

L'exercice des Pouvoirs de L'administration Justifiés par L'intérêt Général Lors de L'exécution du Contrat de Partenariat Public-Privé	العنوان:
مجلة منازعات الأعمال	المصدر:
هشام الاعرج	الناشر:
Ammar, Amir	المؤلف الرئيسي:
ع53	المجلد/العدد:
نعم	محكمة:
2020	التاريخ الميلادي:
يونيو	الشهر:
245 - 270	الصفحات:
1055362	رقم MD:
بحوث ومقالات	نوع المحتوى:
French	اللغة:
IslamicInfo	قواعد المعلومات:
القانون الإداري، عقود الشراكة، القطاع العام، القطاع الخاص	مواضيع:
http://search.mandumah.com/Record/1055362	رابط:

l'exercice des pouvoirs de l'administration justifiés par l'intérêt général lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé

*Amir Ammar,
Doctorant en droit public,
faculté de droit de Sfax, Tunisie.*

« Le contrat administratif est un contrat synallagmatique, avec comme en droit privé, un jeu réciproque de droits et d'obligations. Mais il participe de la mission d'intérêt général qu'a en charge l'administration, ce qui conduit à une certaine inégalité dans les rapports contractuels »^{vii}.

Le rapport contractuel qualifié « inégalitaire »^{vii} est dû aux prérogatives exorbitantes dont dispose l'administration lors de l'exécution des obligations contractuelles incombant au cocontractant^{vii}. La reconnaissance de certains pouvoirs au profit de la personne publique s'inscrit dans l'optique de garantir la bonne exécution du contrat administratif en particulier et le bon fonctionnement du service public en général^{vii}.

Le caractère inégalitaire des rapports contractuels concrétise la spécificité du contrat administratif par rapport au contrat privé^{vii}. Cette particularité réside essentiellement dans le facteur de « l'intérêt général » où l'action administrative contractuelle doit satisfaire aux différentes exigences du service public.

Certes, le critère d'intérêt général aboutit à la reconnaissance de certaines prérogatives au profit de l'administration contractante en vue d'exécuter convenablement ses obligations contractuelles^{vii}. Cependant, l'objectif du bon fonctionnement de service public est de nature à responsabiliser l'action administrative et ce dans le but de combattre l'arbitraire administratif. Le

caractère exorbitant des prérogatives n'est pas en faveur de l'intérêt de l'administration mais, inévitablement en faveur du bon fonctionnement du service public.

Soucieux de mieux développer le phénomène « du contractualisme » et d'améliorer l'action administrative contractuelle, les pouvoirs publics ont cherché d'enrichir la sphère du contrat administratif à travers l'instauration du contrat de partenariat public-privé. Le législateur tunisien a doté ce contrat d'un cadre juridique spécial en vue de déterminer la particularité de son régime juridique.

La problématique des pouvoirs conférés à l'administration permet de s'interroger sur l'existence d'une différence entre le contrat de partenariat et les autres types de contrats administratifs ?

L'étude du sujet « l'exercice des pouvoirs de l'administration justifiés par l'intérêt général lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé » revêt une importance cardinale.

I) L'importance de la question des pouvoirs de l'administration lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé

La pratique des pouvoirs de l'administration lors de l'exécution du contrat administratif est très ancienne, dans la mesure où ces prérogatives sont apparues avec les conclusions de la jurisprudence administrative française.

S'agissant du pouvoir de modification, ce pouvoir a, également, une origine jurisprudentielle. Dans le célèbre affaire Compagnie Générale française

des Tramways, le conseil d'Etat a expressément reconnu au profit de l'administration l'exercice de la prérogative de modification unilatérale^{vii} où il a jugé que « Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 article 38 et du 15 juillet 1845 article 21 , lesquels impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ; qu'ainsi la circonstance que le préfet, aurait, comme le soutient la Compagnie des tramways, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903. Que c'est par suite à tort que le conseil de préfecture a, par l'arrêté attaqué, prononcé cette annulation ; qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation »^{vii}.

Concernant le pouvoir de résiliation, il avait été consacré dans les différentes conclusions de la jurisprudence du conseil d'Etat^{vii} où l'administration a le droit de mettre fin à l'exécution du contrat administratif.

Après avoir précisé le berceau et l'origine des pouvoirs accordés à l'administration lors de l'exécution du contrat administratif en général, il convient de déterminer l'évolution historique de ces prérogatives dans le cadre des contrats de PPP en particulier.

