venezia, Le pouvoir discrétionnaire, Bibl. D.P. 1958.

(2) Cl. Goyard, loc. cit. "Mélanges Eisenmann".

2. celui qui est effectivement poursuivi par l'auteur de l'acte et qui ne coïncide pas nécessairement avec le premier. Il peut s'agir d'un but personnel. Le juge appréciera l'écart qui les sépare.

Les mobiles sont d'ordre psychologique : ce sont les éléments subjectifs qui ont poussé l'auteur d'un acte à accomplir cet acte, dans le moment où il s'est décidé à manifester sa volonté. (Par exemple, l'idée de profit, la vengeance personnelle, l'idéologie, etc...). Ils sont rattachables à l'auteur de la décision, comme le but.

Il y a une différence de nature entre le but et les mobiles qui permet de distinguer le but dans la deuxième acception de ce terme et les mobiles qui poussent l'agent à accomplir un acte.

Le but est, en effet, projection d'une situation, celle à laquelle on se propose d'aboutir.

Les mobiles constituent un ensemble de forces d'ordre psychique exerçant à un instant donné, une pression sur un individu, de nature à lui faire adopter telle ou telle conduite.

Si l'enrichissement matériel personnel peut être le but d'un agent administratif accomplissant un acte administratif, la conscience de l'état de dénuement, une morale élastique, la pression familiale, la volonté de puissance, le désir de paraître peuvent être les mobiles de cet acte. Les forces d'ordre psychique que nous venons d'évoquer au sujet des mobiles ont évidemment des composantes psychanalytiques, somatiques, bref constituent cet ensemble de phénomènes conscients ou non qui colorent l'action de l'individu.

.../...

3. Le motif est l'élément de l'acte qui consiste "dans les données alléguées par l'agent comme la justification de son acte".

Il a lui-même deux composantes, dont une juridique : la règle de droit applicable, la seconde matérielle : la situation de fait à propos de laquelle est intervenue la décision.

S E C T I O N I I

SOURCE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE DROIT PUBLIC

"Les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent de se conformer à la loi, ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de règles de droit, dont beaucoup, mais non point toutes, sont contenues dans des lois formelles"(1). Le pouvoir discrétionnaire n'échappe pas à ce principe. Les sources non écrites de la légalité sont bien connues : coutume et jurisprudence, principes généraux du droit. Nous bornerons notre propos aux deux sources écrites que sont la loi et le règlement sénégalais.

S'agissant de la loi, on sait qu'au Sénégal, le pouvoir

(1) A. de Laubadère - "Traité de droit administratif" 1973 n° 406.

législatif est entre les mains de l'Assemblée nationale(1).

Domaine législatif et domaine réglementaire sont distingués, comme en France, sous l'effet de l'article 34 de la Constitution française de 1958.

L'article 65 de la Constitution sénégalaise dispose que "les matières qui ne sont pas du domaine législatif, en vertu de la présente constitution, ont un caractère réglementaire". Au Sénégal, le pouvoir réglementaire est entre les mains de deux personnages, le Président qui signe les décrets, le Premier Ministre qui dispose constitutionnellement du pouvoir (loi n° 70-15 du 26 Février 1970)(2). Il peut déléguer ce pouvoir aux ministres et secrétaires d'Etat(3). Les ministres n'ont pas de pouvoir réglementaire autonome sous réserve de deux exceptions, dont fait état la circulaire n° 25-PM-JUR du 24 Avril 1975 - J.O. n° 4449 du 6 Octobre 1975, page 1403.

"... a) le pouvoir de fixer l'organisation interne de leurs services dans le cadre du décret d'organisation de leur département. Ce décret fixe en général les attributions des directions. Dans ce cadre, chacun de vous peut, sans qu'il soit besoin d'un texte spécial,

(1) Article 56 de la Constitution

(2) Seydou Madani SY - La révision constitutionnelle du 26 Février 1970 in Annales Africaines 1969

(3) Articles 37 et 44 - Constitution Sénégalaise.

préciser par arrêté l'organisation et les attributions des divisions et bureaux dans la mesure où celles-ci n'ont pas été fixées dans le décret d'organisation ;

b) les pouvoirs qui leurs sont délégués de façon expresse par un texte spécial prévoyant que telle mesure sera prise par arrêté par tel Ministre".

Le premier type de pouvoir, concernant l'organisation et le fonctionnement des services, ne peut s'appliquer à des mesures de portée générale.

S'agissant du second type de pouvoir, la doctrine admet aujourd'hui qu'il ne peut résulter que d'une délégation émanant du Président de la République et du Premier Ministre, mais qu'une loi ne pourrait directement déléguer ce pouvoir, sans s'immiscer dans le fonctionnement du pouvoir exécutif(1).

C'est en vertu de ce type de pouvoir réglementaire que, le plus souvent, l'autorité administrative sera dotée de la liberté de prendre telle ou telle décision.

Les problèmes soulevés par une extension de cette liberté sont d'ordre à la fois juridique et politique. Seul le point de vue juridique nous intéresse dans le cadre du présent chapitre.

(1) Gautron et Rougevin-Baville, D.P. du Sénégal 1970 - p. 71.

S E C T I O N I I I
-----CONTROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE AU COURS DE LA PHASE DE LA
CONCLUSION DES MARCHES

La justification de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'Administration a souvent été trouvée dans le caractère d'"entreprise" de l'action de l'administration(1). Tirée d'arrêts célèbres, arrêt Labonne du 8 Août 1919, arrêt Heyries du 28 Juin 1918, cette thèse considère qu'en dehors de toute habilitation expresse du législateur, le bon fonctionnement des services publics doit être assuré, et que, de ce fait, l'administrateur doit détenir "la part irréductible d'autodétermination qui est nécessaire à toute entreprise comme contrepartie de la responsabilité assumée par ceux qui la dirigent pour poursuivre sa fin propre"(2). Mais, en dehors de cette assimilation, il est certain que la loi (au sens large du mot) ne saurait couvrir toutes les situations dans lesquelles l'Administration doit intervenir pour assumer l'ensemble de ses obligations.

(1) Thèse Ch. Venezia - op. cit. p. II2.

(2) Thèse Ch. Venezia - op. cit. p. I32.

Cela ne signifie pas que le pouvoir discrétionnaire laissé à l'Administration soit absolu. La réduction de sa portée résulte, in concreto, d'un contrôle juridictionnel. In abstracto, elle résulte des limites assignées aux actes administratifs par les règles juridiques propres à leur catégorie. C'est ainsi qu'en matière de marchés publics "... les principes généraux dégagés par la doctrine, à la suite des études de Rolland, de l'ensemble des solutions légales et jurisprudentielles"(1) ne manqueraient pas de s'appliquer et, en particulier, la loi de l'égalité devant le service public.

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

Les études concernant le problème du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire et auxquelles nous avons emprunté les matériaux de ce bref exposé, sont nombreuses et certaines, récentes.

Nous citerons, en dehors des traités de droit administratif, M. Hauriou dans les *Mélanges Carré de Malberg*(2), M. Waline(3), la contribution de M. Goyard aux *Mélanges Eisenmann*(4), la thèse de M. Venezia, déjà citée, celle de M. Lino di Qual sur la compétence liée(5), les articles de M. Dreyfus sur les limitations du pouvoir

(1) Gautron et Rougevin-Baville - op. cit. p. 209.

(2) Le pouvoir discrétionnaire et sa justification.

(3) Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel - R.D.P. 1930 - p. 197.

(4) Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle des motifs" - p. 339.

(5) Bibl. D.P. 1964.

discrétionnaire(1), et du Président Letourneur sur "l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir"(2).

EXAMEN DES MOTIFS

Parfois, la loi fixe les conditions d'édiction d'un acte accompli en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et exige que le détenteur de ce pouvoir énonce ses motifs.

Un contrôle de légalité externe pourra alors s'exercer sur l'obligation de communiquer les motifs.

Parfois, la loi ne formule pas d'exigences de motifs.

Dans cette éventualité, "... le juge ne sera pas pour autant arrêté dans son contrôle qui va s'effectuer du point de vue de la légalité interne"(3).

Selon le Président Letourneur(4), il existe alors trois modalités de contrôle :

1. Tantôt, la condition légale impose au juge de vérifier l'exactitude de la qualification juridique des faits retenue par l'autorité administrative et qui l'aura guidée dans sa motivation. Mais cette notion ayant été développée en France de manière prétorien-

(1) Les limitations du pouvoir discrétionnaire R.D.P. p. 69I.

(2) E.D.C.E. 1962 n° 16, p. 51 à 62.

(3) Cl. Goyard, loc. cit. "Mélanges Eisenmann".

(4) E.D.C.E. 1962 n° 16, p. 58.

ne par le Conseil d'Etat, on a vu le juge de l'excès de pouvoir, en l'absence d'une exigence légale de motifs, déterminer lui-même les motifs pour lesquels les décisions de l'autorité administrative pourraient légitimement être prises(1).

2. "Tantôt, elle impose au juge de rechercher si une situation de fait déterminée à laquelle est subordonnée l'exercice d'un pouvoir par l'autorité administrative a bien existé en l'espèce et a présenté les caractères sous lesquels l'agent a pu dépeindre cette situation"(2).

3. Tantôt, elle impose au juge de vérifier le bien-fondé de l'appréciation portée par l'autorité administrative sur les faits de l'espèce et ayant emporté sa décision. C'est le contrôle de l'"erreur manifeste", construction relativement récente du Conseil d'Etat(3).

Un tel contrôle, ainsi que celui cité supra (existence de la situation de fait, erreur de fait ou de droit) constitue, avec le détournement de pouvoir, le "contrôle minimum" "... auquel tout acte administratif est, en toute hypothèse, toujours assujéti, même au cas d'exercice du pouvoir discrétionnaire"(4). Dans les tables du Recueil des décisions du Conseil d'Etat, à la rubrique "Contrôle du juge de l'excès de pouvoir", on voit apparaître en 1967, le terme "contrôle minimum", suivi de "appréciations ne pouvant être discutées, réserve faite de l'erreur manifeste, des faits matériellement

(1) A. de Laubadère - Traité 1973 p. 541.

(2) Goyard in "Mélanges Eisenmann" et Letourneur - loc. cit. p. 58

(3) En matière d'urbanisme : 29 Mars 1968, Sté du lotissement de la plage de Pampelonne R.D.P. 1969 p. 330, concl. Vught

(4) A. de Laubadère - Traité 1973 p. 546.

inexactes, du détournement de pouvoir et de l'erreur de droit.

Plus tard, le Recueil portera l'expression "contrôle réduit", puis, "contrôle restreint", avec la même portée, celles des limites du champ de l'exercice du contrôle.

Dans les mélanges Eisenmann, M. Goyard conclut, en ce qui concerne ces limites : "En l'absence de conditions légales, ou en l'absence de conditions légales suffisamment précises stipulées dans les règles juridiques en vue de l'édiction d'une décision, il ne saurait plus être question de contrôle de la légalité stricto sensu"(1). Les appréciations données par l'Administration ne peuvent plus être contrôlées "sauf si le juge s'estime fondé à créer lui-même des règles de droit de nature et d'origine jurisprudentielle"(2).

Au Sénégal, la jurisprudence de droit public, et principalement celle qui concerne les marchés, s'est peu développée. Un déséquilibre est alors à craindre, entre extension du pouvoir discrétionnaire et ses limites jurisprudentielles.

Les deux auteurs du Traité de droit administratif sénégalais expliquent la rareté des recours par une certaine "timidité" du justiciable, la notion africaine de l'autorité empêchant, dans une certaine mesure, que la décision du chef soit mise en cause devant une autre autorité.

En matière de marchés, il semble que cette carence soit

(1) Goyard in Mélanges Eisenmann - loc. cit.

(2) Goyard in Mélanges Eisenmann - loc. cit.

plutôt due à la crainte de "représailles" de la part de l'administration contractante ou même d'autres administrations. Il est de fait qu'en raison du faible nombre des entrepreneurs, la possibilité d'être "fiché" comme un récalcitrant n'est pas à écarter et que ceux qui se prétendent lésés par un acte administratif, préfèrent exercer des recours qui ne relèvent pas toujours de l'orthodoxie du contentieux administratif. Là encore, MM. Gautron et Rougevin-Baville précisent qu'on aura recours au "palabre", à l'intervention d'une autorité politique ou religieuse.

Le pouvoir discrétionnaire est une institution mise par la loi à la disposition de l'Exécutif pour donner plus de souplesse à son action quotidienne, mais il est téléologiquement justifié par l'intérêt public.

Il présuppose alors que l'agent investi de ce pouvoir possède une notion d'autant plus étendue de cet intérêt, qu'il en fera usage sans contrôle effectif.

Il nous est apparu souhaitable que le législateur(1) manie avec précaution, la faculté qui lui incombe d'attribuer toute compétence discrétionnaire.

S'agissant des marchés publics, nous nous proposerons de rechercher son existence au cours des différentes phases de la conclusion et de l'exécution, à la lumière des principes ci-dessus énoncés et concernant l'analyse de l'acte administratif.

(1) au sens des lois et des règlements.

INSCRIPTION SUR LA LISTE DES ENTREPRENEURS AGREES

L'article 2I du décret n° 67-697 dispose que les candidats aux adjudications publiques restreintes et aux appels d'offres, au lieu de présenter à l'appui de chaque offre les justifications prévues au paragraphe 2 de l'article 20, peuvent demander leur agrément pour les travaux, fournitures ou services déterminés.

"Les demandes d'agréments sont présentées aux Ministres intéressés qui les transmettent après avis des services techniques à la Commission des Contrats de l'Administration.

"Les agréments sont accordés par la Commission des Contrats de l'Administration, sans aucun engagement de confier l'exécution de marchés ultérieurs et dans les conditions limitatives suivantes :

.../...

"L'agrément est accordé pour des travaux, fournitures ou services d'un type déterminé et d'un montant maximum compte tenu des capacités techniques et financières de l'entreprise demandant son agrément.

"Les agréments peuvent être modifiés dans le cas de changement dans les conditions initiales ayant provoqué l'agrément, les modifications sont décidées par la Commission des Contrats de l'Administration et sont examinées à la demande soit des entreprises, soit des ministères de gestion ou de tutelle.

"Le secrétariat de la Commission des Contrats de l'Administration diffuse périodiquement auprès des ministères, collectivités locales et établissements publics, la liste unique des entrepreneurs et fournisseurs agréés".

L'inscription sur la liste des entrepreneurs agréés aux adjudications publiques restreintes et aux appels d'offres est réalisée sur l'agrément de la Commission des Contrats après présentation par l'intéressé d'une demande aux ministres concernés et avis des services techniques des ministères.

Le refus d'agrément et par suite, la non-inscription d'un entrepreneur sur la liste en question sont-ils susceptibles d'un recours quelconque ?

Il convient de noter que les agréments sur la liste sont accordés sans engagement de la part de l'Administration de confier l'exécution de marchés ultérieurs,

- que les entrepreneurs non-agrégés ont toujours la possibilité de présenter individuellement, aux adjudications et appels d'of-

.../...

fres, les pièces mentionnées à l'article 20 du décret n° 67-697 puisque l'inscription sur la liste en question n'est en principe qu'une facilité offerte aux entrepreneurs désireux de réduire les formalités d'accès aux adjudications publiques restreintes et aux appels d'offres.

Compte tenu de ces deux considérations, il semble exclu qu'un préjudice matériel puisse être évoqué. Il faudrait alors qu'un règlement impose à l'Administration de choisir son co-contractant parmi les entrepreneurs inscrits sur la liste. Ce règlement n'existe pas.

Sauf dans quelques rares circonstances, et même, compte tenu du fait que la liste des entrepreneurs agréés est actuellement publiée au Journal Officiel, il paraît difficile également d'invoquer un préjudice moral devant un tribunal.

Il semble d'ailleurs que l'agrément ait un certain caractère d'automaticité puisqu'il est accordé "pour des travaux d'un type déterminé et d'un montant maximum compte tenu des capacités techniques et financières de l'entreprise...".

Il convient de noter que l'article 21 ne fait pas mention des pièces qui devront être fournies par l'entrepreneur à l'appui de sa demande d'agrément.

Cependant, il paraît logique d'exiger de sa part, au moins les pièces énumérées dans l'article 20 du décret n° 67-697.

RECOURS ADMINISTRATIF

Devant le rejet par la Commission des Contrats d'une demande

.../...

d'agrément, l'entrepreneur disposera cependant du recours gracieux devant la Commission des Contrats et du recours hiérarchique.

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

Pourra-t-il exercer devant la Cour Suprême, un recours pour excès de pouvoir contre la décision de non-agrément de la part de la Commission des Contrats s'il a connaissance et peut prouver une irrégularité commise dans la procédure prévue à l'article 21 ?

Avant de répondre à cette question, il faut s'interroger sur la nature juridique de la décision de non-agrément (ou de la non-inscription sur la liste). Celle-ci répond-elle à la définition de la "décision faisant grief" ?

Une circulaire ministérielle en date du 18 Octobre 1968 dispose qu'à la suite d'une conférence des 21 et 30 Septembre 1968 entre le Gouvernement et les "hommes d'affaires sénégalais", le département des Travaux Publics, de l'Urbanisme et des Transports établit "une classification de toutes les entreprises du bâtiment aussi bien sénégalaises qu'étrangères, en fonction des travaux qu'elles peuvent exécuter, compte tenu de leur surface financière et des moyens techniques qu'elles possèdent".

Ces catégories sont les suivantes :

- A) Travaux de moins de 10 Millions de francs ;
- B) Travaux de 10 à 50 Millions de francs ;
- C) Travaux au-dessus de 50 Millions de francs.

.../...

"Tout entrepreneur de bâtiment qui n'aura pas fourni les documents permettant de classer son entreprise dans une des trois catégories précitées, ne pourra participer aux marchés de l'Etat et des Etablissements Publics".

Cette circulaire crée une obligation qui n'est pas contenue dans le décret n° 67-697.

L'inscription sur une liste d'entrepreneur agréés n'est, en effet, au sens de l'article 21 dudit décret, qu'une faculté. Elle offre à l'entrepreneur l'avantage de se faire mieux connaître par l'Administration en apportant la garantie de la Commission des Contrats.

Or, la circulaire susvisée empêche l'entrepreneur non agréé de se présenter librement à un appel d'offres. Il est évident que, dans l'éventualité du non-agrément d'un entrepreneur et dans la reconnaissance par l'Administration du fait qu'elle a suivi les instructions d'une telle circulaire, on se trouverait, sans aucun doute, devant une décision faisant grief. Un recours pour excès de pouvoir pourrait être exercé utilement contre un acte administratif pur ne se rattachant pas à une compétence incontestablement discrétionnaire.

Dans une circulaire postérieure (n° 2/PR/SG/CCA du 7 Janvier 1969) le Chef de l'Etat pose le principe de la préférence sénégalaise, mais ne reprend pas l'interdiction pour un entrepreneur non inscrit sur la liste officielle de se présenter à un appel d'offres.

Cette importante circulaire sera analysée dans le corps de cette thèse, au Titre concernant la "Préférence Sénégalaise".

Une circulaire n° 7/PR du 3 Mars 1970 et, par la suite, les

.../...

listes d'entrepreneurs agréés, ont toujours contenu, in fine, la clause : "Les listes ci-dessus ne sont pas définitives. Toute entreprise en règle avec la législation en vigueur pourra sur sa demande, se faire classer dans le groupe correspondant à ses moyens techniques et financiers, ou changer de groupe si elle produit les documents démontrant qu'elle possède de nouveaux moyens techniques et financiers...".

Cette dernière circulaire traduit mieux le sens de l'institution. Il suffit de se mettre "en règle avec la législation en vigueur" et de demander son agrément pour être inscrit sur la liste.

0

PUBLICITE DES APPELS D'OFFRES ET DES ADJUDICATIONS

La publicité est prévue, pour les adjudications ouvertes et restreintes, dans les articles 24 et 28, et pour les appels d'offres ouverts et restreints, aux articles 33 et 34. Les litiges peuvent porter sur la non-publicité, sur une publicité irrégulière ou insuffisante, sur le non-respect des délais impartis.

La pratique par l'Administration de délais de publicité réduits est un des moyens classiques d'élimination des candidats indésirables, au même titre que l'affichage ou la publication "confidentiels".

Le décret n° 67-697 institue des délais relativement longs compte tenu des procédés modernes de communications : télex, téléphone, télégramme.

.../...

DELAIS DE PUBLICITE

(- Adjudication publique ouverte	40 jours	Avant l'expiration du délai fixé par le cahier des charges pour le dépôt des soumissions.
(- Adjudication publique restreinte	40 jours	- idem -
(- Appel d'offres ouvert	30 jours	avant la date limite fixée pour la réception des offres
(- Appel d'offres restreint	20 jours	pour l'avis de présélection avant la date limite fixée pour la réception des demandes d'agrément (10 jours en cas d'urgence).
(- Communication des dossiers d'appel d'offres	40 jours	avant la remise des offres (20 jours en cas d'urgence).
(- Entente directe	délai laissé à la discrétion de l'Administration	

Mais les prescriptions relatives aux délais sont rendues pratiquement inopérantes, par les tempéraments apportés dans le corps des articles 24, 28, 33 et 34 du décret précité.

Selon l'article 24, l'avis d'adjudication est publié 40 jours avant la date limite de dépôt des soumissions, "sauf les cas d'urgence".

L'article 28 dispose que l'adjudication restreinte est précédée d'une publicité effectuée dans les formes prévues à l'article 24, "sauf lorsque s'y opposent les circonstances exceptionnelles de rapidité ou de secret intéressant la défense nationale".

L'article 33 concernant l'appel d'offres ouvert prévoit une réduction du délai de 10 jours "en cas d'urgence".

L'article 34 contient des dispositions relatives à une réduction du délai de publicité de présélection à 10 jours et du délai de communication des dossiers à 20 jours, toujours "en cas d'urgence".

Le recours hiérarchique ou gracieux est ouvert, dans tous les cas, aux candidats qui s'estiment lésés par la violation des règles concernant la publicité des appels d'offres et des adjudications.

L'article 28 du Code des Obligations de l'Administration dispose que les adjudications intervenues sans publicité suffisante sont annulables à la requête de toute personne ayant intérêt au déroulement normal des opérations. Le recours pour excès de pouvoir devant la Cour Suprême est donc possible dans ce cas. On recherchera ainsi une irrégularité substantielle, l'omission d'une formalité ou plus simplement, l'absence de justification de la part de l'Administration.

.../...

Dans l'éventualité d'une faute de l'Administration dans le domaine de la publicité (non-respect des délais légaux, de la procédure de publication), cette condition de forme étant considérée comme substantielle, un recours en annulation de l'acte administratif, vicié par cette erreur (contrôle de légalité externe), pourrait être exercé.

0

NON-AGREMENT OU NON-ADMISSION AU MARCHE ET EVICTION

Pour être agréé à une adjudication comme d'ailleurs à un appel d'offres, le candidat doit présenter un certain nombre de pièces ou être inscrit sur la liste des entrepreneurs agréés prévue à l'article 21.

Dans ce dernier cas, les possibilités de litiges ont déjà été signalées.

Dans celui de la demande d'admission, il pourrait s'agir d'un refus motivé par l'absence d'une pièce justificative, par l'insuffisance des moyens techniques du candidat, constatée par l'Administration, au vue des pièces fournies, ou d'un refus purement et simplement motivé.

Mais rien dans le texte du décret n° 67-697 n'oblige l'Administration à fournir les motifs d'un refus d'admission.

L'Administration paraît donc, mais paraît seulement, avoir en matière d'admission des candidats à un appel d'offres ou à une adjudication, un pouvoir discrétionnaire et sa décision n'a pas à être motivée.

.../...

En fait, c'est en examinant l'acte administratif que constitue l'admission selon les principes exposés ci-dessus dans la Section I du chapitre III du présent titre, que l'on pourra se rendre compte de la nature de la compétence de l'Administration :

1. Au premier stade, l'administrateur constate qu'il tient de la loi et du règlement, la faculté d'admettre ou de ne pas admettre un candidat à une adjudication ou à un appel d'offres, donc une faculté de choix dont il ne sait encore s'il s'agit d'une compétence discrétionnaire ou simplement réglementée.

2. Au deuxième stade, il examinera les conditions posées par la loi pour l'agrément (documents présentés par le candidat, moyens techniques, etc...). Il agira dans le cadre d'une compétence liée, si aucune des conditions légales ne fait appel à une appréciation subjective.

3. Au troisième stade, celui du contenu de la décision, il se prononcera pour ou contre l'agrément selon que les conditions prévues par le décret n° 67-697 ont été réalisées ou non. Il y a donc compétence liée en principe, sauf en ce qui concerne la part d'appréciation subjective que pourrait présenter un choix dans la décision, fondé sur la "capacité technique" et la "capacité financière".

.../...

A D J U D I C A T I O N

En matière d'adjudication, il y a une contradiction apparente entre l'article 20 et l'article 23 du décret n° 67-697, puisque, selon l'article 23, la concurrence est illimitée et que, selon l'article 20, chaque candidat à une adjudication "est tenu pour justifier ses capacités techniques et financières", de présenter certains documents.

En fait, la concurrence n'est illimitée qu'entre les candidats admis à l'adjudication. Le texte français (décret du 16 Mars 1956) est plus clair : "Le bureau d'adjudication peut, par décision prise avant l'ouverture des soumissions, prononcer l'élimination des candidats qui n'ont pas qualité pour soumissionner et dont les qualités sont jugées insuffisantes".

Au Sénégal, en l'absence de motivation de la non-admission, le contrôle exercé par le juge devra porter sur la légalité interne de l'acte, selon les principes évoqués supra.

S'il arrive que la décision d'admission soit motivée (et une telle initiative devrait être encouragée) le recours pour excès de pouvoir sera exercé sur la base des motifs et la Cour recherchera s'ils ne sont pas entachés par des considérations étrangères au

.../...

service(1).

Cependant, le candidat évincé détiendra la faculté d'invoquer devant la Cour Suprême, à l'appui d'un recours en annulation d'un tel acte administratif, l'incompétence de l'autorité ayant prononcé la non-admission(2), l'irrégularité de constitution du bureau d'adjudication (absence du représentant du contrôle financier, par exemple). Est "recevable le recours de l'entreprise qui a été empêchée de prendre part à l'adjudication en raison même de la mesure dont elle conteste la régularité(3). Sous cette réserve, l'entrepreneur exclu irrégulièrement peut se pourvoir contre la décision qui l'a exclu mais non contre l'adjudication elle-même"(4).

