

REVUE
JURIDIQUE ET POLITIQUE
DES ÉTATS FRANCOPHONES

SOMMAIRE

Sylvestre KWAHOU. – *Le juge administratif, parent pauvre du contentieux des marchés des personnes publiques au Gabon*

Agnero Privat MEL. – *La nature juridique des actes des ordres professionnels dans la jurisprudence de la Cour suprême*

Togba ZOGBELEMOU. – *La Constitution guinéenne du 7 mai 2010*

Angéline-Florence NGOMO. – *La ratification par le Cameroun du Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme*

Nahounngar Bélemgato BEKOUTOU. – *Le principe de subsidiarité : ses origines et son applicabilité*

REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE

DES ÉTATS FRANCOPHONES

Revue fondée en 1947 par Guillaume CAMERLYNCK

N° 2 - Avril - Juin 2013

Directeur de la publication : Alain FÉNEON

Secrétaire général : Arnaud de RAULIN

Directeur du Comité scientifique

Arnaud de RAULIN

Professeur à l'Université d'Artois

Doyen de la Faculté de droit Alexis de Tocqueville

Comité scientifique

Georges SAAD

Professeur à l'Université libanaise

Nourredine SAADI

Ancien Professeur à l'Université d'Alger

Maître de conférences à l'Université d'Artois

Gourmo LÔ

Maître de conférences à l'Université du Havre

Avocat au Barreau de Nouakchott

Secrétaire d'édition

Valérie DUPONT

Colloques

Thomas JAMET

Comité d'honneur

Mohamed BEDJAOUI

Président de la Cour Internationale de Justice

Flavio Dario ESPINAL

Directeur du département des sciences juridiques

(Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra)

Recinto Santo Tomás de Aquino - République dominicaine)

Jean-Claude GAUTRON

Professeur à l'Université Bordeaux IV - Montesquieu

Président honoraire de la CEDECE

Babacar KANTE

Professeur de droit public à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis

du Sénégal, Vice-Président du Conseil constitutionnel du Sénégal

François LUCHAIRE

Président honoraire de l'Université Paris I

Ancien membre du Conseil constitutionnel

Gilbert MANGIN

Secrétaire perpétuel de l'Académie des Sciences d'outre-mer

ÉDITIONS JURIS AFRICA
E.J.A.

Sarl au capital de 25.500 €

10, rue Meunil - 75116 PARIS

Tél. 01.45.04.26.35 - Fax 01.40.72.66.65

Courriel : jurisafrika@yahoo.fr

R.C.S. Paris B 439.509.084

Abonnement annuel 2013 : 195 €



REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE
DES ÉTATS FRANCOPHONES

SOMMAIRE	PAGES
Sylvestre KWAHOU. – <i>Le juge administratif, parent pauvre du contentieux des marchés des personnes publiques au Gabon</i>	139
Agnero Privat MEL. – <i>La nature juridique des actes des ordres professionnels dans la jurisprudence de la Cour suprême</i>	165
Togba ZOGBELEMOU. – <i>La Constitution guinéenne du 7 mai 2010</i>	195
Angéline-Florence NGOMO. – <i>La ratification par le Cameroun du Protocole de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme</i>	215
Nahoungar Bélemgato BEKOUTOU. – <i>Le principe de subsidiarité : ses origines et son applicabilité</i>	247

© ÉDITIONS JURIS AFRICA 2013

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution réservés pour tous les pays.

All rights reserved.

Achevé d'imprimer sur les presses de l'imprimerie Michel frères, B-6760 Virton
Dépôt légal : 2^e trimestre 2013
CPPP 57793

Directeur de la publication : Alain FÉNÉON

DOCTRINE



139

LE JUGE ADMINISTRATIF, PARENT PAUVRE DU CONTENTIEUX DES MARCHÉS DES PERSONNES PUBLIQUES AU GABON

par Sylvestre KWAHOU

Docteur en droit public, Maître-assistant à la Faculté de droit
et des sciences économiques de l'Université Omar Bongo
de Libreville (Gabon), Chercheur au CERDIP (1)

Au Gabon, les marchés conclus par les personnes publiques ne relèvent pas exclusivement du Code des marchés publics. En effet, à l'instar du droit en vigueur en France (2), le droit gabonais a toujours consacré l'existence de deux catégories de marchés (3) susceptibles d'être conclus par les personnes publiques : ceux soumis au Code des marchés publics et ceux exclus du champ d'application de celui-ci. En conséquence, lorsqu'un litige survient à propos de cette seconde catégorie de marchés, en raison de l'absence de textes directement opératoires en la matière, il n'est pas souvent aisé de déterminer la nature juridique, publique ou privée, du marché concerné, et partant la juridiction compétente. Dans ce cas de figure, pour établir la nature du marché, il est indiqué d'avoir recours aux critères jurisprudentiels du contrat administratif, c'est-à-dire le critère organique fondé sur la nature publique de la personne morale contractante (4), et le critère matériel fondé sur l'objet (5) et le contenu du contrat (6).

(1) Centre d'études et de recherches en droit et institutions politiques.

(2) Cf. décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics et ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics auxquels s'ajoutent les décrets ou arrêtés d'application correspondants. Ces deux textes de base transposent les directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE sur la passation des marchés publics.

(3) De 1985 à nos jours, trois réglementations relatives aux marchés publics se sont succédées. Cf. décret n° 416/PR du 18 mars 1985 portant réglementation des marchés administratifs de toute nature passés au nom de l'Etat gabonais, des collectivités, des offices et des établissements publics du Gabon (art. 5) ; décret n° 1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant Code des marchés publics (art. 4, al. 1^{er}) ; décret n° 0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant Code des marchés publics (art. 3-7).

(4) TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris (UAP), *AJDA*, 1983, p. 356 ; TC, 3 mars 1969, Société Interlait, *AJDA*, 1969, p. 307.

(5) CE, 6 février 1903, Terrier, *GAJA*, n° 12 ; CE, sect. 20 avril 1956, Epoux Berin ; CE, sect. 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/consorts Grimouard, *GAJA*, 16^e éd., 2007, n° 74.

Revue Juridique et Politique - 2013 - N° 2

**LE JUGE ADMINISTRATIF, PARENT PAUVRE DU CONTENTIEUX
DES MARCHES DES PERSONNES PUBLIQUES AU GABON**

Par **Sylvestre KWAHOU**

Docteur en droit public, Maître-Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de
l'Université Omar Bongo de Libreville (Gabon), Chercheur au CERDIP¹

Au Gabon, les marchés conclus par les personnes publiques ne relèvent pas exclusivement du code des marchés publics. En effet, à l'instar du droit en vigueur en France², le droit gabonais a toujours consacré l'existence de deux catégories de marchés³ susceptibles d'être conclus par les personnes publiques : ceux soumis au code des marchés publics et ceux exclus du champ d'application de celui-ci. En conséquence, lorsqu'un litige survient à propos de cette seconde catégorie de marchés, en raison de l'absence de textes directement opératoires en la matière, il n'est pas souvent aisé de déterminer la nature juridique, publique ou privée, du marché concerné, et partant la juridiction compétente. Dans ce cas de figure, pour établir la nature du marché, il est indiqué d'avoir recours aux critères jurisprudentiels du contrat administratif, c'est-à-dire le critère organique fondé sur la nature publique de la personne morale contractante⁴, et le critère matériel fondé sur l'objet⁵ et le contenu du contrat⁶.

L'adoption du décret n°0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant nouveau code des marchés publics, en remplacement du décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002⁷, constitue l'occasion d'évoquer les questions de compétence et d'office du juge administratif en matière de contentieux des marchés conclus par les personnes publiques.

¹Centre d'Etudes et de Recherches en Droit et Institutions Politiques.

² Cf. Décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics et ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics auxquels s'ajoutent les décrets ou arrêtés d'application correspondants. Ces deux textes de base transposent les directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE sur la passation des marchés publics.

³De 1985 à nos jours, trois réglementations relatives aux marchés publics se sont succédées. Cf. Décret n°416/PR du 18 mars 1985 portant réglementation des marchés administratifs de toute nature passés au nom de l'Etat gabonais, des collectivités, des offices et des établissements publics du Gabon (art.5) ; Décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant Code des marchés publics (art.4, al.1^{er}) ; Décret n°0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant Code des marchés publics (art.3-7).

⁴TC, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris (UAP)*, AJDA, 1983, p.356 ; TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, AJDA, 1969, p.307.

⁵CE, 6 février 1903, *Terrier*, GAJA, n°12 ; CE, sect. 20 avril 1956, *Epoux Bertin* ; CE, sect. 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, GAJA, 16^{ème} éd., 2007, n°74.

⁶CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, GAJA, n°26 ; CE, sect. 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. p.73.

⁷ Comparé au code de 2002, le nouveau code des marchés publics apporte de modifications significatives tant du point de la forme que du fond. Les rédacteurs du code de 2012 ont souhaité réglementer dans les détails les procédures de passation et d'exécution des marchés publics en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique dans la transparence et la responsabilité des personnes publiques contractantes (cf. Titres III et VII qui comportent 10 chapitres, soit 114 articles sur les 186 du code de 2012). Mais ce souci de précision ne constitue pas le seul élément perceptible. Avec la création d'une autorité de régulation des marchés publics, le code de 2012 a aussi pour ambition de renforcer le contrôle administratif de la régularité de la commande publique.

Consacrer une étude relative au contentieux des marchés des personnes publiques au Gabon revêt un double intérêt théorique et pratique.

Du point de vue théorique, une telle étude conduit à réfléchir sur les fondements et l'étendue de la compétence de la juridiction administrative en matière de contrôle de la régularité de ces marchés auxquels les pouvoirs publics consacrent de très importantes sommes d'argent⁸.

Sur un plan pratique, dans un pays en voie de développement comme le Gabon, marqué par le foisonnement des marchés de travaux publics, de fournitures et de services, la nécessité de contrôles administratifs et juridictionnels de la régularité de l'activité administrative dans ce domaine ne souffre d'aucune contestation. Une telle étude permet de s'interroger sur l'effectivité du contrôle du juge administratif sur les procédures de passation des marchés publics et les modalités de leur exécution.

