

Administrative Contracts in the Context of International Public Procurement

Administrative Contracts within the Framework of International Public Procurement

Réalisé par : EL AMIM ABDELOUAHEDE

DOCTORANT EN DROIT PUBLIC ; FSEJS AIN CHOK CASABLANCA

Encadré par : Pr Hassan Tourak Professeur

FSEJS AIN CHOK CASABLANCA

Résumé :

Les contrats administratifs internationaux doivent faire l'objet d'une catégorie à part entière, distincte des contrats dont les effets ne dépassent pas les frontières étatiques. Ce sont avant tout des instruments juridiques permettant aux administrations de pénétrer les marchés internationaux et doivent donc relever d'un régime propre, incluant des méthodes de droit international privé.

Mots Clés :

Marchés publics, droit administratif, contrat administratif international, marchés publics international

Abstract :

International administrative contracts should be recognized as a distinct legal category, separate from administrative contracts whose effects do not extend beyond national borders. They are, above all, legal instruments that enable public authorities to participate in international markets and should therefore be governed by a specific legal framework, incorporating the principles and methods of private international law

INTRODUCTION :

Le droit administratif regroupe l'ensemble des règles juridiques relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux relations de l'Etat en tant que puissance publique. Si le contrat, est un objet privilégié de rencontres entre acteurs publics et acteurs privés sur le plan national, désormais rien ne s'oppose à un vacillement sur le plan international

L'action de l'administration a longtemps été caractérisée par un fort pouvoir décisionnel unilatéral. Léon Duguit défendait l'idée selon laquelle l'Etat perdrait sa souveraineté en étant subordonné à une personnalité autre dans le cadre d'un contrat⁵⁷⁶. Théoriquement, Le droit administratif accorde des pouvoirs exorbitants aux autorités publiques, légitimant l'envergure de l'activité de l'administration et marquant la spécificité du droit public par rapport au droit privé.

Les personnes publiques peuvent se procurer des fournitures, des équipements et qu'elles construisent des infrastructures de manière à répondre aux besoins d'intérêt général qui ont motivé leur création. En conséquence, les personnes publiques sont dotées de moyens juridiques spéciaux soumis à des règles exorbitantes afin de prendre en charge des activités spécifiques. C'est l'instrument juridique du contrat qui est utilisé.

La qualification de contrat administratif implique théoriquement un déséquilibre contractuel, contrairement aux contrats de droit privé caractérisés par l'équilibre entre les parties. En raison des clauses exorbitantes et des prérogatives exorbitantes du cocontractant public, ce dernier dispose

⁵⁷⁶Emma PICARD Le contrat administratif dans la sphère internationale et les méthodes de droit international privé
Mémoire de recherche soutenu le 3 juillet 2023



d'un pouvoir de direction, de contrôle, de sanction, de modification unilatérale des stipulations du contrat et de résiliation.

La globalisation économique n'est pas sans conséquence sur l'action de l'administration dans l'exercice de ses prérogatives. Les administrations des Etats sont amenées à exercer leurs compétences au-delà des frontières étatiques pour s'intégrer dans ce processus de globalisation, au profit d'une économie de marché compétitive et concurrentielle. La privatisation de l'économie et la collaboration accrue des administrations étatiques avec des sujets de droit privé nous obligent à raisonner différemment.

Certes, les marchés publics sont, en soi, des contrats réalisés sous l'égide de droit public. Toutefois, la pratique illustre que les marchés publics sont marqués par un régime juridique placé au carrefour de plusieurs branches de Droit, notamment le droit international. Un premier raisonnement laisse penser que cette caractéristique est susceptible de mettre en jeu plusieurs ordres juridiques concurrents et de créer un problème des conflits de textes. De même, plusieurs questions sous-jacentes peuvent-elles s'imposer à cet effet : les contrats de marchés publics réalisables par des étrangers, les contrats revêtent-ils toujours un caractère administratif ? Cette qualification est-elle compromise en raison de l'internationalité des accords conclus ce qui rend ces contrats beaucoup plus transnationaux ? Le droit des marchés publics contient-il des règles permettant de dissiper la contradiction entre la force obligatoire du contrat et le pouvoir souverain de l'Etat et, par-là, de juger l'exercice excessif du pouvoir exorbitant ?

Ce droit offre-t-il aux marchés publics internationaux des solutions dont la transposition aux problèmes similaires ne peut qu'être bénéfique en matière d'investissements ? Comme réponse globale à ces questionnements, on peut affirmer que toute suprématie à accorder au droit international ne peut être reconnue qu'au cas où le cadre juridique national en matière des marchés publics est conforme aux standards internationaux dans ce domaine. D'autant plus que l'importance du régime juridique applicable aux achats publics internationaux est due à l'enjeu économique de plus en plus grandissant que représentent ces achats sur le plan mondial.