Enfin, la décision peut être entachée d'excès de pouvoir, par exemple, en cas de divergence d'opinion politique, d'animosité personnelle. Il peut y avoir une erreur de droit (exclusion fondée sur ce que le candidat n'a pas déposé de cautionnement alors qu'il s'agissait d'une société d'ouvriers (au Sénégal, voir l'article 79 du décret n° 67-697) qui en est dispensée ; ou que le candidat ne

(1) Conseil d'Etat - 29 Novembre 1933 - Marchadier - Recueil Lebon p. IIII (Prieux n° 184).

(2) C.E. 31 Octobre 1930 - Société l'Indépendant des Pyrénées-orientales - Rec. C.E. p. 881.

(3) Encycl. Dalloz D.A. 1959 Marchés de T.P. - C.E. 19 Janvier 1938 - Société la Céramique Française - Rec. C.E. p. 51.

(4) C.E. 21 Juin 1935, Chambre synd. des fabricants d'équipements militaires - Rec. C.E. p. 704.

remplissait pas certaines conditions qui, en fait, n'étaient pas imposées par le cahier des charges(1). Il peut y avoir un fait matériellement inexact (concurrent exclu comme failli, alors qu'il ne l'est pas)(2).

ADJUDICATIONS RESTREINTES

S'agissant de l'adjudication restreinte, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en matière d'admission des candidats est souligné dans l'article 28 par la formule, "l'adjudication restreinte comporte la faculté pour l'Administration de n'admettre que les soumissions qui émanent d'entrepreneurs ou fournisseurs présentant toutes les garanties financières ou professionnelles nécessaires ; la liste en est arrêtée par l'autorité compétente, après avis d'une commission désignée à cet effet".

APPEL D'OFFRES

En matière d'appel d'offres, l'article 33, paragraphe 6 du décret n° 67-697 stipule que l'avis préalable à l'appel d'offres fait connaître les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées du soumissionnaire.

(1) C.E. 9 Février 1949 - Martin - Rec. C.E. p. 65 - Encycl. Dalloz 1959.

(2) Encycl. Dalloz - D.A. Marchés de T.P.

Les justifications ne sont demandées qu'en cas de besoin dans les appels d'offres restreints, en raison d'une procédure spéciale à ce mode de passation de marché qui a déjà été signalé supra : la présélection.

Selon l'article 36, paragraphe 2, avant examen, la Commission élimine les offres parvenues après la date limite fixée par le dossier d'appel d'offres ainsi que celles n'ayant pas satisfait aux obligations prévues à l'article 20.

Il n'est pas encore question des justifications particulières des articles 33 et 34 qui peuvent être prévues en sus des justifications générales de l'article 20.

Donc, à ce stade, un recours pour excès de pouvoir est possible, toujours dans le cadre étroit des principes dégagés ci-dessus à l'occasion de l'adjudication.

Il ne peut s'agir que d'un recours contre la décision de non-admission, préalablement à l'examen des offres, décision fondée sur le retard de l'offre ou sur l'absence ou l'irrégularité des pièces visées à l'article 20.

La procédure française ne comporte aucune publicité. Il est stipulé dans le texte de base que le procès-verbal des opérations d'ouverture des plis ne peut être ni rendu public, ni communiqué à aucun candidat. Par ailleurs, lorsque les plis arrivent en retard ou non cachetés, la commission les renvoie, sans les avoir ouverts, à leurs auteurs avec le motif du renvoi.

Ces dispositions ne sont pas entièrement reprises dans le texte sénégalais. Il y est dit, simplement, que la séance d'ouverture

.../...

des plis n'est pas publique et que des procès-verbaux des séances de dépouillement des offres et des travaux de la commission sont dressés par celle-ci.

Ces lacunes rendront les recours des candidats d'autant plus difficiles à exercer.

La communication du procès-verbal par les autorités compétentes aux entrepreneurs évincés pourrait permettre le contrôle de la composition de la commission, et de la régularité des opérations.

CHOIX DU SOUMISSIONNAIRE

RECOURS CONTRE LA DECISION D'ADJUDICATION

Le Code des Obligations de l'Administration en ses articles 24 et suivants, formule les principes généraux de la passation des marchés par adjudication, principe de publicité, principe de supériorité sur les autres modes de passation, de liberté, d'égalité des soumissionnaires, de l'attribution au mieux-offrant.

Le décret n° 67-697 y ajoute le principe de la concurrence illimitée.

Les recours ouverts au stade de la publicité et de l'admission à l'adjudication ont été examinés. Il reste à rechercher les possibilités offertes aux candidats évincés par l'adjudication proprement dite, et aux entrepreneurs éventuellement lésés par l'inobservation administrative de l'obligation de recourir à l'adjudication. Dans de nombreux cas, les recours s'exerceront dans le cadre de la compétence liée de l'Administration et non plus dans celui du pouvoir discrétionnaire.

.../...

Une fois que le bureau d'adjudication a admis les candidats, compte tenu des conditions de nationalité, de capacité juridique et professionnelle et d'incompatibilité prévues à l'article 29 du Code des Obligations de l'Administration et de la présentation des pièces énumérées à l'article 20 du décret n° 67-697, une procédure se déroule qui comporte la réunion d'un bureau d'adjudication, l'ouverture des plis cachetés contenant les soumissions, la lecture desdites soumissions, l'attribution du marché au moins-disant, la constatation des résultats par un procès-verbal.

Chacun de ces actes peut être entaché d'irrégularités, ou purement et simplement omis et dans ce cas, constituer le moyen d'un recours en annulation de la décision d'adjudication.

Le bureau d'adjudication doit comporter au moins 3 membres dont l'un est obligatoirement un représentant du contrôle financier et, s'agissant des établissements publics, du contrôle des opérations financières.

L'absence d'une de ces personnes peut motiver un recours pour excès de pouvoir car leur présence est un élément substantiel de la régularité de la procédure d'adjudication.

La non-publicité de la séance d'ouverture des soumissions, l'omission de leur lecture à haute-voix, la non-fermeture par l'Administration du pli contenant un maximum de prix ou le minimum de rabais arrêté d'avance, et l'obligation de tenir ces chiffres secrets, conformément à l'alinéa 3 de l'article 25 du décret n° 67-697, constituent également des moyens susceptibles d'être invoqués, à condition toutefois que dans les circonstances du marché, elles aient pu, par leur gravité, vicier la décision d'adjudication(1).

(1) Prieux n° 187.

Un procès-verbal d'adjudication erroné ou incomplet pourrait être également à l'origine d'un recours. Toutefois, il convient de noter que l'article 26 du décret n° 67-697 ne stipule pas que le dit procès-verbal fait foi jusqu'à inscription de faux, ce qui simplifie l'action des candidats évincés.

La décision d'adjudication, une fois annulée par la Cour Suprême, à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, le contrat lui-même, est-il annulé, ipso facto ?

La décision précitée est un acte détachable du contrat et, en vertu de la théorie de ces actes et des principes de compétence juridictionnelle contenus dans les articles 139, 140 du Code des Obligations de l'Administration, seul le juge du contrat peut prononcer l'annulation dudit contrat.

Mais l'autorité de la chose jugée attachée au jugement d'annulation de l'adjudication, lie le juge du contrat.

Le Cour Suprême peut-elle être amenée à sanctionner l'obligation pour l'Administration de recourir à l'adjudication lorsque le marché répond aux conditions prévues à l'article 22 du décret n° 67-697 et en vertu du principe contenu dans l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration ?

Ce cas peut se poser lorsque l'Administration a passé un marché de gré à gré alors que toutes conditions étaient réunies pour rendre l'adjudication obligatoire, par exemple, des travaux dont le coût global est supérieur à 5 millions de francs, d'un type courant, dont les spécifications peuvent être définies dans le cahier des charges avec une précision suffisante pour que les prestations ne se différencient que par le prix demandé.

.../...

Le règlement limitant à 5 millions le coût des marchés que l'Administration peut passer par entente directe, le recours en annulation de la décision de passer le marché par entente directe, fondé sur ce que l'emploi de l'adjudication prescrit par le décret n° 67-697 est édicté dans l'intérêt général, serait valablement exercé.

Le juriste relèvera que l'article 140 du Code des Obligations de l'Administration consacre une construction jurisprudentielle récente en autorisant le recours pour excès de pouvoir contre "l'acte de conclusion du contrat", considéré comme acte détachable du contrat.

Cette clause permet, au Sénégal, d'attaquer "l'acte de conclusion du marché par entente directe", en cas d'absence d'une décision de choix de ce mode de passation.

En France, le recours pour excès de pouvoir contre les actes décidant, passant ou approuvant un marché de gré à gré a été admis(1).

APPELS D'OFFRES - EXAMEN DES OFFRES

----- CHOIX DE L'ATTRIBUTAIRE -----

S'agissant de la procédure de l'examen des offres, le pouvoir discrétionnaire de la Commission de dépouillement de choisir l'offre qu'elle juge la plus intéressante s'affirme nettement(2).

L'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 36 paraît ouvrir

(1) C.E. 21 Novembre 1923 - Baudet - Encycl. Dalloz D.A. 1959 p. 346.

(2) Paragraphe 2 de l'article 36 du décret n° 67-697.

une possibilité de recours devant la Cour Suprême :

"Dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, pour départager les candidats, il peut être demandé à ceux-ci de présenter un rabais sur leurs offres. Hormis ce cas, la Commission et les techniciens ne peuvent discuter avec les candidats que pour faire préciser ou compléter la teneur technique de leurs offres".

Le texte sénégalais présente une originalité sur ce point.

Il n'est pas précisé si l'administration prend contact séparément avec chaque entrepreneur, ou avec l'ensemble des candidats.

Elle a donc le choix entre ces deux méthodes, dont la première est de nature à faciliter la collusion.

Il faudrait avoir la preuve d'une irrégularité commise dans le déroulement de cette procédure pour intenter un recours, non consultation d'un candidat, absence du représentant du contrôle financier au sein de la commission, formalité omise substantielle, auquel cas, le vice de forme permettrait l'annulation de la procédure.

Pour la désignation de l'attributaire, le pouvoir discrétionnaire de l'administration a été souligné. Cependant, le paragraphe 3 de l'article 36 prescrit que la commission soumet à l'autorité hiérarchiquement supérieure, le procès-verbal des séances de dépouillement des offres et de ses travaux en indiquant le soumissionnaire qu'elle a choisi.

Si cette autorité est en désaccord avec la commission sur le choix de cet organisme, elle saisit la Commission des Contrats du

.../...

choix qu'elle propose.

Un recours juridictionnel serait donc possible pour irrégularité de la procédure, procès-verbal non rédigé, autorité supérieure ou Commission des Contrats non saisies, etc...

Enfin, il est stipulé à l'avant dernier alinéa de l'article 36 que :

"Si des offres ne sont pas faites par deux entrepreneurs ou fournisseurs au moins ou s'il est manifeste qu'une entente est intervenue entre tous les entrepreneurs ou fournisseurs consultés ou entre certains d'entre eux, il est procédé à une nouvelle consultation plus étendue, sauf le cas d'impossibilité matérielle ou d'urgence impérieuse".

Le refus de la commission de procéder à une consultation dans les cas précités, ou son abstention, pourrait donner lieu à un recours juridictionnel.

EXCLUSION DES ADJUDICATIONS

L'article 30 du Code des Obligations de l'Administration prévoit que :

"L'Administration peut, par une décision administrative individuelle, prononcer l'exclusion générale des adjudications à l'encontre d'une personne, soit à titre de sanction pour des fautes commises antérieurement par l'intéressé, soit en raison de l'insuffisance des garanties professionnelles ou financières".

Au Sénégal, des décisions de ce genre ont été prises.

.../...

En France, l'exclusion a été reconnue par le Conseil d'Etat, et a fait l'objet d'un décret n° 54-596 en date du 11 Juin 1954, limitant l'exclusion au cas où des déclarations inexactes sont faites par un candidat pour obtenir un marché. Pendant longtemps, les décisions d'exclusion reconnues comme des actes discrétionnaires n'ont pas été susceptibles d'annulation après recours pour excès de pouvoir. Le premier arrêt du Conseil d'Etat intervenant en sens contraire date du 4 Août 1905(1). On admet aujourd'hui(2) qu'il existe 2 voies de recours :

- pour excès de pouvoir
- en indemnité pour réparation du préjudice subi.

L'utilisation de la "liste noire" tourne cet inconvénient. Les exclusions sont alors prononcées dans chaque cas individuel à propos de la passation de chaque marché. Devant ce procédé, il ne resterait que le recours pour excès de pouvoir basé sur le détournement de pouvoir.

Dans le contexte sénégalais, il semble que des recours pourraient être exercés contre de telles décisions, en les basant sur les principes suivants :

- Si la décision d'exclusion sanctionnait une faute commise dans l'exécution d'un contrat administratif, l'affaire serait portée devant le juge du contrat.

- Si elle était reconnue illégale et qu'un préjudice en

(1) Recueil Lebon p. 757.

(2) Encycl. Dalloz - D.A. 1959 - Marchés de T.P.

résultât pour l'entrepreneur, il y aurait lieu d'intenter une action en responsabilité quasi-délictuelle.

- Si la décision était considérée comme un acte détachable du contrat, le recours pour excès de pouvoir pourrait être porté devant la Cour Suprême.

Le respect du principe des droits de la défense devrait imposer que cette décision soit prise après le déroulement d'une procédure contradictoire. Il serait donc souhaitable que l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration soit modifié en ce sens.

T I T R E I I I

L'EXECUTION ET LA FIN DES MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

Le titre III du décret n° 67-697 est relatif aux conditions d'exécution du marché. Il comprend 4 chapitres, le premier concernant les prix du marché, le second, les modalités de règlement, le troisième, les délais de règlement, le quatrième, enfin, les garanties exigées des soumissionnaires et des titulaires des marchés.

Les obligations de l'entrepreneur, celles de l'Administration et la sanction de ces obligations, la limite de l'obligation d'exécution, la responsabilité contractuelle, les interventions de l'Administration et l'influence des faits nouveaux sur l'exécution du marché de travaux publics, ne sont pas traitées, ces matières étant contenues dans le Code des Obligations de l'Administration.

.../...

Mais, l'article 121 du décret stipule que les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics par arrêté ministériel du 16 Octobre 1946, modifié le 27 Novembre 1952, restent provisoirement en vigueur en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions du décret, jusqu'à l'intervention de textes dont l'élaboration est prévue.

C'est dans cet arrêté que l'on trouvera les prescriptions relatives aux obligations des parties au contrat et aux pouvoirs d'intervention de l'Administration, ces prescriptions devant être interprétées dans le cadre fixé par le nouveau Code des Obligations de l'Administration.

En effet, la loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965, portant Code des Obligations de l'Administration, traite en son titre III de l'exécution des contrats administratifs et, en particulier, des matières énumérées ci-dessus.

Si le plan suivi par le Code lui-même, pour traiter de la question, paraît rationnel, par contre la lecture des deux autres textes, décret n° 67-697 et C.C.G. ne laisse pas l'impression d'un ordonnancement conséquent. Il est souhaitable que les matières contenues dans ces deux textes soient remises en ordre dans le cadre de la hiérarchie :

- Code contenant les principes juridiques ;
- Décret d'application relatif aux contrats de l'Administration en général ;
- Arrêté d'application du décret, fixant le détail des procédures impliquées par le décret en ce qui concerne les marchés de Travaux Publics.

.../...

Le décret n° 67-697 n'est relatif, en effet, qu'à la fixation des prix, au règlement des acomptes, avances et garanties, alors que l'exécution du marché comprend les diverses phases de la réalisation et les obligations contractuelles des parties, avec les sanctions que comporte le non-respect de ces obligations.

L'arrêté du 16 Octobre 1946 contient de nombreuses mesures entrant dans le champ de l'exécution des contrats. Mais elles sont dispersées par rapport au texte de base : le Code des Obligations, et demanderaient à être actualisées en fonction du contexte socio-économique nouveau.

Si nous partons de l'hypothèse d'une refonte du décret de 1967 et des C.C.G., le législateur aurait intérêt à s'inspirer du plan suivi par le Code.

. Chapitre I - Obligations des parties au contrat

Section I - Obligations de l'Administration

Section II - Obligations du co-contractant de l'Administration.

. Chapitre II - Sanction des obligations des parties

Section I - Sanctions applicables à l'Administration

Section II - Sanctions applicables au co-contractant.

. Chapitre III - La limite de l'obligation d'exécution

Section I - La force majeure

Section II - Le fait des parties.

.../...

. Chapitre IV - La responsabilité contractuelle

Section I - Condition d'existence

Section II - Effets

Section III - Limitations contractuelles.

. Chapitre V - L'intervention de l'Administration dans l'exécution du contrat

Section I - Pouvoir de contrôle

Section II - Pouvoir de modification unilatérale.

. Chapitre VI - L'influence des faits nouveaux sur l'exécution du contrat

Section I - Des sujétions imprévues

Section II - De l'imprévision.

O

O

O

Sous le titre III de la présente étude, nous aborderons le problème des obligations du co-contractant et celui de ses droits, avec le souci d'adapter au contexte sénégalais, des textes déjà anciens, parfois dépassés.

Le premier chapitre sera relatif aux obligations et aux droits du co-contractant, ce qui nous amènera à aborder les théories

.../...

du fait du prince et de l'imprévision, qui ne peuvent être, en Afrique, sous-tendues par les mêmes principes qu'en Europe, principalement en raison de l'impératif du développement.

Un second chapitre traitera des délais de règlement et des intérêts moratoires.

Le chapitre III sera relatif aux garanties, garanties financières, puis garanties techniques.

C H A P I T R E I

OBLIGATIONS ET DROITS DU CO-CONTRACTANT DE L'ADMINISTRATION

Le Code des Obligations de l'Administration dispose, en son article 61 que : "Les obligations du co-contractant de l'Administration découlent des stipulations contractuelles, des dispositions législatives ou réglementaires, des usages et des prescriptions de l'Administration contractante dans le cas où le pouvoir de les édicter en est reconnu".

Deux grands principes dominent l'exécution de ses obligations par l'entrepreneur :

- Cette exécution doit être correcte, de bonne foi et intervenir dans les délais prévus ;

- elle doit être personnelle.

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

La considération des nécessités du service public auquel le co-contractant de l'Administration collabore est déterminante"(1).

Il n'y a rien de spécifiquement "sénégalais" dans ces prescriptions.

(1) Article 63 - Loi n° 65-51.

Cette spécificité devra plutôt être recherchée dans les modalités d'exécution des obligations. En premier lieu, il sera traité de l'obligation personnelle et, plus particulièrement, des sous-traités et cessions qui posent au législateur la question de la promotion de l'entreprise sénégalaise.

S E C T I O N I

OBLIGATION PERSONNELLE

Les sous-traités :

Le Code des Obligations de l'Administration stipule en son article 65 que les cessions et sous-traités sont prohibés sauf autorisation préalable de l'Administration contractante.

L'article 9 de l'arrêté du 16 Octobre 1946 contient cette clause :

"L'entrepreneur ne peut céder à des sous-traitants une ou plusieurs parties de son entreprise sans le consentement du Chef de service...

Si, toutefois, un sous-traité est passé sans autorisation, l'autorité administrative qui a approuvé le marché peut prononcer la résiliation pure et simple de l'entreprise ou faire exécuter les travaux aux frais, risques et périls de l'entrepreneur par voie de régie ou d'un marché conclu dans les formes réglementaires".

Il semble qu'il y ait une contradiction entre ces deux

.../...

textes. L'article 65 du Code prohibe les sous-traités non autorisés. L'arrêté du 16 Octobre 1946 en admet l'existence en l'absence d'autorisation et confère à l'Administration le pouvoir discrétionnaire de résilier ou non le contrat initial.

Quelle est la sanction de la prohibition édictée par l'Administration ?

Selon les articles 78 et suivants du Code, les sanctions applicables au co-contractant qui n'exécute pas ses obligations sont destinées à assurer la continuité du service public auquel l'exécution du contrat est nécessaire. Leur application résulte d'une décision unilatérale de l'Administration, décision dont la légalité peut être soumise à l'appréciation du juge administratif par le co-contractant.

Le sous-traité non autorisé peut-il être toléré par l'Administration dans le cadre des principes généraux de l'exécution des marchés publics : nécessité du service public et but d'intérêt général ?

Dans ce cas, la prohibition par l'Administration des cessions et sous-traités non autorisés ne serait pas automatique. Cette solution, conforme aux prescriptions des C.C.G., paraît satisfaisante.

Le deuxième alinéa de l'article 65 du Code spécifie que lorsque l'entrepreneur demande l'autorisation de sous-traiter, l'Administration doit statuer sur cette demande dans un délai raisonnable à peine d'engager sa responsabilité.

Il semble que ce soit l'arrêté qui doit préciser la longueur de ce délai puisqu'il concerne plus particulièrement les clauses et conditions générales des marchés de Travaux Publics. Un délai de

.../...

15 jours paraît convenir. Toutefois, en cas d'urgence, un délai plus court pourrait être stipulé.

Il conviendrait donc d'insérer dans le texte de l'arrêté du 10 Octobre 1946 une clause relative au délai de réponse de l'Administration. Elle pourrait être rédigée ainsi, après modification de l'article 9 :

Article 9 :

"L'entrepreneur ne peut céder à des sous-traitants une ou plusieurs parties de l'entreprise sans le consentement de l'Administration ayant approuvé le marché. L'Administration est tenue de statuer sur la demande de sous-traité dans un délai de 15 jours à dater du dépôt de la demande. Ce délai est ramené à 4 jours dans les cas d'urgence justifiés par l'entrepreneur...

L'autorisation donnée par l'Administration fait l'objet d'un avenant au marché...". Le reste, inchangé.

Le décret n° 67-697 enfin, contient en ses articles 63 et 64 des dispositions concernant les sous-traités. Elles sont relatives à la possibilité de règlement direct des travaux au sous-traitant. Ce dernier ne peut être réglé entre autres conditions que si l'Administration a autorisé le sous-traité par une disposition expresse insérée dans le marché ou dans un avenant.

L'article 64 ouvre au sous-traitant la possibilité de donner en nantissement, à concurrence de la valeur des travaux qu'il exécute, tout ou partie de sa créance sur la collectivité contractante. Mais, quels que soient les droits du sous-traitant, la responsabilité des travaux qu'il exécute envers l'Administration et envers les tiers, ainsi que celle de tous les engagements que l'entrepreneur a souscrit

.../...

vis-à-vis de l'Administration, incombe au titulaire du marché. Ce principe est affirmé par l'article 67 selon lequel "le lien contractuel entre l'Administration et le co-contractant n'est en rien modifié par le sous-traité autorisé. Le sous-traité ne crée pas le lien contractuel entre l'Administration et le sous-traitant", par le décret n° 67-697, article 63, alinéa 5 : "le titulaire du marché demeure responsable des travaux, fournitures et services exécutés par le sous-traitant comme s'ils l'étaient par lui-même", et l'arrêté du 16 Octobre 1946, article 9, alinéa 2 : "dans tous les cas, l'entrepreneur demeure personnellement responsable, tant envers l'Administration qu'envers les ouvriers et les tiers".

Le principe de cette responsabilité ne peut faire l'objet de critique étant donné que l'entrepreneur choisit le sous-traitant, mais l'on pourrait envisager que l'Administration impose au titulaire d'un marché important de choisir ses sous-traitants parmi de petits entrepreneurs sénégalais. Dans cette éventualité, le principe de la responsabilité de l'entrepreneur est difficilement maintenable sans un rétrécissement du champ de la responsabilité et sans un aménagement de ses modalités.

La tendance actuelle des Pouvoirs Publics est de pousser les nationaux à prendre une part active au développement économique du pays par des moyens divers, en particulier par la participation directe ou indirecte aux marchés de l'Etat.

La réservation de sous-traités de travaux à des sénégalais pourrait être envisagée, bien que le contrôle des sous-traités par l'Administration permette déjà d'opérer une certaine sélection.

Deux moyens de droit public sont, en principe, à la disposition du législateur :

.../...

- l'arrêté ministériel instituant l'obligation de sous-traiter avec des sénégalais au-dessous d'un certain montant de travaux ;

- la circulaire présidentielle recommandant aux administrations contractantes de prévoir dans les marchés la faculté de sous-traiter sous réserve que ce soit avec des sénégalais, lorsque les conditions de prix et de qualité sont garanties.

dans le cas d'une obligation imposée par un texte de droit public, la responsabilité de l'entrepreneur doit-elle être engagée ?

Le co-contractant de l'Administration conserve la faculté du choix de son sous-traitant, mais seulement dans une catégorie : celle des nationaux sénégalais. Son expérience professionnelle, la connaissance de travaux déjà exécutés par les intéressés peuvent lui permettre de douter que les travaux confiés au sous-traitant seront exécutés conformément aux prescriptions du marché. Mais, nul n'est censé ignorer la loi. C'est en connaissance de cause qu'il a accepté le marché.

L'Administration ayant la faculté d'introduire dans le cahier des clauses spéciales l'obligation de sous-traiter avec des nationaux l'entrepreneur qui emporte le marché est alors évidemment soumis à cette obligation sans possibilité de dégager sa responsabilité.

En définitive, l'Administration n'engagerait sa propre responsabilité que si, en l'absence d'un texte de droit public, elle imposait à l'entrepreneur un sous-traitant. Faudrait-il encore que l'entrepreneur ait fait les réserves adéquates au moment de la signature du sous-traité passé dans de telles conditions.

.../...

Dans l'éventualité de l'intervention administrative relative à une obligation de sous-traiter avec des entrepreneurs ressortissants sénégalais, la jurisprudence française selon laquelle : "... Bien qu'il soit relatif à l'exécution de travaux publics, le contrat (de sous-traité) signé entre deux personnes de droit privé, présente par là-même un caractère de droit privé et, par suite, échappe à la juridiction administrative..." C.E. 24 Mai 1974 - Sté Paul Millet et Cie, R.D.P.S.P. 1975, p. 478, note Walline, pourrait-elle inspirer le juge sénégalais ?

