

Le contentieux contractuel (*)

Mohammed Amine BENABDALLAH
Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat-Souissi

1 – Comme tout sujet à l'intitulé large et neutre, le thème du contentieux contractuel laisse à son auteur une certaine marge de liberté dans la manière de le traiter, voire une part d'arbitraire dans le choix de l'angle sous lequel il entend se situer. Sans doute, cela peut-il être le cas pour un sujet à présenter isolément sans devoir apporter une quelconque réponse tendant à confirmer ou à infirmer un postulat. Mais, s'agissant d'un sujet qui s'inscrit dans le cadre d'une problématique soigneusement conçue pour servir de base à l'organisation d'un colloque, la marge de liberté et la part d'arbitraire en question se trouvent fortement réduites et mettent l'auteur de l'exposé dans une sorte d'obligation de résultats plus que de moyens d'apporter quelques éléments de réponse sous peine d'être en dehors de la thématique générale.

2 – A la question « *dans quelle mesure un système juridique d'importation peut être intériorisé et adapté au point de constituer largement la construction autonome d'un Etat indépendant* », l'élément de réponse doit forcément découler d'une approche prenant en considération non point les aspects tendant à légitimer la question en elle-même en apportant les arguments probants de l'idée d'autonomie qui la sous-tend, mais plutôt ceux qui permettraient de vérifier, sans parti pris et en fonction des données qui affluent, si, effectivement, à l'aune d'un sujet précis – en l'espèce, le contentieux contractuel – il est possible de conclure à la construction autonome d'un système juridique initialement importé.

En fait, si la tâche à entreprendre est moins celle d'un avocat défendant une thèse devant les jurés d'une cour que celle d'un chercheur de laboratoire qui, pour l'efficacité de ses conclusions, doit procéder à une série d'analyses de nature à le conduire vers ce qui existe réellement, il semble important de souligner que la notion d'autonomie, pour peu que l'on en définisse les contours, ne se prête ni à l'exactitude de la démarche de celui-ci, ni à la subjectivité de la démonstration de celui-là.

3 – Si on entend l'autonomie d'un point de vue philosophique et juridique, c'est-à-dire le droit de déterminer librement les règles auxquelles on se soumet, il est évident que quel que soit le thème d'analyse, et même si on conclut à des facteurs multiples de ressemblance entre le système d'un pays et celui dont il s'inspire, l'autonomie ne peut et ne saurait faire l'objet de l'ombre d'un doute. La liberté de choix qui est à sa base est une preuve irréfutable de son effectivité. Si, en revanche, on entend l'autonomie d'un point de vue large, ne prenant en compte que le constat de similitude de deux systèmes, où l'un a tendance à s'inspirer de l'autre, la certitude de l'autonomie, au sens philosophique et juridique, ne peut être juste que dans la mesure où on la précise par l'acceptation qui fait état de ce constat de similitude.

* Colloque « Indépendance nationale et système juridique au Maroc », Grenoble, 26 et 27 mars 1998, en hommage au professeur Michel Rousset, PUG 2000, p. 189 et suiv.

C'est à la faveur de cette précision terminologique, qu'il semble possible d'avancer que le contentieux contractuel, comme du reste la plupart des domaines du droit, tout en étant construit de manière autonome, a été et continue d'être marqué de l'empreinte du droit français. Ceci s'explique naturellement par les relations que les deux pays ont entretenues pendant plus de quatre décennies, et qui contrairement à la parabole de la parenthèse généralement présentée pour parler du protectorat, ont complètement changé le cours de l'histoire politico-juridique du Maroc. Pour s'en convaincre, il ne serait pas sans intérêt de laisser flotter les rênes de l'imagination en songeant par le recours à la retrofiction ou l'uchronie à l'évolution possible du droit marocain en général sans le traité du 30 mars 1912 et ce qui s'en est ensuivi. Nul doute que l'exercice serait très captivant, mais son utilité ne serait pas aussi certaine, car la projection des visions les plus plausibles laisserait une très grande part à l'approximation.