Malgré l'absence d'un cadre juridique spécial au sein de la réglementation tunisienne, la pratique des contrats de partenariat est ancienne où elle a été régie par des réglementations dites « éparpillées »^{vii}, tout en touchant seulement certaines sphères. Le mot « insuffisance »^{vii} s'impose à ce niveau.

La question des pouvoirs de l'administration lors de l'exécution du contrat administratif en général et le partenariat public-privé en particulier a subi une évolution remarquable.

Les prérogatives de la personne publique sont apparues avec la loi d'orientation n°-13 du 19 février 2007 relative à l'établissement de l'économie numérique en vertu de son article 7 qui prévoit que « *La convention de partenariat doit prévoir notamment :*

- *Les modalités et les conditions d'exploitation du projet,*
- *Les modalités de contrôle et de suivi par la partie publique de l'exécution de la convention et notamment la réalisation des objectifs de qualité,*
- *Les conditions assurant la continuité de prestation de service en cas de résiliation au d'expiration de la durée de validité de la convention^{vii} ».*

Il en découle que la convention de partenariat doit obligatoirement mentionner les pouvoirs de l'administration tels que le contrôle, direction, et résiliation. Ce qui dénote la fondamentale de ces prérogatives^{vii} lors de l'exécution du contrat de partenariat public privé. Toutefois, la loi de 2007 « est restée silencieuse au sujet des sanctions du non-respect des obligations contractuelles »^{vii}.

Une tendance vers l'amélioration du cadre juridique de partenariat public-privé en général et la consolidation des pouvoirs lors de l'exécution des obligations contractuelles en particulier, est désormais instaurée par promulgation de la loi de 2015 relative aux contrats de partenariat public privé. En effet, cette loi constitue un véritable palliatif aux insuffisances de la réglementation précédente.

L'analyse de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015 concrétise toujours l'idée de la sacralisation des pouvoirs où le législateur a consacré tout un chapitre relatif au contrôle de l'exécution du contrat de partenariat public-privé. Un véritable renforcement de ladite consécration est effectué par le décret gouvernemental n° 2016-772 du 20 juin 2016, fixant les conditions et les procédures d'octroi des contrats de partenariat public-privé.

Sans doute, en vertu des dispositions législatives et décrétales, la personne publique est investie des prérogatives et ce dans le but d'assurer l'exécution du contrat de partenariat public-privé^{vii}.

II) Une unanimité sur la question des pouvoirs de l'administration

Etant un élément constitutif de la théorie générale du contrat administratif^{vii}, la question des pouvoirs de l'administration lors de l'exécution du contrat administratif, concrétise une importance doctrinale où la doctrine est unanime sur cette question^{vii}. Les pouvoirs de l'administration constituent une traduction du caractère administratif du contrat^{vii}.

Dans ce même ordre d'idées, la doctrine ainsi que la jurisprudence administrative affirment que les pouvoirs de l'administration désignent une

condition nécessaire, susceptible de garantir la bonne exécution des contrats administratifs. Dans ce cadre, le rapport inégalitaire est toujours la caractéristique la plus remarquable voire l'essence du contrat administratif^{vii}.

L'idée de la sacralisation des pouvoirs de l'administration lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé est critiquable^{vii}, dans la mesure où la multiplicité des prérogatives constitue une menace à l'intérêt privé et personnel du partenaire privé en tant qu'intérêt légitime^{vii}. Ce qui est de nature à dissuader la pratique des contrats du partenariat public-privé.

Toutefois, « si l'administration bénéficie d'un ensemble de prérogatives, au moins en partie exorbitantes du droit commun, elle est soumise aussi à des sujétions particulières ; fondé sur l'imbrication des idées de « puissance » et de « service », le « régime administratif » se caractérise par une combinaison de règles, les unes favorables à l'administration, les autres favorables à l'administré, ce qui lui donne un caractère ambivalent »^{vii}.

Il en résulte qu'il est nécessaire de contrebalancer les pouvoirs de l'administration par la reconnaissance de certains droits au profit du partenaire privé et ce dans le but de le mieux protéger contre les comportements dilatoires de l'administration.

III) Le bien-fondé du sujet des pouvoirs de l'administration :

Le souci de rationaliser la gestion des deniers publics constitue la préoccupation majeure des pouvoirs publics, dans la mesure où le législateur a doté l'administration d'une panoplie de prérogatives réputées nécessaires pour la mise en œuvre optimale et efficace des obligations contractuelles incombant au partenaire privé.