Une telle situation engendre une série de problèmes fort complexes. Il est certain que tout litige entre l'entrepreneur et son sous-traitant né de l'exécution même du contrat de sous-traité doit recevoir une solution privée ; mais l'exécution des obligations de l'entrepreneur vis-à-vis de l'Administration met celui-là dans une situation juridique imprégnée par la théorie du fait du prince.

Cessions :

S'agissant de la cession, la législation sénégalaise n'apporte aucune innovation aux textes anciens. Seul le Code des Obligations en fait mention en ses articles 65 et 66.

La cession est soumise à autorisation préalable et l'Administration doit statuer sur la demande dans un délai raisonnable. Ce délai, d'ailleurs, pourrait être celui proposé pour le sous-traité, soit 15 jours réduits à 4 en cas d'urgence. L'administration compétente, pour recevoir et statuer sur cette demande, est-elle l'administration contractante ? Bien que cela ne soit dit nulle part, cette solution paraît rationnelle.

.../...

Quid du retrait d'agrément dans le cas du sous-traité ?
Quelques principes pourraient dominer cette question.

- le retrait d'agrément doit être donné par l'administration contractante (sous forme de lettre recommandée, de préférence), afin qu'aucune contestation ne puisse être élevée en particulier sur la date d'effet du retrait.

- le retrait annule-t-il le sous-traité ? la rédaction de l'article 63 du décret n° 67-097 ne laisse pas supposer cette conséquence : le sous-traitant, simplement, ne pourra obtenir le règlement direct des travaux, fournitures ou services dont il aura assuré l'exécution.

Le sous-traitant devient un tiers pour l'Administration, le lien de droit ayant disparu, alors que dans le sous-traité autorisé, bien que l'entrepreneur soit personnellement responsable aux termes de l'article 9 de l'A.M. du 16 Octobre 1946, il n'en existe pas moins le lien créé par les dispositions de l'article 63, alinéa 1 du décret n° 67-697 et concernant le règlement des prestations fournies(1).

Le tâcheronage :

Selon l'article 75 du Code du Travail Sénégalais : "le tâcheron est un maître-ouvrier qui, à titre occasionnel, recrute des ouvriers, leur fournit l'outillage et les matières premières en vue de la réalisation d'un ouvrage déterminé, soit directement pour le maître de l'ouvrage, soit en qualité de sous-entrepreneur.

(1) Prieux, p. 227.

L'exploitation des ouvriers par le tâcheron, ou marchandage, est interdite.

Il est interdit au tâcheron de sous-traiter, en tout ou partie, ses contrats de tâcheronnat.

Le contrat de tâcheronnat est soumis au visa de l'inspecteur du Travail et de la Sécurité Sociale du lieu du contrat.

Outre toutes les obligations résultant du présent Code, auxquelles le tâcheron se trouve soumis en sa qualité d'employeur d'une main-d'oeuvre salariée, le tâcheron est tenu aux formalités prévues par le présent chapitre".

Au Sénégal, le tâcheron peut donc louer ses services à un entrepreneur pour exécuter un travail déterminé, mais, il ne peut sous-traiter le contrat même de tâcheronnat, autrement dit, sa rémunération ne peut consister en une fraction du salaire dû à ses ouvriers.

Un projet de loi interdisant la pratique du tâcheronnat sur le territoire de la République du Sénégal a été présenté pour avis au Conseil Consultatif National du Travail. Les arguments soutenus par le Ministère du Travail pour la suppression de cette pratique ont été développés dans le rapport de présentation n° 1968/MFTP/DTSS du 21 Avril 1967 :

- Pas de contrôle réellement efficace des mesures de protection édictées par le Code du Travail :

- substitution de l'entrepreneur au tâcheron en cas d'insolvabilité pour le paiement des salaires et des charges sociales ;

.../...

- publication par voie d'affiche des dates de paie des salaires ;

- règlement du tâcheron par l'entrepreneur devant ses ouvriers, etc... ;

- pratique des "bulletins de paie fictifs" portant des salaires supérieurs à ceux réellement perçus par les travailleurs, etc...

En fait, cette loi n'a jamais été publiée. Il était, en effet, difficile, d'interdire un métier principalement exercé par des nationaux sénégalais.

Le tâcheronnage reste donc autorisé, mais non le marchandage.

Domicile de l'entrepreneur :

Cette obligation personnelle de l'entrepreneur est prévue à l'article 9 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946. Il s'agit également d'une obligation contractuelle. Le premier alinéa de l'article précité spécifie, en effet, que, faute par l'entrepreneur d'avoir élu domicile à proximité des travaux et fait connaître le lieu de ce domicile au chef de service dans un délai de 15 jours de l'approbation du marché, toutes les notifications qui se rattachent à son entreprise sont valables lorsqu'elles ont été faites au lieu désigné à cet effet par le Cahier des Prescriptions Spéciales.

Présence de l'entrepreneur sur les lieux des travaux :

Les autres obligations personnelles de l'entrepreneur portent

.../...

sur sa domiciliation à partir des travaux et à sa présence sur les lieux. Les modalités en sont contenues dans les articles 8 et 12 de l'arrêté du 16 Octobre 1946. Elles ne présentent pas un caractère spécifique dans le cadre sénégalais.

0

0

0

Les obligations personnelles, prévues dans les C.C.G. deviennent, ipso facto, contractuelles.

Certaines obligations sont purement contractuelles en ce sens qu'elles ne sont pas fondées essentiellement sur l'intuitus personae, il en est ainsi de la désignation des carriers, de l'origine, qualité et mise en oeuvre des matériaux, de l'enlèvement du matériel et des matériaux sans emploi, des démolitions d'anciens ouvrages, des objets trouvés dans les fouilles dont la propriété est réservée à l'Administration lorsqu'ils se trouvent dans les terrains appartenant à l'Etat ou à d'autres collectivités publiques, des démolitions et reconstructions lorsque les ingénieurs ont constaté des vices de construction, des règles d'embauchage et d'emploi du personnel, de la police des chantiers, etc...

Les dispositions contenant ces différents points sont contenues dans l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946. Elles ne présentent pas de particularité à l'exception de celles qui concernent les problèmes de personnel qui seront étudiés dans le titre IV "La Préférence Sénégalaise".

.../...

S E C T I O N I I

Obligations contractuelles

Les obligations contractuelles essentielles sont prévues par l'arrêté du 16 Octobre 1946.

Celles relatives au choix des ouvriers, commis et chefs de chantier ou d'atelier, font l'objet de l'article 13 de l'arrêté. Cet article doit être revu en fonction des nouvelles exigences en matière d'embauche. Ce problème sera étudié dans le titre IV "La préférence sénégalaise".

En matière de transports, l'arrêté du 16 Octobre prévoit simplement la soumission de l'entrepreneur aux dispositions légales et réglementaires relatives aux transports de l'Etat et des Collectivités publiques, ainsi qu'à celles relatives à la protection des transports maritimes français.

Cet article devra être refondu en tenant compte du principe de la protection des intérêts des nationaux, et de l'existence d'un Conseil Sénégalais des Chargeurs.

C'est ainsi que l'on pourrait leur réserver certains transports dans le cas, par exemple, où l'entrepreneur ou le fournisseur de matériaux sont obligés d'affréter des véhicules pour le transport de matériel ou de matériaux. Une telle clause pourrait être insérée dans le Cahier des Prescriptions Spéciales. Par exemple :

"S'il ne dispose pas des moyens propres à effectuer ses

.../...

transports de personnel ou de matériaux ou si ses fournisseurs de matériaux ne peuvent assurer leurs livraisons par leurs propres moyens, le titulaire du marché est tenu de s'adresser à un transporteur de nationalité sénégalaise, chaque fois qu'il aura à exécuter un transport de matériaux dans le cadre des travaux prévus par le présent marché. Il est déchargé de cette obligation lorsque les transports ne peuvent être exécutés dans les délais convenus ou avec les soins requis".

PROPRIETE INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE

Il faut également signaler que, contrairement aux C.C.G. français, l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 ne contient aucune disposition relative à la propriété industrielle ou commerciale. L'article 20 nouveau du C.C.G. français stipule que "1)... du seul fait de la signature du marché, l'entrepreneur garantit l'Etat contre toutes les revendications concernant les fournitures ou matériaux, procédés et moyens utilisés pour l'exercice des travaux et émanant des titulaires de brevets, licences, dessins, modèles, marques de fabrique ou de commerce. Il lui appartient, le cas échéant, d'obtenir les cessions, licences ou autorisations nécessaires et de supporter la charge des droits, redevances ou indemnités y afférentes.

2) En cas d'actions dirigées contre l'Etat par des tiers détenteurs de brevets, licences, dessins, modèles, marques de fabrique ou de commerce utilisés par l'entrepreneur pour l'exécution des travaux, l'entrepreneur doit intervenir à l'instance et indemniser l'Etat de tous dommages et intérêts prononcés à son encontre ainsi que des frais supportés par lui.

3) L'Administration se réserve le droit de réparer elle-

.../...

même ou de faire réparer les appareils brevetés utilisés ou incorporés dans les travaux, au mieux de ses intérêts, par qui bon lui semble, et de se procurer comme elle l'entend les pièces nécessaires à cette réparation"(1).

Depuis l'accord de Libreville du 13 Septembre 1962 et l'entrée en activité le 14 Janvier 1964 de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle, la protection des brevets, licences, dessins, etc... au Sénégal est assurée par cet Office. Le dépôt n'est pas obligatoire auprès de l'OAMPCI, mais, si un brevet de fabrication, par exemple, y a été déposé, l'entrepreneur qui l'utilise doit en avoir reçu l'autorisation du titulaire. A défaut de cette autorisation, il expose l'administration à faire l'objet d'une action en dommages-intérêts de la part du titulaire du brevet.

Il est donc opportun de prévoir, soit dans le cadre du C.C.G., soit dans celui des Cahiers des Prescriptions Spéciales, dans le Cahier des Charges ou le Marché lui-même, l'inclusion de dispositions semblables à celles contenues dans l'article 20 du C.C.G. français précité.

LE FAIT DU PRINCE

On sait que la notion de fait du prince a évolué dans le sens d'un rétrécissement important(2). On fait actuellement entrer dans la théorie de l'imprévision de nombreuses situations provenant de la réalisation des "aléas administratifs" qui caractérisaient le fait du prince, en opposition avec les "aléas économiques". La dis-

(1) Prieux p. 254, n° 366.

(2) A. de Laubadère - Traité 1973 - p. 363.

inction entre ces deux notions, fait du prince et imprévision, est importante, car, "dans la théorie du fait du prince le droit à indemnité est ouvert pour toute aggravation de la situation du co-contractant, dans la théorie de l'imprévision, il faut que cette situation ait subi un "véritable bouleversement" ; d'autre part, alors que le fait du prince entraîne droit à réparation intégrale, l'imprévision ne provoque jamais qu'un partage des charges nouvelles"(1).

En France, le fait du prince ne peut être invoqué que si la mesure émane de la personne publique contractante.(2) Or, au Sénégal, l'article II5 C.O.A. ouvre au contractant la faculté de l'invoquer, lorsque des "mesures législatives ou réglementaires" portent directement atteinte aux stipulations contractuelles.

Certaines situations peuvent donner à croire que le fait du prince se confond parfois avec le pouvoir de modification unilatérale. Ce rapprochement se retrouve chez certains auteurs. Par exemple A. de Laubadère, Traité 1973, p. 364 : "... Ce sont seulement les mesures prises par l'autorité contractante qui donnent lieu à la théorie du fait du prince. Le type de ces mesures est constitué par le cas analysé ci-dessus, où l'Administration impose à son co-contractant, en vertu de son pouvoir de modification unilatérale, des obligations nouvelles : c'est l'hypothèse où la notion du fait du prince joue à plein sans difficulté : C.E. 6 Juin 1973, Delpon, 641".

Or, le pouvoir de modification unilatérale dont il sera question, infra, est prévu par les textes (C.O.A., Cahiers des Charges, etc...) son exercice est soumis à certaines conditions, à certaines

(1) A. de Laubadère - Traité 1973 - p. 364.

(2) Conseil d'Etat 4 Mars 1949, ville de Toulon - 15 Juillet 1949
ville d'Elboeuf - A. de Laubadère - Traité 1973 - p. 364.

limites. On peut alors considérer ce pouvoir comme une catégorie particulière du fait du prince alors et surtout que l'article II3 du Code des Obligations de l'Administration stipule que : "l'exercice par l'Administration contractante de son pouvoir de modification unilatérale des stipulations du contrat ouvre au co-contractant droit à une indemnité couvrant l'intégralité du préjudice subi".

DROIT DE CONTROLE ET POUVOIR DE MODIFICATION UNILATERALE

Selon le Code des Obligations de l'Administration, article 106 :

"En raison des nécessités du service public, l'Administration peut intervenir dans l'exécution du contrat pour exercer un contrôle sur son co-contractant ou modifier unilatéralement les conditions du contrat". Ces pouvoirs sont prévus également et développés dans les C.C.G., article 10, "ordre de service pour l'exécution des travaux". Il ressort de la rédaction de cet article que l'ingénieur ou tel représentant de l'Administration, mandaté pour la surveillance des travaux, assure, en fait la direction des travaux ;

- A défaut de fixation dans le marché de la date du commencement des travaux, c'est l'ingénieur qui donne l'ordre de les entreprendre ;

- l'entrepreneur doit se conformer strictement aux ordres de services, plans, profils, tracés, etc... donnés par l'ingénieur ;

- il se conforme aux changements prescrits par écrit par l'ingénieur pendant le cours du travail.

.../...

En France, la jurisprudence a confirmé ce principe(1). Il semble, cependant, atténué par les nouvelles dispositions du Code des Obligations :

Article IO7 : "L'Administration peut se voir reconnaître par les dispositions légales ou des stipulations conventionnelles, le choix des modalités d'exécution du contrat".

Article IO8 : "En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, l'Administration a le droit de surveiller à tous moments l'exécution du contrat, pourvu qu'elle ne prive pas son co-contractant de l'initiative et du choix des moyens qui lui ont été donnés par le contrat.

Dans ce cas, le pouvoir de l'Administration varie selon l'objet du contrat".

La sanction de l'inexécution est constituée par des dommages-intérêts. Pendant la durée de l'instance, l'entrepreneur ne pourra suspendre ses prestations(2) sauf manquement grave de l'Administration, auquel cas, le contrat est résilié aux torts de cette dernière.

Cette procédure, très lourde, ne paraît pas adaptée à la situation particulière de l'exécution des marchés de Travaux Publics au Sénégal, ni conforme à l'intérêt général.

(1) Arrêt Conseil de Préfecture de Nice, 20 Juillet 1949 - Actualité Juridique Mai 1950, Prieux p. 256 n° 369.

(2) Article 73 - C.O.A.

D'abord, parce que les co-contractants de l'Administration répugnent à assigner celle-ci devant un Tribunal, non seulement à cause des délais de procédure, mais surtout à cause des moyens de rétorsion que posséderait le service incriminé dans un pays où le nombre de marchés passés par l'Etat est relativement faible et où il n'existe pas de cloisonnement administratif.

L'intérêt général paraît commander qu'en l'absence d'ordres écrits, plans, tracés, modèles, etc... de l'Administration, l'entrepreneur continue d'exécuter les travaux avec ses moyens propres, selon des éléments qu'il estimera favorables à leur bonne réalisation et cependant, sous la surveillance de l'ingénieur.

L'article 10 des C.C.G. pourrait être modifié en ce sens :

"...si, malgré l'observation des règles qui précèdent, l'entrepreneur n'a pu obtenir de l'Administration les instruments écrits ou documents nécessaires à la poursuite des travaux, il peut saisir la juridiction compétente afin d'obtenir une indemnité à condition de prouver le préjudice subi.

Il continue l'exécution des travaux avec ses moyens propres selon des éléments qu'il estimera favorables à leur bonne réalisation, sous la surveillance du représentant qualifié de l'Administration. Toutefois, après un an de retard dans l'ordre d'exécution, l'entrepreneur a droit à la résiliation de son marché aux torts de l'Administration....".

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'Administration est prévu par la Section II, chapitre V, titre II du Code des Obligations de l'Administration. "En raison des nécessités

.../...

du service public à la réalisation duquel le co-contractant participe, l'Administration peut exceptionnellement modifier de façon unilatérale certaines stipulations du contrat. Ce pouvoir existe en dehors de toute stipulation légale ou contractuelle. Le contrat peut toutefois fixer les conditions d'exercice de cette prérogative"(1). L'article II0 du Code des Obligations soumet son exercice au respect du principe de légalité. L'article III réduit son domaine d'application aux clauses du contrat administratif. Enfin l'article II2 en fixe les limites : il ne peut consister dans la fixation d'un nouvel objet au contrat ou dans un bouleversement de l'économie générale de la convention.

Seront examinés les particularités de la législation et de la réglementation sénégalaise en cette matière.

Augmentation de la masse des travaux (article 30 - Arrêté ministériel 10 Octobre 1946 - C.C.G.)

"En cas d'augmentation dans la masse des travaux, l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation tant que l'augmentation, évaluée aux prix initiaux, n'excède pas une fraction du montant initial du marché, qui, à défaut d'indication dans le marché, est fixée au quart. Si l'augmentation est supérieure à cette fraction, il a le droit à la résiliation immédiate de son marché sans indemnité..., à la condition toutefois de l'avoir demandée par lettre adressée au Chef de service dans le délai de deux mois à partir de la notification de l'ordre de service dont l'exécution entraînerait l'augmentation en question le tout, sauf application s'il y a lieu de l'article 32 ci-après..."

L'Administration a donc la faculté d'exiger que l'entrepreneur poursuive ses travaux jusqu'à ce que la limite des $\frac{5}{4}$ de la

(1) Article IO9 - C.O.A.

masse initiale soit atteinte, quelle que soit la nature de ces travaux.

Le co-contractant, par la lecture des C.C.G. n'ignore pas que l'augmentation peut atteindre le quart et il doit prévoir cette éventualité.

En conséquence, le fait pour l'Administration de l'obliger à poursuivre jusqu'aux $\frac{5}{4}$ ne constituera pas une surprise. Au-delà des $\frac{5}{4}$, il fera jouer la clause de résiliation.

Les mêmes solutions, mutatis mutandis, seraient adoptées en cas de diminution dans la masse des travaux ($\frac{7}{6}$ au lieu de $\frac{5}{4}$).

L'article 31 de l'arrêté du 16 Octobre 1946 prévoit qu'en cas de diminution dans la masse des travaux, si cette diminution est supérieure à $\frac{1}{6}$ du montant initial, il reçoit à titre de dédommagement une indemnité qui, à défaut d'entente amiable, est fixée par le Conseil du Contentieux administratif, sans préjudice du droit à la résiliation immédiate.

Les principes relatifs à l'indemnisation du co-contractant en cas de dommage causé par l'Administration qui exerce son pouvoir de modification unilatérale, sont contenus dans les articles 94 et suivants du Code des Obligations de l'Administration.

Le Conseil du Contentieux Administratif n'a plus d'existence au Sénégal, où il a été supprimé par arrêté général n° 3095 I.G.A.A. du 31 Mars 1959(1) pour compter du 1er Avril 1959.

(1) J.O. AOF de 1959 - p. 473.

La Commission des Contrats de l'Administration est-elle susceptible de la remplacer dans son rôle de fixation de l'indemnité en question ? Selon l'article 8 du décret n° 67-696 du 16 Juin 1967, portant création d'une Commission des Contrats de l'Administration, la Commission peut être saisie par les parties des différends et litiges s'élevant à propos des marchés et contrats.

Mais l'article 77 du décret n° 67-697 fixe une règle différente, puisqu'il stipule que si l'entente entre les parties sur le montant, soit du prix, soit de l'indemnité de résiliation n'est pas réalisée dans les délais fixés aux articles 75 et 76, une décision du Ministre ou du Directeur de l'établissement public national intéressés, fixant le montant du prix ou de l'indemnité de résiliation, doit intervenir dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai à considérer.

Après trois mois, nous verrons, *infra*, que les intérêts moratoires à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de l'Institut d'Emission sont acquis de plein droit au titulaire du marché.

Il convient de noter que, conformément à l'article 76 du décret n° 67-697, "Lorsqu'en cours d'exécution, la masse des travaux, fournitures ou services a été modifiée par ordre de service au-delà des limites fixées par les documents contractuels ou que le marché a été partiellement ou totalement résilié, l'acte contractuel fixant le prix des travaux, fournitures ou services à exécuter suivant cet ordre de service ou l'indemnité de résiliation doit intervenir sauf disposition contraire du contrat, au plus tard six mois après la date de notification de l'ordre de service ou de la résiliation".

La rédaction des différentes dispositions contenues dans les C.C.G. et le décret n° 67-697 et relatives aux modifications des

travaux, fournitures ou services par ordre de service, demanderait à être simplifiée et clarifiée.

Au préalable, un tableau pourrait être dressé des modalités de ces modifications.

AUGMENTATION DANS LA MASSE DES TRAVAUX

A. VARIATION DU PRIX :

plus de $\frac{1}{4}$ du montant initial du marché.

- 1ère option de l'entrepreneur : résiliation sans indemnité ;

obligation de l'entrepreneur : demander la résiliation au chef de service dans les 2 mois de la notification de l'ordre de service ;

- 2ème option de l'entrepreneur : continuer les travaux sous réserve d'un acte contractuel de l'Administration fixant le prix des travaux à exécuter ;

délai réservé à l'Administration pour réaliser cet acte : 6 mois ;

délai réservé au Ministère intéressé pour fixer le montant du prix en cas de désaccord entre l'Administration et l'entrepreneur : 3 mois ;

intérêts moratoires acquis à l'entrepreneur de plein droit en cas de désaccord : après un délai total de neuf mois de la date de notification de l'ordre de service, calculés sur le montant du supplément de prix.

B. CHANGEMENT ORDONNE PAR L'ADMINISTRATION OU RESULTANT DE CIRCONSTANCES QUI NE SONT NI DE LA FAUTE NI DU FAIT DE L'ENTREPRENEUR :

variation des quantités de plus du $\frac{1}{4}$

- une seule option pour l'entrepreneur : le droit à indemnité, basée sur le préjudice causé par les modifications.

délai de la demande d'indemnité : ni l'article 32 des C.C.G., ni les articles 76 et 77 du décret n° 67-697 ne fixent de délai pour la demande d'indemnité que l'entrepreneur doit présenter à l'Administration.

Il faudra donc attendre la réception provisoire ou définitive.

Le délai de présentation sera alors le même que celui fixé pour les réclamations contre le décompte définitif (article 41 C.C.G.) trente jours pour les décomptes annuels et définitifs, 40 jours pour le décompte général et définitif.

DIMINUTION DANS LA MASSE DES TRAVAUX

- VARIATION DE PRIX : plus de $\frac{1}{6}$ du montant initial.

- 1ère option : indemnité fixée à l'amiable. A défaut d'accord et compte tenu de la suppression du Conseil du Contentieux Administratif, on appliquera la solution de l'article 77 du décret n° 67-697, c'est-à-dire la référence à une décision du Ministre intéressé.

Dans ce cas, les délais prescrits aux articles 76 et 77 du décret devraient jouer :

- 6 mois pour la fixation de l'indemnité à l'amiable + 3 mois pour une décision du Ministre en cas de désaccord.

.../...

- 2ème option de l'entrepreneur : droit à la résiliation immédiate.

forme et délai : demande par lettre au chef de service dans les deux mois de la notification.

- L'entrepreneur a-t-il droit à une indemnité de résiliation ?

En matière d'augmentation, il est bien spécifié que l'entrepreneur a droit à la résiliation immédiate sans indemnité (article 30 C.C.G.).

Par contre, l'article 31 C.C.G. stipule bien qu'en cas de diminution, l'entrepreneur a droit à la résiliation immédiate qui doit être demandée dans la même forme et le même délai que pour l'application de l'article 30, mais il ne fait aucune allusion aux modalités de la résiliation.

On peut donc estimer qu'à condition de prouver un préjudice, l'entrepreneur a droit à une indemnité de résiliation, dont la fixation sera réalisée conformément aux règles posées dans les articles 76 et 77 du décret n° 67-697.

Les délais fixés aux articles 76 et 77 du décret peuvent être considérés comme trop longs dans la conjoncture actuelle, compte tenu du fait que des marchés seront de plus en plus attribués à des nationaux sénégalais dont la surface financière est faible, compte-tenu aussi du fait que le marché peut être exécuté pendant une période où l'intérêt de l'argent est élevé.

Le délai de 6 mois de l'article 76 pourrait être ramené à 3 et celui de l'article 77 à 1, les intérêts moratoires jouant à l'expiration de ces périodes.

Compte-tenu des observations qui viennent d'être faites,

.../...

les articles 30, 3I et 32 des C.C.G. et 76 et 77 du décret n° 67-697 pourraient être modifiés de la façon suivante :

Article 30 :

1er alinéa : sans changement ;

2ème alinéa :

"Nonobstant les dispositions qui précèdent, l'entrepreneur peut être tenu de continuer l'exécution du marché, pendant un délai de 3 mois au maximum à dater du jour où il a formulé sa demande de résiliation, jusqu'à ce que la limite des $\frac{5}{4}$ de la masse initiale du marché soit atteinte.

En cas de préjudice subi du fait de l'exercice par l'Administration de cette faculté, il a droit à une indemnité de dédommagement fixée dans les formes et selon les modalités prévues aux articles 76 et 77 du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967".

3ème alinéa : sans changement.

Article 3I :

"En cas de diminution dans la masse des travaux et sauf application de l'article 32 ci-après, l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation tant que la diminution, évaluée aux prix initiaux, n'excède pas une fraction du montant initial qui, à défaut d'indication dans le marché, est fixée au sixième. Si la diminution est supérieure à cette fraction, il reçoit, s'il y a lieu, à titre de dédommagement, une indemnité qui, à défaut d'entente amiable, est fixée selon la procédure prévue par l'article 77 du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967..... le reste sans changement.....".

.../...

Article 32 :

"Lorsque les changements ordonnés par l'Administration ou résultant de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait de l'entrepreneur modifient l'importance de certaines natures d'ouvrages, de telle sorte que les quantités diffèrent de plus d'un quart en plus ou en moins des quantités prévues au marché, l'entrepreneur peut, soit demander la résiliation du marché sans indemnité s'il s'agit d'une augmentation et dans les conditions prévues à l'article 30 ci-dessus, avec indemnité, le cas échéant, s'il s'agit d'une diminution dans les conditions prévues à l'article 31 ci-dessus, soit continuer l'exécution du marché avec la faculté de présenter une demande d'indemnité basée sur le préjudice que lui auraient causé les modifications survenues à cet égard dans les prévisions du projet.