Chapitre1. Une diversité d'acteurs publics dans la sphère internationale.

L'Etat n'intervient plus de la même manière dans l'économie, désormais il joue un rôle de régulateur afin d'assurer entre les opérateurs économiques une libre concurrence.

Le processus de globalisation économique a ouvert l'accès aux marchés nationaux et internationaux à l'ensemble des personnes se comportant comme des opérateurs économiques. De ce fait, les personnes privées ne sont plus les seuls acteurs du commerce international, l'Etat et ses composantes exercent désormais leurs activités au-delà des frontières afin de s'intégrer dans cette économie globalisée.

Toutefois, ce phénomène trouble la philosophie du droit administratif et du contrat administratif. D'une part, le contrat à caractère administratif doit faire face à son internationalité et d'autre part, le droit international doit appréhender une nouvelle catégorie de contrat.

A. Sources internationales d'impulsion de la réglementation nationale des marchés publics.

L'Etat opérateur agit directement dans l'économie en se comportant comme un opérateur privé, il conclut des contrats et exploite une activité économique de production de biens et de services marchands. On parle d'Etat au sens d'entité possédant la personnalité juridique, l'Etat devient une sorte d'entrepreneur en créant des entreprises publiques

L'ingérence de l'Etat dans des secteurs particuliers varie en fonction de la conjoncture et de la politique décidée comme l'illustre les vagues de nationalisation et de privatisation de l'économie. Il intervient dans l'économie afin de satisfaire certains besoins, il investit dans des secteurs en crise.



L'intervention d'opérateurs publics à des points stratégiques de l'économie permet aux pouvoirs publics de mener de véritables politiques macroéconomiques.

L'Etat régulateur peut se définir comme un Etat qui n'agit plus directement comme opérateur de l'économie, "mais qui tend, par des méthodes normatives plus souples que la prescription et la contrainte, à inciter et à canaliser les comportements individuels et privés afin d'atteindre un équilibre et de garantir le fonctionnement du système complexe qu'est la société"⁵⁷⁷. Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des marchés publics, l'Etat intervient non plus seulement en tant que partie au contrat, mais en tant que régulateur afin d'assurer le respect de la libre concurrence entre opérateurs.

L'Etat est acteur d'une régulation internationale par le prisme de son droit interne. D'une part, en adoptant des lois, ces dernières ayant un objectif de régulation de plus en plus explicite. Il fait valoir la protection de son ordre public international en érigeant un ensemble de normes si cruciales qu'il est nécessaire de les faire respecter sur la scène internationale. Expression de l'Etat interventionniste dans la sphère internationale, elles démontrent que la frontière entre droit privé et droit public tend à disparaître dans les relations internationales.

Tout d'abord, l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) conclu en 1994 dans le cadre de l'OMC⁵⁷⁸ a pour objectif d'ouvrir les marchés publics à la concurrence internationale, en faisant en sorte que les lois, réglementations, procédures et pratiques des États signataires soient plus transparentes et qu'elles n'aient pas pour effet de protéger les produits ou fournisseurs nationaux ou d'entraîner une discrimination à l'encontre des produits ou fournisseurs étrangers

A cet effet, les gouvernements membres sont tenus d'accorder aux produits et services de toute autre Partie à l'Accord et à ses fournisseurs un traitement "qui ne sera pas moins favorable à celui qu'elles accordent à leurs produits, services et fournisseurs nationaux et de ne pas exercer de discrimination entre les produits, les services et les fournisseurs des autres Parties⁵⁷⁹. De même, les gouvernements membres sont tenus de mettre en place des procédures nationales permettant aux soumissionnaires privés se jugeant lésés de contester les décisions d'attribution des marchés et d'obtenir réparation au cas où ces décisions s'avéreraient incompatibles avec les règles de l'Accord. Ces règles s'appliquent aux procédures de passation des marchés jusqu'à l'attribution de marché.

L'action de l'OCDE dans ce domaine porte essentiellement sur la définition des mesures à engager par les Etats membres et autres Etats désirants bénéficier des aides émanant de ses membres, en matière du renforcement de la transparence et de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales.