Etant un contrat administratif, le contrat de partenariat public-privé consiste à répondre aux différentes revendications du service public. Ce type de contrat est au cœur de l'évolution de la vie administrative moderne. En effet, l'existence d'une cascade de pouvoirs reconnus au profit de la personne publique, s'inscrit dans l'optique de l'adaptation de l'action administrative dite « contractuelle » avec les nécessités de l'époque.

S'inscrivant dans cette démarche, l'idée du bon fonctionnement du service public est toujours fondamentale en matière des contrats administratifs^{vii}. Elle représente la justification la plus profonde des pouvoirs accordés à la personne publique lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Reste à signaler que la quasi-totalité des législations, relatives aux contrats de partenariat public-privé, ont conféré une importance cruciale aux prérogatives de l'administration.

Compte tenu de la multiplicité des pouvoirs conférés à l'administration lors de l'exécution des partenariats public-privé. Dans quelle mesure le législateur tunisien a instauré une véritable équation dite "équilibrée" entre les exigences de l'intérêt et les droits des cocontractants ?

I) Les manifestations de l'exercice des pouvoirs justifiés par l'intérêt général

Comme l'avait affirmé Gaston JEZE : « Le contrat administratif est toujours contracté pour assurer le fonctionnement d'un service public. Le contractant est essentiellement un collaborateur au fonctionnement du service public. L'intérêt général du fonctionnement régulier et continu du service public l'emporte sur l'intérêt particulier du contractant. »^{vii} .

L'idée de la contractualisation renferme, en substance, l'idée du bon fonctionnement du service, c'est-à-dire de répondre aux différentes exigences de l'intérêt général. D'ailleurs, les différentes obligations découlant du contrat administratif sont gouvernées par le souci de servir l'intérêt général. Dans ce contexte, certains pouvoirs sont accordés à la personne publique en vue de protéger ledit objectif tels que le pouvoir de modification (section 1) et celui de la résiliation (section 2).

Section 1 : Les manifestations du pouvoir de modification

Etant justifié par le souci d'adapter l'action administrative contractuelle avec les nouvelles exigences du service public et de mieux servir l'intérêt général, le pouvoir de modification est une prérogative importante accordée à

l'administration qui nécessite la détermination de son fondement (A) avant de cerner ses différentes formes (B).

A) Le fondement du pouvoir de modification :

Le pouvoir de modification concrétise la spécificité du contrat administratif en général et du contrat de partenariat public-privé en particulier. Cette particularité réside dans le fait que la partie publique contractante peut, lors de l'exécution des obligations contractuelles, procéder à la modification « de l'étendue des prestations à effectuer » par la société du projet^{vii}. La modification, peut alors se traduire soit par l'augmentation de la masse des prestations, soit par la diminution de ces dernières.

Dans ce même ordre d'idées, l'article 62 du décret gouvernemental n° 2016-772 du 20 juin 2016, fixant les conditions et les procédures d'octroi des contrats de partenariat public-privé prévoit que le contrat doit « énoncer : les procédures de modification au cours de l'exécution »^{vii}.

Il en résulte que, la modification, mention obligatoire au sein du contrat, constitue une clause « d'ordre public » que l'administration ne peut abandonner. D'ailleurs, le conseil d'Etat a précisé, dans l'affaire Union des transports publics urbains et régionaux, que le pouvoir de modification figure parmi « les règles générales applicables aux contrats administratifs »^{vii}.

Le pouvoir de modification unilatérale existe même en l'absence de consécration juridique. Ce qui dénote la fondamentale dudit pouvoir.

S'inscrivant dans cette démarche, le bien-fondé de la modification se ressourcent dans le but d'adapter les clauses du contrat de partenariat public-privé aux nouvelles exigences du service public ; il est, en ce sens, une réponse à

l'intérêt général. La doctrine française avait affirmé que « le fondement du pouvoir de modification unilatérale se trouve dans les exigences de service public et plus précisément dans les principes d'adaptation constante et de continuité du service public »^{vii}.