Nonobstant les dispositions qui précèdent, en cas d'augmentation des quantités, l'entrepreneur peut être tenu de continuer l'exécution de son marché jusqu'à ce que la limite des $\frac{5}{4}$ des quantités initiales prévues au marché soient atteintes, sans préjudice de son droit à une indemnité de dédommagement obtenue dans les conditions fixées par les articles 76 et 77 du décret n° 67-697 du 16 Juin 1967".

DECRET N° 67-697 :Article 76 :

"Lorsqu'en cours d'exécution la masse des travaux, fournitures ou services, a été modifiée par ordre de service au-delà ou en deçà des limites fixées par les C.C.G. et tous autres documents additifs ou contractuels ou que le marché a été partiellement ou totalement résilié, l'acte contractuel fixant le prix des travaux, fournitures ou services à exécuter suivant cet ordre de service ou

.../...

l'indemnité de résiliation, doit intervenir sauf disposition contraire du contrat, au plus tard trois mois après la date de notification de l'ordre de service, de la résiliation ou de l'expiration des délais d'exécution des travaux, fournitures ou services, lorsque l'entrepreneur est tenu de les poursuivre jusqu'aux limites prévues par les C.C.G."

Article 77 :

"Si l'entente entre les parties sur le montant soit du prix, soit de l'indemnité de résiliation, n'est pas réalisée dans les délais fixés aux articles 75 et 76, une décision du Ministre intéressé, ou du directeur de l'établissement public national, fixant le montant du prix ou de l'indemnité de résiliation, doit intervenir dans le mois qui suit l'expiration du délai à considérer.

A défaut de décision ou d'accord contractuel dans le délai de 1 mois prévu à l'alinéa précédent, des intérêts moratoires sont acquis de plein droit au titulaire du marché...", (le reste inchangé).

S E C T I O N I I I

DROITS DE L'ENTREPRENEUR A LA REVISION DU MARCHE

L'entrepreneur peut obtenir la révision de son marché en invoquant :

- soit, la variation dans les prix ;
- soit, la force majeure ;

.../...

- soit, l'imprévision.

Le décret n° 67-697 prévoit une formule générale de variation des prix pour tous les marchés de l'Etat. Son emploi n'est obligatoire que lorsqu'il a été retenu de tenir compte des variations de prix.

Les C.C.G. (article 33) prévoyaient pour les marchés de travaux publics, trois éventualités :

- cas où le marché ne contient pas de formule de variation de prix. Augmentation des prix pendant le cours de l'entreprise.

La plus-value sur les travaux est prise en charge par l'Administration lorsque le rapport $\frac{F1 - FO}{FO}$ est compris entre $\frac{1}{15}$ et $\frac{1}{5}$.

Au-dessus de $\frac{1}{5}$, l'entrepreneur a droit à la résiliation du marché sous réserve de l'indemnité qui lui est allouée en compensation de ses dépenses non entièrement amorties relatives aux ouvrages provisoires dont les dispositions ont été agréées par le Chef de service ou par son délégué, et à l'acquisition de matériel construit

F1 = estimation rectifiée de l'ensemble des ouvrages restant à exécuter.

FO = estimation des ouvrages selon les prix couramment pratiqués 5 jours avant la date extrême assignée à l'entrepreneur pour la remise de sa soumission.

.../...

spécialement pour l'exécution des travaux de l'entreprise et non susceptible d'être réemployé d'une manière courante sur les chantiers de travaux publics

- cas où le marché contient une formule de variation de prix :

"Si pendant le cours de l'entreprise, les prix des travaux subissent une variation telle que la dépense totale de travaux restant à exécuter à un instant donné se trouve, par le jeu des formules, augmentée de plus de 30 % ou diminuée de plus de 25 %, par rapport à la valeur initiale de ces travaux, telle qu'elle résulte du marché, l'Administration a droit de prononcer la résiliation d'office, et l'entrepreneur a droit, sur sa demande, à la résiliation.

Dans les deux cas précités, si la résiliation est demandée par l'entrepreneur, les travaux exécutés entre la date de la demande de résiliation et la date à laquelle la résiliation lui aura été notifiée seront payés aux prix de marché révisés, à condition qu'il ne se soit pas écoulé plus de quatre mois entre ces deux dates".

- Dans tous les autres cas, l'entrepreneur ne peut revenir sur les prix du marché.

Les dispositions des C.C.G. relatives aux variations de prix sont-elles encore applicables en fonction des règles nouvelles établies par le décret n° 67-697 ? Il semble que, désormais, chaque fois que le principe de variation de prix est retenu, c'est la formule de l'article 46 du décret n° 67-697 qui doit être appliquée, soit :

$$P = P_0 \left(a \frac{A}{A_0} + b \frac{B}{B_0} + c \frac{C}{C_0} + \dots \right) ;$$

P = montant du marché révisé ;

P_0 = montant du marché fixé initialement ;

$A_0 B_0 C_0$ = montant des prix unitaires entrant dans la composition des prix tels que connus à la date fixée pour le dépôt des offres ou à la date fixée par le cahier des prescriptions spéciales ;

$A B C$ = montant des prix unitaires à la date où est constatée la variation des prix ;

$a b c$ = coefficients ou paramètres correspondant au pourcentage de l'importance de chaque prix unitaire dans le prix global P .
 $a + b + c = 100 \%$.

VARIATION DE PRIX

La distinction entre les clauses de variation et les clauses de révision revêt une grande importance. Bien que ces clauses aient en commun leur caractère de clauses contractuelles visant à "provoquer une adaptation du prix ou des tarifs à des changements économiques définis dans le contrat lui-même"(1), elles diffèrent cependant par l'automatisme qui caractérise la clause de variation alors que la clause de révision, parfois dénommée "clause de principe", "se borne à ouvrir au contractant intéressé un droit à réclamer la révision sans en fixer les éléments quantitatifs"(2).

Cependant l'expression "clauses de révision" est souvent

(1) A. de Laubadère, Contrats Administratifs n° 769.

(2) A. de Laubadère - op. cit. n° 769.

employée dans la pratique des cahiers des charges comme recouvrant les deux types de clause. Il faudra donc toujours rechercher l'automatisme de la clause pour opérer la distinction. La clause de révision constituera généralement un engagement contractuel de chaque partie à accepter la réalisation d'un changement de prix ou de tarif. Elle aura pour effet d'obliger les parties à négocier l'adoption d'un avenant au contrat. En cas de désaccord, chacune d'entre elles pourra porter l'affaire devant le juge du contrat.

Ce type de clause tend à disparaître sous un régime économique dirigiste et particulièrement en période de blocage des prix.

Le décret n° 67-697, en son article 45, stipule "qu'à l'exception des marchés à prix unitaires basés sur une série des prix existante ou sur les prix imposés par voie législative ou réglementaire, les prix portés à un marché sont, en règle générale, fermes et non révisables.

Toutefois, pour les marchés dont la durée d'exécution dépasse deux mois, il pourra être insérée une clause permettant de tenir compte des variations subies pendant les délais contractuels par les prix d'origine de la main d'oeuvre des matériaux et de fournitures ainsi que par les charges imposées, par voie législative ou réglementaire, entrant dans la composition du prix global ou des prix unitaires".

Le principe est donc l'invariabilité des prix, l'exception, la révision, mais cette révision ne peut avoir lieu qu'en présence d'une clause contractuelle de variation de prix.

Ces dispositions sont nouvelles. Sous le régime antérieur, en l'absence d'une telle clause dans le contrat, les variations de

.../...

prix dépassant certaines limites entraînaient la prise en charge par l'Administration d'une fraction de plus-values, sans préjudice de la résiliation par l'entrepreneur lorsque la formule de variation atteignait ou dépassait $\frac{1}{5}$ (article 33 C.C.G. - A).

L'article 46 du décret définit la nouvelle formule de variation de prix qui doit être insérée dans les marchés si les contractants en ont décidé ainsi.

L'article 49 précise les règles du jeu de cette formule, seuil, marge neutralisée minima, plafond au-dessus duquel la résiliation peut être prononcée d'office par l'Administration ou demandée par l'entrepreneur.

Les dispositions de l'article 33 A C.C.G., qui prévoient la révision automatique en cas de variation de la formule deviennent donc caduques.

Le paragraphe B n'est plus applicable, les articles 48 et 49 du décret fixant des limites de variation différentes de celles des C.C.G.

Le paragraphe D tombe, ipso facto.

Par contre, le paragraphe C peut être considéré comme complétant l'article 49 du décret, en ce qui concerne les modalités d'allocation et de calcul de l'indemnité de résiliation.

La suppression du principe de révision automatique des prix du marché en cas de hausse des éléments de ces prix, doit-elle être considérée comme une amélioration du régime des marchés ?

.../...

En fait, dans l'optique d'une sénégalisation progressive de l'entreprise et dans une conjoncture économique incertaine, elle apparaît comme totalement inadaptée.

Si elle était maintenue, elle entraînerait certainement la disparition d'entreprises dont la surface financière est insuffisante pour amortir, sur un certain nombre de travaux, les risques d'une augmentation subite du prix des matériaux ou des salaires.

Certes il est souhaitable que les marchés contiennent une formule de variation, grâce à laquelle, toute révision prend un caractère officiel, mais compte tenu d'une concurrence très aigüe dans un pays où les marchés sont rares et les entrepreneurs nombreux à se les disputer, l'Administration aura trop souvent la tentation de jouer de la faculté qui lui est laissée par l'article 45 du décret de ne pas faire figurer au contrat la clause de variation de prix. Il est donc de l'intérêt des entrepreneurs, et plus spécialement encore, des entrepreneurs sénégalais, que le principe de la révision automatique soit rétablie. L'Administration y trouvera son intérêt dans la mesure où le risque de voir des travaux en cours interrompus sera amoindri.

Le chapitre 1er du Titre III du décret devrait alors faire l'objet de modifications dans ce sens. L'alinéa 3 de l'article 45 deviendrait :

"... Toutefois, pour les marchés dont la durée d'exécution dépasse deux mois, il pourra être insérée une clause permettant de tenir compte des variations subies pendant les délais contractuels par les prix d'origine de la main-d'oeuvre, des matériaux et de fournitures ainsi que par les charges imposées par voie législative ou réglementaire, entrant dans la composition du prix global ou des prix unitaires. En l'absence de cette clause, les prix sont révisés et la

.../...

résiliation permise dans les formes et dans les conditions fixées à l'article 49 du présent décret".

VARIATION DANS LES PRIX ET THEORIE DE L'IMPREVISION

Le Code des Obligations de l'Administration définit ainsi l'imprévision en son article 121 :

"Lorsque des circonstances extérieures à la volonté du co-contractant et imprévisibles au moment de la conclusion de la convention bouleversent l'économie du contrat en entraînant un déficit pour le co-contractant, ce dernier peut obtenir que l'Administration contractante supporte une partie de la perte qu'il a subie pour assurer la continuité du service public".

En effet, si l'entrepreneur se trouve dans une situation contractuelle d'un genre particulier puisque l'Administration détient le pouvoir de modification unilatérale, il est également dans une situation réglementaire, celle-ci découlant de mesures à portée générale toujours applicables aux parties. L'hypothèse de l'imprévision crée une situation extra contractuelle (définie par l'article 125 du C.O.A.) qui ne libère pas le co-contractant de son obligation lorsque l'intérêt du service public peut être invoqué.

La qualification juridique de l'état d'imprévision est évidemment importante puisqu'elle permettra à l'entrepreneur d'obtenir de l'Administration une compensation pour la perte subie.

L'article 122 précise que le bouleversement du contrat peut résulter d'un fait d'ordre économique dont l'origine peut se trouver notamment dans un événement naturel ou dans une intervention des

.../...

Pouvoirs Publics par voie législative, réglementaire ou de mesure individuelle.

L'article 126 enfin, spécifie que "Les stipulations contractuelles ou les dispositions réglementaires, relatives aux variations de prix, n'excluent pas l'application de l'imprévision lorsqu'elles sont insuffisantes pour corriger le bouleversement intervenu dans l'économie du contrat".

Cette dernière disposition, très favorable au co-contratant de l'Administration consacre la jurisprudence du Conseil d'Etat(1) mais va à l'encontre des thèses administratives explicitées notamment dans une circulaire du Ministère des Travaux Public français du 11 janvier 1937 :

"... Pour les marchés soumis à l'article 33, l'entrepreneur est libéré de ses obligations à partir d'une certaine valeur de l'augmentation des travaux restant à exécuter, et, s'il désire, d'accord avec l'Administration, continuer l'exécution de son contrat, il faut arrêter de nouvelles conditions par voie d'avenant au marché primitif. L'entrepreneur ne supporte donc, avant la résiliation, que des obligations contractuelles. Il ne peut être question d'invoquer un bouleversement du contrat, la résiliation pouvant jouer de droit, dès que les charges viennent à excéder celles qui ont été contractuellement acceptées par l'entrepreneur, lorsqu'il a soumissionné.

Eu égard à ces considérations qu'il m'a paru nécessaire d'exposer pour compléter les explications contenues dans la circulaire du 8 juillet 1936, vous devrez rejeter les réclamations des entrepreneurs qui invoqueront la théorie de l'imprévision et croiraient

(1) Arrêt du 3 Janvier 1936, arrêt du 24 Juin 1936 - Recueil p.697
 Prieux p. 386 n° 829.

devoir faire des réserves sur l'application de l'article 33"(1).

Pour que la théorie de l'imprévision puisse être invoquée, il faut qu'un certain nombre de conditions soient réunies.

Ces conditions sont bien connues(2) :

- évènements présentant un caractère anormal et imprévisible (aléa extraordinaire défini comme "l'évènement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat")(3) ;

- évènements indépendants de la volonté du co-contractant ;

- évènements ayant entraîné dans l'exécution du contrat, "une perturbation suffisamment profonde, pour faire apparaître ce que la jurisprudence appelle une situation extra-contractuelle"(4). Un simple déficit subi par le co-contractant ne suffirait pas. Il faut qu'il s'y ajoute un dépassement du "prix limite", ce prix étant considéré comme le "seuil d'imprévision"(5)

L'article 125 du Code des Obligations de l'Administration cristallise la jurisprudence relative à ce seuil.

Le trouble survenu dans l'exécution est toujours un trouble d'ordre économique, mais la conjoncture qui le provoque peut

(1) cité par Prieux n° 829

(2) A. de Laubadère - Traité 1973 - p. 367

(3) C.E. 3 Décembre 1928, Fromassol, R.D.P. 1920, 64, conclusions
Corneille

(4) A. de Laubadère, op. cit. p. 368

(5) C.E. 5 Février 1947, Commune de Claye - Souilly.

avoir des causes diverses (d'ordre économique, phénomènes naturels) (article 122 - C.O.A.).

Lorsque le fait perturbateur émane de l'administration même qui a contracté (aléas administratifs), nous sortons du champ de l'imprévision, le co-contractant invoquera la théorie du fait du prince qui lui est plus favorable que celle de l'imprévision alors que, si le fait émane d'une autre administration(1), il pourra invoquer la théorie de l'imprévision.

L'imprévision a été retenue par la jurisprudence en cas de perturbation dans les contrats provoqués par l'intervention de mesures à portée générale :

- lois sociales,
- lois fiscales,
- mesures monétaires,
- économie dirigée (blocage des prix),
- mesures de police.

Il y a, dans ce cas, modification de la situation réglementaire du co-contractant, c'est-à-dire application par voie générale, à ce type de situation, de lois et règlements nouveaux. En principe, ce genre de modification n'entraîne pas un droit à indemnisation pour ceux qui les supportent(2).

(1) C. E. 26 Juillet 1947, Carrières du Languedoc - Rec. C.E. p. 643
(il s'agissait des charges découlant d'une nouvelle réglementation de l'embauchage de la main-d'oeuvre).

(2) A. de Laubadère - Traité 1973 - p. 356.

Cependant, si ces mesures sont prises par l'autorité contractante et qu'elles "atteignent l'objet essentiel du contrat, en modifiant l'état de chose en considération duquel les parties avaient traité", taxes portant, par exemple, sur la matière première essentielle à l'exécution du contrat(1), ce n'est pas la théorie de l'imprévision qui sera invoquée, mais celle du fait du prince.

En cas d'augmentation de taxes, sous un régime provisoire de blocage des prix, l'Administration n'autorisera pas leur répercussion sur les prix des marchés, alors qu'elle y est déjà réticente sous un régime de liberté. Nous estimons que, dans ce cas, la thèse de l'imprévision pourrait être invoquée.

Lors d'une augmentation de la taxe de statistique en 1969, le Ministère des Finances a refusé la révision des marchés pour tenir compte de cet élément.

Dans l'éventualité de la parution d'un train de lois fiscales

(1) C.E. 29 Décembre 1905, Bardy, IOI4, concl. Romieu - 8 Novembre 1957, Société Chimique, A.J.D.A. 1957, II, 406, concl. Gazier ; R.D.P. 1958, note Waline.

augmentant divers impôts et taxes, taxe sur le chiffre d'affaires, taxe forfaitaire représentative de la taxe sur les transactions, impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, etc..., la thèse de l'imprévision ne pourrait-elle être invoquée avec succès ?

L'Administration, on le sait, soutient qu'une augmentation des impôts et taxes doit toujours être prévisible et qu'il appartient aux entrepreneurs d'en tenir compte dans la fixation de leurs prix de marché. La notion d'imprévisibilité est relative. Il est certain que, dans la conjoncture que connaissent certains pays en voie de développement et, notamment, l'insuffisance des ressources budgétaires, une augmentation des impôts est plus ou moins prévisible, mais à quelle échéance et dans quelle proportion ?

Les entrepreneurs ne sauraient, sauf exception, connaître ces éléments au moment de la fixation des prix du marché. Au surplus dans un climat de concurrence sévère : petit nombre de marchés, multiplicité des entreprises concurrentes, les prix doivent être serrés au plus près. Il est impossible, dans ces conditions, de les déterminer en fonction de tous les aléas économiques. Il serait parfaitement logique que l'Administration autorisât la répercussion des augmentations de taxes selon les règles fixées par l'article 49 du décret n° 67-697.

L'existence d'une formule de variation, dont les mouvements entraînent la révision automatique ou contractuelle selon que le contrat contient ou non la clause de révision, facilite l'appréciation du bouleversement du contrat. La limite fixée dans l'article 49 concrétise la situation. Le bouleversement est défini largement dans le Code des Obligations de l'Administration (article I22, I23, I24).

.../...

Ajoutons, pour terminer ce chapitre, que dans l'éventualité où l'entrepreneur utilise sa faculté de résiliation, il ne doit pas être privé ipso facto de son droit à l'indemnité d'imprévision. Cependant, il est nécessaire qu'il ait demandé la résiliation du marché pour que l'indemnité soit due.

Une autre question se pose, relative au calcul de l'indemnité d'imprévision. Faudra-t-il se contenter d'appliquer strictement la formule de variation. L'article 126 du Code des Obligations de l'Administration déjà cité, dit en substance que l'application de cette formule n'exclut pas celle de l'imprévision lorsqu'elle est insuffisante pour corriger le bouleversement intervenu dans l'économie du contrat.

Et, de fait, l'augmentation des charges fiscales peut avoir des conséquences indirectes, que l'équation financière rétablie par le jeu de la formule de l'article 49, ne compensera pas.

Il appartiendra alors à l'entrepreneur de fournir les justifications de la perte estimée, sous le contrôle éventuel de la juridiction compétente.

C H A P I T R E I I

LES DELAIS DE REGLEMENT ET LES INTERETS MORATOIRES

Le défaut de paiement par l'Administration des travaux exécutés par l'entrepreneur n'autorise pas ce dernier à suspendre ses prestations(1).

L'article 76 du C.O.A. prévoit que lorsque la responsabilité de l'Administration est engagée pour l'inexécution de ses obligations, des dommages-intérêts sont accordés au co-contractant conformément aux articles 94 à 105.

L'article 99 stipule que : "le retard dans le versement des sommes auxquelles une partie a été condamnée donne lieu au paiement d'intérêts calculés sur la base du taux légal. Ils ne sont dûs que du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit".

L'article 100 traite des intérêts compensatoires éventuellement dûs dans le cas d'un retard injustifié du paiement d'une indemnité par l'Administration.

Enfin, l'article 101 traite de l'anatocisme dans tous les cas de sommes dûes par l'Administration dans le cadre de sa responsabilité contractuelle.

(1) Article 73 du C.O.A.

Les délais de règlement font l'objet du chapitre III, articles 68 à 78 du décret n° 67-697.

Il faut signaler, avant d'aborder au fond la question des délais de règlement, que l'article 68 appartient plutôt à la Section III "Dispositions communes aux avances et aux acomptes" du chapitre III puisqu'il traite de la nécessité d'un écrit pour la constatation des opérations donnant lieu à un versement d'avances ou d'acomptes ou à paiement pour solde.

Le problème du règlement des dettes administratives est souvent évoqué, au Sénégal, par les plus hautes instances. Avant l'installation du Centre Comptable Peytavin, le 1er Juillet 1964, les Administrations et services relevant du budget général détenaient dans leurs dossiers, des factures impayées très anciennes. Le traitement électronique de leur comptabilité a sérieusement amélioré la situation. Depuis le 1er Juillet 1966, les établissements publics et semi-publics relèvent également du Centre électro-comptable. Seules, les collectivités décentralisées comme les communes, y échappent, mais leur rattachement est prévu pour une date ultérieure.

Toutefois, l'extension des procédés mécanographiques à la comptabilité des dépenses des administrations et services n'a pas apporté un remède total aux retards de paiement. Certaines administrations jouent, en effet, comme cela a été vu dans le chapitre II du titre II du présent mémoire, sur le système de la certification pour allonger les délais de règlement des marchés.

Bien que le chapitre III du titre III du décret n° 67-697 s'intitule "des délais de règlement", il est, en réalité, relatif à trois sortes de délais :

- délais de constatation des droits à paiement ;

.../...

- délais de notification ;
- délais de mandatement ou de paiement.

S E C T I O N I

DELAIS DE CONSTATATION DES DROITS A PAIEMENT

En matière de travaux publics, il existe deux types de délais de cette catégorie :

- les délais règlementaires (article 70)(1) ;
- les délais contractuels (article 69).

délais règlementaires :

Selon l'article 70, paragraphe b, s'agissant des marchés de travaux, les délais ouverts à l'ingénieur pour procéder aux constatations ouvrant droit à acompte ou à paiement pour solde sont fixés à un mois.

Les termes périodiques ou le terme final à partir desquels doivent courir ces délais sont :

- pour les décomptes provisoires, la fin de chaque mois ;

(1) Tous les articles cités dans cette section appartiennent au décret n° 67-697 sauf exceptions signalées par la mention d'un autre texte.

- pour le dernier décompte provisoire, la date de la réception provisoire ;
- pour le décompte général et définitif, trois mois après la réception provisoire ;
- pour le décompte pour solde, la date de la réception définitive.

Dans le cas particulier des marchés de bâtiment, l'article 70, paragraphe c, laisse 15 jours à l'architecte pour procéder aux constatations donnant droit à acompte ou à paiement pour solde et pour établir les décomptes correspondants.

La constatation des opérations s'effectue par un écrit (article 68) qui peut être soit un procès-verbal administratif, signé des deux parties contractantes comme en matière d'avances, soit un certificat, pour les travaux de bâtiment, attestant l'exactitude du décompte des travaux exécutés, soit un décompte provisoire ou pour solde, lorsque des acomptes doivent être versés. Ces documents doivent être dressés par l'Administration contractante. Après l'expiration du délai de 1 mois prévu par la constatation, si aucune constatation n'a été faite, le co-contractant peut demander les intérêts moratoires, calculés depuis le jour qui suit l'expiration du délai jusqu'à celui de la constatation.

Délais contractuels :

Lorsque les parties entendent instituer des délais différents des délais réglementaires, le marché doit préciser les délais ouverts à l'Administration contractante pour procéder aux constatations.

Les délais courent, dans ce cas, à partir des termes pério-

.../...

diques ou du terme final fixés par le marché, et, lorsque ces termes ne sont pas fixés dans le marché, ils courent à partir de la demande du titulaire du marché, appuyée, si besoin est, des justifications nécessaires. L'absence de constatation dans les 15 jours donne droit aux intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration du délai jusqu'à celui de la constatation.

Bien que cela ne soit pas dit dans le décret n° 67-697 ni dans l'arrêté du 16 Octobre 1946 modifié, il paraît logique de penser que les délais exprimés en mois se calculent de quantième en quantième. Lorsqu'ils sont exprimés en jours, l'absence de précision réglementaire laisse présumer qu'il s'agit de jours calendaires.

L'article 69 ne fixe pas de limite supérieure aux délais contractuels de constatation spécifiés dans les marchés. Le co-contractant devra veiller, avant d'accepter les clauses du marché, à ce que la durée de ces délais ne soit pas abusivement étendue.

Les délais de règlement ne courent qu'à partir du jour de la constatation des opérations effectuées et non du jour de la réalisation des opérations. Aussi, bien que des intérêts moratoires soient dus par l'Administration pour absence de constatation, il ne serait pas sans intérêt pour le co-contractant de la mettre en demeure de procéder à ladite constatation, au besoin par lettre recommandée, avec avis de réception. En France, une instruction du Ministère des Finances publiée au J.O. du 21 Juin 1953 a signalé l'intérêt de l'utilisation des lettres ou plis recommandés à l'occasion des marchés.

.../...

S E C T I O N I I

DELAIS DE NOTIFICATION DES MOTIFS DE NON-PAIEMENT

Dans les deux mois qui suivent la constatation, le titulaire du marché et éventuellement les sous-traitants doivent être, le cas échéant, avisés des motifs pour lesquels les prestations constatées ne peuvent faire l'objet d'un acompte au moins partiel ou d'un paiement pour solde.

L'absence de notification, à l'expiration de ce délai de deux mois, donne droit à des intérêts moratoires depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'à celui de la notification.

L'article 71(1) suppose que la constatation a été faite et qu'elle n'a pas donné lieu à contestation. Dans le cas contraire, en matière de travaux publics, s'ouvrirait le contentieux prévu pour la réception des travaux en cas de refus de réception, réception partielle, etc...