B. Enjeux économiques des accords publics internationaux dans la dynamisation du commerce international : L'impact des accords internationaux

Un contrat à caractère administratif est généralement conclu entre une personne morale de droit public et un opérateur public ou une entreprise de droit privé. Pourtant la qualification d'entreprise publique, une entreprise sur laquelle l'Etat peut exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété ou de la participation financière, en disposant soit de la majorité du capital, soit de la majorité des voix attachées aux parts émises. En général, ces entreprises publiques exercent des missions d'intérêt général déployées sous forme de réseau sur l'ensemble du territoire de l'Etat.

En conséquence, la notion d'entreprise est au cœur du contrat administratif, qu'elle soit privée (opérateur économique) ou publique (pouvoir adjudicateur). L'entreprise publique se présente

⁵⁷⁷ ibid.

⁵⁷⁸ Accord plurilatéral sur les marchés publics signé à Marrakech le 15 avril 1994

⁵⁷⁹ Mustapha MALLYANI, Dimension internationale des marchés publics nationaux



aujourd'hui comme un véritable acteur public agissant dans une économie globalisée à la fois par l'envergure des activités dont elle a la charge, également par les répercussions économiques des contrats administratifs conclus par ces dernières sur les marchés de l'énergie, de l'eau, des transports, justifiant l'application de règles spécifiques

L'histoire récente des relations économiques internationales, a bien illustré que grâce à l'important volume des achats du secteur public, une politique efficace et efficiente en matière de contrats publics internationaux a pu constituer un véritable vecteur pour la dynamisation de l'activité économique au niveau national. On peut citer, à titre d'illustration, le processus de développement économique de l'Europe et des Etats-Unis après la première et la deuxième Guerre mondiale. Pendant ces périodes, les contrats publics ont contribué à la dynamisation de l'économie à tel point que différents objectifs ont été atteints, (croissance prolongée à long terme, création d'emplois, développement industriel et renforcement des avantages compétitifs potentiels) qui sont transformés rapidement en éléments permettant un leadership économique global.

C'est dans cette logique de la mondialisation des affaires que le Maroc confirme son attachement. Le dernier accord qu'il a signé avec les Etats unis d'Amérique le 15/06/2004, entré en vigueur le 01/01/2006, notamment dans son chapitre (9) est une concrétisation frappante à cet égard, dans la mesure où plusieurs clauses de cet accord ont été intégrées comme dispositions dans le décret de 2007 régissant les marchés publics nationaux. Ainsi, les dispositions dudit accord ayant trait aux modalités de publication des appels d'offres, de présentation des dossiers, aux délais de réponses, aux spécifications techniques, aux conditions de participation, aux critères du choix, et au contentieux, sont identiques à celles prévues par le décret.

Mais on doit admettre que la concordance existante entre la réglementation nationale et l'accord du libre-échange conclu entre le Maroc et les Etats-Unis, constitue une illustration de la qualité améliorée de cette réglementation, ce qui favorise l'adhésion de plusieurs bailleurs de fonds pour prendre en charge le financement de projets au Maroc⁵⁸⁰. Cette dimension internationale du cadre juridique peut être expliquée par plusieurs facteurs. A titre principal, on peut citer qu'il y a une reconnaissance implicite, par l'agent public, que sa politique d'achat a un impact direct sur l'économie: elle crée des externalités (positives ou négatives), modifie directement le processus de développement économique. Cependant, cet impact dépend des objectifs que l'État assigne à la fonction d'achat, et du rôle qu'il décide d'exercer dans l'économie.

Chapitre 2. Le contrat administratif : un support de libéralisation des échanges

La mondialisation des échanges économiques et l'intensification des relations commerciales internationales ont profondément transformé le rôle traditionnel de l'État. Longtemps considéré comme un simple garant de l'intérêt général et de l'ordre public, l'État est désormais un acteur économique à part entière, participant activement au développement des marchés nationaux et internationaux. Cette évolution s'est accompagnée d'une ouverture progressive des économies, fondée sur les principes de la liberté du commerce, de la concurrence et de la suppression des obstacles aux échanges, communément désignée sous le terme de libéralisation des échanges.

Dans ce contexte, le contrat administratif, et plus particulièrement le marché public, ne constitue plus seulement un instrument de satisfaction des besoins de l'administration. Il devient également un levier stratégique de politique économique permettant de favoriser l'accès des opérateurs économiques aux commandes publiques, d'encourager la concurrence et d'attirer les investissements. En facilitant la participation d'entreprises nationales et étrangères aux procédures de passation, le contrat administratif contribue ainsi à l'intégration des économies dans le commerce international et à la réalisation des objectifs de développement économique.

⁵⁸⁰ Mustapha MALLYANI, op.cit.