Aux termes de l'article 3 du décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant code des marchés publics au Gabon, les marchés publics étaient définis comme « *des contrats écrits passés pour la réalisation des travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services et la délégation de services publics par l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les sociétés d'Etat et les sociétés à participation publique majoritaire, ainsi que par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou de personnes morales de droit public lorsqu'elles bénéficient de leur concours financier ou de leur garantie* ». Cette définition présentait l'avantage d'étendre le champ d'application du Code des marchés publics non seulement à toutes les personnes publiques administratives, mais également à certaines catégories de personnes morales de droit public ou de droit privé composant cette sphère d'activité appelée communément « *secteur public* ».⁹ Elle a été reprise et complétée par l'article 2 du décret du 19 juin 2012 qui, s'il ne souligne pas le caractère onéreux des contrats, mentionne le versement d'un prix aux cocontractants¹⁰.

Outre la considération de son objet et de sa contrepartie, le caractère public d'un marché est, en principe, avant tout lié à la personnalité publique de l'une des parties contractantes. Toutefois, la réglementation des marchés publics a toujours été étendue à

⁸C'est surtout le caractère public des deniers qui justifient l'adoption par les autorités politiques et administratives des mécanismes de prévention contre la corruption. Lire par exemple G. FENECH, Ph. PETIT, *La moralisation des marchés publics*, P.U.F., Coll. *Que-Sais-Je ?*, 1998, 127 pages ; V. NGUYEN QUOC, « L'argent public et le droit des contrats », in *Mélanges en hommage à Roland DRAGO. L'unité du droit*, Economica, 1996, pp.293-313.

⁹On entend généralement par personne publique une institution publique dotée de la personnalité juridique ; et de manière spécifique, cette notion désigne une personne administrative (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2006, p.667). Quant à la notion de secteur public, elle est, d'un point de vue strictement économique, réservée aux « entreprises contrôlées par l'Etat et appartenant au secteur dit concurrentiel, à l'exclusion des administrations » (A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 4^{ème} éd., Armand Colin, 2005, p.299). Dans une décision rendue en 1982, le Conseil d'Etat français avait estimé qu'« appartiennent au secteur public, les établissements publics industriels et commerciaux, les entreprises nationalisées et les sociétés dans lesquelles la majorité ou plus de la majorité du capital, appartiennent à une ou des personnes publiques » (CE. Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la Société Française d'équipement pour la navigation aérienne*, Rec. p.435).

¹⁰ Selon l'article 2 du décret n°0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant code des marchés publics, le marché public est : « *tout contrat écrit passé conformément aux dispositions du présent décret, par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services, s'engage envers l'une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées par le présent décret, à réaliser des travaux, prestations intellectuelles, ou à fournir des biens ou des services moyennant rémunération* ».

ceux conclus par les personnes morales de droit privé sur lesquelles l'Etat ou les collectivités territoriales exercent un pouvoir de direction et de contrôle¹¹.

Ainsi, eu égard à la définition ci-dessus mentionnée, la notion de « marchés publics » englobe naturellement les marchés conclus par les personnes publiques et, à titre exceptionnel, sous certaines conditions, ceux passés par les personnes privées¹².

De prime abord, il paraît difficile d'affirmer qu'au Gabon, les contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics relèvent de la compétence de la juridiction administrative, car ni le décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant code des marchés publics¹³ ni le décret n°0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012¹⁴ abrogeant le premier cité ne consacrent clairement une telle compétence. Et de 1985 à nos jours, seul le décret n°416/PR du 18 mars 1985 a eu par le passé à mentionner a priori la compétence de la juridiction administrative en la matière¹⁵. Mais ces dispositions n'ont jamais été reprises dans les deux derniers codes. De plus, hormis la loi n°17/84 du 29 décembre 1984 portant code des juridictions administratives¹⁶, les principaux textes de lois qui déterminent de manière détaillée l'organisation, le fonctionnement et les attributions des juridictions administratives¹⁷ ne traitent pas expressément cette question.

Par ailleurs, le problème de la compétence de la juridiction administrative se pose également pour les marchés non soumis au Code des marchés publics. En effet, dans la continuité de l'article 4, alinéa 1^{er} du décret du 18 décembre 2002, l'article 7 du décret du 19 juin 2012 exclut de son champ d'application certains marchés, en considération de leurs « faibles » montants¹⁸. Leur nature administrative n'étant pas précisée, en cas de litige entre la personne responsable du marché et l'attributaire de celui-ci, il se posera inévitablement la question de la détermination de l'ordre juridictionnel compétent.

C'est donc dire que les rédacteurs des deux derniers Codes des marchés publics ont produit des textes qui comportent quelques lacunes et imprécisions.

Outre la question de sa compétence, l'analyse du droit positif gabonais révèle que l'office du juge administratif ne peut, en effet, pas être envisagé de façon isolée, sans égard

¹¹ Décret n°416/PR du 18 mars 1985 portant réglementation des marchés administratifs de toute nature passés au nom de l'Etat gabonais, des collectivités, des offices et des établissements publics du Gabon (art.4) ; Décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant Code des marchés publics (art.3) ; Décret n°0254/PR/MEEDD du 19 juin 2012 portant Code des marchés publics (art.3).

¹²A propos de l'extension de la notion de marché public dans le droit positif français, lire P. DEVOLVE, « Vers l'unification du droit des marchés publics ? », in *Mélanges en hommage à Roland DRAGO. L'unité du droit*, Economica, 1996, pp.225-239.

¹³Les articles 117, alinéa 2 et 119 de ce décret usent respectivement des formulations générales : « ...*les dommages –intérêts (...) fixés par les tribunaux conformément à la législation en vigueur* » ; « *Tout litige qui n'aura pas abouti (...) suivant l'introduction du recours amiable sera réglé conformément à la législation en vigueur* ».

¹⁴ Les articles du titre VIII de ce décret (Du contentieux et des autres sanctions relatives aux marchés publics) ne précisent pas l'ordre juridictionnel compétent. A titre d'illustration, l'article 178 dispose : « Lorsque le litige n'a pas été réglé à l'amiable, il est porté devant l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables, et le cas échéant, devant les instances arbitrales ou *les juridictions compétentes* ».

¹⁵Cf. Décret n°416/PR du 18 mars 1985 portant réglementation des marchés de toute nature passés au nom de l'Etat, des collectivités locales, des offices et des établissements publics, article 79, alinéa 1^{er}.

¹⁶Cf. Loi n°17/84 du 29 décembre 1984 portant code des juridictions administratives au Gabon, article 16, alinéa 2.

¹⁷A titre principal, voir la loi n°7/94 du 16 septembre 1994 portant organisation de la justice et loi organique n°5/2002 du 27 novembre 2002 fixant l'organisation, la compétence et le fonctionnement du Conseil d'Etat.

¹⁸Lorsqu'on compare le code de 1985 (art.5) avec celui de 2002, on notera que le seuil de passation des marchés d'Etat et des établissements publics passait de 20.000.000 FCFA à 30.000.000 FCFA, et celui des marchés des collectivités locales de 5.000.000 FCFA à 10.000.000 FCFA (code de 2002, art.4, al.1^{er}).

Par contre, le code de 2012 établit différents seuils de passation en considération des organismes contractants et de l'objet des marchés publics (art.7).

à la place qu'il occupe au sein de l'ensemble du cadre de résolution des litiges d'ordre contractuel. Sur ce point, il apparaît que le juge administratif ne domine pas le contentieux des marchés des personnes publiques car le contentieux juridictionnel reste un moyen très peu utilisé. Le juge administratif ne peut connaître directement des litiges opposant les parties au contrat relativement à sa formation ou à son exécution. En effet, le régime juridique en vigueur pose l'obligation pour les partenaires de l'administration de former des recours administratifs préalables devant l'autorité contractante ou devant l'autorité hiérarchique.

A ce stade, deux questions peuvent être posées. Quelle est l'étendue de la compétence du juge administratif en matière de contentieux des marchés passés par les personnes publiques ? La combinaison entre les modes non juridictionnels de règlement des litiges et les recours juridictionnels d'une part, la difficulté du système judiciaire dans la prise de décisions en temps opportun d'autre part, n'ont-elle pas une incidence sur la fréquence des saisines du juge administratif, et partant sur son office ?

En réponse à ces questions, une chose est certaine. Le juge administratif gabonais ne détient pas le monopole dans le contentieux des marchés des personnes publiques. Cela apparaît évident aussi bien en ce qui concerne la détermination de l'étendue de sa compétence que s'agissant de l'exercice de celle-ci.

Nous verrons, dans un premier temps que la non détermination de la nature juridique des marchés conclus par les diverses personnes publiques ne permet pas de définir de manière précise le champ de compétence du juge administratif (I). En second lieu, il apparaît qu'en plus d'une détermination imprécise, la compétence du juge administrative reste très peu exercée en raison d'une faible sollicitation par les parties aux différents types de marchés (II).

I. UNE COMPETENCE MAL DEFINIE

Alors qu'en France, par exemple, la doctrine s'accorde généralement à reconnaître le caractère de contrats administratifs aux marchés publics, et que par ailleurs la loi française n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) les qualifie comme tels dans son article 2¹⁹, force est de relever qu'au Gabon, le décret du 19 juin 2012 portant code des marchés publics, n'admet que de manière implicite la nature administrative des contrats de marchés publics²⁰.

Il en résulte donc des incertitudes sur la compétence du juge administratif dans le contentieux des marchés relevant du décret du 19 juin 2012 (A). S'agissant du contentieux des marchés non soumis audit décret, la compétence du juge administratif souffre également de quelques ambiguïtés et ne peut être déterminée qu'au cas par cas (B).

A. Une compétence incertaine pour les marchés soumis au code des marchés publics

L'exemple de la France révèle qu'en qualifiant de contrats administratifs tous les marchés passés en application du code des marchés publics, le législateur a non seulement

¹⁹Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, art.2: « Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».