Selon quels motifs l'Administration peut-elle refuser de payer son dû au co-contractant ?

L'article 72, relatif au délai de règlement proprement dit, spécifie qu'il s'agit d'une non-régularisation de son dossier.

Pour pouvoir prétendre au paiement d'un acompte, le titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieur à trois mois doit présenter un certain nombre de pièces énumérées dans

(1) Décret n° 67-697.

l'article 60 du décret n° 67-697 et dans les cahiers des charges.

Les sous-traitants sont astreints au dépôt de pièces supplémentaires (articles 63 et 64).

Il faut que l'Administration ait également établi l'écrit prévu par l'article 68, c'est-à-dire un procès-verbal, un certificat ou un décompte pour les opérations effectuées donnant lieu à un versement d'avances.

S'agissant du paiement pour solde, les documents à établir sont généralement prévus par les cahiers des charges.

S E C T I O N I I I

DELAIS DE MANDATEMENT OU PAIEMENT

Le règlement des acomptes ou du paiement pour solde doit intervenir dans un délai de 3 mois calculé suivant le cas, à partir de la constatation ou du jour où le créancier a régularisé son dossier, suivant la notification qui lui en a été faite.

Le défaut de règlement dans ce délai fait courir de plein droit, et sans autre formalité, des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour de règlement.

Dans le cas des délais prévus à l'article 70 du décret n° 67-697, paragraphe b, pour les marchés de travaux, les situations

.../...

suivantes peuvent se présenter :

1. L'ingénieur procède à la constatation des travaux ouvrant droit à acompte ou à paiement pour solde dans le délai d'un mois qui lui est imparti. Cette constatation n'entraîne aucune observation.

Dans les 3 mois du jour de la constatation, le règlement desdits travaux doit intervenir, sinon les intérêts moratoires sont dûs.

2. La constatation a lieu mais l'Administration décide que les prestations effectuées ne peuvent donner lieu à paiement même partiel.

Les motifs du non-paiement sont notifiés au titulaire du marché (ou sous-traitant) dans les deux mois de la constatation.

Le co-contractant régularise son dossier suivant la notification qui lui en est faite.

Le paiement devra intervenir dans les 3 mois du jour de la régularisation par le créancier de la situation existante.

De quelle situation s'agit-il ?

L'expression "régularise son dossier", appliquée au créancier qui reçoit la notification, par l'Administration, des motifs pour lesquels le paiement des sommes dûes ne peut intervenir, est relative aux factures, devis, bordereaux et toutes pièces que le créancier doit présenter pour obtenir son règlement.

.../...

En outre, le problème de la constatation est lié à celui de la réception des travaux qui fait l'objet des articles 46 et 47 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 et de l'article 78 du décret n° 67-697.

3. Les motifs du non-paiement ne sont pas notifiés dans les deux mois de la constatation.

La notification desdits motifs peut intervenir entre la date d'expiration du délai de deux mois précité et celle de l'expiration des délais de règlement de l'article 72 soit 3 mois.

De toutes façons, les intérêts moratoires pour absence de notification sont dûs dès l'expiration du délai de 2 mois de l'article 71. Dès notification, ils cessent d'être dûs et du jour de la régularisation du dossier par les créanciers, un nouveau délai de 3 mois commence à courir pour le règlement des sommes dûes.

Quid des droits du créancier si la notification est injustifiée (pièce déjà fournie, égarée par l'Administration, etc...). Il semble que, dans ce cas, le point de départ du délai de règlement soit déplacé au jour de la constatation.

Si la notification des motifs de non-paiement intervient après l'expiration du délai de règlement, quid des intérêts moratoires ?

Les intérêts moratoires pour absence de notification sont dûs suivant les modalités prévues à l'article 71.

Y aurait-il cumul de ces intérêts et des intérêts moratoires dûs pour non-règlement entre la date d'expiration du délai de règlement (3 mois) et celle de la notification ?

.../...

cette éventualité n'est pas prévue par les textes.

Il semble qu'une clause aurait pu être ajoutée, prévoyant que la notification des motifs de non-paiement ne peut intervenir que jusqu'à la date d'expiration du délai de 3 mois suivant le jour de la constatation, faute de quoi, les dossiers présentés par le créancier sont considérés comme complets.

L'article 72 stipule que "le défaut de règlement dans le délai prévu fait courir de plein droit et sans autre formalité des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour du règlement".

Cette clause dispense le co-contractant de mettre en demeure l'Administration de payer les intérêts moratoires.

Il est prévu également que l'absence de constatation dans les délais prévus et la notification hors-délais de motifs de non-paiement ouvrent droit "automatiquement" aux intérêts moratoires.

Ces clauses dispensent les créanciers des formalités prévues au chapitre I du titre préliminaire du Code des Obligations Civiles et Commerciales, mais il est évident qu'il y aura toujours intérêt pour les parties, afin d'éviter toute contestation au sujet du décompte des intérêts moratoires, à utiliser des lettres recommandées avec avis de réception, soit pour les notifications de l'Administration, soit pour les pièces justificatives envoyées par le créancier.

Le montant des intérêts moratoires doit-il être versé en même temps que la somme due en principal et imputé sur le même chapitre budgétaire ? Ces précisions ne sont pas fournies dans le corps du décret n° 67-697.

.../...

Puisque les intérêts sont dûs de "plein droit", "automatiquement", "sans formalités", il est logique qu'ils soient payés en même temps que le principal et que leur montant figure de façon distincte sur le titre de paiement émis en règlement de l'acompte ou du solde.

REFACTION DES PRIX

Les dispositions contenues dans les articles 73 à 77 inclus ont été reprises, sans changement, du décret n° 63-301. Elles sont relatives à l'échelonnement des phases d'exécution et de versement, à la fixation des prix provisoires, à la modification dans la masse des travaux et au défaut d'accord entre les parties sur le montant du prix ou de l'indemnité de résiliation.

L'article 78 concerne les réfections de prix utilisées pour réception de travaux (fournitures et services) ne correspondant pas exactement aux conditions convenues dans le marché, plutôt que le refus de la réception.

Cette innovation est importante.

Les anciens textes ne prévoyaient pas cette possibilité offerte à la commission chargée de la réception.

La réception, soit provisoire, soit définitive, était prononcée ou refusée (même partiellement ou limitée à certains travaux).

L'entrepreneur, alors, devait être amené à effectuer les réparations et les travaux jugés nécessaires. S'il estimait que l'Administration refusait à tort d'effectuer la réception, il devait saisir le Tribunal administratif qui nommait un expert.

.../...

Mais l'entrepreneur pouvait refuser de réparer les malfaçons ou de faire les travaux ou réparations prévues. L'Administration dans ce cas pouvait exécuter les travaux et retenir sur les décomptes des ouvrages exécutés les dépenses calculées d'après les prix en vigueur au moment du dépôt du rapport des experts ou suivant les tarifs en vigueur au moment de l'exécution des réparations, si des hausses s'étaient produites depuis le dépôt du rapport des experts.

La jurisprudence admet également, en France, que certaines malfaçons limitées peuvent donner lieu à une réduction du montant du décompte mais non à un refus de prononcer la réception définitive.

Le nouvel article 78 laisse une alternative à l'Administration :

- Refuser la réception avec toutes les conséquences que comportent ce refus ;
- Proposer une refaction de prix.

La refaction a lieu soit sur le prix global du marché, soit sur le prix unitaire.

En cas d'accord du titulaire du marché, sur cette proposition de refaction, une réception provisoire est effectuée constatant l'accord des parties sur la refaction retenue.

L'attention du juriste doit être attirée sur les points suivants :

1. L'initiative de proposer une refaction appartient à l'Administration - en fait, la commission chargée d'assurer la réception - et non à son co-contractant ;

.../...

2. La réfaction peut concerner une fraction du marché ;

3. L'accord du titulaire est nécessaire. Les sous-traitants, le cas échéant, devront donc requérir l'accord des titulaires. L'article 63 contient d'ailleurs des dispositions qui laissent prévoir cette solution.

CH A P I T R E I I I

LES GARANTIES

En matière de travaux publics, les garanties exigées des soumissionnaires et titulaires des marchés, sont d'ordre financier et technique.

Les garanties financières peuvent être classées en plusieurs catégories :

- En premier lieu, celles qui sont déposées par les soumissionnaires aux adjudications et aux appels d'offres et qui sont appelées les "cautionnements provisoires" ;

- Puis, celles déposées par les titulaires des marchés ou "cautionnements définitifs" ;

- Sont également des garanties financières, celles qui sont exigées par l'Administration lorsqu'elle remet à son co-contractant des matériels, machines, outillages, approvisionnement à titre de dépôt, en vue de l'exécution des travaux.

S'il y a transfert de propriété, des garanties financières spéciales peuvent être également prévues au contrat.

Les garanties techniques sont celles relatives aux travaux exécutés : elles jouent, au cours de l'exécution du contrat, jusqu'à

.../...

la réception définitive, lorsque, par exemple, les matériaux employés ne sont pas conformes aux normes homologuées, lorsque les dimensions d'un ouvrage ne respectent pas celles prévues au cahier des prescriptions spéciales ou par les ordres de service de l'ingénieur, lorsque l'ouvrage, enfin, révèle une malfaçon.

Après réception définitive, la responsabilité technique du constructeur peut encore être mise en jeu.

Dans une section I, seront étudiées les innovations apportées par le décret n° 67-697 en matière de garantie en général, dans une section II, les garanties techniques en matière de travaux publics, et, dans une section III, quelques problèmes communs aux garanties d'ordre technique.

S E C T I O N I

INNOVATIONS APPORTEES PAR LE DECRET N° 67-697 EN MATIERE DE GARANTIES

FINANCIERES

Les principales innovations contenues dans le chapitre IV du décret n° 67-697 concernant les garanties, par rapport au décret de 1963, sont les suivantes :

1. Distinction entre les garanties financières et les garanties techniques ;

2. Le montant du cautionnement provisoire est inscrit dans

.../...

les dossiers d'appel à la concurrence, alors qu'auparavant il était fixé à un pourcentage du montant de la soumission - 1,5 % - sauf stipulations particulières. Cette innovation devrait permettre de conserver le secret du montant de la soumission jusqu'au dépouillement des dossiers.

3. Le cautionnement définitif est scindé en :

- un élément fixe (3 % du marché, plus ou moins les avants) comme l'ancien cautionnement définitif ;

- un élément proportionnel : 10 % des "acomptes" (au lieu de "décomptes", mot inscrit par erreur dans le texte publié au Journal Officiel), correspondant à l'ancienne retenue de garantie. Le cumul des deux éléments ne peut dépasser 10 % du montant du marché (13 % autrefois)(1).

4. Il n'y a plus dispense de cautionnement définitif pour les marchés de travaux, lorsque le cahier des prescriptions spéciales prévoit :

- que le titulaire est soumis au contrôle d'un organisme agréé qui approuve ses plans, calculs et devis ;

- qu'il travaille sous le contrôle d'un architecte solidai-
rement responsable au sens des articles 449 à 452 du Code des Obliga-

(1) Sur le prélèvement portant sur les sommes dues à l'entrepreneur par l'Administration au titre de la retenue de garantie voir : A C H et S.A.B.T.P. contre Etat du Sénégal, Tribunal de 1ère Instance, 9.11.1968, in Recueil de jurisprudence administrative sénégalaise.

tions civiles et commerciales ;

- ou qu'il est exigé qu'il souscrive une assurance afin de garantir sa responsabilité décennale.

Le cautionnement définitif, élément proportionnel, peut alors être limité à 5 % du montant des acomptes et cesse de croître lorsque la somme de l'élément fixe et des retenues opérées au titre de l'élément proportionnel est égale à 5 % du montant du marché.

Un certain nombre de dispositions relatives au cautionnement sont, en outre, sensiblement modifiées.

5. L'article 87 spécifie que le régime des garanties propre à un marché doit être précisé dans les dossiers d'appel à la concurrence.

6. Les articles 100 à 103, relatifs aux cautions solidaires sont plus explicites que l'ancien article 86 du décret de 1963, repris du décret du 8 Janvier 1958, qui prévoyait seulement la possibilité d'un décret fixant les conditions d'agrément, la nature des sûretés à fournir et la procédure de la mise en cause desdits organismes.

Désormais, le co-contractant de l'Administration peut fournir, à la place des cautionnements prévus par le décret n° 67-697, une caution solidaire agréée par le Ministre des Finances mais obligatoirement choisie parmi les établissements bancaires enregistrés aux termes de la loi n° 76-52 du 9 Avril 1976 et les organismes de caution mutuelle constitués en vue de se porter caution solidaire de leurs membres.

.../...

Les banques ou organismes mutuels agréés ne sont autorisés à cautionner les entrepreneurs que s'ils ont procédé à un dépôt au Trésor, dépôt dont le montant est fixé par l'arrêté d'agrément.

Ce montant ne peut dépasser 10 % du montant des engagements définitifs que l'établissement ou l'organisme est disposé à prendre.

Il peut être modifié annuellement par le Ministre des Finances ou par la caution concernée, d'après les résultats représentatifs des engagements définitifs, tels qu'ils apparaissent dans le dernier bilan des opérations en fin d'exercice de la banque ou de l'organisme mutuel.

L'autorisation de cautionner peut être retirée sans préavis par arrêté du Ministre des Finances.

Telles sont les innovations, en matière de garanties financières. Elles perfectionnent le régime ancien, en fixant des plafonds moins sévères aux cautionnements, en offrant aux co-contractants la possibilité de présenter des cautions solidaires, en favorisant la conservation du secret du montant des soumissions jusqu'au jour de l'ouverture des plis.

S E C T I O N I I

LES GARANTIES TECHNIQUES EN MATIÈRE DE TRAVAUX PUBLICS - LA GARANTIE

ANNALE ET LA GARANTIE DECENNALE

En matière de garanties techniques, le décret n° 67-697

.../...

n'apporte pas de modifications substantielles à la réglementation antérieure. Son article 104 ne concerne que la garantie technique des fournitures.

Quid de la garantie technique en matière de travaux publics ?

Le décret n° 58-15 du 8 janvier 1958 relatif au règlement des marchés et maintenant abrogé, spécifiait en son article 49 :

"Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les garanties autres que les cautionnements, cautions personnelles et solidaires ou transferts de propriété, tels que affectations hypothécaires, dépôts de matières dans les magasins de l'Etat, etc..., qui peuvent être demandées, à titre exceptionnel, aux titulaires de marchés pour assurer l'exécution de leurs engagements. Ils précisent les droits que l'Administration peut exercer sur ces garanties".

Mais il ne s'agit que des garanties pécuniaires ou financières.

Quels sont les textes applicables aux garanties techniques ?
Comment est organisée la garantie des travaux exécutés ?

De quelles actions dispose l'Administration pour mettre en jeu la responsabilité professionnelle et contractuelle du constructeur pendant l'exécution du marché et après la réception définitive ?

Selon l'article 61 du Code des Obligations de l'Administration ;

"Les obligations du co-contractant découlent des stipulations

.../...

contractuelles, des dispositions législatives ou réglementaires, des usages et des prescriptions de l'Administration dans le cas où le pouvoir de les édicter lui est reconnu".

Article 62 du Code des Obligations de l'Administration :

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

Article 63 du Code des Obligations de l'Administration :

"Le caractère correct de l'exécution et la diligence du co-contractant de l'Administration s'apprécie en fonction des règles techniques et des circonstances propres à chaque espèce..."

GARANTIES TECHNIQUES AU COURS DE L'EXECUTION DU MARCHE

Au cours de l'exécution du marché, l'entrepreneur doit se conformer, en particulier, aux dispositions des textes énumérés dans l'article 61 du Code des Obligations de l'Administration.

Les dispositions législatives ou réglementaires concernant la garantie technique du constructeur ne sont pas nombreuses.

L'article 4 du Code des Obligations de l'Administration stipule :

"Les contrats administratifs sont régis par le présent texte. Les règles posées par le Code des Obligations civiles et commerciales ne sont applicables aux contrats administratifs qu'en l'absence de dispositions spéciales".

.../...

Le Code des Obligations de l'Administration prévoit l'existence d'une responsabilité contractuelle dans ses articles 94 et suivants mais il n'organise pas plus que le décret n° 67-697 la garantie technique du constructeur.

GARANTIE DE DROIT ADMINISTRATIF

L'article 47 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946, enfin, dispose que, "à défaut de stipulation expresse dans le cahier des prescriptions spéciales, le délai de garantie est de 6 mois à dater de la réception provisoire pour les travaux d'entretien, les terrassements et les chaussées d'empierrement et d'un an pour les autres ouvrages"(1).

Pendant la durée de ce délai, l'entrepreneur demeure responsable de ses ouvrages et est tenu de les entretenir, "sans préjudice de l'action en garantie pouvant résulter du droit commun...".

Les cahiers des charges des prescriptions communes ou spéciales pourront évidemment contenir d'autres clauses relatives à cette garantie.

GARANTIE DE DROIT COMMUN

L'action en garantie de droit commun est organisée par le Code des Obligations civiles et commerciales.

En effet, la loi n° 66-70 portant Code des Obligations, 2ème partie, contrats spéciaux, contient un chapitre relatif au contrat d'entreprise.

(1) Le cahier des prescriptions communes applicables aux travaux routiers (décret n° 75-180) stipule des délais de 12 mois.

La section II de ce chapitre est consacrée à la responsabilité des architectes et entrepreneurs pour les fautes professionnelles et contractuelles commises dans la préparation et l'exécution des travaux immobiliers qui leur sont confiés par leurs clients.

VICE APPARENT

L'article 45I, 1er alinéa, contient une disposition susceptible de faire jouer la garantie du constructeur pendant le cours de l'exécution du contrat : "Quel que soit le travail effectué, l'action en responsabilité des architectes et entrepreneurs se prescrit pour les vices apparents, un an après la réception, même provisoire, ou l'entrée dans les lieux".

La jurisprudence relative à la responsabilité décennale des co-contractants de l'Administration dans les marchés de travaux publics, celle relative aux articles I642 et I72I, le Code Civil lui-même en ses articles I642 et I643 ont établi depuis longtemps une distinction entre vice apparent et vice caché.

Le vice apparent dans les travaux publics est celui dont le maître de l'ouvrage a pu avoir connaissance, ainsi que de ses conséquences, avant la réception des travaux.

Si les conséquences d'un vice apparent ne sont pas encore matériellement réalisées mais peuvent, dès réception, être prévues avec certitude, elles doivent alors être réputées connues.

L'alinéa 1 de l'article 45I du Code des Obligations civiles et commerciales, ne fait pas de distinction, s'agissant du point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité, entre réception provisoire et réception définitive. La réception peut être

.../...

"même provisoire", et, dans ce cas, le délai de prescription court du jour de cette opération.

En matière de travaux publics, la réception provisoire est une constatation contradictoire dont l'effet juridique essentiel est de faire courir le délai de garantie.

Comme cela vient d'être dit, ce délai peut être prévu par le cahier des prescriptions spéciales. Lorsqu'il ne l'est pas, l'article 47 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 en a fixé la durée.

ACTION EN GARANTIE ET

ACTION EN RESPONSABILITE POUR VICES APPARENTS

Une question se pose à ce sujet. Au cours de l'exécution du contrat, l'Administration disposant d'une action en garantie de droit administratif et d'une action en responsabilité du constructeur de droit commun, y a-t-il une hiérarchie quelconque entre ces deux actions ?

Il convient de préciser, au préalable, le contenu de ces deux notions : délai de garantie et délai de prescription de l'action en responsabilité.

Le délai de garantie est la période pendant laquelle "l'entrepreneur demeure responsable de ses ouvrages et est tenu de les entretenir"(1).

(1) Article 47, arrêté ministériel du 16 Octobre 1946.

Il s'agit d'une responsabilité contractuelle de droit administratif que l'Administration peut mettre en jeu, devant le juge du contrat, si l'entrepreneur ne se conforme pas aux prescriptions de l'article 47 précité, par l'action en garantie.

Mais cette action n'est pas exercée obligatoirement pendant la durée du délai fixé par l'article 47 ou par le cahier des prescriptions spéciales.

Il faut et il suffit simplement pour qu'elle puisse être exercée que les manquements aux prescriptions de l'article 47 aient été constatés pendant la durée du délai de garantie.

Au contraire, le délai de prescription de l'action en responsabilité du constructeur institué par l'article 45I, premier alinéa du Code des Obligations civiles et commerciales fixe une période pendant laquelle peut être exercée ladite action. Après un an, l'Administration ne peut plus introduire une instance devant le tribunal compétent, bien que les conséquences des vices apparents se soient manifestées pendant le délai imparti.

C'est compte tenu de cette distinction qu'il faut examiner les problèmes posés par la responsabilité annale de droit commun.

Le délai de garantie de droit administratif court à compter de la réception provisoire et expire le jour de la réception définitive, ou, en cas de retard dans cette réception, de toutes façons, après les six mois ou 1 an prévus par l'article 47, le cas échéant, par le cahier des prescriptions spéciales.

Si, à l'expiration de ces délais, aucune malfaçon résultant d'un vice apparent ne devait être constatée, l'action en garantie que

.../...

peut exercer l'Administration serait forclosé en vertu du principe de spécialité juridique contenu dans l'article 4 du Code des Obligations de l'Administration, si l'alinéa 3 de l'article 47 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 ne contenait une obligation de responsabilité et d'entretien à la charge de l'entrepreneur pendant la durée de garantie "sans préjudice de l'action en garantie pouvant résulter du droit commun".

Or, le droit commun est maintenant celui de l'article 451 du Code des Obligations civiles et commerciales dont le 1er alinéa ouvre une possibilité d'action en responsabilité susceptible d'être exercée pendant le cours de l'exécution du contrat.

Ce sera le cas, par exemple, lorsque le délai de garantie sera inférieur à un an.

Si les malfaçons sont constatées après la période fixée pour le délai, mais avant la réception définitive, lorsque celle-ci n'a pas lieu à l'expiration du délai de garantie, l'Administration disposera de l'action en responsabilité annale contre son co-contratant.

R E S E R V E S

Cette solution est originale. En France, une fois le délai de garantie expiré, l'Administration ne peut plus invoquer le vice apparent de la chose et les malfaçons qui en résultent si elle n'a pas formulé de réserves sur ce point.

Après expiration du délai de garantie, il n'y a plus d'action en garantie possible pour des malfaçons survenant postérieurement à cette date.

.../...

L'entrepreneur et l'architecte pourraient-ils se dégager de la responsabilité des malfaçons résultant de vices apparents en faisant valoir que l'Administration ne leur aurait pas signalé les défauts de l'ouvrage ?

Une jurisprudence constante affirme que la réception provisoire faite sans réserves ne couvre pas les malfaçons(1).

Si la conséquence de vices apparents se révèle durant le délai de garantie ou celui de l'article 451, 1er alinéa, la responsabilité professionnelle ou contractuelle est engagée sauf lorsque les malfaçons ou vices apparents sont imputables à une faute de l'Administration ou à la force majeure(2).

GARANTIE TECHNIQUE APRES RECEPTION DES TRAVAUX

Après réception définitive, conformément à l'alinéa 4 de l'article 47 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946, l'entrepreneur reste soumis aux obligations du droit commun concernant la garantie technique des travaux.

Le droit contenu dans l'article 451 du Code des Obligations civiles et commerciales définit deux types de responsabilité susceptibles de jouer après la réception définitive :

- la responsabilité annale pour vices apparents ;
 - la responsabilité décennale pour vices cachés.
-

(1) C.E. 8 Juillet 1925 - Guillet p. 61 - A. de Laubadère n° 1125.

(2) Article 89 du Code des Obligations de l'Administration.

Mais l'action en garantie du droit administratif peut toujours être invoquée après réception définitive lorsque des réserves ad hoc ont été formulées par l'Administration au moment de la réception définitive et pour des malfaçons survenues pendant l'exécution du contrat.

La responsabilité annale pour vices apparents peut jouer dans deux cas, si des malfaçons se font jour après réception définitive :

- Lorsque le délai de prescription de l'article 45I, 1er alinéa du Code des Obligations civiles et commerciales est plus long que le délai de garantie administratif et qu'il se prolonge au-delà de la réception définitive ;

- Lorsque ledit délai de prescription compte à partir de la réception définitive des travaux, s'il n'y a pas eu de réception provisoire.

L'entrée dans les lieux prévue à l'article 45I, 1er alinéa, ou la prise de possession de l'ouvrage pourraient être invoquées comme le point de départ du délai de prescription par l'entrepreneur poursuivi par une Administration qui aurait retardé indûment la réception des travaux.

La prolongation d'un délai de garantie de fait, pour vices apparents, au-delà de la réception définitive des travaux peut faire l'objet de critiques, fondées sur les arguments dont se sert une partie de la doctrine contre la responsabilité décennale du constructeur.

L'allongement excessif de ce délai de garantie pour des vices mineurs peut devenir, en effet, une source importante de litiges.

.../...

Dans le cas extrême, celui d'une seule réception de travaux, l'article 451, 1er alinéa instaure un délai de garantie de un an pour des malfaçons de vices apparents.

Or, les pouvoirs exorbitants de l'Administration dans le marché de travaux publics lui permettent d'exercer un contrôle étroit des activités du constructeur, et d'intervenir unilatéralement, à tout moment, pour faire réparer les malfaçons éventuelles résultant de vices apparents.

Peut-être eût-il été préférable de dégager la responsabilité du constructeur à l'expiration du délai administratif de garantie. Une réforme des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics pourrait intervenir en ce sens.

RESPONSABILITE DECENNALE

A côté de la responsabilité annale pour vice apparent, subsiste, après réception définitive des travaux, la responsabilité décennale pour vices cachés, autrefois organisée par les articles 1792 et 2270 du Code civil et connue sous le nom de "responsabilité décennale du constructeur".

On peut se demander, à ce propos si, depuis le 1er Janvier 1967, date d'application du Code des Obligations civiles et commerciales, les articles 1792 et 2270 du Code civil relatifs à la responsabilité décennale sont encore applicables au Sénégal.

La loi n° 63-62 relative à la partie générale des obligations contient un chapitre concernant la prescription. L'article 222 édicte en particulier, que, sauf dispositions contraires de la loi,

.../...

le délai de la prescription extinctive de droit commun est de 10 ans, ce qui substitue une prescription décennale à l'ancienne prescription trentenaire.