4 – Tirant son origine des textes juridiques de 1913 sur l'organisation judiciaire, établis au lendemain du protectorat, le contentieux contractuel peut être étudié dans des optiques différentes selon que l'on cherche à mettre en relief les droits et obligations des cocontractants ou les aspects en relation directe avec le contentieux administratif. A ce sujet, il y a lieu de relever que l'évolution du droit des contrats au Maroc reflète à plusieurs égards celle qu'il a connue en France avec les résultats de ses différentes constructions jurisprudentielles. Si une telle affirmation peut sembler découler d'une simple impression, on peut remarquer qu'elle est largement confirmée par les références à la doctrine et la jurisprudence françaises que font continuellement, à juste titre, les enseignants dans leurs cours et leurs manuels pour expliquer tant les chapitres relatifs à la passation et à l'exécution des contrats que ceux concernant les questions de critères d'identification du contrat administratif et d'application à celui-ci des règles exorbitantes du droit commun⁽¹⁾.

Toutefois, étant donné que, dans le cadre de notre colloque, la présentation du contentieux contractuel au Maroc tend à apporter des éléments de réponse à la question de savoir comment le juge marocain a composé avec un système d'importation, il nous semble plus intéressant de nous attacher aux aspects en rapport avec le système juridictionnel marocain tout au long de son évolution, plutôt qu'aux aspects qui, sans être dénués d'intérêt, n'apporteraient qu'un faible éclairage pour l'optique dans laquelle nous entendons nous situer.

5 – Bien que le problème du critère des contrats administratifs soit relativement récent au Maroc, les bases juridiques qui lui servent d'appui remontent à bien plus loin. Son évolution a été marquée par quelques éclipses dues au système d'unité de juridiction où sa résolution ne se posait véritablement que lorsqu'il s'agissait du recours pour excès de pouvoir ouvert, jusqu'à la création des tribunaux administratifs, en premier et dernier

¹ M.K. Marghini, *Les principes généraux du droit administratif marocain*, Rabat, 1982, p. 342, en langue arabe ; M. Rousset et autres, *Droit administratif marocain*, Ed. La Porte, 1984, p. 328 ; A. Benjelloun, *Droit administratif, l'action administrative*, Al Maârif, 1985, p. 34 ; M. Yaagoubi, *Le droit administratif marocain*, 1987, p. 143 ; M. Sarroukh, *Droit administratif, Etude comparée*, 1990, p. 323, en langue arabe.

ressort devant la Cour suprême. Néanmoins, force est de remarquer que depuis l'installation de ces tribunaux, et surtout les compétences dont ils sont dotés, l'identification du contrat administratif se pose désormais dans les mêmes termes que dans un système de dualité de juridictions. C'est, alors, à partir de ces repères que l'on se propose de présenter le contentieux contractuel marocain, d'abord, du point de vue de ses bases juridiques, puis, de celui de l'orientation jurisprudentielle à son sujet.

- I -

Les bases juridiques du contentieux contractuel

6 – C'est naturellement à travers les textes juridiques qui se sont succédé depuis 1913, que l'on peut situer la naissance du contentieux contractuel au Maroc, et, par suite, l'apparition de la notion même de contrat administratif. Ce faisant, on peut remarquer que depuis l'origine jusqu'à la dernière date marquant la création des tribunaux administratifs, ces textes-là ont été en grande partie, sinon en totalité, inspirés par la législation française et les grands principes qui lui servent de base.

A – L'article 8 du dahir du 12 août 1913

7 – Bien qu'on ne le dise pas très souvent, cet article est à considérer comme le fondement du plein contentieux au Maroc ⁽²⁾. Déterminant les compétences des juridictions nouvellement créées à l'époque, il disposa qu'elles étaient seules compétentes pour connaître, en précisant *en matière administrative*, afin d'écarter toute velléité d'application des règles du droit civil, « *de toutes les instances tendant à faire déclarer débitrices, les administrations publiques, soit à raison des marchés conclus par elles, soit à raison des travaux qu'elles ont ordonnés, soit à raison de tous actes de leur part ayant porté préjudice à autrui* ».

Sur ce plan, il y a lieu de relever que si en France, la création de la juridiction administrative et d'un droit dérogatoire au droit commun a été la conséquence du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et, donc, de l'interdiction faite aux juges de connaître des affaires de l'administration, au Maroc, le législateur est allé dans le même sens, mais en précipitant les étapes. D'abord en indiquant au juge qu'il devait statuer en matière administrative, puis, en lui interdisant dans le deuxième alinéa du même article, « *d'ordonner accessoirement (...) ou principalement, toutes mesures dont l'effet serait d'entraver l'action des administrations publiques...* »