Par ailleurs, l'adaptation des stipulations contractuelles avec les nécessités de l'intérêt général et également de continuité du service public, concrétise le caractère évolutif du contrat administratif où l'administration dispose d'une certaine liberté lors de la modification des prestations. Comme l'avait souligné F. LLORENS « Le pouvoir de modification n'apparaît plus comme l'exercice par l'administration d'une volonté toute puissante, mais comme un droit légitime à corriger les erreurs du départ ou à supprimer les imprécisions initiales »^{vii}.

Malgré son caractère dynamique et évolutif, le pouvoir de modification a favorisé l'émergence des critiques, dans la proportion où ce pouvoir peut constituer une source de manipulation voire d'arbitraire administratif susceptible de donner lieu à la rupture des relations contractuelles. D'où, le droit de l'administration à la résiliation.

B) Les cas de modifications

L'administration, conformément aux conclusions du conseil d'Etat, « le droit de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service »^{vii}.

Cette affirmation jurisprudentielle est désormais renforcée en droit administratif tunisien par une consécration décrétole où les clauses contractuelles relatives à la modification figurent parmi les mentions obligatoires du contrat de partenariat public-privé, que la société du projet doivent les respecter, sous peine d'être responsabilisée.

Justifiée par le bon fonctionnement du service public et les exigences de l'intérêt général, la modification peut revêtir plusieurs formes. L'administration peut exiger, soit l'augmentation des travaux, soit la diminution des travaux, soit encore la modification des délais d'exécution.

En ce qui concerne l'augmentation des travaux, la personne publique peut procéder à l'augmentation de la masse des travaux^{vii} objet du contrat de partenariat public-privé. Elle a le droit d'augmenter, en vertu des dispositions de l'article 63 du décret gouvernemental susmentionné, l'agrégat des travaux d'infrastructures matérielles ou immatérielles ou encore des services »^{vii}.

La décision d'augmentation de la masse des travaux, sous la forme d'ordre de service, doit faire l'objet d'une notification par la personne publique afin d'aviser effectivement le partenaire privé. D'ailleurs, la notification permet au cocontractant de l'administration la possibilité de réclamer son refus dès que l'augmentation dépasse certaines limites ou encore lorsqu'elle consiste à « construire de nouveaux ouvrages ».

Le pouvoir de modification unilatérale dont dispose l'administration ne se limite pas à l'augmentation de la masse des ouvrages ; il englobe aussi la décision selon laquelle l'administration peut exiger de son partenaire privé la diminution des travaux.

Quoiqu'il en soit, la décision de diminution ou d'augmentation de la masse des travaux, la modification unilatérale « n'apparaît plus comme l'exercice par l'administration d'une volonté toute puissante, mais comme un droit légitime à corriger les erreurs du départ ou à supprimer les imprécisions initiales »^{vii}.

La personne publique peut modifier les délais d'exécution du contrat de partenariat public-privé ; elle peut demander, soit de prolonger, soit de réduire la durée d'exécution des travaux^{vii} et ce dans le but de répondre aux nouvelles exigences du service public^{vii}.

Section 2 : Les manifestations du pouvoir de résiliation

Le mot « exorbitant » s'impose toujours. L'administration peut, conformément aux exigences de l'intérêt général, mettre fin, d'une manière unilatérale, à l'exécution du contrat de PPP (B). S'inscrivant dans l'optique de démystifier l'énigme caractérisant la prérogative de la résiliation, il convient d'évoquer ses différents fondements (A).

A) Les fondements du pouvoir :

Etant « une originalité remarquable du contrat administratif »^{vii}, le pouvoir de résiliation est une prérogative dont dispose l'administration lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé ; il constitue, ici, une manifestation suprême du pouvoir de modification. C'est le fait, tout simplement, de rompre la relation contractuelle et de mettre fin à l'exécution du contrat de partenariat d'une manière unilatérale, conformément aux exigences de l'intérêt général.

Le pouvoir de résiliation se ressourçe dans les termes de l'article 35 du chapitre 6 de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015 où « la personne publique peut résilier le contrat de façon unilatérale (...) pour des raisons d'intérêt général »^{vii}. Le pouvoir de résiliation, en vertu des dispositions légales susmentionnées, constitue une règle du contrat de partenariat public-privé ; elle représente une règle « exceptionnelle »^{vii} à la fin normale dudit contrat.

La résiliation unilatérale dispose d'un fondement décretaal. Ce qui dénote la valeur cruciale de ce pouvoir lors de l'exécution du contrat de partenariat public-privé. En ce sens, l'article 62 du décret gouvernemental n° 2016-772 du 20 juin 2016, dispose que « le contrat de partenariat doit énoncer essentiellement ce qui suit : Les conditions d'assurer la continuité des services publics objet du contrat en cas de résiliations »^{vii}.