Par ailleurs, ni la loi n° 63-62, ni la loi n° 66-70 relative aux contrats spéciaux, bien que celle-ci contienne un chapitre sur la responsabilité des architectes, n'abrogent expressément le chapitre du Code civil relatif à la prescription.

Il est dit, cependant, dans les dispositions finales de la loi n° 66-70 :

"Les dispositions finales du Code civil et du Code de Commerce, les textes législatifs ou réglementaires, les coutumes générales ou locales, les statuts particuliers cessent d'avoir force de loi dans les matières qui font l'objet de la partie générale et de la partie du présent Code consacrée aux contrats spéciaux, notamment :

"... Le livre III du Code civil ; titre III des contrats et des obligations conventionnelles en général ; titre IV, des engagements qui se forment sans convention ; titre V, de la vente ; titre VII, de l'échange ; titre VIII, du contrat de louage à l'exception du chapitre IV, titre IX, du contrat de société ; titre X du prêt ; titre XI, du dépôt et du séquestre ; titre XII, des contrats aléatoires ; titre XIII, du mandat".

Parmi les textes abrogés, énumérés à cette occasion, ne figure pas le titre XX du livre III du Code civil.

Cependant, le contrat d'entreprise est un contrat de louage et certains articles du chapitre Ier du livre II de la loi n° 66-70 modifient les articles 1787 et 1799 du Code civil. De même, en matière

.../...

de prescription, la loi n° 63-62 refond partiellement les règles du code civil en la matière.

Il faut donc considérer que le nouveau code, et en particulier la loi n° 66-70, modifie, ne serait-ce que sensiblement, l'esprit des anciennes dispositions relatives à la responsabilité des constructeurs et qu'en conséquence, les articles 1792 et 2270 sont purement et simplement abrogés.

POINT DE DEPART DU DELAI DE L'ACTION

L'article 45I, deuxième alinéa, de la loi n° 66-70 énonce, que l'action en responsabilité des architectes et entrepreneurs subsiste pour les vices cachés, pendant dix ans à compter de la réception définitive pour l'ensemble de l'ouvrage.

Il n'y a pas ici, d'ambiguïté sur la nature de la réception.

Il s'agit de la réception définitive.

Celle-ci marque le point de départ du délai.

Que se passe-t-il lorsque l'Administration se refuse indûment à procéder à la réception définitive alors que les travaux sont en état d'être reçus ?

La rédaction de l'article 45I ne permet pas une interprétation extensive de la clause relative au point de départ du délai. Au Sénégal, en matière de travaux publics, le délai de prescription ne pourrait partir du jour de l'expiration du délai contractuel de garantie, solution qui a été consacrée en France par la jurisprudence.

.../...

Il est souhaitable qu'une disposition insérée dans les futurs cahiers des clauses et conditions générales pallie cet inconvénient.

LE VICE CACHE

L'action de l'article 451 peut être exercée par les maîtres d'oeuvre en général, donc par l'Administration, mais aussi par les tiers, victimes des conséquences des vices cachés.

Quels sens faut-il donner à l'expression "vices cachés" ?

L'article 1792 du Code civil contenait les termes "vices cachés de la construction" et "vices du sol". L'article 2270 ne traitait avant la modification de 1967, que de la garantie des "gros ouvrages".

Le Code Sénégalais des Obligations reprend une expression utilisée par le Code civil à l'occasion du contrat de vente (article 1641 : "défauts cachés").

Il n'est plus nécessaire pour faire jouer la responsabilité décennale que les travaux comportent des vices de la construction ou du sol et soient de gros ouvrages.

En matière de travaux publics, la jurisprudence administrative avait reconnu la nécessité que les défectuosités invoquées ne soient pas apparentes ou que leurs conséquences ne soient pas encore révélées lors de la réception de l'ouvrage pour que la responsabilité

.../...

décennale du constructeur soit engagée(1).

Dans le domaine des marchés de travaux publics, le vice caché sera donc une défectuosité de l'ouvrage, non apparente, non révélée par ses conséquences, avant la date de la réception définitive, mais de nature à compromettre la solidité dudit ouvrage ou à l'empêcher de remplir sa destination.

L'évolution de la jurisprudence française, relative à la nature de la faute du constructeur susceptible de faire jouer la garantie au-delà de la période décennale ne saurait avoir lieu au Sénégal, où la prescription de droit commun se confond avec la prescription spéciale(2) :

La garantie doit jouer au-delà de la période décennale en cas de fraude et même : "... en cas de fautes, qui par leur nature ou leur gravité, (seraient) assimilables à une fraude ou à un vol...".

S E C T I O N I I I

PROBLEMES COMMUNS RELATIFS AUX GARANTIES TECHNIQUES

NATURE DE LA RESPONSABILITE

La responsabilité des architectes et entrepreneurs a été

(1) C.E. 3 Mai 1940 - Société d'entreprises - Recueil p. 156 -
9 Novembre 1949 - Marquis - Recueil p. 467.

(2) C.E. 24 Mai 1974 - Société Paul Millet et Cie in R.D.P.S.P. 1975
p. 478 - note Waline.

analysée en France par la doctrine(1).

S'agit-il d'une "faute prouvée"(et, dans ce cas, le requérant doit établir, devant le juge, la faute du constructeur), d'une présomption de faute, auquel cas, "le défendeur est admis à apporter la preuve contraire", ou d'une présomption de responsabilité et, dans ce cas, "le défendeur ne saurait s'exonérer en établissant seulement qu'il n'a pas commis de faute" ?

Dans une affaire récente(2), les conclusions du rapporteur penchent en faveur d'une présomption de responsabilité. Le texte des articles 1792 et 2279 a été modifié en 1967.

Le système antérieur comportait, selon la doctrine précitée(1), une dualité de système :

- "faute prouvée" dans l'article 2270 ;
- "présomption de responsabilité", dans l'article 1792, à l'encontre de l'entrepreneur seulement.

Le nouveau texte de l'article 1792 étend la présomption de responsabilité à toutes les personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

Quant au nouvel article 2270, il ne diffère pas de l'ancien sur le point de la "faute prouvée".

(1) AJDA Mars 1973 p. 160 - Franck Moderne

(2) C.E. Ass. 2.2.1973 Aff. Trannoy. Conclusions Rougevin-Baville in AJDA Mars 1973 p. 160.

Au Sénégal, l'article 449 de la loi n° 66-70 met à la charge des architectes et entrepreneurs les fautes professionnelles et contractuelles commises dans la préparation et l'exécution des travaux immobiliers. L'architecte qui veille à l'exécution du plan est solidairement responsable des fautes de l'entrepreneur. Nous sommes donc en présence d'un système de présomption de responsabilité, ce qui supprime au défendeur l'exonération qui résulterait de la preuve faite par lui qu'il n'a pas commis de faute.

C'est ainsi que, sauf compétence particulière du maître d'oeuvre, l'architecte ne pourrait invoquer un ordre de celui-ci pour le mode de construction et l'emploi des matériaux(1).

EXONERATION DE RESPONSABILITE

Les architectes et entrepreneurs sont-ils susceptibles d'être exonérés de la responsabilité décennale pour vices cachés ainsi que de la responsabilité annale pour vices apparents ?

Deux causes peuvent être invoquées en ce sens : la force majeure, c'est le cas, par exemple, de certaines circonstances atmosphériques lorsqu'elles répondent aux critères ordinaires de la force majeure ; la faute de l'Administration, vice du sol, si l'Administration a imposé son choix, vice du plan, vice du projet dans les mêmes conditions(2), défaut d'entretien par l'Administration, etc...

(1) cf. infra : Section II du présent chapitre

(2) C.E. 31 Juillet 1950 - Commune d'Isches - Rec. Lebon, p. 816.

Il convient de ne pas perdre de vue que l'article 450 du Code des Obligations civiles et commerciales institue une présomption de faute à l'encontre de l'architecte et de l'entrepreneur, dans les travaux à forfait ou sur devis estimatif, lorsque l'édifice est détruit, partiellement ou en totalité, à la suite d'un vice du sol ou d'un vice de construction.

La charge de la preuve étant ainsi renversée, dans une instance engagée par l'Administration, le défendeur devrait établir la preuve selon laquelle les défauts constatés ne lui incombent pas, solution critiquable à maints égards en droit administratif, compte tenu des pouvoirs exorbitants de l'Administration.

CLAUSES D'IRRESPONSABILITE

La responsabilité décennale ou annale du constructeur est-elle d'ordre public, alors que l'article 104 du Code des Obligations de l'Administration prévoit que les parties peuvent inclure dans le contrat des clauses limitant la responsabilité résultant d'une faute commise ?

Notons, en premier lieu, que selon l'article 102 du Code des Obligations de l'Administration, les clauses générales d'irresponsabilité de l'Administration sont nulles, d'ordre public.

Cette solution est conforme au principe de droit privé selon lequel une clause d'irresponsabilité contractuelle absolue serait sans valeur parce qu'elle équivaldrait à une condition purement potestative.

L'article 66 du Code des Obligations civiles et commerciales

.../...

édicte, en effet, que : "l'obligation est nulle si elle est contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige".

L'article 102 du Code des Obligations de l'Administration ne concerne que les clauses générales d'irresponsabilité de l'Administration. Mais l'article 66 du Code des Obligations civiles et commerciales précité vise aussi les clauses de même nature exonérant le co-contractant.

Par contre, l'article 103 du Code des Obligations de l'Administration ouvre la possibilité d'inscrire dans un marché des clauses d'irresponsabilité qui seront valables, hors le cas de dol ou de faute lourde de celui qui prétend les invoquer.

Cette solution n'est pas celle du droit commun, l'article 452 du Code des Obligations civiles et commerciales, disposant, aussi bien pour les vices apparents que pour les vices cachés, que :

"Sont nulles les clauses par lesquelles les architectes ou entrepreneurs écarteraient ou limiteraient leur responsabilité, ou encore réduiraient le temps pendant lequel elle peut être mise en jeu".

Les principes de spécialité et de suprématie du droit administratif sur le droit commun contenus dans l'article 4 du Code des Obligations de l'Administration écartent l'interdiction stipulée dans l'article 452 du Code des Obligations civiles et commerciales, dans le cas des contrats administratifs.

S'agissant particulièrement de la responsabilité décennale, en France, la jurisprudence administrative a considéré que l'Adminis-

.../...

tration elle-même pouvait renoncer à invoquer cette garantie(1).

MODIFICATION CONTRACTUELLE DE LA DUREE DE LA

RESPONSABILITE DU CONSTRUCTEUR

Au Sénégal, en matière de marché public de travaux, la durée de cette responsabilité peut être modifiée par les parties au marché, cette possibilité résultant de son caractère spécial.

Traditionnellement, elle est considérée par l'Administration, non comme une prescription d'ordre public, mais comme un temps d'épreuve de la solidité de l'immeuble et de la bonne exécution des travaux(2).

Lorsque la durée de la responsabilité est fixée dans le marché, et en l'absence de cette clause, lorsqu'il s'agit de la durée décennale, le délai ainsi imparti n'est pas susceptible d'interruption ou de suspension. Il s'agit donc d'un délai "préfix".

RESPONSABILITE DELICTUELLE :

PRINCIPE DE L'ABSORPTION

La responsabilité décennale et la responsabilité annale sont-elles seulement des responsabilités contractuelles ?

(1) Arrêt du Conseil d'Etat du 14 Février 1958 - Actualité juridique 20 Février 1958 - Prieux n° 960.

(2) Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 16 Décembre 1953 - Actualité juridique - Edition Travaux - 20 Mai 1954 - Prieux n° 958.

Le problème du caractère contractuel ou délictuel de la responsabilité peut déjà se poser en cours d'exécution du contrat, lorsqu'une faute est commise par l'un des contractants à l'occasion de l'exécution du contrat.

En matière civile, la jurisprudence a dégagé l'idée d'absorption de la responsabilité délictuelle dans la responsabilité contractuelle. En matière administrative, la jurisprudence a également adopté cette solution(1).

Les conséquences de l'adoption de ce principe sont doubles :

- les règles de fond seront celles de la responsabilité contractuelle déterminée par les articles 94 et suivants du Code des Obligations de l'Administration ;

- le juge compétent sera le juge du contrat.

Le principe de l'absorption est-il applicable à la responsabilité du constructeur, après la réception définitive ?

La nature même des fautes qui engagent la responsabilité décennale, vices de construction, malfaçons, etc..., indique qu'elle découle du marché. Il n'est donc pas douteux que, dans l'éventualité d'un litige entre l'Administration et son co-contractant, les responsabilités annale et décennale du constructeur seront mises en jeu selon les règles de fond et de compétence propres à la responsabilité contractuelle.

(1) Conseil d'Etat 22 Décembre 1922 Lassus - conclusion Corneille
R.D.P. 1923 P. 428 - A. de Laubadère n° 497.

Mais l'article 449 du Code des Obligations civiles et commerciales, relatif à la responsabilité professionnelle et contractuelle, vise plus loin que les parties au contrat. L'architecte et l'entrepreneur sont responsables du périssement de tout ou partie de l'édifice, non seulement à l'égard du maître d'oeuvre, mais aussi à l'égard des tiers.

Dans ce cas, la responsabilité étant de nature quasi-délictuelle, la prescription décennale ne pourrait être opposée par le constructeur(1).

Cependant, au Sénégal, il convient de noter qu'à cette prescription décennale de l'article 45I, 2ème alinéa, se substituerait la prescription décennale de droit commun de l'article 222 de la loi n° 63-62.

Les dispositions nouvelles contenues dans la section II, chapitre I, livre II du Code des Obligations civiles et commerciales, bouleversent quelque peu le régime de la responsabilité du constructeur, co-contractant de l'Administration, dans un sens qui ne lui est guère favorable.

Selon les règles posées par l'arrêté ministériel de 1946, fixant les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics, le droit commun se bornait à organiser la responsabilité décennale du constructeur pour les vices importants de l'ouvrage.

Depuis le 1er janvier 1967, sans que l'arrêté ministériel

(1) Arrêt C.C. 28 Juin 1938 D.H. 1938 - 562 Prieux n° 958.

ait été modifié, la responsabilité annale pour vices apparents est instituée et la responsabilité décennale voit son champ d'application s'étendre, puisqu'il n'est plus question de gros ouvrages ni de périssement d'édifice, mais seulement de vices cachés.

Il n'est pas toujours facile d'attribuer la responsabilité d'une faute matérielle au constructeur ou à l'utilisateur d'un ouvrage. Si le vice est apparent, la question commence à se poser, car les conséquences des vices apparents peuvent déjà se confondre avec les incidents dûs à un mauvais entretien, à un usage abusif ou non conforme à la destination de l'ouvrage.

Si le vice est caché, que ses conséquences soient mineures ou importantes, la mise en jeu de l'article 451 du Code des Obligations civiles et commerciales, deuxième alinéa, entraînera, à coup sûr, des litiges pour la solution desquels des experts devront intervenir.

Certaines clauses contenues dans l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946, font double emploi avec celles du décret n° 67-697.

Il est donc à prévoir que les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics seront, un jour, remaniées.

Peut-être serait-il souhaitable qu'à cette occasion, une solution de droit administratif pur soit donnée au problème des garanties techniques.

T I T R E I V

LA PREFERENCE SENEGALAISE

Le présent titre est consacré à l'étude des mesures ayant pour but de favoriser le développement national, d'une part, en encourageant et en protégeant la production locale, d'autre part, en assurant le plein emploi de la main-d'oeuvre sénégalaise et en réservant une certaine priorité aux entités économiques proprement sénégalaises pour lesquelles la confrontation, dans les marchés, avec des entreprises internationales, risquerait d'être défavorable.

.../...

C H A P I T R E I

LA PREFERENCE PERSONNELLE

En matière de travaux publics, le décret n° 63-031 du 22 Janvier 1963 stipulait, en son article 2, qu'une préférence pouvait être accordée à qualité équivalente et à délai de livraison comparable et dans la mesure où leurs offres n'étaient pas supérieures de plus de 10 % à celles du moins-disant, aux petites ou moyennes entreprises industrielles ou de travaux ainsi qu'aux groupements d'artisans sénégalais.

Le décret n° 67-697 ne fait pas mention de la nationalité sénégalaise ni de la grandeur relative des entreprises, mais de nombreuses circulaires, dont certaines signées du Chef de l'Etat, organisent la préférence.

LES ARTISANS

L'article 114 du décret accorde une préférence aux groupements d'artisans ou artisans inscrits au Régistre des Métiers, en ce qui concerne les marchés de travaux passés sur appels d'offres ou par entente directe.

Or, l'inscription au Registre des Métiers n'implique pas la possession de la nationalité sénégalaise. Selon l'article 1 du décret n° 67-227 du 3 Mars 1967, sur ce registre, sont immatriculés les artisans sénégalais ou étrangers ayant leur établissement dans le ressort du Tribunal de 1ère instance.

.../...

ENTREPRISES INSTALLEES AU SENEGAL

Les dispositions de l'article II6 répondent à l'une des principales revendications formulées par le secteur privé installé au Sénégal :

"La participation aux appels à la concurrence et aux prestations et fournitures par entente directe, dont le financement est prévu par le budget général ou les budgets des établissements publics et des collectivités locales, est réservée aux seules entreprises installées au Sénégal régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au Registre du Commerce ou au Registre des Métiers".

Toutefois, il pourra être dérogé à la disposition ci-dessus lorsqu'il s'agira de fournitures ou de travaux ne pouvant être directement ou indirectement réalisés par des entreprises locales".

La préférence accordée aux entreprises patentées est justifiée, non seulement, par le paiement des droits fixes et proportionnels prévus au tableau A du Code des Patentes, mais aussi et surtout, par les sacrifices en capital consentis au moment de l'installation et la faible rentabilité moyenne des investissements pendant la période économique de l'accumulation primitive du capital.

Mais le soumissionnaire étranger, c'est-à-dire non installé au Sénégal, n'est pas dispensé de payer la patente prévue pour les professions du tableau B, d'après le nombre d'ouvriers, le montant des marchés, le matériel ou la force de production.

ENTREPRISES SENEGALAISES

Afin de renforcer la préférence des entreprises, cette fois,

.../...

purement sénégalaises, partenaires sénégalais, capitaux sénégalais ou à dominante sénégalaise, le Gouvernement a pris une série de mesures dont l'efficacité serait grande, si ces entreprises pouvaient lutter sur le plan technique et sur le plan financier avec leurs concurrentes.

Quoi qu'il en soit, ces mesures ont favorisé l'essor des plus sérieuses et la vitalité de certaines d'entre elles justifie suffisamment les directives du Gouvernement.

La circulaire n° 2/PR/SG/CCA du 7 Janvier 1969, signée du Chef de l'Etat et adressée aux Ministres, Chefs d'Etablissements publics et Directeurs de sociétés contrôlées par l'Etat et aux Maires des Communes, prévoit qu'en ce qui concerne les marchés de moins de 5 millions passés par entente directe, les demandes de renseignements et de prix des décisionnaires intéressés doivent être faites "uniquement près des nationaux".

S'agissant des autres marchés, la procédure suivante doit être suivie :

Marchés par entente directe (exceptions prévues par l'article 37 du décret du 16 Juin 1967). Ils seront passés, "dans toute la mesure du possible" avec des entrepreneurs "de nationalité sénégalaise", sans perdre de vue les impératifs financiers qui doivent permettre la bonne construction de l'ouvrage. La Commission des Contrats est chargée de l'appréciation du choix effectué.

Appels d'offres. Les commissions compétentes prévues par le décret n° 67-697 doivent être présidées par un directeur des services intéressés et non par un agent du cabinet ministériel ou de la direction de l'administration ou de l'établissement public contractant.

.../...

Quel que soit l'entrepreneur choisi par la commission de dépouillement, l'adjudicataire ou le soumissionnaire sera désigné librement par le service intéressé, en s'appuyant sur la faculté laissées par le § 3 de l'article 37 - 3e du décret n° 67-697. A ce sujet, il convient de citer textuellement la circulaire n° 2 du 7 janvier 1969 : "Lorsqu'il est dit, dans la réglementation actuelle, que l'Administration choisit librement le soumissionnaire, c'est au vu des conclusions de la commission de dépouillement, mais également après appréciation par l'autorité hiérarchique, à savoir le Ministre, le Chef d'Etablissement public ou le Directeur de la Société d'Etat.

"Il convient, à ce sujet, de relire attentivement, le paragraphe 3 de l'article 36 - 3e du décret du 16 Juin sur la désignation de l'adjudicataire, où il est précisé qu'"au cas où cette autorité (à savoir vous-même) n'estime pas devoir suivre les propositions de la commission de dépouillement, elle saisit du choix qu'elle propose la Commission des Contrats Administratifs. Dans ce cas, la désignation de l'attributaire du marché est effectuée dans les (mêmes) conditions que sont approuvés les marchés"(1).

"C'est pourquoi, il vous est donc loisible de proposer à la Commission des Contrats de l'Administration, le choix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur qui, n'étant pas le moins-disant, vous paraît, pour des raisons de politique sociale et économique que la commission de dépouillement ne peut apprécier, devoir exécuter le marché aux lieu et place du moins-disant.

"Dans un appel d'offres, en effet, le prix n'est pas le

(1) Nous avons redressé le texte de la circulaire n° 2/PR/SG/CCA que le copiste avait déformé.

seul critère sur lequel doivent se baser à la fois les commissions et l'autorité hiérarchique. D'autres éléments doivent entrer en jeu. Certains sont détaillés dans l'article 36 du décret du 16 Juin 1967, mais je vous demande de tenir compte également, là où il est possible de le faire, de la nationalité du soumissionnaire. Cette mesure de politique sociale et économique devra être prise par vous-même et non par des membres de votre cabinet ou de votre entourage. Elle devra faire l'objet d'une même réflexion sur son intérêt économique et social afin que la Commission des contrats de l'Administration puisse donner un avis favorable à votre choix, qui ne sera pas toujours celui de la Commission de dépouillement. J'ajoute que, si la Commission des contrats de l'Administration estime ne pas devoir donner suite à votre proposition et, au contraire, accepte celle de la Commission de dépouillement, le Président de la Commission des contrats devra m'en rendre compte pour décision définitive.

"Je précise, cependant, que la détermination de la nationalité du contractant - qui sera donc, désormais, un des critères de votre choix - soulèvera de nombreuses difficultés. Si ce critère est facile à déterminer pour les artisans, les petits entrepreneurs, les petits fournisseurs, il est très difficile de le savoir dans le cas d'une entreprise constituée sous forme de société anonyme.

"C'est ainsi que, juridiquement, toute société ayant son siège social au Sénégal est une société de nationalité sénégalaise, même si elle est possédée et dirigée par des étrangers. Seule la détermination du capital pourrait indiquer la nationalité réelle de cette société, mais cette détermination s'avèrera, dans beaucoup de cas, très difficile.

"Quoiqu'il en soit, pour les personnes physiques et même pour certaines sociétés de personnes, le critère de la nationalité est fa-

.../...

cilement applicable et cette discrimination - les avis des juristes sont pourtant différents sur ce point - ne semble pas se heurter aux conventions d'établissement, qui réservent la faculté de déroger à l'assimilation des étrangers privilégiés aux nationaux lorsque ces dérogations sont imposées par la situation économique et sociale".

Ces mesures sont renforcées par la pratique du fractionnement des lots qui permet l'accession des petits entrepreneurs sénégalais aux marchés sur appels d'offres. Une circulaire n° 50/PM/SGG du 17 Avril 1972 signée du Premier Ministre, avait interdit la division des commandes en tranches d'un montant inférieur à un million, cette pratique ayant pour but de payer les dépenses sur simples factures, et permettant aux administrateurs de crédit de s'émanciper de l'obligation qui leur était faite par le règlement, de passer des marchés pour toute dépense supérieur à un million de francs.

Une lettre n° 2864 du 9 Juin 1972 signée du Premier Ministre et adressée au Président de la Chambre de Commerce, tout en rappelant que la pratique de la division de la commande, lorsqu'elle vise à faire établir plusieurs factures d'un montant inférieur à un million de francs par le même partenaire de l'Administration, afin de se libérer de l'obligation de passer un marché, est formellement proscrite, stipule que le fractionnement des lots est cependant autorisé par l'article 13 du décret n° 67-697, lorsqu'il ne présente pas d'inconvénients financiers ou techniques.

0

Enfin, sur le chapitre très particulier de la préférence concernant l'entreprise sénégalaise, on ne peut passer sous silence, les instruments créés par le législateur pour l'encourager : une

.../...

société d'assistance : la SONEPI ; une société de crédit : la SONAGA, un Code spécial des investissements(1), l'obligation faite aux fabricants de produits locaux de grande consommation de réserver un quota important de leur production à des revendeurs sénégalais, et surtout, un ensemble législatif instituant, d'une part, l'autorisation préalable à l'exercice des professions(2), d'autre part, la carte d'importateur-exportateur(3).

Le décret n° 7I-II03 confère, au Ministre de tutelle des entreprises concernées, le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation d'exercer les professions industrielles et parmi les professions artisanales et commerciales, celles qui sont visées à l'annexe II du décret.

Une commission composée uniquement de fonctionnaires, donne son avis sur l'autorisation, mais le Ministre peut ou non suivre cet avis, et, en tout cas, n'a pas à motiver son refus éventuel.

S'agissant plus spécialement des marchés, une institution récente renforce la "préférence sénégalaise" en matière de règlement : la Caisse Nationale des Marchés Administratifs, loi n° 75-65 du 30 Juin 1975, arrêté n° 12.395 MFAE-DGF du 5 Novembre 1975.

En fait, il s'agit d'un compte d'affectation spéciale, ouvert dans le budget de l'Etat et destiné à enregistrer en recettes :

- les règlements effectués sur les crédits du budget général

(1) Loi n° 72-46 du 12 Juin 1972

(2) Loi n° 7I-47 du 28 Juillet 1971 - Décret n° 7I-II03 du 11 Octobre 1971

(3) Décret n° 69-III du 11 Octobre 1969.

au profit des titulaires de marchés ayant bénéficié d'avances de la Caisse Nationale des Marchés Administratifs et les produits des intérêts versés par les bénéficiaires des avances,

en dépenses :

- les avances versées aux titulaires de marchés administratifs et les paiements effectués pour solde de ces marchés.

L'intervention de la Caisse est limitée aux travaux, fournitures et services dont la durée d'exécution est inférieure ou égale à 6 mois et dont le montant est inférieur ou égale à quinze millions de francs.