Toujours sur le même plan, il est difficile de lire cet article 8, sans que viennent à l'esprit deux lois françaises du début du XIX siècle. D'une part, le décret du 11 juin 1806, chargeant le Conseil d'Etat de connaître « *des contestations ou demandes*

² Les ouvrages qui en traitent sont fort nombreux ; on se contentera des plus anciens : S. Berge, *La justice française au Maroc*, Sirey, 1917 ; A. Michel, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, P.U.F. 1932 ; R. Monier, *Le contentieux administratif au Maroc*, Coll. des Centres d'Etudes juridiques du Maroc, 1935 ; E. Durand, *Traité de droit public marocain*, Rabat, 1955.

relatives soit aux marchés passés avec nos ministères, soit aux travaux et fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs ». D'autre part, la loi du 28 pluviôse an VIII, donnant compétence aux Conseils de Préfectures pour connaître des difficultés de l'exécution des marchés de travaux publics en faisant du Conseil d'Etat le juge d'appel en la matière.

C'est dire que les rédacteurs de l'article 8 du dahir de 1913 ont élaboré leur texte avec l'intention bien arrêtée d'orienter le contentieux contractuel marocain, et le contentieux administratif d'une manière général, dans le sens de la conception française de la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs, ce qui fut maintenu même dans les réformes intervenues au lendemain du recouvrement de l'indépendance.

B – Le dahir du 27 septembre 1957 instituant la Cour suprême

8 – Avec l'institution de la Cour suprême, c'est l'unité de juridiction qui est consacrée⁽³⁾. Mais voulant combler la grande lacune que connaissait le contentieux administratif par l'absence du contrôle de la légalité, le législateur attribua à la haute juridiction une compétence exclusive en matière de recours pour excès de pouvoir. En fait, c'est, principalement, avec ce mode de contrôle que devint nécessaire la détermination du critère du contrat administratif qui depuis 1913 ne posait pratiquement aucun problème du point de vue de la juridiction compétente. En effet, dans tous les cas de figure, la compétence juridictionnelle revenait aux mêmes tribunaux qui, conformément à l'esprit de l'article 8 de 1913, statuaient en matière administrative lorsque le contrat concernait l'exécution d'un marché conclu par l'administration. De ce fait, la nature du contrat n'avait véritablement d'importance que pour la détermination du droit applicable. D'ailleurs, il est révélateur que la jurisprudence de la Cour suprême, instance de cassation, ne contienne, du moins au cours de ses dix premières années, aucun arrêt soulevant la question du critère du contrat administratif. Les seuls arrêts relatifs à ce point, ont trait à des recours pour excès de pouvoir intentés par des agents de l'administration, recrutés par contrat ; ce qui nécessitait pour la haute juridiction, compétente en premier et dernier ressort, l'identification de la nature administrative de celui-ci, afin de conclure à son caractère de droit public pour lui appliquer la matière administrative.

C – Le code de procédure civile du 28 septembre 1974

9 – Si la création de la Cour suprême constitue la consécration du système d'unité de juridiction et de dualité de droit qui avait été mis en place avec les réformes de 1913, la refonte du code de procédure civile⁽⁴⁾ constitue, quant à elle, la consécration de l'unité de la procédure. La caractéristique principale de ce texte réside, cependant, en ce qui nous concerne, dans l'abrogation qu'il édicte à propos de l'article 8 du dahir de 1913. La disparition de cet article a entraîné avec elle la référence à la notion de *matière*

³ O. Renard-Payen, *L'expérience marocaine d'unité de juridiction et de séparation des contentieux*, L.G.D.J. 1964.

⁴ M. Rousset, *La réforme de la justice marocaine et ses incidences sur le contentieux administratif*, Revue juridique et politique, Indépendance et coopération, (RJPIC), 1975, p.147.

administrative sur la base de laquelle les juridictions appliquaient à l'action administrative, les règles dérogatoires au droit commun. En effet, l'article 18 du code de procédure civile donne compétence aux tribunaux de première instance pour connaître de toutes les affaires civiles, de statut personnel et successoral, commerciales, administratives et sociales, mais sans spécifier qu'ils devaient statuer en matière administrative, comme l'avaient fait les rédacteurs de l'article 8 de 1913, en déterminant les compétences des juridictions de l'époque.