²⁰ La même observation peut être faite à propos de l'ancien décret n°1140/PR/MEFBP du 18 décembre 2002 portant code des marchés publics.

voulu constituer et renforcer²¹ un bloc de compétences au profit du juge administratif, mais il a surtout cherché à mettre un terme à une complexité jurisprudentielle²². Si la loi française du 11 décembre 2001 susmentionnée ne fait pas disparaître totalement l'intérêt du recours aux critères jurisprudentiels notamment pour les contrats conclus par les personnes publiques non soumises au code des marchés publics (groupement d'intérêt public, EPIC nationaux), elle conserve le mérite de faciliter la démarche des justiciables dans leur recherche du droit applicable et de la juridiction compétente²³.

Tel n'est pas le cas, au Gabon, car l'actuel code des marchés publics dont le champ d'application couvre différentes catégories de marchés est imprécis sur la compétence de la juridiction administrative (1). Et c'est dans d'autres textes juridiques qu'il convient de rechercher le fondement de celle-ci. Il s'agit ici essentiellement du code des juridictions administratives (2).

1. Les imprécisions de l'actuel code des marchés publics sur la compétence de la juridiction administrative

La réglementation gabonaise des marchés publics concerne une large majorité des marchés des personnes publiques.

Deux critères déterminent, à titre principal²⁴, la soumission des marchés conclus par ces dernières au code des marchés publics : d'une part, un critère tenant à la qualité de l'autorité contractante, d'autre part, un critère tenant au montant des marchés.

²¹Dans le droit français, il existait déjà des catégories de contrats administratifs par détermination de la loi : par exemple les ventes domaniales (loi 28 pluviôse an VIII, art.4), les baux emphytéotiques administratifs (CGCT, art. L.1311-3-4°), les conventions d'occupation du domaine public (C. dom. Etat, art. L.84).

²²Selon un régime général, le juge administratif français reconnaît le caractère administratif des marchés publics. Au sens de cette jurisprudence, leur soumission au Code des marchés publics et aux cahiers de charges types constitue un régime exorbitant du droit privé (CE, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. p.48). Mais, aujourd'hui, «l'administrativisation» des marchés publics résulte principalement de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier (MURCEF), art.2. En effet, il y a peu encore, la Cour de cassation avait admis qu'un marché public pouvait être considéré, en application des critères jurisprudentiels du contrat administratif, comme un contrat de droit privé (Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1996, *Société Locunivers, Droit adm.*, n°28 : à propos d'un contrat de location-vente de matériel informatique à un établissement public départemental). Selon cette jurisprudence, un contrat soumis au Code des marchés publics n'est pas pour autant un contrat administratif. Il ne peut être considéré comme tel que si les critères du contrat administratif, liés aux clauses (CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. p.909 ; *GAJA*, 16^{ème} éd., 2007, n°26), ou au régime exorbitant du droit privé (CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant*, *op. cit.*) sont remplis. Et c'était là une solution confirmée jusqu'alors tant par le Conseil d'Etat que par le Tribunal des conflits (TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c./ Société Gestener*, *AJDA*, 1999, p.554 : « *Considérant qu'à supposer que la passation des contrats de fourniture d'équipements conclus par la Commune de Sauve ait été soumise, en raison de leur montant, au Code des marchés publics, cette circonstance ne saurait leur conférer à elle seule le caractère de contrats administratifs, alors qu'ils ne faisaient pas participer la personne privée contractante à l'exécution du service public et ne comportaient aucune clause exorbitante du droit commun...* »).

²³ Dans le droit marocain, le législateur, à travers les lois sur les tribunaux administratifs et les cours d'appel administratives, affirme aussi bien le caractère administratif des marchés publics que la compétence du juge administratif. Lire HANINE (M-A), *La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics et des directives de la Banque Mondiale*, Mémoire de recherche pour l'obtention du diplôme du Master en Administration Publique, 2007-2008, p.50.

²⁴ L'article 3 (6^{ème} tiret) du décret du 19 juin 2012 reprend les dispositions de l'article 4, alinéa 2 qui indiquent que sauf clauses contraires contenues dans des accords de financement, les marchés financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions du code des marchés publics.

Le caractère public d'un marché est, en principe, lié à la personnalité publique de l'une des parties contractantes. Mais en droit positif gabonais, des marchés conclus par les personnes morales de droit privé sont également, sous certaines conditions, considérés comme des marchés publics.

En ce sens, l'article 3 du décret du 19 juin 2012 reprend les dispositions de l'article 3 du décret du 18 décembre 2002 portant code des marchés publics qui visait aussi bien les marchés passés « *par l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les sociétés d'Etat et les sociétés à participation publique majoritaire* » que ceux conclus « *par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou de personnes morales de droit public lorsqu'elles bénéficient de leur concours financier ou de leur garantie* ».

Le terme Etat employé dans les dispositions qui précèdent renvoie aux services centraux, aux services extérieurs et aux services gérés de manière autonome, c'est-à-dire aux services de l'Etat qui n'ont pas la personnalité morale mais qui bénéficient de l'autonomie financière. Le champ d'application est étendu notamment aux établissements publics et aux collectivités locales qui ont la personnalité morale et l'autonomie financière et sont tenus, comme l'Etat, de respecter le décret du 19 juin 2012 portant code des marchés publics. Dans ce sens, l'obligation du respect de la réglementation sur les marchés publics est d'ordre public et les entités visées ne peuvent s'en écarter, sauf dans le cas des dérogations prévues par les textes²⁵.

L'article 3 du décret du 19 juin 2012 révèle que le champ d'application du code des marchés publics est particulièrement large²⁶.

Le critère relatif à la personnalité publique de l'une des parties contractantes est complété par celui tenant au montant des marchés à conclure.

Tous les marchés conclus par les diverses personnes morales ci-dessus répertoriées ne sont pas soumis au code des marchés publics. Car en deçà de certains seuils financiers, fixés en considération des catégories d'autorités contractantes, certains marchés sont expressément exclus du champ d'application du décret du 19 juin 2012. Aux termes de l'article 7 de ce décret, pour l'Etat, les établissements publics et les sociétés d'Etat, les seuils de soumission au code des marchés publics sont les suivants : trente cinq millions de francs CFA pour les marchés de travaux ; vingt millions de francs CFA pour les marchés de fournitures ; quinze millions de francs CFA pour les marchés de services et prestations intellectuelles. En ce qui concerne les collectivités locales et leurs établissements publics, les seuils sont fixés comme suit : vingt millions de francs CFA pour les marchés de travaux ; dix millions de francs CFA pour les marchés de fournitures ; cinq millions de francs CFA pour les marchés de services et prestations intellectuelles²⁷.

Cependant si, en ce qui concerne l'Etat, les établissements publics et les collectivités locales et les entreprises publiques, l'article 7 indique clairement les seuils financiers des

²⁵ Le décret du 19 juin 2012 (articles 4 et 5) exclut notamment de son champ d'application : les marchés de travaux, fournitures, prestations intellectuelles, ainsi que de services qui concernent les besoins de défense nationale et de sécurité publique liés au secret défense ; les marchés passés à l'étranger par les missions diplomatiques et consulaires ; les opérations d'achat de produits pétroliers ; l'achat de titres de transport aérien ; les marchés relatifs à l'hébergement, au transport et à la restauration des hôtes officiels de l'Etat et des collectivités locales.

²⁶ Cette extension apparaît aussi dans les législations de nombreux pays africains. A titre d'exemple, lire la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics en vigueur en République Démocratique du Congo (articles 1^{er} et 2) ; le décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics au Cameroun (articles 3 et 4).

²⁷ Le décret du 18 décembre 2002 (art. 4, al. 1^{er}) excluait de son champ d'application les « *prestations dont la valeur est inférieure à trente millions de francs CFA pour les marchés d'Etat et des établissements publics (...) et à dix millions de francs CFA pour les marchés des collectivités locales* ».

marchés exclus du code des marchés publics, pour les marchés des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier d'une personne publique ou bénéficiant d'une délégation de service public, il n'existe, en revanche, aucune précision de seuil financier les concernant²⁸.

Au regard des exceptions appliquées à certains marchés de l'Etat, des établissements publics et des collectivités locales, on peut en toute logique en déduire que la réglementation des marchés publics ne couvre pas l'ensemble des marchés des personnes morales de droit privé citées à l'article 3 du décret du 19 juin 2012. D'où l'intérêt de savoir à partir de quel seuil financier ces dernières sont-elles tenues de respecter les règles de passation des marchés publics? Ici, se pose donc, en pratique, un problème d'interprétation de l'article 7 du code des marchés publics.

Cette interrogation montre bien l'importance du rôle que devrait jouer la juridiction administrative non seulement dans le contrôle de la mise en œuvre des dispositions réglementaires relatives aux marchés publics, mais aussi dans la détermination de leur sens.

Malheureusement, la compétence de la juridiction administrative dans le contentieux relatif aux marchés publics n'est pas clairement affirmée.

En effet, comme le décret du 18 décembre 2002, le décret du 19 juin 2012 ne mentionne pas expressément la compétence de la juridiction administrative en matière de marchés publics.

Ce texte se borne, d'une part, à déterminer, de façon positive²⁹ les marchés dont la passation est obligatoirement soumise au code des marchés publics en raison de leur montant, et de façon négative ceux qui n'en relèvent pas en raison de leur objet ou du statut particulier de l'organisme public contractant³⁰. Il se contente, d'autre part, d'évoquer les sanctions (art.179-180) qui pourraient être prononcées par l'autorité de régulation des marchés publics, et, de façon évasive, l'éventuelle saisine des « juridictions compétentes »³¹. Quant à la nature administrative des marchés publics, elle n'est mentionnée dans aucune des dispositions du code.

Dans ces conditions, seul un rapprochement de ces dernières avec les clauses des différents contrats, d'une part, et le contenu des cahiers des clauses administratives générales ou particulières³², d'autre part, peut laisser présumer de la nature administrative des marchés publics. En effet, abstraction faite du statut public des autorités contractantes, les dispositions relatives à l'objet des marchés publics, aux cahiers des charges, aux pouvoirs de direction, de sanction³³, de modification³⁴ ou de résiliation³⁵ unilatérales de l'Administration laissent sous-entendre l'insertion de clauses exorbitantes du droit commun dans ces contrats de marchés, et partant leur caractère administratif³⁶.