Pour pouvoir prétendre à ces opérations, il faut remplir les conditions suivantes :

- être titulaire d'un marché régulièrement approuvé ;
- avoir justifié du versement du cautionnement définitif ;
- être commerçant, artisan de production ou de service et être régulièrement inscrit au registre du Commerce ou des Métiers pour les personnes physiques ;
- être une entreprise sénégalaise gérée par des sénégalais et dont le capital appartient à 51 % au moins à des Sénégalais.

MARCHES FINANCES PAR DES ORGANISMES INTERNATIONAUX

En ce qui concerne les marchés de travaux financés par des organismes internationaux, le Fond Européen de Développement, par exemple, cette préférence ne joue pas. D'ailleurs, selon son article

.../...

I20, le décret n° 67-697 n'est pas applicable aux marchés passés à l'étranger.

L'article 38 du règlement n° 7 de la Communauté Economique Européenne, déterminant les modalités de fonctionnement du F.E.D. stipule que les règles relatives aux adjudications et marchés sont fixées dans un règlement particulier.

La Convention de Lomé modifie quelque peu les conditions de passation et l'exécution des marchés et, dans ce domaine, les modalités de la "préférence".

Son chapitre 8 est consacré précisément à la concurrence et aux conditions de la préférence aux entreprises nationales.

L'article 20 dispose que : "En vue de favoriser la participation des entreprises nationales à l'exécution des marchés financés par la Communauté sur les ressources du Fonds gérées par la Commission :

a) une procédure accélérée de lancement des appels à la concurrence, comportant des délais réduits pour le dépôt des soumissions est organisé, lorsqu'il s'agit d'exécuter des travaux qui, en raison de leur taille, intéressent principalement les entreprises des Etats ACP.

Cette procédure accélérée est organisée par des appels d'offres dont l'estimation est inférieure à 2 millions d'unités de compte.

Elle ne peut être engagée que pour les marchés de travaux et comporte pour le dépôt des soumissions, des délais fixés conformément à la réglementation en vigueur dans l'Etat ACP intéressé.

.../...

L'organisation d'une procédure accélérée pour les appels d'offres inférieurs à 2 millions d'unités de compte n'exclut pas la possibilité, pour la Commission, de proposer à l'accord des autorités compétentes de l'Etat ACP un appel d'offres internationaux lorsqu'il s'agit d'exécuter des travaux dont la spécialisation est susceptible d'intéresser la concurrence internationale.

b) pour l'exécution des travaux inférieurs à 2 millions d'unités de compte, une préférence de 10 % est prise en compte dans la comparaison des offres de qualités économiques et techniques équivalentes en faveur des entreprises des Etats ACP.

Cette préférence est réservée aux seules entreprises nationales des Etats ACP, déterminées selon la législation nationale de ces Etats, à condition que leur résidence fiscale et leur principale activité soient établis dans un Etat ACP et qu'une part significative du capital et des cadres soit fournie par un ou plusieurs Etats ACP ;

c) pour la livraison des fournitures, une préférence de 15 % est prise en compte dans la comparaison des offres de qualités techniques et économiques équivalentes, en faveur des entreprises de production industrielle ou artisanale des Etats ACP.

Cette préférence est réservée aux seules entreprises nationales des Etats ACP qui apportent une marge suffisante de valeur ajoutée.

La Commission et les autorités compétentes des Etats ACP s'assurent pour chaque opération, que les articles 18, 19 et 20 sont respectés et que l'offre choisie est économiquement la plus avantageuse, compte tenu, notamment, des qualifications et des garanties présentées par les soumissionnaires, de la nature et des conditions

.../...

d'exécution des travaux ou des fournitures, du prix des prestations, de leur coût d'utilisation et de leur valeur technique, lorsque par l'application des critères indiqués ci-dessus, deux offres auront été reconnues équivalentes, la préférence sera donnée à celle qui permet l'utilisation maximale des ressources physiques et humaines des Etats ACP.

La Commission et les autorités compétentes des Etats ACP prennent soin que tous les critères de choix soient mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence.

Le résultat des appels à la concurrence est publié dans les meilleurs délais au Journal Officiel des Communautés Européennes...".

Certes, quelques notions contenues dans ce texte demandent à être précisées, notamment, en ce qui concerne la définition de l'entreprise nationale.

Au Sénégal, la loi n° 72-46 du 12 Juin 1972, portant encouragement à la création ou à l'extension de la petite et moyenne entreprise sénégalaise (J.O. n° 4231) dispose en son article 2 que : "sont considérées, au sens de la présente loi, comme personnes physiques ayant la nationalité sénégalaise, les ressortissants sénégalais ayant exclusivement la nationalité sénégalaise.

"Sont considérées, au sens de la présente loi, comme personnes morales de nationalité sénégalaise, les sociétés dont la majorité du capital est détenue par les nationaux sénégalais, tels que définis à l'alinéa précédent".

"Sont en outre assimilées à des personnes morales de

.../...

nationalité sénégalaise, les sociétés de gestion des domaines industriels créées dans les régions pour faciliter le développement industriel, à la condition que l'Etat participe au capital".

C H A P I T R E I I

LA PREFERENCE MATERIELLE

S'agissant des matériaux de construction, entre autres fournitures, l'article II3 du décret n° 67-697 prescrit pour les marchés passés sur appel d'offres ou par entente directe qu'une préférence pourra être accordée aux fournisseurs de produits d'origine ou de fabrication sénégalaise, à qualité équivalente et à délai de livraison comparable et dans la mesure où leurs offres ne sont pas supérieures de 10 % à celles du moins-disant.

Ce texte s'insère dans une série de dispositions destinées à protéger et à encourager la production sénégalaise.

Les unes sont d'ordre économique : elles encouragent les investissements industriels (Code des Investissements, régime fiscal stabilisé, etc...).

Les autres sont d'ordre douanier : elles instituent un tarif protecteur ou des régimes spéciaux d'importation (interdiction pure et simple d'importation, autorisation, déclaration préalable).

C'est ainsi que l'importation de poteries de bâtiment de la position douanière ex-69-04 est interdite par le décret n° 62-0200 du 23 Mai 1962.

Celle de dalles de céramique et carreaux de pavement des positions 69-07-00 et 69-08-00 est soumise à déclaration préalable par

.../...

le décret n° 67-0483 du 2 Mai 1967.

Le mot "déclaration" ne reflète pas exactement la réalité. Il s'agit d'un véritable régime d'autorisation préalable puisque les factures pro-forma sont soumises au visa du Ministre du Commerce, avant toute importation, et que la Direction du Commerce Extérieur a fait connaître, sans ambiguïté, aux importateurs intéressés, son intention d'accepter ou de refuser le visa selon que les articles importés sont susceptibles ou non de concurrencer l'industrie sénégalaise.

Un certain nombre de directives ont été données par les Pouvoirs Publics pour assurer l'écoulement de la production sénégalaise :

Un arrêté n° 3780 MCIA/DI du 15 Mars 1966 impose la réalisation dans les marchés de constructions de bâtiment financés sur fonds publics ou para-publics, d'un pourcentage minimum de travaux en matériaux de terre cuite.

Une circulaire n° II7 du 23 Novembre 1966 du Président de la République destinée aux ministères, prescrit l'utilisation de matériaux de construction fabriqués au Sénégal, dans les travaux d'équipement financés par le budget de l'Etat, à moins que l'emploi de matériaux importés ne permette de réaliser des économies substantielles.

Une circulaire, plus récente, n° I36/PR du 20 Juillet 1967 du Président de la République, impose l'étude des projets de construction publique, en variante amiante-ciment, de façon à encourager la production d'une usine locale : la SEN.AC.

La Commission Nationale des Marchés reçoit comme instruction

.../...

de n'accepter l'examen des offres de variante de matériaux d'importation que si une justification technique s'impose, et si, corrélativement, une diminution très sensible du coût global doit en être attendue.

Le problème de la supériorité des traités internationaux sur la loi interne se pose, quant aux mesures relatives à l'importation de marchandises susceptibles de concurrencer les fabrications sénégalaises.

La Convention de Yaoundé est arrivée à expiration le 31 Janvier 1975. Les dispositions de la Convention de Lomé entre la Communauté Economique Européenne et les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (A.C.P.) signataires sont beaucoup plus favorables aux pays en voie de développement.

Elles sont, en effet, fondées sur le principe de non réciprocité des obligations commerciales, principe justifié par les différences de niveau de développement entre partenaires.

La Convention dispose que les Etats A.C.P. ne sont pas tenus de souscrire, en ce qui concerne les importations de produits originaires de la Communauté, à des obligations correspondant à celles souscrites par la Communauté.

Cependant, les Etats ACP ne doivent pas faire de discrimination entre les Etats membres et doivent leur accorder "un traitement non moins favorable que le régime de la nation la plus favorisée" (article 7 - Convention de Lomé).

.../...

C H A P I T R E I I I

LES TRAVAUX PUBLICS ET LA MAIN D'OEUVRE SENEGALAISE

Le problème de la main d'oeuvre sénégalaise employée à l'exécution de travaux publics n'est pas directement rattachée à celui des marchés publics.

Il se pose également à l'occasion de travaux et autres prestations effectuées en dehors des marchés administratifs.

Mais, il présente, dans ce cadre, au Sénégal, une originalité qui légitime un examen attentif des textes qui lui sont relatifs.

Il s'agit, là encore, d'une "préférence", relative à la personne, mais d'une toute autre nature que celle examinée dans la section I du présent chapitre.

Les salariés du bâtiment, autres que ceux travaillant dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique, sont soumis, en matière de droit du travail à la loi n° 6I-34 du 15 Juin 1961 portant Code du Travail, et à ses textes d'application.

La Convention Collective du Bâtiment et des Travaux du 6 Juillet 1956 étendue à la profession par arrêté n° 10893 du 18 Décembre 1956 leur est également applicable.

La préférence sénégalaise est organisée, dans ce domaine,

.../...

par des textes antérieurs et postérieurs à l'indépendance.

Les mesures relatives aux travaux publics contenues dans l'arrêté de 1946 relatif aux clauses et conditions générales ne visaient pas, à l'origine, la nationalité des travailleurs. Par le jeu des dispositions de la loi n° 65-55 et de ses textes d'application, il en va désormais tout autrement.

EMBAUCHAGE - CHOIX DES AGENTS DE MAITRISE

L'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 dispose que l'entrepreneur fait connaître, dans le délai prescrit par la réglementation en vigueur, à l'activité locale chargée de l'administration de la main-d'oeuvre, pour le lieu où s'exécuteront les travaux, ses besoins en main-d'oeuvre, par profession, avec toutes les indications utiles concernant les conditions de salaire et de travail.

Il ne peut prendre pour commis et chefs de chantiers ou d'ateliers que des hommes capables de l'aider et de le remplacer, au besoin, dans la conduite ou le métrage des travaux.

Il est responsable de fraudes ou malfaçons qui seraient commises par eux dans la fourniture et dans l'emploi des matériaux.

POUVOIR UNILATERAL DE L'INGENIEUR

Enfin, manifestation du pouvoir unilatéral de l'Administration : l'ingénieur a le droit d'exiger le changement ou le renvoi des agents ou ouvriers de l'entrepreneur pour insubordination, incapacité ou défaut de probité. La clause concernant le renvoi a été supprimée, en France, dans le dernier cahier des clauses administratives générales.

.../...

Elle devrait être supprimée au Sénégal car elle est contraire au principe de la liberté de passation des contrats, posé par l'article 31 du Code du Travail.

La demande de changement, motivée par l'intérêt général dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public, peut se concevoir. Le renvoi pur et simple déborde la mission de l'Administration dont le pouvoir unilatéral ne doit s'exercer que sur les travaux faisant l'objet du marché considéré.

Un recours hiérarchique d'abord, puis contentieux pourrait être exercé contre une décision administrative de changement.

Le recours pour excès de pouvoir pourrait être exercé, le cas échéant, devant la Cour Suprême, contre une décision de renvoi.

OUVRIERS ETRANGERS

Le nombre des ouvriers étrangers ne peut dépasser la proportion fixée par le Cahier des prescriptions spéciales, au sens de l'article 14 de l'arrêté ministériel du 16 Octobre 1946.

Il convient de préciser que, dans l'esprit de cette disposition, ainsi que dans celui de l'arrêté n° 2145 ITT/SM du 29 Mars 1956, l'expression "travailleur étranger" signifie; travailleur originaire d'un Etat n'ayant pas souscrit avec le Sénégal, une convention stipulant l'égalité d'accès aux activités professionnelles salariées.

L'arrêté n° 2145 fixe le proportion maxima des étrangers, pouvant être employés dans une entreprise titulaire de concession, affermage ou marché public, par rapport à l'effectif total.

.../...

S'agissant des marchés de travaux publics, les proportions sont les suivantes :

CATEGORIE :	1	/	2	/	3	/	4	/	5	/	6	//
POURCENTAGE :	2 %	/	2 %	/	2 %	/	1 %	/	1 %	/	1 %	//

Catégorie 1 : personnel de direction

Catégorie 2 : personnel technique

Catégorie 3 : personnel de bureau

Catégorie 4 : personnel de surveillance

Catégorie 5 : personnel d'exécution spécialisé

Catégorie 6 : personnel d'exécution non spécialisé.

Les spécialistes, venus au Sénégal pour un an au plus, en vue d'exécuter un ouvrage particulier déterminé, n'entrent pas en ligne de compte.

Depuis la sénégalisation de ce texte, les Français et les Africains ressortissants d'un territoire de l'O.C.A.M., sont-ils considérés comme étrangers ?

La France a passé, avec la Fédération du Mali, une convention d'établissement en date du 4 Avril 1960 qui a été maintenue en vigueur par le Sénégal après l'éclatement de la Fédération.

L'article 2 de cette convention stipulait : "En ce qui concerne l'ouverture d'un fonds de commerce, la création d'une exploitation, d'un établissement à caractère industriel, commercial, agricole ou artisanal, l'exercice des activités correspondantes, et l'exercice

.../...

des activités professionnelles salariées, les nationaux de l'une des parties contractantes sont assimilées aux nationaux de l'autre partie contractante, sauf dérogations imposées par la situation économique et sociale de ladite partie".

"Ces dérogations ne doivent pas avoir pour effet de porter atteinte à l'essentiel des droits reconnus par le présent article au bénéfice des nationaux de chacune des parties contractantes sur le territoire de l'autre". Mais, depuis 1974, de nouveaux accords franco-sénégalais, font du Français, un étranger, toutefois encore privilégié, puisqu'une nouvelle Convention d'établissement lie le Sénégal et la France(1).

La nouvelle convention d'établissement fait disparaître le principe d'assimilation entre les ressortissants sénégalais et français, sauf au plan des régimes de Sécurité Sociale. Au-delà d'un séjour de trois mois, les expatriés doivent détenir une autorisation pour s'établir au Sénégal.

Le libre accès aux activités professionnelles est maintenu pour les ressortissants de l'un des Etats établis sur le territoire de l'autre, sauf dérogations imposées par la situation économique ou sociale du pays hôte.

Il existe également une convention d'établissement dans le cadre de l'U.A.M., convention signée le 12 Septembre 1961.

Selon son article 6 :

"Les ressortissants de l'une des hautes parties contractan-

(1) Convention du 29 Mars 1974 - J.O. n° 4545 du 31 Janvier 1977
Décret n° 76-II32 du 4 Décembre 1976.

tes établis sur le territoire d'une autre partie peuvent continuer à exercer librement leurs professions dans les mêmes conditions que les nationaux".

"En ce qui concerne l'ouverture d'un fonds de commerce, la création d'une exploitation ou d'un établissement à caractère industriel, commercial, agricole ou artisanal, l'exercice des activités professionnelles salariées et l'exercice des professions libérales, les ressortissants d'un Etat signataire sont assimilés aux nationaux, sauf dérogations imposées par la situation économique et sociale du pays intéressé...".

Mais l'U.A.M. est devenue l'O.C.A.M. après quelques avatars. Une nouvelle charte est rédigée et signée à Tananarive le 27 Juin 1966.

La loi n° 67-06 du 24 Février 1967 autorise le Président de la République du Sénégal à ratifier cette charte. Le décret n° 68-135 du 4 Mars 1968 ordonne la publication au Journal Officiel de la charte.

AUTORISATION ADMINISTRATIVE PREALABLE ET "PREFERENCE"

Depuis une date récente, les Services nationaux du travail et de la main-d'oeuvre se sont attachés à favoriser l'embauchage des nationaux sénégalais, par le moyen de l'autorisation administrative préalable instituée par la loi n° 65-55 du 19 Juillet 1965, abrogeant et remplaçant l'article 199 du Code du Travail.

Selon ce texte : "Tout chef d'établissement est tenu de notifier à l'organe local du Service de la Main-d'Oeuvre, toute place

vacante dans son établissement et l'offre d'emploi correspondante".

"Tout travailleur recherchant un emploi est tenu de requérir son inscription en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'organe local du Service de la Main-d'Oeuvre.

"En vue d'assurer la résorption du chômage et le plein emploi de la main-d'oeuvre nationale, tout engagement d'un travailleur est subordonné à autorisation administrative préalable".

Certains juristes ont fait observer qu'interprété strictement, ce texte était susceptible de faire obstacle à l'embauchage direct et à la liberté de passation des contrats dont le principe est contenu dans l'article 31 du Code du Travail.

Il est de fait qu'une circulaire n° 241/SMO du 31 Mai 1967 adressée aux syndicats professionnels, avertit les employeurs que :

"... A partir de maintenant, les offres d'emploi devront parvenir à nos bureaux démunies de propositions d'engagement afin de nous permettre d'effectuer nos placements conformément aux options définies par le Gouvernement sénégalais dans le domaine de l'emploi".

Mais, le nouvel article 199 du Code du Travail comporte en son paragraphe 4, deux clauses garantissant la liberté du choix :

"Nul employeur n'est tenu d'agréer le travailleur qui lui est présenté par le Service de la Main-d'Oeuvre. Nul travailleur n'est tenu d'accepter l'emploi qui lui est proposé par le même service. Toutefois, le refus doit faire l'objet auprès du Service de la Main-d'Oeuvre d'une déclaration dûment motivée".

.../...

Le décret n° 67-1359 du 9 Décembre 1967 abrogeant et remplaçant les articles 25 à 30 du décret n° 62-146 du 11 Avril 1962 organisant le Service de la Main-d'Oeuvre, stipule en son article 25 :

"2° - A qualification professionnelle égale, la priorité d'embauche doit être réservée aux travailleurs de nationalité sénégalaise résidant habituellement au lieu d'emploi, dans le département du lieu d'emploi, ou dans la région du lieu d'emploi.

3° - A défaut et à qualification professionnelle égale, la priorité d'embauche doit être réservée :

- d'abord aux nationaux sénégalais ;
- ensuite, aux ressortissants des Etats accordant effectivement aux travailleurs sénégalais un régime d'égalité d'accès aux emplois salariés..."

L'arrêté n° 75 MFPT-DTSS du 4 Janvier 1968 fixe la liste des exemptions de l'obligation d'autorisation.

L'article 3, paragraphe 1 de l'arrêté stipule que les employeurs sont exemptés de cette obligation :

"En ce qui concerne les travailleurs de nationalité sénégalaise qui, en vertu des dispositions du Code du Travail ou des Conventions Collectives, ont acquis un droit de priorité d'embauche dans un établissement où ils exerçaient précédemment leur activité professionnelle".

Cette clause fait référence, en particulier, à une disposition, contenue dans l'article 47 du Code du Travail, selon laquelle, un travailleur congédié pour diminution d'activité de l'établissement

ou réorganisation intérieure conserve, pendant un an, la priorité d'embauchage dans la même catégorie d'emploi.

Les représentants d'employeurs du Conseil ont attiré l'attention des Pouvoirs Publics sur le fait que le paragraphe 1 de l'article 3 du projet d'arrêté introduisait une discrimination entre les travailleurs, dont le principe n'est pas contenu dans l'article 47 du Code du Travail.

Dans l'éventualité d'un refus d'autorisation d'embauchage, de la part du Service de la Main-d'Oeuvre, d'un travailleur de nationalité autre que sénégalaise, mais se trouvant dans le cas prévu par le 10ème alinéa de l'article 47 du Code du Travail, un employeur pourrait faire l'objet d'une action en dommages et intérêts devant le Tribunal du Travail, par le travailleur lésé, sans préjudice de l'amende encourue du fait de l'infraction aux dispositions dudit article.

Enfin, le décret n° 70-1445 du 29 Décembre 1970 (J.O. n° 4147 du 13 Février 1971) crée un Comité National Consultatif chargé de suivre les problèmes d'africanisation dans les entreprises. Sa publication ouvre une véritable "campagne" de sénégalisation dont l'instrument le plus efficace se trouve finalement être l'obligation faite par le Gouvernement aux employeurs de lui soumettre des plans de sénégalisation, et de "sénégaliser au plus tôt tous les emplois sénégalisables". Cette obligation était assortie de sanctions et même de "graves sanctions"(1) pour citer une lettre émanant d'un membre du Gouvernement.

(1) Lettre n° 764 MFAE/CAB.11

Il est donc désormais à peu près certain qu'un licenciement "pour sénégalisation" effectué selon ces directives serait considéré comme légitime même s'il s'agissait d'un français ou d'un ressortissant de l'OCAM.

Le souci des dirigeants d'assurer le plein-emploi de la main d'oeuvre nationale, de favoriser le travail des entreprises installées au Sénégal et de protéger la production locale, s'est traduit, ainsi que cela vient d'être examiné, par de nombreuses mesures.

D'autres sont en préparation. Mais chaque fois qu'elles sont sur le point d'être mises en application, il convient d'examiner attentivement si elles ne sont pas en contradiction avec les principes de l'aide internationale au développement et si elles ne sont pas susceptibles de freiner, à échéance variable, le développement même du pays.

Il n'est pas toujours possible, en raison des difficultés croissantes qu'éprouvent les gouvernants eux-mêmes à obtenir rapidement des renseignements statistiques valables, de prévoir les conséquences d'une mesure relative à la préférence nationale.

Imposer un produit de l'industrie locale peut entraîner une baisse de la qualité de la construction, une augmentation de son coût, une diminution des rentrées fiscales basées sur les importations.

Refuser l'embauchage d'une main-d'oeuvre qualifiée à un certain stade, peut entraîner une baisse de la productivité ainsi que de la qualité des travaux.

C'est ainsi que, récemment (février 1975), les Pouvoirs Publics constatant une dégradation certaine des services après-vente

.../...

(marchés d'entretien, notamment) en ont attribué la cause à une sénégalisation hâtive des postes de techniciens et d'agents de maîtrise.

La centralisation administrative en matière de passation de marchés de travaux publics, et la possibilité de dérogations de fait aux dispositions trop rigides de la législation et de la réglementation du travail contribueront, sans doute, à permettre la conciliation des intérêts nationaux, en particulier, celui du développement et celui du plein-emploi de la main-d'oeuvre nationale.

O

O

O

C O N C L U S I O N

Après lecture du texte même et examen de quelques problèmes posés par la mise en application du décret n° 67-697, l'impression est ressentie de la volonté du législateur d'un contrôle accru sur les marchés publics, principalement au stade de la passation.

Le rôle interventionniste d'organes centralisés, la présence, parmi les commissions de dépouillement des offres et soumissions, de fonctionnaires délégués par le Ministère des Finances, l'existence d'un centre électro-comptable traitant les opérations financières des marchés, paraissent offrir autant de garanties d'une réalisation correcte des commandes de l'Etat.

Une étude plus poussée de la réglementation nouvelle incite cependant le juriste à émettre des réserves en ce qui concerne le contrôle final sur l'exécution même des marchés et à se poser les

.../...

questions suivantes :

Pourquoi prendre un tel soin dans l'organisation de la procédure de la passation des contrats administratifs ainsi que dans celle du règlement financier et laisser à peu près de côté le contrôle a posteriori de leur exécution physique ?

Il est remarquable qu'aucune disposition contenue dans le décret n° 67-697 ne concerne ce contrôle et l'on est en droit de s'en inquiéter quelque peu.

Dans le chapitre III du titre II de cette thèse, il a été étudié sommairement par quelles voies le co-contractant de l'Administration pouvait se prémunir contre les irrégularités administratives au stade de la passation du contrat.

Mais comment l'Administration, agissant dans l'intérêt général, est-elle en mesure de se protéger contre une entente frauduleuse entre ses agents, responsables du marché et des co-contractants qui se feraient complices des premiers pour n'exécuter qu'une fraction des prestations, tout en percevant totalement la contrepartie financière du marché ?

Si aucun contrôle n'est exercé a posteriori, qui vérifiera que les travaux ont été entièrement accomplis avec, le cas échéant, les matériaux prévus, ou les fournitures complètement livrées ?

En matière de travaux publics, l'intervention de l'ingénieur, prévue par l'arrêté du 16 Octobre 1946, limite les risques de collusion mais on ne peut que regretter que le souci de supervision qui inspire le nouveau règlement ne s'étende pas au contrôle hiérarchique et impersonnel de la Commission des Contrats, une fois la réception

.../...

définitive accomplie.

Compte tenu de ces restrictions, le décret n° 67-697 offre des bases solides à un assainissement de la pratique des marchés.

Certes, il emprunte largement à d'anciens textes.

Les Etats de l'Afrique francophone ont eu l'avantage de trouver dans leurs fonts baptismaux une profusion de textes législatifs et réglementaires.

Sans doute, certains étaient-ils mal adaptés au contexte local. Le Sénégal, en particulier, a su élaguer parmi ces textes, transformer, créer au besoin pour qu'ils répondent aux nécessités du développement.

Mais le propre d'un pays dont la volonté des gouvernants est tendue vers la réalisation à brève échéance de la société industrielle est de connaître des structures en perpétuel état de mutation.

Une certaine fixité de la loi est donc susceptible de créer un contre-courant au mouvement d'expansion.

Deux thèses principales, alors, s'affrontent sur le point de pallier cet inconvénient :

- interpréter la loi, l'aborder avec un certain opportunisme, régler les situations de façon pragmatique ;
- respecter la loi, mais la modifier, la retoucher, l'améliorer, lorsque la certitude est venue d'une nécessaire adaptation à de nouvelles structures ou en vue de l'amorce

.../...

d'une mutation qu'il paraît raisonnable de provoquer.