C'est alors dans une autre disposition que l'on peut trouver, mais d'une manière tout à fait indirecte, les bases de l'application des règles du droit administratif aux contrats administratifs. Fidèles à l'esprit des textes de 1913, les auteurs du code de 1974 ont interdit aux juridictions de connaître, même accessoirement, de toutes demandes tendant à entraver l'action des administrations de l'Etat et des autres collectivités publiques. Par cette interdiction donc, le juge, face à un contrat administratif, s'est trouvé invité à traiter le litige y afférent sur la base de règles autres que celles du code des obligations et contrats, applicables seulement aux contrats de droit privé. Toutefois, il est important de relever qu'il ne s'agit là que de données textuelles car, dans la pratique, devant les tribunaux de première instance, il n'y a eu aucun désaccord notoire quant à l'application ou l'inapplication aux contrats administratifs des règles dérogatoires au droit commun. A preuve, le précieux recueil récemment publié par la Cour suprême, regroupant les principaux arrêts rendus en matière administrative entre 1957 et 1997. Ce recueil, rassemblé par des magistrats de la haute juridiction, ne mentionne aucune décision tranchant la question du critère du contrat administratif, soulevée devant une juridiction d'appel. C'est sans doute l'un des grands mérites de l'unité de juridiction car le problème du critère, naguère, rarissime sinon inexistant, n'est apparu au grand jour, qu'avec l'institution des tribunaux administratifs.

D – La loi du 12 juillet 1991 instituant les tribunaux administratifs

10 – Annoncée en mai 1990⁽⁵⁾, votée en juillet 1991⁽⁶⁾ et promulguée en novembre 1993⁽⁷⁾, la loi instituant les tribunaux administratifs n'est entrée en vigueur qu'en mars 1994⁽⁸⁾. S'il ne fait aucun doute que, d'un point de vue général, ses effets ont été extrêmement bénéfiques pour le justiciable en ce sens que le nombre des requêtes a nettement augmenté par rapport au passé, et que la création de juridictions pour juger l'administration a eu, en elle-même, un effet psychologique fort important sur le moral de l'ensemble des administrés, ou, si l'on veut, des usagers ou des clients de l'administration, on ne doit pas perdre de vue que son application marque la fin de

⁵ Discours Royal du 8 mai 1990 annonçant, également, la création du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme.

⁶ L'adoption de la loi par la Chambre des Représentants a eu lieu le 11 juillet 1991.

⁷ Bulletin officiel n° 4227 du 3 novembre 1993, p. 595.

⁸ Ce retard est vraisemblablement dû au fait qu'au moment de la décision d'instituer des tribunaux administratifs, il n'existait aucune infrastructure à même de les abriter, pas plus, du reste, qu'il n'existait de magistrats spécialisés en droit administratif. C'est la raison pour laquelle on a dû reporter leur installation afin de permettre aussi bien l'acquisition des locaux nécessaires à leur fonctionnement que la formation rapide de magistrats au sein de l'Institut national d'études judiciaires et auprès des juridictions françaises et égyptiennes.

l'unité de juridiction⁹). Les litiges qui, naguère, relevaient d'un juge unique compétent pour statuer, selon le cas, en matière administrative ou civile, soulèvent, désormais, la question préalable de la détermination du critère de la compétence administrative, tout comme cela est le cas dans le système de la dualité de juridictions. Ceci est d'autant plus impératif que la loi sur les tribunaux administratifs précise que les règles de compétence à raison de la matière sont d'ordre public. Devenus alors les juges administratifs de droit commun dans les ressorts territoriaux où ils siègent, les tribunaux administratifs, en vertu d'une disposition de la loi les instituant, sont compétents pour juger les litiges relatifs aux contrats administratifs.

*

* *

11 – Partie intégrante du plein contentieux, le contentieux contractuel a subi, depuis 1913, les effets des réformes judiciaires que le Maroc a adoptées au lendemain du recouvrement de l'indépendance et poursuivies quelques années après en 1974. De ce fait, il demeura caractérisé par l'empreinte initiale qui le marqua tout au long de la période du protectorat. Ne soulevant le problème de la détermination de la juridiction compétente que lorsqu'il s'agissait du recours pour excès de pouvoir ouvert devant la Cour suprême, il n'en posait aucun du même genre devant les juridictions inférieures ; ce qui lui octroyait une particularité substantielle au regard du modèle juridictionnel français, partiellement importé par les autorités du protectorat. L'unité de juridiction avait pour qualité essentielle de l'exempter des impératifs inhérents au système de la dualité juridictionnelle. Mais c'est curieusement au moment où l'on pouvait s'attendre à un système se détachant complètement du modèle d'inspiration, que, avec la création des tribunaux administratifs, la ressemblance avec celui-ci est devenue tout à fait visible. La fin de l'unité de juridiction fut, par ricochet, celle de la discrétion avec laquelle, durant près de soixante ans, le contentieux contractuel est passé, pour ainsi dire, presque inaperçu.