Cette mutation résulte de l'influence croissante des accords internationaux de commerce, des organisations économiques internationales et des réformes nationales inspirées des principes de transparence, d'égalité de traitement et de libre concurrence. Dès lors, le contrat administratif apparaît comme un vecteur de mise en œuvre des politiques de libéralisation, conciliant les impératifs de l'intérêt général avec les exigences d'ouverture des marchés publics.

Toutefois, cette évolution soulève plusieurs interrogations juridiques. Si le contrat administratif favorise l'ouverture des marchés et la libre circulation des biens, des services et des capitaux, il demeure soumis aux règles du droit public qui lui confèrent un régime juridique spécifique, marqué par la protection de l'intérêt général et les prérogatives de puissance publique. Il convient alors de s'interroger sur la manière dont le contrat administratif participe à la libéralisation des échanges tout en préservant les principes fondamentaux qui gouvernent l'action administrative.

L'étude du contrat administratif comme support de libéralisation des échanges conduit ainsi à analyser les mécanismes juridiques par lesquels cet instrument favorise l'ouverture économique, tout en mettant en évidence les limites et les garanties nécessaires pour assurer un équilibre entre les exigences du marché et la protection de l'intérêt général

A. La prise en considération de l'internationalité du contrat administratif par le juge.

La juridiction administrative et la doctrine française de droit public se sont forgées autour du principe de souveraineté et n'imaginaient le juge administratif français faire application d'un droit étranger. Le réflexe du publiciste était de faire application du droit public de manière automatique et de saisir le juge administratif dès lors que le litige mettait en jeu les intérêts de l'Etat et de la société. Selon Jean-Marc Sauvé, vice-président du conseil d'Etat « historiquement, la territorialité est la règle, l'extraterritorialité l'exception »⁵⁸¹. Également le commissaire du gouvernement Barbet en 1952 affirmait que « pour un juge, il n'existe qu'une seule loi, la loi en vigueur dans le pays où il exerce sa juridiction »⁵⁸². Cependant la globalisation économique semble rendre cette pratique illicite, niant l'éventuelle compétence d'un juge étranger ou l'application d'une loi étrangère. Dès 1932, la Cour de cassation a jugé que « les principes de détermination du droit applicable aux contrats internationaux de droit privé, s'appliquent aux contrats conclus entre un Etat et un ressortissant étranger lorsque ces contrats, tant par leur nature que par la forme en laquelle ils ont été passés, entrent dans la catégorie des conventions de droit privé, assimilable à celles intervenues entre particuliers »⁵⁸³. Cependant la spécificité du droit des contrats de la commande publique (la procédure d'appel d'offre, la notion de pouvoir adjudicateur, d'ouvrage public...) démontre qu'il ne peut en aucun cas être considéré comme une convention de droit privé assimilable à celles que concluent les personnes privées. Durant la première moitié du XXème siècle, le Conseil d'Etat admettait sa compétence pour connaître des contrats internationaux de l'administration sans justification particulière et procédait à l'application du droit étranger pour régler des questions relatives aux contrats publics de manière ponctuelle. Au milieu du XXème siècle, a contrario, la nature administrative du contrat et la compétence administrative ont entraîné l'éviction du droit étranger. Puis, le Conseil d'Etat a admis sa compétence pour connaître des litiges nés de contrats administratifs internationaux, tout en acceptant de les soumettre au droit étranger désigné. Cela amenait à une situation étrange : la compétence du juge administratif pour connaître d'un contrat administratif soumis au seul droit étranger.

⁵⁸¹ Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? Rencontre inter-réseaux (franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois) Collège de France 10 - 12 avril 2012 La territorialité du droit

⁵⁸² Cité par Emma, op.cit.

⁵⁸³ ibid.



B. Le contrat administratif et le marché international

Le contrat administratif et le contrat international : deux qualifications dont la rencontre était inattendue. Confrontées à la multiplication des acteurs publics et de leurs activités dans un processus de globalisation, la doctrine et la jurisprudence se sont accordées sur l'existence d'une nouvelle catégorie de contrats afin de pallier le vide juridique dû à l'internationalité du contrat public et à la publicisation des relations internationales. Pierre Mayer a défendu ce concept en affirmant que "le chapitre le plus susceptible de présenter un aspect international est celui des contrats administratifs"⁵⁸⁴, Sophie Lemaire et Marion Ubaud Bergeron admettent également l'existence de contrats administratifs internationaux⁵⁸⁵. Le tribunal des conflits a intégré cette terminologie dans le droit positif français dans un arrêt du 17 mai 2010. Il admet qu'un contrat administratif puisse constituer une opération du commerce international, de ce fait, le régime du contrat administratif et du contrat international ne sont plus indépendants⁵⁸⁶. En pratique, le droit international emprunte depuis plusieurs décennies des techniques contractuelles propres au contrat administratif telles que la clause de hard hip⁵⁸⁷, qui n'est qu'une consécration, à l'échelle internationale, de la théorie administrative de l'imprévision. En parallèle, le régime du contrat administratif s'adapte à son caractère international, on peut mentionner le respect des seuils et des obligations de publicités sur différents supports électroniques permettant d'atteindre des opérateurs établis sur d'autres Etats membres.