Cette dernière solution est sans doute préférable, car, dans un pays où le droit positif est singulièrement développé, le mépris des textes ne peut mener qu'à des situations confuses, certainement contraires à l'intérêt général.

O

O

O

A N N E X E I

M A R C H E S D E T R A V A U X P U B L I C S

TEXTES APPLICABLES AU SENEGAL AVANT LE 4 AVRIL 1960

- . Arrêté n° 1264-F du 15 Mai 1937 relatif au cautionnement, J.O. AOF 1937, p. 589, modifié par A.G. n° 2810-F du 25 Août 1938 - AOF 1938 p. 1055, rapporté n° 5915-F.B.2. du 18 Juin 1957 - AOF 1957, p. 1241, modifié par A.G. n° 264-F du 25 Janvier 1939 - AOF 1939, p. 178.
- . Arrêté ministériel du 16 Octobre 1946 fixant les clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics dans les territoires d'Outre-Mer - AOF 1947, p. 90 et 265 - modifié par arrêté ministériel du 27 Novembre 1952 - AOF 1952, p. 1815.
- . Décret n° 49-500 du 11 Avril 1949 partiellement abrogé, portant application, pour les territoires relevant du Ministère de la France d'Outre-Mer, du décret du 6 Avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat - AOF 1949, p. III8 - modifié par décret n° 52-1249 du 21 Novembre 1952 (AOF 1952, p. 1760).
- . A.G.G. 1930 S.E. du 13 Avril 1949 déterminant les autorités compétentes en matière d'approbation de marchés - AOF 1949, p. 512 - modifié par A.G.G. n° 6528-F du 21 Octobre 1952 - AOF 1952, p. 1522 et par A.G.G. n° 3480 T.P. du 10 Mai 1954 - AOF 1954, p. 936.
- . Arrêté ministériel du 8 Mars 1950 relatif à la constitution de la Commission Consultative, chargée de l'examen des marchés de travaux - J.O. AOF 1950, p. 264 - modifié par arrêté ministériel n° 890 du 11 Février 1954 - J.O. AOF 1954, p. 473 et par arrêté ministériel du 11 Octobre 1955 - AOF 1955, p. 2023.

.../...

- A.G.G. n° 5199-E du 19 Septembre 1951 fixant le montant maximum des achats sur factures et des travaux ou transports sur mémoires - AOF 1951, p. 1551.
- A.G.G. n° 5409-F du 21 Juillet 1953 relatif aux commissions consultatives des marchés passés pour le compte du service local - AOF 1953, p. 1250 - modifié par A.G.G. 1944 S.E. du 15 Mars 1954 - AOF 1954, p. 804 et par A.G.G. n° 3659-F du 18 Mai 1954 - AOF p. 984.
- Décret n° 57-818 du 22 Juillet 1957 fixant les règles générales applicables aux marchés passés au nom des groupes de territoires, territoires et provinces d'Outre-Mer - AOF 1957, p. 1641.
- Décret n° 58-15 du 8 Janvier 1958 relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages de commerce passés ou exécutés dans les territoires d'Outre-Mer - AOF 1958, p. 297.

TEXTES INTERVENUS ENTRE LE 4 AVRIL 1960 et LA DATE D'APPLICATION DU DECRET N° 67-697.

- Décret n° 61-101 du 8 Mars 1961 relatif à la réglementation en matière de marchés - JORS 1961, p. 401.
- Décret n° 61-136 du 6 Avril 1961 relatif aux normes de construction, JORS n° 3447 du 22 Avril 1961.
- Décret n° 61-185 du 2 Mai 1961 portant détermination des autorités compétentes en matière d'approbation de marchés - JORS 3452 du 20 Mai 1961.
- Décret n° 62-036 du 2 Février 1962 relatif aux marchés communaux - JORS n° 3508 du 17 Février 1962.

.../...

ANNEXE I (suite...)

- Décret n° 62-0133 du 3 Avril 1962 relatif aux délégations données en matière d'approbation de marchés de travaux ou de fournitures intéressant le port de commerce - JORS n° 3523 du 21 Avril 1962.
- Décret n° 63-031 du 22 Janvier 1963 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat et des établissements publics - JORS n° 3580 du 11 Février 1963.

A N N E X E I I

TABLE DES CODES, LOIS, REGLEMENTS ET CIRCULAIRES ADMINISTRATIVES

A. MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS

- . Décret n° 67-697 du 16 Juin 1967 portant réglementation des marchés administratifs - J.O. n° 3901 du 29 Juin 1967,

modifié par :

Décret n° 70-695 du 12 Juin 1970 - J.O. n° 4111 du 11 Juillet 1970.

Décret n° 70-696 du 12 Juin 1970 - J.O. n° 4111 du 11 Juillet 1970.

Décret n° 75-118 du 21 Novembre 1975 - J.O. n° 4462 du 20 Décembre 1975.

Décret n° 77-012 du 29 Janvier 1977 - J.O. n° 4544 du 29 Janvier 1977.

O

- . Décret n° 67-696 du 16 Juin 1967 portant création d'une Commission des Contrats de l'Administration - J.O. n° 3901 du 29 Juin 1967,

modifié par :

Décret n° 70-743 du 17 Juin 1970 - J.O. n° 4111 du 11 Juillet 1970
Erratum : J.O. n° 4132 du 14 Novembre 1970.

Décret n° 70-1421 du 24 Décembre 1970 - J.O. n° 4144 du 23 Janvier 1971.

Décret n° 73-073 du 25 Janvier 1973 - J.O. n° 4277 du 17 Février 1973.

Décret n° 73-074 du 28 Janvier 1973 - J.O. n° 4277 du 17 Février 1973.

.../...

Arrêté n° 14032 PM-SG du 17 Décembre 1975 - J.O. n° 4465 du 10 Janvier 1976.

0

- . Loi n° 75-65 du 30 Juin 1975 portant loi de finances pour l'année financière 1975-1976 - J.O. n° 4432 du 30 Juin 1975.
- . Arrêté ministériel n° 12395 MFAE-DGF du 5 Novembre 1975 - J.O. n° 4457 du 29 Novembre 1975.

B. CONSTITUTION SENEGALAISE

- . Loi n° 63-22 du 7 Mars 1963 - JORS n° 3587 du 11 Mars 1963,
modifiée et complétée par :
Loi n° 67-32 du 20 Juin 1967 - J.O. n° 3906 du 10 Juillet 1967.
Loi n° 68-04 du 14 Mars 1968 - J.O. n° 3952 du 30 Mars 1968.
Loi n° 70-15 du 26 Février 1970 - J.O. n° 4089 du 28 Février 1970.
Errata : J.O. n° 4093 du 21 Mars 1970.
Loi n° 70-14 du 6 Février 1970 - J.O. n° 4095 du 31 Mars 1970.
Loi n° 76-01 du 19 Mars 1976 - J.O. n° 4483 du 3 Avril 1976.
Loi n° 76-27 du 6 Avril 1976 - J.O. n° 4485 du 10 Avril 1976.

C. COUR SUPREME

- . Ordonnance n° 60-17 du 3 Septembre 1960 portant loi organique sur la Cour Suprême. J.O. n° 3399 du 12 Septembre 1960.

.../...

- . Loi n° 62-51 du 11 Juillet 1962 - J.O. n° 3542 du 28 Juillet 1962.
- . Loi n° 62-52 du 11 Juillet 1962 - J.O. n° 3542 du 28 Juillet 1962.
- . Ordonnance n° 63-07 du 26 Mars 1963 - J.O. n° 3614 du 13 Juillet 1963.
- . Loi n° 64-27 du 5 Juin 1964 - J.O. n° 3691 du 11 Juillet 1964.
- . Loi n° 66-26 du 4 Juillet 1966 - J.O. n° 3806 du 5 Mars 1966.
- . Arrêt constitutionnel n° 1-C-66 - J.O. n° 3819 du 7 Mai 1966.
- . Loi n° 70-28 du 21 Septembre 1970 - J.O. n° 4126 du 17 Octobre 1970.
- . Loi n° 70-29 du 21 Septembre 1970 - J.O. n° 4126 du 17 Octobre 1970.
- . Loi n° 71-29 du 12 Mars 1971 - J.O. n° 4154 du 22 Mars 1971.
Erratum : J.O. n° 4160 du 24 Avril 1971.
- . Loi n° 71-56 du 15 Septembre 1971 - J.O. n° 4188 du 9 Octobre 1971.
- . Loi n° 72-20 du 24 Février 1972 - J.O. n° 4213 du 18 Mars 1972.
- . Arrêt constitutionnel n° 1-C-79 du 9 Février 1972 - J.O. n° 4213 du 18 Mars 1972.
- . Loi n° 76-94 du 21 Août 1976 - J.O. n° 4524 du 11 Octobre 1976.

D. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

- . Ordonnance n° 60-56 du 14 Novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire - J.O. n° 3413 du 19 Novembre 1960.

.../...

- . Décret n° 60-390 du 10 Novembre 1960 fixant la composition et la compétence des Cours d'appel, des Tribunaux de 1ère instance et des justices de paix - J.O. n° 3413 du 19 Novembre 1960.

modifié par :

Décret n° 61-451 du 29 Novembre 1961 - J.O. n° 3493 du 16 Décembre 1961.

Décret n° 67-148 du 10 Février 1967 - J.O. n° 3877 du 25 Février 1967.

Décret n° 70-1286 du 20 Novembre 1970 - J.O. n° 4139 du 19 Décembre 1970.

Décret n° 75-1176 du 3 Décembre 1975 - J.O. n° 4464 du 3 Janvier 1976.

Décret n° 75-811 du 21 Juillet 1975 - J.O. n° 4439 du 9 Août 1975

Décret n° 77-101 du 8 Février 1977 - J.O. n° 4550 du 5 Mars 1977.

0

- . Décret n° 60-404 du 14 Novembre 1960 relatif aux règles de procédure - J.O. n° 3413 du 19 Novembre 1960.

E. AUTRES TEXTES - (dans l'ordre des citations)

- . Décret n° 61-094 du 8 Mars 1961 - J.O. n° 3443 du 1er Avril 1961.
- . Circulaire MCIA n° 6 du 3 Février 1962.
- . Circulaire n° 1236/D1 du 8 Avril 1969.
- . Décret n° 75-1114 du 21 Novembre 1975 - J.O. n° 4459 du 2 Décembre 1975. (répartition des services nationaux).

.../...

- Décret n° 76-085 du 26 Janvier 1976 - J.O. n° 4473 du 14 Février 1976.
- Décret n° 76-1089 du 18 Novembre 1976 - J.O. n° 4533 du 27 Novembre 1976.
- Loi n° 66-64 du 30 Juin 1966 - J.O. n° 3832 du 30 Juin 1966. (Code de l'administration communale).
- Décret n° 73-278 du 19 Mars 1973 - J.O. n° 4287 du 7 Avril 1973.
- Loi n° 72-48 du 12 Juin 1972 - J.O. n° 4232 du 24 Juin 1972. (établissements publics).
- Loi n° 74-58 du 28 Novembre 1974 - J.O. n° 4393 du 9 Décembre 1974. (établissements publics).
- Loi n° 75-90 du 20 Décembre 1975 - J.O. n° 4468 du 22 Janvier 1976 - (établissements publics).
- Décret n° 72-842 du 13 Juillet 1972 - J.O. n° 4242 du 12 Août 1972. (établissements publics).
- Décret n° 66-1076 du 31 Décembre 1966 - J.O. n° 3871 du 30 Janvier 1967. (code de l'urbanisme).
- Loi n° 76-67 du 2 Juillet 1976 - J.O. n° 4506 du 28 Juillet 1976. (expropriation).
- Décret n° 66-395 du 31 Mai 1966 - J.O. n° 3828 du 18 Juin 1966. (expropriation).
- Décret n° 59-174 du 6 Juillet 1959 - J.O. n° 3323 du 25 Juillet 1959.
- Décret n° 75-180 du 17 Février 1975 - J.O. n° 4440 du 11 Août 1975. (cahier des prescriptions communes applicables aux travaux routiers).
- Décret n° 66-458 du 17 Juin 1966 - J.O. n° 3831 du 30 Juin 1966. (comptabilité publique de l'Etat).

- Décret n° 64-400 du 4 Juin 1964 - J.O. n° 3689 du 27 Juin 1964.
(comptabilité publique).
- Loi n° 72-62 du 12 Juin 1972 - J.O. n° 4232 du 24 Juin 1972.
- Circulaire n° 25-PM-JUR du 24 Avril 1975 - J.O. n° 4449 du 6 Octobre 1975
- Circulaire n° 2/PR/SG/CCA du 7 Janvier 1969 - "Préférence sénégalaise".
- Circulaire n° 7/PR du 3 Mars 1970 - "Préférence sénégalaise".
- Loi n° 76-52 du 9 Avril 1976 - J.O. n° 4492 du 15 Mai 1976.
(règlementation bancaire).
- Décret n° 67-227 du 3 Mars 1967 - J.O. n° 3882 du 18 Mars 1967.
(Registre des métiers).
- Circulaire n° 50/PM/SGG du 17 Avril 1972 - (division des commandes).
- Loi n° 72-46 du 12 Juin 1972 - J.O. n° 4231 du 24 Juin 1972 -
(Code des investissements).
- Loi n° 71-47 du 28 Juillet 1971 - J.O. n° 4180 du 21 Août 1971 -
(Exercice des professions).
- Décret n° 71-II03 du 11 Octobre 1971 - J.O. n° 4196 du 20 Novembre 1971 - (Exercice des professions).
- Décret n° 69-III1 du 11 Octobre 1969 - J.O. n° 4063 du 25 Octobre 1969 - (Carte d'importateur-exportateur).
- Décret n° 71-OI2 du 7 Janvier 1971 - J.O. n° 4146 du 6 Février 1971
modifiant le précédent.

.../...

- . Arrêté n° 94I MFAE-DC-EX du 1 Février 1977 - J.O. n° 4549 du 26 Février 1977. (Carte d'importateur-exportateur).
- . Décret n° 62-0200 du 23 Mai 1962 - J.O. n° 3533 du 9 Juin 1962 - (Interdiction d'importation).
- . Décret n° 67-0483 du 2 Mai 1967 - J.O. n° 3894 du 20 Mai 1967 - (Dalles de pavement).
- . Arrêté n° 3780 MCIA/DI du 15 Mars 1966 - J.O. n° 3812 du 2 Avril 1966 - (Terre cuite).
- . Circulaire n° II7 PR du 23 Novembre 1966, "préférence sénégalaise".
- . Circulaire n° I36 PR du 20 Juillet 1967, "préférence sénégalaise".
- . Loi n° 6I-34 du 15 Juin 196I - J.O. n° 3462 du 3 Juillet 196I - (Code du Travail).
- . Convention collective du Bâtiment et des Travaux Publics - 6 Juillet 1956 étendue par arrêté n° IO.893 du 18 Décembre 1956 - J.O. du 29 Décembre 1956, p. 2592.
- . Loi n° 65-55 du 19 Juillet 1965 - J. O. n° 376I du 14 Août 1965 - (Droit du Travail).
- . Arrêté n° 2I45 ITT/SM du 29 Mars 1956 - (Proposition travailleurs étrangers - marchés publics). J.O.S., 12 Avril 1956.
- . Convention d'établissement franco-sénégalaise du 29 Mars 1974 - J.O. n° 4545 du 3I Janvier 1977 publiée par décret n° 76-II32 du 4 Décembre 1976.
- . Convention de l'U.A.M. du 12 Septembre 196I.

ANNEXE I I (suite...)

- Charte de l'O.C.A.M. du 27 Juin 1966.
- Loi n° 67-06 du 24 Février 1967 - J.O. n° 3888 du 17 Avril 1967 - (Charte OCAM).
- Décret n° 68-135 du 4 Mars 1968 - J.O. n° 3947 du 7 Mars 1968 - (Charte OCAM).
- Circulaire n° 24I/SMD du 31 Mai 1967 - (Main d'oeuvre).
- Décret n° 67-1359 du 9 Décembre 1967 - (Main d'oeuvre).
- Arrêté n° 75 MFPT-DTSS du 4 Janvier 1968 - J.O. de 1968, p. 97 - (Droit du travail).
- Décret n° 70-1445 du 29 Décembre 1970 - J.O. n° 4147 du 13 Février 1971.

A N N E X E I I I

TABLE DES AUTEURS ET DES OUVRAGES ET ARTICLES CITES

dans l'ordre des citations

Arthur Lewis : "The theory of economic growth" (Londres, Allen and Unwin, Unwin University Books, 1955).

François Perroux : "La notion de développement", l'économie du XXe siècle (Paris, PUF, 1961).

R.P. Lebreton : "Dynamique concrète du développement, (Paris, les éditions ouvrières, 1961).

J.C. Gautron : "Réflexions sur l'autonomie du droit public sénégalais", (Annales Africaines 1969).

L.S. Senghor : "Deux textes sur la négritude", (Cahiers ivoiriens de recherche économique et sociale, n° 3).

G. Padmore : "Panaficanism or communism ?" (New York, Double day 1971).

Guy Caire : "Liberté syndicale et développement économique", (B.I.T., 1976).

Alain Bockel : "Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais", (Annales Africaines, 1973).

Paul Sabourin : "La Bastille administrative", (Le Monde, 15.3.1975).

J.C. Gautron et M. Rougevin-Baville : "Droit public du Sénégal". (Ed. Pedone, Paris 1970).

.../...

ANNEXE I I I (suite...)

Alain Bockel : "Le juge et l'Administration en Afrique Noire francophone", (Annales Africaines, 1971-72).

Franck Moderne : A.J.D.A. Janvier 1973, p. 47.

Franck et Boyon : A.J.D.A. Juillet-Août 1975, p. 345.

J.P. Colin : "Nature juridique des marchés de travaux publics passés par les sociétés d'économie mixte concessionnaires de travaux publics".(A.J.D.A., Septembre 1966).

André de Laubadère : "Traité de droit administratif" (Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1973).

F.J. Fabre et R. Morin : "Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte" (R.D.P. 1964).

André de Laubadère : "Traité théorique et pratique des contrats administratifs" (L.G.D.J., 1956, mise à jour 1959).

G.P. Bloch : "La notion de travail public", Thèse, (Librairies Techniques 1965 - B.U.D. Paris, 1965).

Long, Weil et Braibant : "Grands arrêts de la jurisprudence administrative".

Alain Bockel : "Les contrats des personnes publiques et les règles de la comptabilité publique", (Annales Africaines, 1974).

Charles Fourrier : "Finances publiques du Sénégal", (Ed. Ch. Pédone, 1975).

G. Timsit : "Compétence liée et principe de légalité", (Rec. Dalloz 1964 - 34e cahier-chronique).

.../...

B. Kornprobst : "La compétence liée", (R.D.P. 1961, 935).

Hauriou : Note sous l'arrêt "Grazietti", (S. 1903.3.113).

Ch. Eisenmann : "Le droit administratif et le principe de légalité",
Etudes et documents n° 11.

Georges Vedel : "Droit administratif 1961".

J.C. Venezia : "Le pouvoir discrétionnaire", Thèse (Bibl. D.P. 1958).

Bonnard : Droit administratif, p. 77.

Seydou Madani Sy : "La révision constitutionnelle du 26 Février 1970",
(Annales Africaines, 1969).

Hauriou : "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", (Mélanges
Carré de Malberg).

Waline : "Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limita-
tion par le contrôle juridictionnel", (R.D.P. 1930).

Goyard : "Les idées de Charles Eisenmann sur la théorie du contrôle
des motifs", (Mélanges Eisenmann, p. 339).

Lino di Qual : "La compétence liée", Thèse (Bibl. D.P. 1964).

Dreyfus : "Les limitations du pouvoir discrétionnaire",
(R.D.P. p. 691).

G. Morange : note sous C.E. 9 Juillet 1943, "Tabouret", D. 1945,
163.

H. Prieux : "Traité pratique de droit des travaux publics", (Ed.
Moniteur des Travaux Publics, 1959).

Encyclopédie Dalloz D.A. 1959, Marchés de Travaux Publics.

0

0

0

A N N E X E I V

TABLE DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE

- C.E. 10 Novembre 1972. Société des Grands Travaux Alpins, entreprise P.I.C.O. et entreprise Chagnaud et fils - A.J.D.A. Janvier 1973, 47.
- C.E. 20 Décembre 1961. Société Autoroute de l'Estérel-Côte d'Azur.
- C.C. 2 Février 1972. Société Immobilière d'économie mixte de St Gratien c/C.I.T.A.C. - A.J.D.A. Janvier 1973.
- C.E. Section 30 Janvier 1931. Brossette, 123 - Leb., p. 1124.
- T.C. 7 Juillet 1975. Commune d'Agde c/Société d'équipement du Biterrois et de son littoral.
- C.E. Section 30 Mai 1975. Société d'équipement de la Région montpelliéraine - A.J.D.A., 1974, Juillet-Août.
- T.C. 8 Juillet 1963. Entreprise Peyrot c/Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur - D. 1963-534, concl. Lasry, note Josse - J.C.P. 1963.II.13 375, note Auby.
- C.E. 20 Avril 1956. Epoux Bertin - D. 1956, 433, note A. de Laubadère - R.D.P. 1956, 869, concl. Long.
- C.E. 6 Février 1903 - Terrier - S. 1903. 3. 25. Concl. Romieu, note Hauriou.
- T.C. 1er Mai 1926. Templier - S. 1928. 3. 130, Note Hauriou.
- Conseil Contentieux de St Pierre et Miquelon - 25 Janvier 1946.
Rec. Pénant 1946, I, 242.

.../...

- C.E. 27 Juillet 1950. Peulabeuf - Rec., p. 668.
- C.E. 15 Février 1935. Société Française de construction, 201.
- C.E. 31 Octobre 1973. Société des Grands Travaux de Marseille. Leb., p. 926.
- C.E. 24 Avril 1968. Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc - A.J.D.A. 1968, p. 478.
- C.E. 10 Juin 1921. Commune de Montségur - Rec., p. 573.
- T.C. 28 Mars 1955. Effimieff, p. 617.
- T. 1ère instance. 9 Novembre 1968. Sénégal - ACH et S.A.B.T.P. c/Etat du Sénégal : Rec. de jurisprudence administrative sénégalaise, 1960-1974.
- T. 1ère instance. 1er Mars 1969. Sékou Badie c/Etat du Sénégal, Société Sotrafom et Mutuelle Générale Française d'Accidents - R.J.A.S., 1960-1974.
- C.A. Dakar, 9 Janvier 1970. Mor Diaw c/Commune de Dakar - R.J.A.S., 1960-1974.
- C.E. Ass. 12 Avril 1957. Sieur Mimouni - A.J.D.A., 20 Juin 1957, n° 254 et 265.
- C.E. 12 Octobre 1973. R.D.P. 1974, II37, note Waline.
- T.C. 22 Février 1960. Borel - D. 1960, 268 - R.D.P.A., p. 922.
- C.E. 3 Décembre 1955. Ministère de l'Agriculture c/Deletoile - Rec., p. 572.

C.E. 19 Novembre 1958. Consorts Zagouatti - A.J. 1958, II, p. 456,
concl. A. Bernard.

C.E. 20 Avril 1956. Grimouard - D. 1956, J. 429, concl. Long.

T. 1ère instance St Louis, 20 Février 1971. Georges Berraz c/Etat du
du Sénégal. R.J.A.S. 1960-1974.

C.A. 9 Avril 1971, Dakar. Société Bernabé c/Etat du Sénégal - R.J.A.S.
1960-1974.

C.E. 31 Janvier 1902. Grazietti - S. 1903. 3. II3, note Hauriou.

C.E. 8 Août 1919. Labonne, R., p. 737.

C.E. 28 Juin 1918. Heyries, R., p. 651.

C.E. 29 Mars 1958. Société du lotissement de la plage de Pampelonne -
R.D.P. 1969, 330, concl. Vught.

C.E. 29 Novembre 1933. Marchadier - Rec. Lebon, p. IIII - Prieux,
n° 184.

C.E. 31 Octobre 1930. Société l'Indépendant des Pyrénées-Orientales,
Rec., p. 381.

C.E. 19 Janvier 1938. Société La Céramique Française - Rec., p. 51.

C.E. 21 Juin 1935. Chambre syndicale des fabricants d'équipements mi-
litaires - Rec. p. 704.

C.E. 9 Février 1949. Martin - Rec., p. 65.

C.E. 21 Novembre 1923 - Baudet - D.A. 1959, p. 346.

C.E. 24 Mai 1974. Société Paul Millet et cie - R.D.P. 1975, p. 478, note Waline.

C.E. 4 Mai 1949. Ville de Toulon, 197.

C.E. 15 Juillet 1949. Ville d'Elboeuf - S., 1950, 3. 61, note Mestre.

C.E. 6 Juin 1973. Delpon - Rec. p. 641.

Conseil de Préfecture de Nice. 20 Juillet 1949 - A.J.D.A. Mai 1950.

C.E. 3 Janvier 1936. Prioux, p. 386, n° 829.

C.E. 24 Juin 1936. Prioux, p. 386, n° 829 - Rec., p. 697.

C.E. 3 Décembre 1928. Fromassol - R.D.P. 1920, 64, concl. Corneille.

C.E. 5 Février 1947. Commune de Claye-Souilly.

C.E. 26 Juillet 1947. Carrières du Languedoc, Rec. p. 643.

C.E. 29 Décembre 1905. Bardy - IO14, concl. Romieu.

C.E. 8 Novembre 1957. Société Chimique - A.J.D.A. 1957, II, 406, concl. Gazier - R.D.P. 1958, note Waline.

C.E. 9 Novembre 1949. Marquis - Rec., p. 467.

C.E. Ass. 2 Février 1973. Trannoy, concl. Rougevin-Baville - A.J.D.A. Mars 1973, p. 160.

C.E. 31 Juillet 1950. Commune d'Isches - Rec. Leb., p. 816.

C.E. 8 Juillet 1925. Guillet, p. 61.

C.E. 14 Février 1958. A.J.D.A., 20 Février 1958 - Prieux n° 960.

C.A. Paris, 16 Décembre 1953 - A.J.D.A. - Ed. Travaux, 20 Mai 1954 -
Prieux n° 958.

C.E. 22 Décembre 1922. Lassus, concl. Corneille - R.D.P. 1923, p. 428.

C.C. 28 Juin 1938 - D.H. 1938 - 562, Prieux n° 958.

0

0 0