Ainsi, au terme de l'évolution de ses bases juridiques, partagées, du reste, en partie, avec le contentieux de la responsabilité administrative, le contentieux contractuel au Maroc emprunte, désormais, plusieurs de ses traits à la physionomie qui le caractérise voilà des décades dans le pays de la dualité de juridictions. C'est, par ailleurs, cette similitude des textes qui a facilité d'autres emprunts que l'on peut remarquer à travers l'orientation récente de la jurisprudence.

- II -

Le contentieux contractuel dans l'orientation jurisprudentielle

12 - Alors que, à l'ombre de l'unité de juridiction, la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé se posait seulement pour la détermination de la

⁹ M. Rousset, La création des tribunaux administratifs : Vers la fin de l'unité de juridiction ? RJPIC, 1991, p.245. M.A. Benabdallah, Les tribunaux administratifs : A propos d'une loi en gestation, Revue juridique politique et économique du Maroc, (RJPEM), 1990, n° 24 , p.177.

matière applicable, force est de relever que, depuis la création des tribunaux administratifs et, surtout, les compétences dont on les a dotées, elle est devenue le préalable nécessaire à la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, tout comme elle se pose, en France, depuis la création de la juridiction administrative et l'institution de la dualité de juridictions. D'ailleurs, il ne serait pas sans intérêt de remarquer que c'est depuis la création de ces tribunaux qu'ont relativement proliféré les jugements et les arrêts en matière de critère du contrat administratif. A partir de cette jurisprudence, on peut relever deux tendances : l'une, des tribunaux administratifs, optant pour un cumul de critères, l'autre, de quelques tribunaux et, particulièrement, de la Cour suprême, penchant vers le choix d'un critère en fonction de la spécificité du contrat.

A – La jurisprudence des tribunaux administratifs

13 – Sans doute serait-il hasardeux d'essayer une systématisation viable à partir d'une jurisprudence, actuellement très peu fournie et, de surcroît, ne reflétant qu'une conception bien limitée dans le temps ; néanmoins, il ne serait pas inutile de tenter une classification des tendances exprimées dans une quinzaine de jugements disponibles où les critères adoptés sont ceux-là mêmes qui ont été élaborés par la jurisprudence française.

En fait, deux grandes tendances peuvent être distinguées : l'une où le juge exige la réunion de trois critères ; l'autre où il se contente d'un seul.

14 – Ainsi, dans certains de leurs jugements, les Tribunaux administratifs de Rabat et d'Agadir se sont livrés à une vérification de l'existence des trois critères, un à un, en laissant entendre que sans leur cumul, le contrat ne saurait être administratif.

« Attendu que la jurisprudence de cette juridiction considère avec constance que le contrat est administratif, lorsque trois conditions sont réunies :

1 – que l'un des cocontractants soit une personne publique ;

2 – que le contrat concerne la gestion d'un service public ou la réalisation d'un intérêt général ;

3 – que la personne publique recoure à l'utilisation d'un procédé public dans le contrat » ⁽¹⁰⁾.

Le même considérant est repris, à la lettre, dans un jugement intervenu quelques mois après ⁽¹¹⁾.

D'ailleurs, les deux jugements avaient été rendus conformément aux conclusions du même Commissaire Royal qui avait proposé : *« Si les deux conditions du contrat administratif sont réunies dans l'espèce, comme ceci a été dit, il y a lieu de relever que conformément à la doctrine et à la jurisprudence, elles ne sont pas suffisantes pour*

¹⁰ T.A. Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, (REMALD), série « Thèmes actuels », n° 9, p. 169.

¹¹ T.A. Agadir, 26 mars 1996, *Chaoui*, non publié.

donner la qualité administrative au contrat objet du recours. Il faut que le contrat contienne une clause exorbitante du droit commun » ⁽¹²⁾.