²⁸ Décret du 19 juin 2012, art.7, alinéa 2.

²⁹Le décret du 18 décembre 2002 (art.3) retenait une énumération exclusive: « *Sont exclues du champ d'application du présent décret les prestations dont la valeur est inférieure à 30.000.000 CFA pour les marchés d'Etat et des établissements publics cités ci-dessus, et à 10.000.000CFA pour les marchés des collectivités locales* ».

³⁰ Décret du 19 juin 2012, art.4 et 5.

³¹ Décret du 19 juin 2012, art.178.

³²Décret du 19 juin 2012, art.57 et 127 ; art.129-131.

³³ Décret du 19 juin 2012, art.144 ; art.180-181.

³⁴ Décret du 19 juin 2012, art.142.

³⁵ Décret du 19 juin 2012, art.145 ; art.165-166.

³⁶En France, le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville, dans ses conclusions sur l'affaire *Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant* (C.E. Sect.19 janvier 1973, Rec.p.48), utilisa l'expression « mécanisme relationnel exorbitant » qui permettait de conclure au caractère administratif des contrats conclus entre les producteurs autonomes d'électricité et EDF (CJEG, 1973, p.239).

Mais ces faisceaux d'indices ne constituent qu'une simple présomption du caractère administratif des marchés publics, et partant de la compétence de la juridiction administrative. Laquelle est, en revanche, clairement affirmée par des textes extérieurs au code des marchés publics.

2. L'affirmation expresse de la compétence de la juridiction administrative par des textes situés à la périphérie du code des marchés publics

Au Gabon, le code des marchés publics ne contient aucune disposition précisant ni leur nature juridique ni la juridiction compétente en cas de litige, il faut nécessairement recourir à d'autres textes juridiques pour combler cette carence³⁷.

De manière indirecte, la compétence du juge administratif gabonais en matière de marchés publics peut être déduite de différents textes. Le premier indice significatif qui laisse supposer cette compétence juridictionnelle se trouve dans le code des juridictions administratives³⁸, en l'occurrence dans ses dispositions relatives aux compétences des juridictions administratives locales³⁹. En effet, l'article 16, alinéa 2 de la loi n°17/84 du 29 décembre 1984 dispose que « *sauf en matière de marchés publics et de contrats passés par les autorités locales (..), la compétence territoriale ne peut faire l'objet de dérogations (...)* »⁴⁰. Il s'agit ici de la compétence des sections administratives des tribunaux judiciaires, aujourd'hui érigées en tribunaux administratifs suite à la réforme de la justice de 1994.

Outre la loi n°17/84 du 29 décembre 1984, avant l'édiction du code des marchés publics de 2012, l'article 12 du décret n°1044/PR/MEFBP du 1er octobre 2003 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Commission nationale des marchés publics⁴¹ soulignait également la compétence de principe du juge administratif dans la matière des marchés publics⁴². Mais, contrairement à l'article 16, alinéa 2 du code des juridictions administratives qui traite du contentieux contractuel dans son ensemble, et affirme clairement la compétence de la juridiction administrative en matière de marchés publics, l'article 12 du décret du 1er octobre 2003 ne mentionnait que la compétence de celle-ci en matière de recours en annulation contre les décisions administratives d'approbation ou de non approbation des marchés publics. Autrement dit, sous le régime

³⁷ A titre de comparaison, les codes des marchés publics de la République Démocratique du Congo et du Cameroun sont également silencieux sur ces questions. Lire respectivement la loi n°10/010 du 27 avril 2010 et le décret n°2004/275 du 24 septembre 2004.

³⁸ Voir la loi n°17/84 du 29 décembre 1984 portant code des juridictions administratives au Gabon.

³⁹ Il s'agit des sections administratives des tribunaux judiciaires transformés en tribunaux administratifs lors de la réforme de la justice de 1994.

⁴⁰ L'autre élément qui, jusqu'en 2002, affirmait nettement la compétence de la juridiction administrative en matière de marchés publics est le décret n°416/PR du 18 mars 1985 portant réglementation des marchés administratifs de toute nature passés au nom de l'Etat, des collectivités locales, des offices et des établissements publics. En effet, l'article 79, alinéa 1^{er} de ce texte disposait que « *l'avis du comité consultatif (...) ne lie pas les parties qui ont la faculté de porter le litige devant la juridiction administrative compétente* ».

⁴¹ Placée sous l'autorité du premier ministre qui en assurait la présidence, la commission nationale des marchés publics était un organe de régulation et d'approbation (décret n°1044/PR/MEFBP du 1er octobre 2003). Elle était notamment chargée de « *connaître de tous les litiges non contentieux concernant les marchés de sa compétence* (approbation des marchés dont la valeur est supérieure ou égale à 500.000.000 F CFA) *et les litiges soulevés devant la direction générale des marchés publics n'ayant pas trouvé de règlement* » (art. 4).

Cette compétence est aujourd'hui dévolue à l'agence de régulation des marchés publics (Décret du 19 juin 2012, art.169-178).

⁴² Décret du 1er octobre 2003, art.12 : « *Les décisions de la commission nationale des marchés publics sont susceptibles de recours devant le juge administratif* ».

du décret du 1^{er} août 2003, seuls les recours en annulation contre les actes détachables des marchés publics étaient concernés⁴³.

Aujourd'hui, cet état du droit n'a pas véritablement changé. En effet, dans le décret du 19 juin 2012, la compétence de la juridiction administrative n'est expressément affirmée qu'en matière de recours contre les décisions prises aussi bien par la Direction Générale des Marchés Publics que par l'Agence de régulation des marchés publics⁴⁴. Cette dernière, créée par le décret du 19 juin 2012, est notamment chargée du « *règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution et du contrôle des marchés publics* »⁴⁵.

Même si la jurisprudence administrative nous enseigne que les actes d'approbation de contrats de personnes morales de droit public peuvent avoir pour objet la conclusion des contrats administratifs⁴⁶ ou celle de contrats de droit privé⁴⁷, il s'agit ici de marchés publics qui, en raison des règles particulières régissant leur conclusion et leur exécution, sont considérés comme des contrats administratifs.

La comparaison avec le Sénégal et la Côte d'Ivoire révèle que la réglementation des marchés publics au Gabon présente des similitudes et des différences avec le droit applicable dans ces deux pays. En effet, si les codes sénégalais⁴⁸ et ivoirien⁴⁹ des marchés publics consacrent expressément la nature administrative des marchés passés par des personnes morales de droit public, ils demeurent tout aussi vagues sur l'ordre juridictionnel compétent⁵⁰. Au Sénégal et en Côte d'Ivoire, ce sont respectivement le Code des obligations de l'Administration et le Code de procédure civile, commerciale et administrative qui attribuent, en premier ressort, le contentieux des contrats administratifs aux tribunaux de première instance⁵¹. Les sections du Conseil d'Etat connaissent, par la voie du recours en cassation, des décisions des cours d'appel et tribunaux relatives au plein contentieux. Mais elles sont compétentes en premier et dernier ressort de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités locales⁵².

Concernant le contentieux des marchés qui ne relèvent pas du code des marchés publics, au Gabon, en l'état actuel du droit, la difficulté de déterminer l'ordre juridictionnel compétent est bien réelle.

⁴³Sur cette question, voir C.E., 4 août 1905, *Martin*, Rec. p.749, G.A.J.A., n°16 ; C.E., 1^{er} octobre 1993, *Société Le Yacht Club international de Bormes-les Mimosas*, A.J.D.A., 1993, p.810.

⁴⁴Décret du 19 juin 2012, art.176 notamment.

⁴⁵Décret du 19 juin 2012, art.32.

⁴⁶C.E. Ass. 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, Rec. p.387, AJDA, 1996, p.973.

⁴⁷C.E., Sect. 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, Rec. p.430.

⁴⁸Cf. Décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics (art.4.8) : « *Les marchés publics sont des contrats administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé* ». Cette limitation serait justifiée par le fait que les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire évoluant dans le secteur concurrentiel, les contrats qu'elles passent demeurent des contrats privés.

⁴⁹Cf. Décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant code des marchés publics (art.2.1 ; art.166 ; 170).

⁵⁰Cf. Décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics (art.136) : « *Les litiges relatifs aux marchés constituant des contrats administratifs sont soumis aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux des contrats administratifs dans les conditions prévues par le Code des Obligations de l'Administration* ».

⁵¹Cf. Loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration, art.139 (modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006) ; loi n°72-833 du 21 décembre 1971 portant Code de procédure civile, commerciale et administrative.

⁵²Pour le cas du Sénégal, lire la loi organique n°96-30 du 21 octobre 1996 sur le Conseil d'Etat (modifiée par la loi organique n°99-72 du 17 février 1999).

B. Une compétence indéterminée pour les marchés non soumis au code des marchés publics

Si tout contrat n'est pas un marché, tout marché est avant tout un contrat. En conséquence, faute de contrat, il ne peut exister de marché. En partant du fait que certains marchés ne relèvent pas du code des marchés publics, se pose le problème de la qualification juridique de ces derniers. Suffirait-il qu'un marché soit conclu en dehors des règles du code des marchés publics pour se voir reconnaître un régime de droit privé ? On peut en douter⁵³.

En ce qui concerne le droit positif gabonais, l'interrogation porte sur la nature des marchés exclus du champ d'application du code des marchés publics (articles 4, 5 et 7 du code de 2012 ; article 4, alinéa 1^{er} du code de 2002). A ce sujet, en 1987, Max REMONDO faisait observer, d'une part, l'absence de jurisprudence affirmant de manière explicite les critères des contrats administratifs et, d'autre part, les lacunes du droit positif sur la définition du contrat administratif⁵⁴. En 1994, le Professeur Guillaume PAMBOU TCHIVOUNDA faisait le même constat⁵⁵. Il relevait la réception implicite par le juge administratif gabonais des critères organique et matériel des contrats administratifs dégagés par le Conseil d'Etat en France.