La résiliation unilatérale figure parmi les mentions obligatoires du contrat de partenariat public-privé. La personne publique ne peut pas abandonner ou encore renoncer audit pouvoir ; il constitue de ce fait un pouvoir « d'ordre public ».

Cette prérogative exorbitante du droit commun dont dispose^{vii} la personne publique existe même à défaut de toute stipulation contractuelle. Le conseil d'Etat français avait, en ce sens, précisé que le pouvoir de résiliation désigne « une règle du droit des contrats administratifs »^{vii}.

S'inscrivant dans l'optique de déterminer les fondements de ce pouvoir, le décret gouvernemental susmentionné impose, dans son article 63, à la personne publique l'obligation d'élaborer et également de publier un extrait des contrats de partenariat qui doit mentionner « les cas de résiliations »^{vii} ; ce qui concrétise l'idée de la sacralisation du privilège de résiliation qui constitue la caractéristique à la fois considérable et magistrale du contrat administratif en général^{vii} et le contrat de ppp en particulier.

B) La résiliation pour intérêt général :

L'article 34 de la loi relative aux contrats de partenariat public-privé dispose que « la personne publique peut résilier le contrat de façon unilatérale,

en cas où le partenaire privé a commis une faute grave ou bien pour des raisons d'intérêt général »^{vii}. Il en découle que le législateur confère à l'administration le droit de procéder à la résiliation du contrat de partenariat du fait de l'acte fautif du partenaire privé ou encore du fait de l'intérêt général^{vii}.

Quant à la résiliation pour faute du contractant privé, l'administration prononce la résiliation en tant que sanction ; elle constitue une sanction résolutoire. Alors qu'une rupture contractuelle justifiée pour des raisons d'intérêt général est une concrétisation du pouvoir de résiliation^{vii}. D'ailleurs, à défaut de faute commise par le partenaire privé, la personne publique, sous l'égide des revendications d'intérêt général, « peut à tout moment décider de mettre fin avant terme à l'exécution des prestations »^{vii}.

La résiliation pour motif d'intérêt général constitue la conséquence logique des changements circonstanciels subis par le service public ; elle est liée à l'évolution des exigences nouvelles du bon fonctionnement de service public^{vii}.

Avant de prononcer la décision de résiliation, l'administration apprécie librement les faits et les circonstances du temps ; elle dispose ici d'un pouvoir discrétionnaire.

La personne publique peut, conformément aux consignes du conseil d'Etat^{vii}, procéder à la résiliation du contrat dès qu'elle constate que ce dernier est inapte de s'adapter avec les exigences du service public. La compétence discrétionnaire dont dispose l'administration lors de l'exercice du pouvoir de résiliation lui permet d'agir rapidement en vue d'adapter son action aux nécessités de l'intérêt général.

La résiliation pour intérêt général peut encore être justifiée par des considérations financières, dans la mesure où l'action administrative doit toujours agir dans le but de garantir la bonne gestion des deniers publics. Un contrat réputé désormais inutile pour satisfaire aux besoins de l'intérêt général ou encore incompatible avec les revendications services publics, est un contrat qui mérite d'être résilié afin d'établir un équilibre entre le souci d'assurer le bon fonctionnement du service public et l'objectif de rationaliser les dépenses publiques.

II) La rationalisation de l'exercice des pouvoirs justifiés par l'intérêt général

Le particularisme du contrat administratif se ressource dans ses clauses exorbitantes, qui consistent d'assurer la bonne exécution du contrat en particulier et la continuité du service public en général.

Soucieux de cristalliser voire de sacraliser la notion du bon fonctionnement du service public, le contrat administratif accorde à l'administration ou à l'autorité administrative un faisceau de pouvoirs dont le contrôle, la régularité, la modification et la résiliation constituent ses piliers fondateurs.

La reconnaissance contractuelle de ces pouvoirs permet d'instaurer un déséquilibre remarquable selon lequel l'administration, au nom d'assurer la bonne exécution du contrat, dispose d'un large pouvoir susceptible de limiter les droits du cocontractant, ce qui concrétise bel et bien le rapport inégalitaire dans le cadre d'un contrat administratif investi des clauses exorbitantes ce qui n'est pas le cas pour les contrats privés.