Il faut alors identifier d'une part les éléments qui caractérisent l'internationalité, cela renvoie à l'idée de localiser le rapport de droit, et d'autre part déterminer la commercialité de ce rapport, son essence économique. Concernant l'aspect commercial du rapport de droit, la jurisprudence emprunte à la doctrine sa définition, il s'agit généralement d'une transaction commerciale impliquant un mouvement de flux et de reflux de biens, de services ou d'un paiement, par-dessus les frontières. Cette conception neutre et propre au droit des affaires peut sans difficulté être employée par le juge administratif dès lors que le contrat administratif implique la réalisation d'un ouvrage, la prestation d'un service par-delà les frontières. La nationalité des parties n'est pas le seul critère pertinent permettant d'intégrer le contrat administratif dans la sphère internationale, généralement c'est le lieu d'exécution du contrat qui pose le plus de difficultés : une exécution dans un autre Etat que celui où est établi le pouvoir adjudicateur, plus largement l'administration.

le contrat de marché public et la concession sont des outils de pénétration des marchés économiques encourageant la libre circulation des marchandises, des travailleurs et des services, ainsi que des capitaux.

Conclusion :

Ce sujet confronte deux matières qui ne devaient pas se rencontrer, pourtant la globalisation en a décidé autrement. Si à l'origine, le contrat administratif est un instrument de coopération avec le secteur privé, il est aujourd'hui le principal support des activités transnationales des personnes privées et publiques. Il y a lieu d'affirmer que le droit international privé peut inclure et doit inclure le développement du contrat administratif dans la sphère internationale. Englobant le droit du commerce international, le droit international privé a déjà appréhendé le développement du contrat administratif au travers du droit de l'OMC et de l'Union européenne. L'internationalité et l'administrativité du contrat administratif peuvent se concilier, cependant le raisonnement

⁵⁸⁴ Cité par Ibrahim Elbeherri Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux <https://theses.hal.science>

⁵⁸⁵ ibid.

⁵⁸⁶ Tribunal des Conflits, 17/05/2010, C3754 <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁵⁸⁷ Il s'agit en quelque sorte, de la transposition dans les contrats commerciaux, de la notion d'imprévision qui se trouve appliquée depuis des décennies aux contrats de droit public



internationaliste mené par le juge reste à affiner afin de l'adapter à la spécificité qui caractérise le contrat administratif.

Les contrats administratifs internationaux doivent faire l'objet d'une catégorie à part entière, distincte des contrats dont les effets ne dépassent pas les frontières étatiques. Ce sont avant tout des instruments juridiques permettant aux administrations de pénétrer les marchés internationaux et doivent donc relever d'un régime propre, incluant des méthodes de droit international privé.

BIBLIOGRAPHIE

- Emma PICARD Le contrat administratif dans la sphère internationale et les méthodes de droit international privé Mémoire de recherche soutenu le 3 juillet 2023
- Estelle CHAMBAS L'acte administratif unilatéral transnational Thèse de doctorat en droit public soutenue le 23 juin 2022, Université Paris-Panthéon-Assas
- François Brenet, « Problèmes d'extraterritorialité et de transnationalité en droit administratif comparé, européen et global » vendredi 9 avril 2010,
- Kamal El Mesbahi. Transparence versus corruption dans les marchés publics : lecture à travers les dispositions de l'Accord de libre échange Maroc / Etats-Unis
- Maxence Chambon L'arbitrage international en Droit Administratif, où l'impossible conciliation de deux phénomènes antagonistes Dans Civitas Europa 2013/2 (N° 31), pages 261 à 284 Éditions IRENEE / Université de Lorraine
- Mustapha MALLYANI, Dimension internationale des marchés publics nationaux <https://revues.imist.ma/index.php/REFIP>
- Ibrahim Elbeherry Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux <https://theses.hal.science>
- Réseau „Contrats publics dans la globalisation juridique“ Compte-rendu du séminaire « L'Internationalisation du droit des contrats publics » 3 et 4 avril 2009, Speyer, Allemagne