Aujourd'hui, la jurisprudence semble avoir connu une certaine évolution⁵⁶. En effet, lorsqu'il est, à de rares occasions, amené à se prononcer sur la responsabilité contractuelle de l'Administration, le juge administratif gabonais se limite à rappeler la catégorie de contrat administratif (marché ou concession) objet du litige sans en préciser la nature juridique⁵⁷. Mais, de manière singulière, le Conseil d'Etat gabonais a déjà eu à préciser les divers critères du contrat administratif, en l'occurrence la participation d'un organisme public, l'exécution d'une mission de service public et la présence de clauses exorbitantes du droit commun⁵⁸.

Cette tendance jurisprudentielle recoupe la doctrine qui s'accorde sur l'influence du droit français sur celui des Etats africains francophones⁵⁹, sur l'influence de la jurisprudence du Conseil d'Etat français sur celle des juridictions administratives

⁵³ Dans le droit français, lire par exemple l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

⁵⁴ M. REMONDO, *Le droit administratif gabonais*, LGDJ, 1987, p.163.

⁵⁵ G. PAMBOU TCHIVOUNDA, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, Ed. Pédone, 1994, pp.395-396 (observations sous Chambre Administrative (C.A.) de la Cour Suprême, 25 mars 1983, *DJIARA*, Répertoire n°31 ; Chambre Administrative (C.A.) de la Cour Suprême, 22 juillet 1983, *KOUSSADJI-ETHO*, Répertoire n°79).

⁵⁶ Sur ce point, l'inexistence de recueils de décisions de justice doublée d'une réelle difficulté d'accès aux répertoires des juridictions incite à la réserve dans la mesure où l'on ne peut prétendre connaître l'ensemble des décisions rendues par le Conseil d'Etat, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs.

⁵⁷ Tribunal Administratif de Libreville, 25 avril 2007, *Société Garantie Voyage Gabon c./ Mairie de Libreville*, Répertoire n°24/2006-2007 : à propos de la résiliation d'un contrat de concession.

⁵⁸ CE, 3 avril 2002, *Mveh Allogho c./Centre d'Appui Technique à A l'Hévéaculture (CATH)*, Répertoire n°6/2001-2002 : à propos de la nature d'un contrat liant un agent en détachement à un établissement public administratif.

⁵⁹ D. ABARCHI, « Problème des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n°842, 2003, pp.88-105 ; J-M. BIPOUN-WOUM, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n°3, 1972, pp.359-388 ; G. CONAC, « Les politiques juridiques des Etats d'Afrique francophone au lendemain des indépendances », *Mélanges en l'honneur de Gustave PEISER*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp.141-161 ; G. LANGROD, « Genèse et conséquence du mimétisme administratif en Afrique », *Revue internationale de science administrative*, n°2, 1973, pp.119-132.

africaines⁶⁰ ou encore sur le constat selon lequel le régime des contrats administratifs est partagé entre le droit écrit et le droit jurisprudentiel⁶¹. A cet effet, dans le cadre du Gabon, l'on note que les solutions juridictionnelles françaises inspirent utilement le juge administratif gabonais.

Sur ce point, pour faire l'économie des solutions jurisprudentielles françaises, il convient, d'une manière générale, de relever que depuis des décennies, l'analyse de la jurisprudence administrative contractuelle met en lumière les différentes incertitudes qui caractérisent le problème de la détermination du régime juridique applicable aux contrats de l'Administration⁶², et partant de la juridiction compétente en cas de litige. Et pour savoir si un marché exclu du champ d'application du code des marchés publics est de droit public ou de droit privé, il faut se référer à cette jurisprudence à propos de laquelle il convient de souligner qu'elle est évolutive et d'interprétation délicate⁶³. En effet, tout en tenant compte de la qualité des contractants, le juge administratif s'inspire à la fois des critères tirés de la clause⁶⁴ ou du régime⁶⁵ exorbitants du droit commun et du service public⁶⁶ pour déterminer le régime juridique public ou privé d'un contrat⁶⁷. Et le recours à ces différents indices reste d'actualité. Il y a quelques années, rendant cette jurisprudence encore plus compliquée, la Cour administrative d'appel de Paris a affirmé que les contrats passés en application des règles du code des marchés publics peuvent être qualifiés de contrats privés, lorsqu'ils sont conclus par des entités qui n'y sont pas soumises⁶⁸.

Tous ces exemples montrent qu'il est très difficile de savoir, lorsque l'on est en présence d'un contrat conclu par l'Administration, si celui-ci est administratif ou s'il est de droit commun.

⁶⁰ D. DARBON, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative en Afrique », *Afrique contemporaine*, n°156, 1990, pp.240-246 ; J. VANDERLINDEN, « A propos de la création du droit en Afrique », in *La création du droit en Afrique* (dir. D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON), Karthala, 1997, 496 pages (pp.11-40).

⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 13^{ème} éd., 1999, n°1360, p.1137.

⁶² J-F. PREVOST, « A la recherche du critère du contrat administratif (La qualité des contractants) », R.D.P., 1971, pp.817-842 ; P. WEIL, « Le critère du contrat administratif en crise », in *Mélanges offerts à Marcel WALINE*, LGDJ, 1974, pp.831-848.

⁶³ S. CLAMENS, « La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel », <http://www.rajf.org>, (pp.1-11), p.7 : « La notion comme le régime du contrat administratif ne paraissent pas présenter de particularismes suffisamment forts pour justifier la répartition actuelle des compétences entre les deux ordres de juridiction. Les critères de qualification du contrat administratif reposent sur une analyse matérielle qui n'a jamais vraiment réussi à établir une claire distinction avec les contrats de droit privé ».

⁶⁴ G. VEDEL, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE. L'évolution du droit public*. Sirey, 1956, p.527.

⁶⁵ C.E. Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. p.48 ; A.J.D.A., 1973, p.358 ; T.C., 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation et Société NERSA*, Rec. p.400 ; C.J.E.G., 1994, p.86.

⁶⁶ C.E. Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, G.A.J.A., 16^{ème} éd., 2007, n°74 ; C.E. Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard*, G.A.J.A., op.cit.

⁶⁷ CAA, Paris, 18 décembre 2007, *Société Grenke Location*, req. n°07PA01039 (inédit) : « Considérant (...) que, contrairement à ce que soutient la société requérante, ce contrat n'a pas été conclu en application du code des marchés publics ; qu'il ne faisait pas davantage participer la personne privée contractante à l'exécution du service public et ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun (...) ».

⁶⁸ CAA, Paris, 5 décembre 2006, *Société F2 Eaux Concept*, req. n°04PA02610 (inédit). Dans cette affaire, la Cour administrative d'appel de Paris a estimé qu'est un contrat de droit privé, relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, un marché passé par une société d'économie mixte pour son propre compte conformément « aux principes de publicité, de mise en concurrence et d'exécution prévus par le code des marchés publics (...) ». Ainsi, le fait que ce contrat ait été conclu par référence au code des marchés publics ne suffit pas à lui conférer un caractère administratif.

Au Sénégal, pour échapper à cette incertitude juridique, le législateur a formellement opéré le choix d'adopter les critères des contrats initialement dégagés par le juge administratif français. L'article 5 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration dispose que « *les conventions conclues par une personne morale de droit public avec une personne privée ou avec une 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* ». Et les conditions auxquelles fait référence l'article 5 sont précisées dans les articles 8 à 15. Il s'agit de la présence au contrat d'une personne morale de droit public ou d'une personne privée agissant pour son compte (art.8-9), de la participation du cocontractant de l'Administration à l'exécution du service public (art.10-11) et de l'existence de clauses exorbitantes du droit commun (art.12-15).

Dans le cas spécifique du Gabon où aucune disposition légale ou réglementaire ne précise la nature des contrats soumis ou non soumis au code des marchés publics, il est impérieux, en tenant compte des critères dégagés par le juge administratif local, que soient précisées par les textes aussi bien la nature juridique des divers marchés que les juridictions compétentes.

La validité d'une compétence juridictionnelle ne réside pas exclusivement dans sa consécration par les textes, mais également dans l'effectivité de sa mise en œuvre. Au Gabon, l'analyse de la jurisprudence montre que le rôle de la juridiction administrative dans le contentieux des marchés des personnes morales de droit public ou des personnes morales de droit privé relevant de manière directe ou indirecte d'une personne publique ne doit pas être surestimé. En effet, le bilan qui se dégage révèle très clairement la part insignifiante du contentieux relatif aux contrats administratifs et aux marchés publics ainsi que le caractère dérisoire du rôle du juge administratif dans cette matière.

II. UN JUGE PEU SOLLICITE

Le contentieux des marchés des personnes publiques est un contentieux très pauvre aussi bien par le nombre de recours juridictionnels, par le contenu des rares décisions rendues que par les moyens de recours qu'il offre aux cocontractants de l'Administration.

La faible quantité de décisions juridictionnelles se rapportant au contentieux contractuel administratif, en général, et aux marchés publics, en particulier, est un indice révélateur des limites du rôle que joue le juge administratif (A). Cette situation est due, en partie, à un contexte social, politique et administratif peu propice à l'émergence d'un contrôle juridictionnel effectif des marchés des personnes publiques (B).

A. Le rôle limité du juge administratif en matière de contrôle de marchés des personnes publiques

De la passation à l'exécution des marchés publics, les cocontractants de l'Administration disposent, en cas de besoin, de diverses voies de recours juridictionnels: l'action en nullité, l'action en annulation, l'action en réparation, etc. Ces voies sont malheureusement très peu empruntées.

Pourtant l'Etat et les autres personnes morales de droit public entreprennent quotidiennement de nombreux travaux d'infrastructures et d'équipement (immeubles, routes, réseaux de distribution d'eau et d'électricité, etc.). Ce qui donne lieu à la signature de nombreux marchés de travaux publics, de fournitures et de services. Cette intense activité contractuelle contraste avec le faible niveau de développement du contentieux des

marchés publics. En effet, à l'inverse du contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration⁶⁹, on relève que le contentieux contractuel, en général, est peu présent devant le prétoire du juge administratif gabonais. Quant au contentieux relatif aux marchés publics, notamment ceux de l'Etat et de ses établissements publics, il reste marginal.