Dans le même esprit, un jugement du Tribunal administratif de Rabat :

« Attendu qu'il n'est pas possible de considérer le contrat comme administratif et que la juridiction administrative n'est compétente que si sont réunies trois conditions, à savoir... »⁽¹³⁾

Cela étant, il est à remarquer qu'en utilisant ces critères, le juge se réfère, parfois sans le révéler, quelquefois en le déclarant, à des positions de la jurisprudence et de la doctrine françaises. Ainsi, dans l'affaire *Bouarsa*, le Tribunal administratif d'Agadir a mentionné dans la motivation de son jugement, la notion de situation objective en citant, dans le corps d'un considérant, des maîtres de la doctrine française, les doyens Duguit et Vedel.

15 – En revanche, dans une autre série de jugements, les Tribunaux de Fès et de Meknès ont opté pour une méthode beaucoup plus flexible se fondant sur les indices d'identification à partir des espèces qui leur sont soumises.

Ainsi, sans faire allusion à la condition de service public, exigée dans les jugements des Tribunaux de Rabat et de Marrakech, le Tribunal de Meknès s'est contenté de la clause exorbitante : *« Attendu que ces dispositions sont considérées comme clauses exceptionnelles, exorbitantes du droit commun ; le contrat litigieux est administratif et, par conséquent, relève de la juridiction administrative »* ⁽¹⁴⁾.

16 - En tout cas, il ne s'agit là que d'exemples qui ne permettent guère de conclure à des appréciations précises, mais ils permettent d'avoir une idée, très approximative il est vrai, de l'orientation des tribunaux administratifs en matière d'identification du contrat administratif ⁽¹⁵⁾. Si, cependant, les démarches qu'ils adoptent semblent divergentes, cela est dû, à notre sens, à la formation des magistrats qui se réfèrent, dans leurs jugements, à la jurisprudence et la doctrine françaises et égyptiennes⁽¹⁶⁾, toutes deux

¹² M.Laalej, Concl. sur T.A. Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, REMALD, série, « Thèmes actuels », n° 9, p. 174.

¹³ T.A. Rabat, 28 mai 1995, *Ouahbi*, non publié.

¹⁴ T.A. Meknès, 7 mars 1996, *Boukbir*, non publié.

¹⁵ Il est à noter que, très souvent, c'est l'administration qui demande le dessaisissement du tribunal administratif en faveur de la juridiction ordinaire, alors qu'en principe elle devrait se sentir sécurisée par la compétence du tribunal administratif sensé être plus à même de saisir ses besoins et les impératifs de son action. A titre d'exemple, T.A. Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, précité ; T.A. Agadir, 12 mars 1996, *Conseil municipal d'Inezgane*, REMALD, 1996, « Thèmes actuels », n° 9, p. 197, T.A. Casablanca, 23 septembre 1996, *Société de nettoyage industriel c/ CNCA*, REMALD, 1997, n°18, p. 192. Ajoutons, toutefois, qu'il n'est pas exclu que l'incompétence soit fréquemment soulevée dans le seul but de décourager le requérant par le recours à des manœuvres dilatoires tendant à prolonger indéfiniment le cours du procès.

¹⁶ Ainsi, par exemple, T.A. Meknès, 9 novembre 1995, *Izahen*, REMALD, 1996, série « Thèmes actuels », n° 9, p. 226, où, au cœur du jugement, il est fait référence à un arrêt du Conseil d'Etat français, C.E. 4 août 1905, *Martin*, et au G.A.J.A. Egalement, les conclusions du Commissaire Royal sur l'affaire précitée, *Bouarsa*, qui s'appuient sur un arrêt de la jurisprudence égyptienne, REMALD, *op. cit.*, p. 173

bien apparentes dans plusieurs conclusions des Commissaires Royaux. Il est à espérer que cette double inspiration, preuve incontestable d'autonomie, finira à la longue par leur permettre de se forger une conception propre de nature à concorder aussi parfaitement que possible avec les composantes du droit marocain dans son ensemble. Mais on ne doit pas perdre de vue que les tribunaux administratifs ne sont encore qu'à leur quatrième année d'existence et que, naturellement, il leur faudrait un peu plus de temps pour donner naissance à une jurisprudence qui soit véritablement de leur propre cru.