Cependant, la question qui se pose, à ce stade : la variabilité des pouvoirs conférés à l'autorité administrative ne constitue-t-elle pas un milieu favorable à l'abus administratif en tant que menace aux droits du cocontractant ?

Certes, l'administration dispose d'une cascade de pouvoirs lors de l'exécution du contrat administratif, mais l'exercice de ces pouvoirs est rationalisé par certaines limites, d'une part, à travers la rationalisation du pouvoir de modification (section 1) et également celui de résiliation (section 2).

Section 1 : Les limites du pouvoir de modification

Soucieux de préserver les droits du partenaire privé contre une action administrative arbitraire, l'exercice du pouvoir de modification n'est pas absolu dans la mesure où toute modification est, d'une part, soumise aux exigences du service public (A) et d'autre part qu'elle ne porte pas atteinte à l'objet du contrat (B).

A) La soumission des modifications aux exigences du service public

Certes, le pouvoir de modification est « très général »^{vii} et s'applique en dehors de toute stipulation contractuelle. Toutefois, il n'est pas absolu dans la mesure où son exercice est toujours rationalisé par certaines restrictions et ce dans le but de garantir l'intérêt privé du cocontractant.

La question qui se pose alors est de s'interroger sur les limites de l'étendue du pouvoir de modification. Le caractère « général » du pouvoir de modification est enrayé en vue de rationaliser son exercice.

La question qui se pose à ce niveau est de savoir quel est le critère susceptible de qualifier certaines demandes ou ordres adressées par l'administration à son cocontractant, comme étant une modification unilatérale ?

Il convient de signaler, de prime abord, que le pouvoir de modification que détient l'administration « n'existe qu'à l'égard de certaines clauses du contrat »^{vii} ; ce pouvoir se limite à modifier unilatéralement les stipulations contractuelles relatives « au bon fonctionnement du service public »^{vii} où la personne publique est tenue de répondre aux exigences de l'intérêt général^{vii}.

En ce sens, le critère déterminant susceptible de cerner la sphère voire l'étendue du pouvoir de modification, est l'intérêt général^{vii}. Cela signifie que l'idée d'adaptation des stipulations contractuelles avec les impératifs du bon fonctionnement et de continuité du service public constitue l'essence même du pouvoir de modification^{vii}.

De plus, la doctrine est unanime sur cette question où la modification unilatérale ne peut concerner que les stipulations contractuelles liées à la continuité du service public. De ce fait, la personne publique n'a pas le droit de procéder à la modification des clauses relatives aux « avantages financiers convenus au profit du partenaire privé »^{vii}.

Cette restriction désigne une véritable garantie conférée au cocontractant, dans la mesure où elle préserve ses droits financiers contre les abus de l'administration ; elle constitue, en ce sens, un instrument optimal pour établir un certain équilibre entre les rapports administration et partenaire privé. À défaut de cette restriction, l'intérêt privé est menacé ; la personne publique, là encore « ne trouverait pas de particuliers qui acceptent de contracter avec elle »^{vii}. Ce qui est de nature à aliéner l'essence même du contrat de partenariat public-privé.

B) La non-modification de l'objet du contrat de PPP

L'encadrement effectif de l'exercice du pouvoir de modification oblige l'administration de respecter l'objet du contrat de partenariat public-privé en établissant un équilibre entre deux intérêts antagonistes l'intérêt général et l'intérêt privé. C'est pour ces raisons que l'étendue de la modification unilatérale n'est pas arbitraire ; elle est relativisée par certaines exigences, réputées nécessaires.

S'inscrivant dans l'optique de rationalisation du pouvoir de modification unilatérale, les modifications ne doivent pas dépasser certaines limites. Cela signifie que la modification de l'étendue des prestations n'est pas de nature à imposer au partenaire privé d'effectuer une nouvelle prestation, de nouveau ouvrage ou encore de nouveaux services.

Il convient alors de s'interroger sur la signification d'ouvrage nouveau qui désigne une manifestation de la faute commise par l'administration lors de l'exercice de son pouvoir de modification. C'est quoi un ouvrage nouveau ? Il s'agit du dépassement de l'objet du contrat initialement conclu ou encore « celui qui est étranger par son objet au travail prévu dans le contrat, sans rapport avec celui-ci ou encore qui quoi prévenir en lui-même au contrat serait exécuté dans des conditions entièrement nouvelles et différentes de celles prévues »^{vii}.