L'examen des affaires dont le juge administratif a eu à connaître permet de dégager une série de questions de droit posées à ce dernier (1) et révèle une politique jurisprudentielle ambivalente (2).

1. Les questions de droit soumises au juge administratif

A ce jour, de l'analyse des décisions rendues par le juge administratif gabonais, il ressort une quasi absence du contentieux de la passation des marchés publics et un contentieux de l'exécution essentiellement constitué de demandes de paiement de créances et de réparation au titre de dommages et intérêts. En effet, le juge administratif n'a été saisi que pour connaître de quelques rares litiges liés à l'exécution, au règlement⁷⁰ et à la résiliation des marchés. Notons aussi qu'il a rendu quelques décisions relatives à la modification unilatérale de marchés conclus par les collectivités locales⁷¹. Sans être qualifiés comme tels par le juge administratif, les conventions servant de fondement à la démarche des requérants, peuvent être considérés comme des marchés au regard des critères juridiques retenus par la doctrine⁷² et la jurisprudence⁷³.

Toutefois, en tenant compte des seuils financiers auparavant fixés par le code gabonais des marchés publics de 2002 (article 4, alinéa 1^{er} du Code du 18 décembre 2002), la plupart des litiges tranchés jusqu'ici par le juge administratif rentraient dans la catégorie des marchés exclus du champ d'application de ce texte. Par ailleurs, l'activité de la juridiction administrative gagnerait en visibilité et sa jurisprudence aurait un caractère substantiel si cette dernière était fréquemment saisie de recours relatifs au contrôle de la régularité des marchés publics conclus par l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. Actuellement, il n'en est rien

On est donc en présence d'un contentieux marginal. En effet, le nombre réduit de décisions juridictionnelles d'une part, le type de questions de droit soulevées à l'origine de

⁶⁹ S. KWAHOU, *La justice administrative au Gabon. Essai sur l'exercice de la fonction juridictionnelle en matière administrative*, thèse, Rouen, 2004, pp.226 et s.

⁷⁰Cour Administrative Ass. 27 février 1998, *Gapresse International c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°22: renvoi devant la section administrative du Tribunal de première instance de Port-Gentil (à propos du non paiement de fournitures et de prestations de services par le Gouvernorat de la province de l'Ogooué Maritime).

Cour Administrative Ass. 23 juin 2000, *Toung Owono c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°37 (renvoi devant la section administrative du Tribunal d'instance d'Oyem : à propos du non règlement d'un contrat de livraison d'aliments conclu entre la direction de la prison d'Oyem et le demandeur).

CE, 28 mai 2010, *Etablissement Roc Séculaire c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°26/09-10 ; CE, 25 juin 2010, *Société Batimaq c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°31/09-10 (rejets de demandes de paiement de commandes et de dommages et intérêts).

⁷¹T.A. Libreville 24 avril 2002, *Société African Trivision c./ Mairie de Libreville*, Répertoire. n°9 (à propos d'une demande de sursis à exécution d'une décision unilatérale de résiliation de contrat).

T.A. Libreville 3 décembre 2002, *ENGACOCI c./ Mairie d'Owendo*, Répertoire. n°3 (sanction de l'usage abusif du pouvoir de modification unilatérale des contrats).

⁷² L. RICHER, *op.cit.*, p.375 ; p.471.

⁷³Il s'agit, à titre principal, du paiement d'un prix par la personne publique. Malgré un certain assouplissement de la jurisprudence, en France, le mode de rémunération du cocontractant demeure un élément clé de la distinction entre les marchés et les conventions de délégation de service public (CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais*, Rec. p.230 ; AJDA, 1999, p.714).

ces décisions, d'autre part, sont loin de recouvrir l'ensemble ni même la majorité de points de droit relatifs aux marchés publics. Autrement dit, il serait souhaitable que le juge administratif gabonais soit, à l'avenir, saisi de recours plus diversifiés se rapportant à la passation des marchés publics plus importants et précisant clairement la nature administrative de ces derniers.

Toutefois, en dépit de cet état de fait, et du nombre limité des décisions déjà rendues, il se dégage une politique jurisprudentielle ambivalente.

2. Une politique jurisprudentielle ambivalente

En matière de contentieux des marchés publics, la jurisprudence administrative gabonaise se caractérise par une double tendance : l'exigence du respect de la réglementation en vigueur par l'Administration et ses cocontractants et, de manière paradoxale, une certaine légitimation de pratiques contraires aux textes.

De manière assez précise, le code des marchés publics détermine les règles de procédure et de fond qui régissent la conclusion des marchés de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics. Au titre de ces règles, figure notamment celle relative à la forme écrite du contrat.

L'examen de la jurisprudence révèle que le juge administratif gabonais exige le respect de cette règle dans certains cas, mais feint de l'ignorer dans de nombreux autres, préférant focaliser son attention sur d'autres éléments attestant de l'engagement des parties et du respect de leurs obligations respectives.

Dans un arrêt en date du 28 mai 2010⁷⁴, le Conseil d'Etat, entre autres motifs de rejet, affirme que « la législation en vigueur en matière d'exécution de la dépense publique exige une commande (convention) de l'Etat, une facture proforma, des factures certifiées et surtout un procès verbal de réception des travaux ; ».

En revanche, dans quelques décisions, le Conseil d'Etat semble poser la règle selon laquelle l'absence de preuve formelle consacrant l'engagement des parties ne constitue pas un obstacle sur la détermination de leurs obligations respectives. Comme dans la jurisprudence *Epoux Bertin* du Conseil d'Etat français⁷⁵, le juge administratif gabonais semble admettre la validité du contrat verbal. Telle est l'interprétation que l'on peut tirer d'une série de décisions récemment rendues par cette haute juridiction administrative⁷⁶. En effet, dans ces décisions, le juge s'appuie de manière récurrente sur un ensemble d'éléments de preuves non seulement pour établir l'existence de l'engagement juridique des parties, mais aussi pour déterminer la valeur et la justification de leurs prétentions.

Les décisions rendues, bien qu'isolées, sont révélatrices des pratiques contractuelles locales et de la propension des autorités administratives à contourner les textes, ou à tenter de les contourner.

Le faible nombre des recours contentieux et les orientations jurisprudentielles ci-dessus décrites ne sont pas sans lien avec un environnement institutionnel où les cocontractants de l'Etat préfèrent, en cas de litige, recourir à des médiations parallèles plutôt que saisir les tribunaux. Ajoutées aux mécanismes de règlement amiable des

⁷⁴ CE, 28 mai 2010, *Etablissement Roc Séculaire c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°26/09-10.

⁷⁵ CE, Sect. 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, Rec.167.

⁷⁶ CE, 29 janvier 2010, *Agbo Aimé Calixte c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°05/09-10 ; CE, 25 juin 2010, *Linza Construction c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°32/09-10 ; CE, 25 juin 2010, *Ethogo Ndong Gabriel c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°33/09-10 ; CE, 25 juin 2010, *Gabonaise de Menuiserie et Bâtiment c./ Etat Gabonais*, Répertoire n°34/09-10.

différents, ces médiations considérées comme des remèdes contre les dysfonctionnements et la lenteur de la justice neutralisent, en fin de compte, le contrôle juridictionnel des marchés des personnes morales de droit public.

B. La neutralisation du contrôle juridictionnel des marchés des personnes morales de droit public

Au regard de l'importance qu'elles donnent à la procédure administrative dans le règlement des litiges, de nombreuses dispositions du code des marchés publics entraînent inéluctablement une limitation de la mise en œuvre du contrôle juridictionnel de ces marchés. Outre ces facteurs de neutralisation d'ordre juridique (1), l'action du juge administratif gabonais dans ce domaine est également conditionnée par des facteurs extra-juridiques (2).

1. Les éléments de neutralisation d'ordre juridique

Parallèlement à des recours administratifs préalables obligatoires favorables à la célérité des règlements des litiges à l'amiable, on relève, en matière contractuelle, des procédures juridictionnelles inadaptées.

a) Les recours administratifs préalables obligatoires

Les réglementations relatives aux marchés publics de la quasi-totalité des Etats d'Afrique noire francophone posent le régime selon lequel les litiges nés à l'occasion des marchés publics peuvent faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité contractante et de tout autre organe administratif compétent ou auprès des établissements publics chargés du contrôle et de la régulation des marchés publics⁷⁷. Et c'est seulement en cas d'échec que la juridiction compétente peut être saisie.

Dans le cas spécifique du Gabon, en remplacement des articles 114 à 119 de l'ancien code des marchés publics de 2002, les articles 169 à 178 du code du 19 juin 2012 imposent aux cocontractants de l'Administration, en cas de contestation des décisions d'attribution ou en cas de litiges survenant en cours d'exécution des marchés publics, l'épuisement de toutes les voies de recours non contentieux avant la mise en œuvre de recours juridictionnels (art.178)⁷⁸. Dans le code de 2002, en plus des hypothèses de règlement amiable des contestations par le biais des recours gracieux et hiérarchiques, les articles 116 et 117 mentionnaient expressément le pouvoir décisionnel du Comité de

⁷⁷ A propos des pays qui ont institué une autorité de régulation des marchés publics, cf. Décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics de la République du Cameroun (art.154 ; 160) ; décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics de la République du Sénégal (art.135 ; 137 et s.) ; décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant code des marchés publics de la République de Côte d'Ivoire (art.168) ; décret n°0254/PR/MEEDD portant code des marchés publics de la République Gabonaise (art.169 et s.).

⁷⁸ A titre de comparaison, dans le droit positif camerounais, en matière de marchés publics, il est fait état de tentative de règlement amiable, pour souligner, de manière ambiguë, le caractère facultatif des recours précontentieux (décret n°2004/275 du 24 septembre 2004 portant code des marchés publics abrogeant le décret n°95/101 du 9 juin 1995 portant réglementation des marchés publics, art. 91). Il en est de même dans le code sénégalais des marchés publics (décret n°2007-545 du 25 avril 2007, art.135).