B – La jurisprudence de la Cour suprême

17 – Contrairement à la jurisprudence des tribunaux administratifs, celle de la Cour suprême se caractérise par une certaine ancienneté et une origine tirant son essence de l'évolution jurisprudentielle antérieure à 1957 et, de ce fait, très voisine de l'orientation française de l'époque. C'est dans les arrêts rendus à la fin des années cinquante que sont apparus, au sein de la haute juridiction, le critère revalorisé de participation à la gestion du service public⁽¹⁷⁾ et, celui, encore en vogue, de clause exorbitante du droit commun⁽¹⁸⁾. Les faisant jouer tantôt cumulativement⁽¹⁹⁾, tantôt alternativement⁽²⁰⁾, la Cour suprême optait pour une démarche prenant comme point de départ le contexte général du contrat, cherchant ainsi la facilité de la preuve⁽²¹⁾. C'est, d'ailleurs, ce qui ressort encore de sa jurisprudence la plus récente.

18 – Rendu en appel, suite à un jugement du Tribunal administratif de Marrakech, l'arrêt du 21 septembre 1995, *Boulfarouj* ⁽²²⁾, est probablement le premier à avoir émané de la Cour suprême en matière de contrat après l'institution des tribunaux administratifs. Dans cette affaire la haute juridiction, prenant en considération l'objet du contrat, a conclu que la clause exorbitante était insuffisante pour lui octroyer le caractère administratif et qu'il lui fallait la condition « substantielle » de la relation du contrat avec la gestion du service public.

Les mêmes conditions furent exigées trois semaines plus tard.

¹⁷ A. de Laubadère, Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français, A.J.D.A., 1961, p. 591.

¹⁸ A propos de ce critère, le Doyen Vedel et le Professeur Delvolvé remarquent, *Droit administratif*, Thémis, 1982, p. 339 que le contrat qui confie à un particulier « l'exécution même du service public » renferme par là même une clause exorbitante du droit commun et qui est celle de confier à une personne privée la responsabilité du service.

¹⁹ M. Rousset et autres, *Droit administratif marocain*, Ed. La Porte, 1984, p. 330.

²⁰ M. Yaagoubi, *Le droit administratif marocain*, 1987, p. 143 ; A. Benjelloun, *Droit administratif, l'action administrative*, Al Maarif, 1985, p. 36.

²¹ M.A. Benabdallah, Du critère du contrat administratif, REMALD, 1997, n° 18, p. 15.

²² C.S.A. 21 septembre 1995, *Boulfarouj*, Les principaux arrêts de la Cour suprême, matière administrative, 1958-1997, p. 325, en langue arabe.

Dans l'arrêt du 12 octobre 1995, *Société nationale d'aménagement de la baie de Tanger* (²³), la Cour suprême a dans un premier temps fait état du critère de participation à la gestion du service public, puis, mais sans assujettir cela à une seconde condition, au critère de la clause exorbitante. En fait, sa démarche fut de démontrer que dans le contrat qui lui était soumis, les deux conditions étaient réunies.

« Attendu qu'il résulte des éléments du dossier que la société appelante créée par décret du 26 juin 1967, pour l'aménagement de la baie de Tanger et sa mise en valeur touristique, a été chargée, en raison de sa soumission à la tutelle du ministère du Tourisme, de la gestion d'un service public.

Attendu que l'acte unilatéral de résiliation pris par la société appelante, ayant mis fin à la mission de l'intimée, se base sur des conditions et des pénalités figurant dans le contrat conclu entre les deux parties, mais inhabituelles dans les contrats de droit privé, dans la mesure où elles entraînent un déséquilibre entre les obligations de chacun des deux contractants »

Cependant, dans un arrêt rendu, quatre semaines plus tard, le 9 novembre 1995, *Chaâlali*(²⁴), la même juridiction se contente de la clause exorbitante sans référence à celle du service public, en raison du fait qu'il s'agissait d'un contrat entre la Caisse Nationale de Crédit Agricole et l'un de ses employés.

« Attendu qu'il est évident que l'administration a donc utilisé dans ses rapports avec son cocontractant, des moyens de droit public, en ce sens que la clause prévue par l'article 4 du contrat est inhabituelle dans les contrats de droit commun et constitue, de ce fait, une clause exorbitante, dans la mesure où à propos des contrats de droit commun, seules les juridictions ordinaires sont habilitées à apprécier la gravité de la faute commise par l'une des parties et de dire si elle justifie ou non la résiliation du contrat sans indemnisation du contractant

Attendu, que compte tenu de ce qui précède, le contrat conclu entre l'appelant et la Caisse Nationale de Crédit Agricole constitue bien un contrat administratif ... »