La modification ordonnée ne doit pas excéder « une certaine importance »^{vii} déterminée par l'article 114 du cahier des charges administratives générales à 20% du prix global du contrat.

Dans ce même ordre d'idées, il est interdit à l'administration de demander des modifications substantielles, capables de métamorphoser l'objet du contrat de partenariat public-privé. Cela signifie que le partenaire privé est désormais face à un nouveau contrat stipulant d'autres obligations contractuelles différentes de celles prévues initialement^{vii}. De ce fait, la décision des modifications unilatérales édictées par la personne publique constitue une faute. Le partenaire privé peut alors refuser l'exécution de ces modifications ; il a le droit de demander par la suite la résiliation^{vii} du contrat du partenariat public-privé.

Reste à envisager que dans le but de rationaliser l'exercice du pouvoir de modification, le juge administratif jauge, à partir de quel degré, la modification

justifie la résiliation. Autrement dit comment apprécie-t-il l'étendue des modifications demandées par la personne publique afin de préserver l'intérêt privé du cocontractant.

Section 2 : Les effets de l'exercice du pouvoir de la résiliation

En vue de protéger le partenaire privé contre les comportements dilatoires de l'administration, l'exercice du pouvoir de résiliation par le contractant public n'est pas arbitraire ; d'ailleurs, il existe un contrôle exercé par le juge administratif (A) qui donne lieu à un droit à la réparation en faveur du partenaire privé (B).

A) Le contrôle exercé par le juge administratif :

Il est vrai que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire lors de l'appréciation des faits justifiant la résiliation pour des raisons d'intérêt général^{vii}. Cela ne signifie pas que cette prérogative exorbitante de la puissance publique constitue une mesure à caractère général et absolue^{vii} ; elle est, de ce fait, soumise au contrôle du juge administratif^{vii} et ce dans le but de rationaliser son exercice. La question qui se pose à ce, niveau est de savoir si le contrôle du juge administratif est toujours suffisant et opérant.

Le juge peut procéder à l'appréciation du bien-fondé de la décision de résiliation ; il vérifie, à ce niveau, l'exactitude des considérations abordées par l'administration donnant lieu à la rupture contractuelle et ce dans le but d'éviter les comportements dilatoires de l'action administrative.

Le contrôle du juge administratif consiste à déterminer les contours de la notion d'intérêt général ; il fixe ses raisons, ses causes et ses justifications pour que l'administration n'échappe pas à ses obligations contractuelles ou, encore,

pour que l'intérêt général ne soit pas un simple prétexte justifiant des considérations purement personnelles^{vii}.

Mais, le contrôle du juge administratif du motif de résiliation pour intérêt général est toujours relatif alors que son contrôle est très poussé lorsque la résiliation unilatérale prend la forme d'une sanction résolutoire pour faute du cocontractant privé.

De ce fait, le juge administratif ne peut pas établir la proportionnalité entre la décision de résiliation et les raisons d'intérêt général. D'ailleurs, son contrôle se limite à vérifier l'existence des circonstances ou changements justifiant la décision de mettre fin au contrat de PPP. A titre d'exemple, la non-motivation de la décision de résiliation ne désigne pas un motif d'annulation. La limitation du pouvoir de contrôle du juge en la matière est due au pouvoir discrétionnaire large dont dispose l'administration.

Par contre, en matière des sanctions résolutoires, le juge administratif est investi d'un pouvoir de contrôle assez important dans la mesure où il peut procéder à proportionner la sanction résolutoire avec l'acte fautif commis par le partenaire privé.

Il découle de ce qui précède que le juge administratif considère que la résiliation pour motif d'intérêt général est indissociable de l'opération contractuelle qui relève de la compétence exclusive du juge de plein contentieux^{vii}.

B) Le droit à une réparation

Soucieux de rationaliser l'exercice du pouvoir de résiliation pour des raisons d'intérêt général, un droit à réparation^{vii} est toujours réputé comme étant un gage susceptible de préserver les droits et les avantages financiers du partenaire privé. En effet, l'indemnisation constitue une garantie fondamentale pour la partie privée en matière du contrat administratif en général et du contrat de Partenariat public-privé en particulier ; elle concrétise, là encore, un équilibre entre les rapports administration-cocontractant où le contrat administratif cherche à établir une équation équilibrée entre les exigences de l'intérêt général et celles de l'intérêt privé en tant qu'intérêt légitime^{vii}. Le droit de réparation désigne, donc, la contrepartie de l'exercice de la résiliation pour motif d'intérêt général.