En revanche, en Côte d'Ivoire, la juridiction compétente ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours non juridictionnels (décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant code des marchés publics, art.166 ; 170).

règlement des différends établi auprès de la Direction générale des marchés publics⁷⁹. Ce comité dont la saisine était obligatoire, en cas de contestation des décisions d'attribution ou de litiges nés de l'exécution des marchés publics, était habilité à rendre des décisions exécutoires susceptibles de recours juridictionnels. C'était le cas également des décisions rendues par la Commission nationale des marchés publics en ce qui concerne les marchés relevant « de sa compétence et les litiges soulevés devant la Direction générale des marchés publics n'ayant pas trouvé de règlement »⁸⁰.

Il ressortait ainsi de plusieurs dispositions du code de 2002 que de nombreux litiges étaient susceptibles d'être résolus par des voies non juridictionnelles⁸¹. Par conséquent, la juridiction administrative ne pouvait être saisie par les requérants qu'après épuisement ou échec de celles-ci⁸².

Le nouveau code des marchés publics reprend cet état du droit. En effet, aux termes des dispositions des articles 177 et 178 de ce code, les candidats aux marchés publics et les titulaires des marchés publics doivent préalablement introduire leurs recours devant l'autorité administrative contractante puis, le cas échéant, devant l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP) avant toute saisine des juridictions compétentes.

L'instauration d'un dispositif de contrôle administratif préalable obligatoire traduit ainsi la volonté des pouvoirs publics de privilégier le règlement amiable par rapport à la résolution par voie juridictionnelle. Regardé comme un tiers indépendant, le juge administratif se trouve quelque peu retardé de jouer son rôle d'arbitre dans les relations contractuelles entre l'Administration et ses cocontractants. Ce choix en faveur du règlement administratif des différends assigne au juge administratif un rôle secondaire dans le contentieux des marchés publics.

Sur un plan pratique, il reste difficile de mesurer la portée du contrôle non juridictionnel des marchés publics⁸³. En effet, à l'instar de l'ancien code de 2002 (art.128, al.3), si le nouveau code des marchés publics prévoit la publication périodique par l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP) d'une liste de soumissionnaires

⁷⁹Dans le décret du 18 mars 1985 portant code des marchés administratifs, la saisine du Comité consultatif n'était qu'une simple faculté (art.77, al.1^{er}) et ses avis ne liaient pas les parties (art.79, al.1^{er}).

⁸⁰Décret n°1044/PR/MEFBP du 1^{er} octobre 2003 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des marchés publics (art.4 et 12). Outre, sa participation consultative à l'examen préalable des dossiers de présélection et d'appel d'offres (art.120 et 121), la Direction générale des marchés a pour mission générale de constater et de faire sanctionner les pratiques altérant le jeu de la concurrence, et partant le traitement égal des candidats

⁸¹ CE, 26 mars 2010, *Epicerie du Pétrolier c/ Etat Gabonais*, Répertoire n°14/2009-2010. Arrêt prenant acte de l'arrangement intervenu entre l'Etat et son cocontractant à propos des factures de livraisons alimentaires aux centres universitaires de Libreville et de Port-Gentil : « (...) *Les parties ont expressément et irrévocablement transigé leur litige, mettant ainsi fin à leur différend ; qu'il y a lieu de prendre acte de cet arrangement et de constater l'extinction de l'action et de l'instance* ».

⁸²On peut remarquer que cette procédure déroge sur certains points à la procédure administrative contentieuse de droit commun. L'article 50, alinéa 2, de la loi n°17/84 du 29 décembre 1984 portant code gabonais des juridictions administratives n'impose pas aux requérants la formation préalable de recours administratifs gracieux ou hiérarchiques en matière de travaux publics.

Par ailleurs, l'insertion exclusive de ce régime particulier dans un texte de nature réglementaire soulève une interrogation quant à sa légalité. La procédure administrative contentieuse relève-t-elle du domaine de la loi ou de celui du règlement? L'article 47 de la Constitution, hormis la procédure pénale, ne mentionne pas la procédure administrative contentieuse au titre des matières relevant du domaine de la loi. Mais certains textes nous permettent d'affirmer que l'énumération du texte constitutionnel n'est pas exhaustive et que la procédure administrative contentieuse relève bien du domaine de la loi. Outre la loi de 1984, l'article 9 de la loi organique n°5/2002 sur le Conseil d'Etat dispose que : « *la procédure applicable en matière administrative est fixée par la loi* ».

⁸³ M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1970, p.203 : à propos des interrogations, certes datées, de l'auteur sur le contenu et l'efficacité de l'action des comités consultatifs de règlement amiable des litiges en matière de marchés de travaux publics.

indélicats inéligibles à la commande publique (art.182), il ne mentionne nulle part l'obligation pour le même organisme administratif de présenter et publier son bilan d'action concernant ses attributions aussi bien consultatives que contentieuses⁸⁴.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement que le contrôle non juridictionnel des marchés publics occupe une place prépondérante au Gabon et que le recours à la juridiction administrative reste une procédure exceptionnelle, manœuvrée avec une grande prudence par les partenaires de l'Administration⁸⁵. En effet, la stratégie retenue consiste à privilégier la concertation comme mode de règlement des éventuels rapports conflictuels ; le recours au juge administratif, considéré comme solution ultime, apparaissant généralement comme un échec de la relation contractuelle. Cette interprétation du dispositif juridique en vigueur est d'autant plus vraie qu'en matière contractuelle, il n'existe, en droit gabonais, aucun moyen juridique permettant de saisir le juge administratif de manière rapide et préventive.

b) *L'inadaptation des procédures juridictionnelles*

Comme l'affirme Laurent RICHER, « il n'est, par exemple, guère utile qu'un tribunal administratif annule la décision d'attribuer un marché de fourniture un ou deux ans après que ce marché a été exécuté. Pour être vraiment efficace, le recours doit être préventif et l'intervention du juge plus rapide »⁸⁶. En matière de contentieux des marchés publics, il n'existe dans le droit positif gabonais aucun moyen juridique rapide et préventif susceptible de permettre au juge administratif de contrôler efficacement le respect par la personne publique des règles de publicité et de mise en concurrence avant ou après la signature d'un contrat.

⁸⁴ A titre de comparaison, en Côte d'Ivoire, les décisions rendues en matière contentieuse par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics font l'objet de publication dans le journal des marchés publics et sont consultables sur le portail du ministère des finances (2010 : 3 décisions ; 2011 : 13 décisions). Source : <http://www.dmp.finances.gouv.ci>.

⁸⁵ Outre les recours portés devant les juridictions étatiques, dans le cadre du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) signé le 17 octobre 1993 à Port Louis, les cocontractants de l'Administration ont également la possibilité de saisir un tribunal arbitral. En effet, l'article 2, alinéa 2 de l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif à l'arbitrage a procédé à un élargissement du champ matériel de l'arbitrage relativement aux personnes publiques et aux marchés dans lesquels elles sont impliquées en disposant sans équivoque que « *Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ». Les Actes uniformes étant directement applicables et obligatoires dans les Etats (article 10 du traité), l'on peut observer que le recours aux juridictions arbitrales remet en cause la prépondérance de la juridiction administrative dans les litiges contractuels auxquels les personnes publiques sont parties.

Dans le respect des dispositions susmentionnées, le recours à une juridiction arbitrale est expressément formulé par l'article 171 du code des marchés de la République de Côte d'Ivoire (Décret n°2009-259 du 6 août 2009).

En droit français, dans le prolongement de la doctrine (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, rééd., L.G.D.J., 1989, 2^{ème} éd., T.II, p.152), le Conseil d'Etat a souvent confirmé le principe de l'interdiction de l'arbitrabilité des litiges administratifs (CE, Avis, 6 mars 1986, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p.175, Obs. D. Labetoulle). Quelques dérogations sont néanmoins admises par la loi, soit en référence à des litiges (marchés de l'Etat et des collectivités territoriales), soit en rapport avec l'activité de certaines personnes publiques ou de certains établissements publics spécifiquement désignés (La Poste, la SNCF, EDF-GDF), soit dans le cadre des litiges mettant en cause des règles du commerce international.

⁸⁶ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 2004, p.162.

A titre de comparaison avec le droit positif français, on peut mentionner les exemples du référé précontractuel, du recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé et du référé contractuel.

Le référé précontractuel a été introduit dans le droit positif français⁸⁷ sous l'impulsion du droit communautaire⁸⁸.

En matière contractuelle, au titre des procédures d'urgence, du fait de la lenteur de l'instance judiciaire, le référé précontractuel a été institué aux fins de donner une satisfaction rapide aux entrepreneurs écartés illégalement de la procédure de passation des marchés et de moraliser le secteur des marchés publics et de la délégation de service public⁸⁹.

Dans le cadre de cette procédure, le juge compétent est le président du tribunal administratif saisi ou un magistrat qui le remplace. La saisine, qui doit se faire avant la conclusion du contrat, vise à amener le juge administratif à obliger par différents moyens l'autorité en charge de la passation du contrat à se conformer aux règles qui lui sont applicables, en l'occurrence les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics. Le juge administratif a des attributions importantes⁹⁰. Il peut, d'abord, enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'à la fin de la procédure. Ensuite, il peut inviter la personne publique à se conformer à la législation, comme il peut suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Enfin, il peut annuler les décisions et supprimer les clauses qui ne respectent pas la législation.

Dans sa décision *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* du 16 juillet 2007, le Conseil d'Etat français a créé de façon purement prétorienne un nouveau recours ouvert à certains tiers au contrat⁹¹. Dans cette décision, la Haute juridiction a admis la recevabilité d'un recours de plein contentieux, ouvert aux seuls concurrents évincés, en reconnaissant au juge saisi « une ample panoplie de moyens pour combattre les illégalités et en réduire les conséquences » : résiliation du contrat attaqué, modification de certaines clauses, paiement des indemnités en réparation des droits lésés⁹².