*

* *

19 – Dans la jurisprudence marocaine, l'identification du contrat administratif s'est constamment faite sur la base des critères classiques de service public et de clause exorbitante, tous deux conçus par la jurisprudence et la doctrine françaises. Néanmoins, on ne peut pas soutenir que l'usage qu'en fait le juge marocain a lieu d'une manière systématique ou inconditionnelle faisant fi de la spécificité de chaque espèce. Il est vrai que dans certains cas, le juge a préféré la solution de facilité consistant à assujettir le caractère administratif du contrat aux trois critères réunis. Toutefois, il faut reconnaître que dans la majorité des cas, il opte pour la recherche, parfois d'un seul critère, parfois

²³ C.S.A.12 octobre 1995, *Société nationale d'aménagement de la ville de Tanger*, Revue, Jurisprudence de la Cour Suprême, n° 49-50, p. 9.

²⁴ C.S.A. 9 novembre 1995, *Chaâlali*, Revue, Jurisprudence de la Cour suprême, n° 49-50, p.15.

des deux cumulés, mais c'est un choix qui se fait généralement en fonction des circonstances de chaque affaire. Il est vrai aussi que dans un arrêt très récent rendu le 20 février 1996⁽²⁵⁾, la Cour suprême, tout en se fondant sur la notion de travaux publics, largement suffisante pour l'établissement du caractère administratif du contrat⁽²⁶⁾, a fait allusion à la réunion des trois fameuses conditions cumulées, mais cela ne semble pas autoriser à dire qu'elle en fait son credo jurisprudentiel, car entre le principe qu'elle rappelle et l'application qu'elle en a toujours fait, c'est, nous semble-t-il, cette dernière que l'on doit prendre en considération.

*

* *

20 – Si, vraiment, il faut conclure, la conclusion ne peut être utile que si elle essaie d'apporter un élément de réponse à la thématique générale du colloque. De ce point de vue, on peut constater que le contentieux contractuel en droit marocain, accuse une ressemblance extrêmement frappante avec le contentieux contractuel en droit français qui s'explique, selon l'expression du professeur de Laubadère, par le cousinage des textes juridiques des deux pays, particulièrement à une époque bien déterminée de l'histoire.

Au Maroc, où la pratique du contrat administratif n'avait aucune existence avant l'avènement du protectorat et surtout la signature du traité d'Algésiras, la notion de contrat de droit public n'est apparue qu'avec l'adoption d'une législation tirant sa source de l'esprit de la législation française et de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Sans qu'il ne s'agisse vraiment d'une greffe⁽²⁷⁾, il s'est agi, en réalité, d'une conséquence de l'histoire que le législateur marocain a, parfois délibérément, quelquefois à son corps défendant, entretenue après le recouvrement de l'indépendance, et a même fortifiée en adoptant presque intégralement un système de justice administrative dont la parenté avec le système français s'est affirmée avec les compétences dont on a doté les tribunaux administratifs.

Dans ce climat général tirant son origine du début de notre siècle, le juge administratif, tant en matière de contentieux contractuel qu'en matière de contentieux administratif, s'est trouvé quasiment obligé d'emprunter les instruments et les outils nécessaires à l'entretien du mécanisme d'un appareil qui, loin d'avoir été le résultat d'une fabrication locale, a été entièrement importé. C'est dire que cette continuité d'inspiration relève d'une sorte de logique de l'histoire, au demeurant réfractaire à toute tentative d'ignorance ou de marginalisation.

Faut-il alors persister dans la même voie au point de produire une espèce de copie certifiée conforme d'un système étranger ?

²⁵ C.S.A. 20 février 1996, *Agent judiciaire c/ Fabiane*, non publié.

²⁶ L'article 52 du cahier des clauses et conditions générales des marchés de travaux précise, en effet, que « *tout litige entre l'administration et l'entrepreneur sera soumis aux tribunaux statuant en matière administrative* ».

²⁷ J. Rivero, Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif, Pages de doctrine, L.G.D.J. 1980, p. 459.

Si la négative coule de source, on remarquera aussi qu'il faut bien se garder de tourner le dos à certaines solutions ou les combattre pour la raison fallacieuse qu'elles seraient d'origine étrangère. Sans doute ne peut-on pas changer l'histoire, mais personne n'oserait contester que l'autonomie d'un système juridique ne peut être réelle et effective que dans la mesure où le législateur et le juge parviennent à démontrer, à partir du texte importé ou de la jurisprudence adoptée, que la solution préconisée est en parfaite concordance avec la réalité marocaine.