S'inscrivant dans cette démarche, le droit à une indemnisation a une valeur fondamentale en matière du contrat de partenariat public-privé. L'importance de ce droit se ressource dans les dispositions de l'article 35 de la loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015 précitée, qui préconise que « le contrat de partenariat prévoit les cas et procédures de résiliation et les indemnisations qui s'imposent »^{vii}.

Ainsi, le législateur cherche à protéger les droits financiers de la société du projet tout en imposant à la partie publique l'obligation de mentionner les cas d'indemnisations au sein des clauses contractuelles.

De plus, étant un droit conféré au partenaire privé, l'indemnisation a fait l'objet d'une consécration décrétole implicite où l'article 62 du décret gouvernementale n° 2016-722 du 20 juin 2016, fixant les conditions et les procédures d'octroi des contrats de partenariat public privé, prévoit que « le contrat de partenariat doit énoncer essentiellement ce qui suit : les droits et obligations des contractants »^{vii}.

Il convient de signaler à ce propos là que conformément aux dispositions décrétales et législatives, le droit à une indemnisation figure parmi les mentions obligatoires dans le contrat de partenariat public-privé^{vii}. Sous peine d'engager sa responsabilité, la personne publique ne peut pas aliéner ce droit.

Le juge administratif tunisien a également affirmé la fondamentale de l'indemnisation dans le contrat administratif où il avait jugé dans l'affaire rendue le 26 novembre 1998 que le droit à une réparation constitue un principe susceptible de remédier au préjudice subi par le cocontractant^{vii}.

I- LES OUVRAGES

- ✍ Amel MRAD AOUIJ, Droit des services publics, E.N.A., C.R.E.A 1998.

-
- ✎ **André De LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DEVOLVE,**
Traité des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J, 1984.
- ✎ **André DE LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDMET.** Traité du droit administratif, 9^{ème} édition, 1984.
- ✎ **André DE LAUBADERE, Yves GUADOMET,** Traité Droit Administratif, LGDJ, Tome 1, 16^{ème} édition, 2001.
- ✎ **Catherine PREBISSY-SCHNALL,** « Exécution du marché, Droits et obligations du cocontractant », LexisNexis SA-2009, Fasc. n°639.
- ✎ **Dominique POUYAUD,** La nullité des contrats administratifs, bibliothèque du droit public TOME 158.
- ✎ **Faouzi Ben KHALIFA,** Le droit des marchés publics, Les Editions C.L.E, Tunis 2005.
- ✎ **François LICHERE,** Droit des contrats publics, MEMENTOS DALLOZ. Série droit public – Science politique, 2014.
- ✎ **François LLORENS,** contrat d'entreprise et marché de travaux publics, Paris, Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1981.
- ✎ **Gaston JEZE.** Les principes généraux du droit administratif, Paris, Glard. Tome III. 3^{ème} édition. 1926.
- ✎ **Joël CARBAJO,** Droit des services publics, 3^e édition, Dalloz, 1995.

- ✎ **Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT**, Droit administratif, LGDJ, 7^{ème} éd. 2014.

II- LES ARTICLES

- ✎ **Arnoldo WALD**, Le contrat administratif, Le contrat, Travaux de l'association Henri CAPITNAT des amis de la culture juridique française, TOME LV, éditeur : société de législation comparée, 2005.
- ✎ **Bassem KARRAY**, Le contrat de partenariat public-privé en Tunisie à travers la loi sur l'économie numérique du 19 février 2007, Revue Tunisienne de fiscalité, n°17, 2012.
- ✎ **Bernard CASTING, Rozen NOGUELLOU, Catherine PREBISSY-SCHNALL**, Les marchés publics, Edition du juris-classeur.
- ✎ **Dominique POUYAUD**, « L'évolution du contentieux contractuel : le sort des contrats de l'administration après annulation des actes détachables », note, RFDA., Janvier-Février 1999.
- ✎ **Jacques CHEVALLIER**, « Le droit administratif, droit de privilège ? » Pouvoirs n°46 - Droit administratif. Bilan critique - septembre 1988.

V مراجع بالعربية

المراجع

✍ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر

والتوزيع، 1973.

✍ محمد رضا جنيح، قانون اداري، مركز النشر الجامعي، 2004.