Comme pour le référé précontractuel, le référé contractuel⁹³ vise à sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence imposées à la

⁸⁷ Les lois du 4 janvier 1992 et du 29 décembre 1993 ont introduit cette procédure simple et rapide codifiée aux articles L.551-1 et 551-2.

⁸⁸ Cf. Directives européennes n°89-665 du 21 décembre 1989 et n°92-13 du 25 février 1992 reproduites aux articles L.551-1 et L.551-2 du code des juridictions administratives.

⁸⁹ Ch. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, 8ème éd., Economica, 2007, p.673 et s.; D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 5ème éd., Litec, Coll. Pratique professionnelle, 2003, p.191; J. MARTIN, « L'élaboration du régime du référé précontractuel par le juge administratif », *Dalloz*, 2005, p.2732.

⁹⁰ L. RICHER, *op.cit.*, p.164; C. LUCAS DE LEYSSAC, « Le juge, l'urgence et la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA. Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p.221.

⁹¹ F. MODERNE, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence. A propos de l'Arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* », *RFDA*, 2007, n°5, pp.917-922; D. POUYAUD, « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », note sous Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, *RFDA*, 2007, n°5, pp.923-934; P. CASSIA, « Le nouveau recours contre le contrat : questions périphériques de procédure contentieuse », *AJDA*, n°36, 2007, pp.1964-1973.

⁹² F. MODERNE, article précité, p.918.

⁹³ Ce recours est le résultat de la transposition en droit français (Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique) d'une directive européenne en date du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours

passation des marchés. Cependant, à la différence du référé précontractuel, le référé contractuel s'exerce après la signature du contrat. Cette procédure est ouverte à toute personne ayant un intérêt à conclure le contrat et susceptible d'avoir été lésé par les manquements invoqués, ainsi qu'aux autorités de tutelle s'agissant notamment des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public.

Sans anticiper ou exagérer sur leur portée pratique, l'institution dans le droit positif gabonais de recours ci-dessus décrits pourrait faciliter la saisine et l'intervention du juge administratif dans le contentieux des marchés publics. En effet, malgré l'existence de recours administratifs préalables obligatoires, la mise en œuvre de cette procédure d'urgence viendrait renforcer le contrôle juridictionnel des marchés publics.

Cependant, en espérant une évolution législative orientée vers l'accroissement des pouvoirs du juge administratif, compte tenu de ce qui précède, l'on peut affirmer qu'en matière de contentieux des marchés publics, le juge administratif est réduit à un rôle de second plan. Cette situation est aggravée par un environnement socioculturel peu propice au développement du contentieux des marchés publics, en raison de certains facteurs extra-juridiques qu'on y rencontre.

2. Les facteurs de neutralisation extra-juridiques

Une analyse strictement institutionnelle ne suffit pas à rendre compte du fonctionnement de l'Administration en Afrique francophone subsaharienne. Ce constat du Professeur Alain Serge MESCHERIAKOFF⁹⁴ met en exergue la difficulté d'appréhender une institution, politique ou administrative en Afrique, sans tenir compte des facteurs complexes qui influencent son fonctionnement.

La corruption est ainsi une des réalités de l'Administration gabonaise. En effet, selon les différents rapports annuels publiés par l'organisation non gouvernementale *Transparency International*, le Gabon occupe un rang peu enviable parmi les pays les plus corrompus du monde⁹⁵. Certes, quelques réformes institutionnelles ont été entreprises dans le cadre de la lutte contre la corruption : il s'agit notamment de l'érection de la Direction générale du contrôle d'Etat en Ministère du contrôle d'Etat et l'organisation de la lutte contre la corruption et l'enrichissement illicite⁹⁶ d'une part, de la création de la Commission nationale de lutte contre l'enrichissement illicite⁹⁷ d'autre part. Mais aucune de ces réformes n'a jusqu'à présent permis des changements significatifs. Sur ce point, il convient de souligner que la lutte contre la corruption est avant tout tributaire de la moralité des agents dépositaires de l'autorité de l'Etat et la seule création institutionnelle ne saurait suffire à éradiquer ce fléau.

en matière de passation des marchés publics. Ce recours est codifié aux articles 551-13 à 551-23 du code de justice administrative.

⁹⁴A-S. MESCHERIAKOFF, « L'ordre patrimonial : essai d'interprétation du fonctionnement de l'administration d'Afrique francophone subsaharienne », *Revue Française d'Administration Publique*, n°42, 1987, pp.323-351, p.323.

⁹⁵En 2004, 2005, 2007, 2008, 2011 et 2012, les rapports annuels de l'ONG *Transparency International* sur la corruption classent respectivement le Gabon aux 74^{ème}, 88^{ème}, 84^{ème}, 96^{ème}, 100^{ème} et 102^{ème} rangs des pays les plus corrompus du monde loin derrière des Etats africains comme le Botswana (31^{ème}/2004 ; 30^{ème}/2012), la Tunisie (39^{ème}/2004), l'Afrique du Sud (44^{ème}/2004). Source : <http://www.transparency-france.org>.

⁹⁶Décret n°501/PR/MCEILPLC du 1^{er} août 2002 portant attributions et organisation du ministère du contrôle d'Etat, des inspections, de la lutte contre la pauvreté et de la lutte contre la corruption (redevenu direction générale en 2010).

⁹⁷Loi n°2/2003 du 2 juin 2003 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission nationale de lutte contre l'enrichissement illicite.

Dans les services publics, plusieurs facteurs concourent à cette situation préoccupante.

Il s'agit d'abord de l'opacité et de la complexité des règles qui régissent l'Administration, lesquelles, par voie de conséquence, empêchent les citoyens de connaître exactement leurs droits. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant de voir certaines personnes renoncer aux procédures administratives en vigueur pour rechercher des moyens non conventionnels susceptibles de les aider à résoudre plus facilement leurs différends avec l'Administration⁹⁸.

Il s'agit ensuite du sentiment de peur que les autorités administratives continuent d'inspirer aux usagers du service public comme aux cocontractants de l'Administration. Ce sentiment qui est la conséquence logique des traumatismes subis à l'époque de la dictature des régimes monopartisans suffit pour dissuader les personnes lésées par l'Administration d'intenter un procès contre elle.

Il s'agit enfin des pratiques d'intermédiation qui sont courantes au Gabon et qui ont pour conséquence de détourner des prétoires des juges les personnes confrontées à quelques difficultés dans leurs rapports avec l'Administration. Les personnes préfèrent en effet saisir, de façon informelle, soit les dépositaires de l'autorité de l'Etat (autorités politiques ou administratives), soit des particuliers qui disposent d'un réseau relationnel très développé au sein de l'Administration. Et comme le note, à juste titre, Gérard CONAC, « en Afrique, il est jugé prudent d'éviter les voies contentieuses. La solution des différends est recherchée par la négociation et le jeu des relations très personnalisées. Les gros investisseurs eux-mêmes et les fournisseurs des administrations hésitent à s'adresser au juge. S'ils sont étrangers, ils confieront leurs intérêts aux diplomates ; s'ils sont nationaux, ils chercheront un compromis par des contrats le plus souvent informels »⁹⁹.

Ce constat qui s'applique à l'ensemble des activités de l'Administration prend un relief particulier en matière de conclusion et de financement des marchés par l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics.

En nous gardant de toute généralisation, on peut estimer que la présence d'intermédiaires officieux, offrant des prestations le plus souvent rétribuées, ne favorise pas l'intervention du juge administratif en matière de marchés publics. Et compte tenu de l'opacité des rapports entre les autorités contractantes et les adjudicataires caractérisée par le trucage des marchés publics en échange de commissions occultes, il n'est pas étonnant d'observer, devant le prétoire du juge administratif, l'absence de recours contentieux mettant directement en cause le non respect des règles relatives à la passation et à l'exécution des marchés publics. Comme l'illustre un rapport du Fonds monétaire international (FMI) sur le Gabon datant d'octobre 2006, les pratiques de fractionnement des marchés sont fréquentes tout comme les recours à l'entente directe. Selon ce rapport citant les sources de la Direction générale des marchés publics (DGPM), en 2004 et 2005, les marchés conclus par entente directe représentaient respectivement 88% et 48% de l'ensemble des marchés publics. Quant à ceux conclus par appel d'offres, ils ne représentaient que 12% et 46%¹⁰⁰ (dont 6% des marchés en cours reconduits). Même si au regard de ces chiffres, on observait une baisse sensible du pourcentage des marchés conclus par entente directe, la question du strict respect des règles de passation des marchés reste d'actualité.

⁹⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n°156, 1990, p.9.

⁹⁹G. CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n°156, 1990, p.18.

¹⁰⁰Cf. Rapport FMI n°06/388 du 12 octobre 2006 sur l'observation des normes et codes – Transparence des finances publiques, p.26.

Conclusion

La matérialisation de la mission de contrôle dévolue au juge administratif suppose nécessairement une saisine fréquente de ce dernier par les soumissionnaires des marchés publics, les cocontractants, voire, le cas échéant, les contribuables. Une telle évolution pourrait à terme contraindre les Administrations à observer une plus grande rigueur dans les phases de passation et d'exécution des marchés publics. Elle comblerait en même temps les attentes des citoyens à l'égard du juge administratif. Mais encore faudrait-il, pour qu'une réponse soit donnée à ces attentes, que les administrés (personnes physiques ou morales) et les autorités administratives l'y invitent. En effet, sans l'implication franche de ces derniers, la matérialisation et la consolidation du contrôle de la régularité des marchés publics par le juge administratif risquent de demeurer un vœu pieux pendant de longues années encore.

En Afrique noire francophone, et au Gabon en particulier, la crainte de voir le juge administratif rester le parent pauvre du contentieux des marchés des personnes publiques est d'autant plus fondée que les réglementations nationales actuellement en vigueur encadrent de manière très étroite les conditions d'intervention de ce dernier, quand elles n'attribuent pas simplement ce type de contentieux au juge judiciaire ou ne privilégient des mécanismes non juridictionnels.