

Du critère du contrat administratif (*)

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

1. Passée presque inaperçue à la faveur de la simplicité de l'unité de juridiction, la notion de contrat administratif occupe aujourd'hui, depuis l'institution des tribunaux administratifs, une place de choix sur la scène jurisprudentielle. Si l'on ne s'abuse, hormis quelques paragraphes qui lui ont été consacrés ici et là dans certains manuels ⁽¹⁾, la notion n'a guère fait l'objet d'études spécifiques. Loin d'être le résultat d'une négligence doctrinale, elle ne présentait, à vrai dire, aucune particularité de nature à attirer l'attention des exégètes, ni à constituer un thème susceptible de se prêter à une théorisation utile en pratique, spécialement au juge administratif. La distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé n'avait d'intérêt que pour la détermination du droit applicable, matière administrative ou matière civile, et n'avait trait en aucune façon à la question de répartition des compétences entre deux ordres de juridiction. Mieux encore, cette détermination du droit applicable posait tellement peu de problèmes que les arrêts la concernant sont pratiquement inexistantes au niveau de la Cour suprême. Certes, celle-ci a eu plusieurs fois à se prononcer en matière de contrat ⁽²⁾, mais cela était en rapport avec des affaires où elle statuait en premier et dernier ressort, et non comme juge de cassation. Il est alors vraisemblable que les juridictions inférieures ne se heurtaient pas à des problèmes de critères de distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé.

Aujourd'hui, la situation a radicalement changé. Suite à la dualité de juridictions, conséquence naturelle de l'institution des tribunaux administratifs, compétents, entre autres, en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle de l'administration, la recherche et la précision du critère du contrat deviennent impératives. Désormais, la distinction entre le contrat administratif et le contrat de droit privé se pose en termes de répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire ⁽³⁾ de la même manière qu'elle se pose en France depuis la création de la juridiction administrative et l'institution de la dualité de juridictions ⁽⁴⁾.

* REMALD n°18, 1997, p. 9 et suiv.

¹ M. Rousset et autres, Droit administratif marocain, 1984, p. 328 ; A. Benjelloun, Droit administratif, l'action administrative, AI Maârif, 1985, p. 34 ; M. El Yaagoubi, Le droit administratif marocain, 1987, p. 143 ; M. Saroukh, Droit administratif, Etude comparée, 1990, p. 322 (en arabe).

² Les arrêts les plus cités, CSA, 17 avril 1961, *El Hihi*, R p. 56; CSA, 9 juillet 1959, *Skoba*, R p. 123 ; CSA, 13 avril 1961, *Petit Jean*, R. p. 36; CA Rabat, 29 juin 1962, *Candéla*, R.M.D. 1963, p. 133 ; CSA, 13 mai 1958, *Belgacem*, R p. 20 ; CSA, 3 avril 1959, *Cherkaoui*, R p. 45.

³ Arrêts récents: CSA, 12 octobre 1995, *Société nationale d'aménagement de la baie de Tanger*; CSA, 9 novembre 1995, *Chaalali*, La jurisprudence de la Cour suprême, n° 49-50, p. 9 et 15; CSA, 20 février 1996, *Agent judiciaire c/ Fabiane*, REMALD, *infra*, note 22.

⁴ On ne répètera jamais assez que si la création des tribunaux administratifs a été une excellente initiative sur le plan du recours pour excès de pouvoir, les compétences dont on les a dotés en matière de recours en

2. Pour bien appréhender l'évolution de la notion de contrat administratif, il semble nécessaire de s'arrêter brièvement sur l'origine même de sa distinction du contrat de droit commun, d'abord dans son pays natal, puis au Maroc.

En France, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires fut interprété dans le sens d'une interdiction faite aux juridictions civiles de connaître des affaires administratives et, symétriquement, à la juridiction administrative de connaître des affaires civiles (4). Bien que le décret du 11 juin 1806 (5) et la loi du 28 pluviôse an VIII (6) eussent pu être compris comme donnant compétence au Conseil d'Etat et aux Conseils des Préfectures de connaître, en premier ressort ou en appel, de tous les contrats passés par l'administration, il s'éleva des critiques de tendance libérale contestant jusqu'à l'existence du Conseil d'Etat et exprimant une prédilection pour les règles du droit civil. Ceci amena la juridiction administrative et le Tribunal des conflits, institué sous la seconde République, à distinguer entre deux catégories de contrats pour renvoyer aux tribunaux judiciaires la connaissance des litiges nés de l'exécution des contrats conclus dans les conditions du droit commun (7). Ainsi, la recherche du critère devint-elle une nécessité dictée principalement par des besoins de répartition entre les deux ordres de juridiction définitivement établis en 1872.

Au Maroc, c'est l'article 8 du dahir 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire du Royaume qui, posant les premiers jalons du droit administratif, disposa que les tribunaux qu'il créait seraient seuls compétents pour connaître, en matière administrative, « *de toutes les instances tendant à faire déclarer débitrices, les administrations publiques (...) à raison de l'exécution des marchés conclus par elles* ».

indemnité, à l'imitation des tribunaux administratifs en France, modèle d'inspiration, n'ont malheureusement pas manqué de rendre la justice administrative nettement plus lente et plus lourde pour le justiciable. C'est le tribut à la réforme. Dans la précipitation, on a cru indispensable de procéder à une imitation au seuil de la célérité, en adoptant à l'emporte-pièce, un système qui de notoriété doctrinale, ne fait pas l'objet seulement de louanges. Voilà que trois ans à peine après l'institution de la réforme, on commence à avoir un avant-goût de ce que sera l'amertume du justiciable contraint à chercher le juge compétent pour statuer sur le litige l'opposant à l'administration. La répartition des compétences est devenue le préalable d'une grande partie des litiges devant le juge administratif. C'est l'inconvénient pratique, si l'on ose dire, de la dualité ou semi-dualité de juridictions. Cela est d'autant plus paradoxal que si en France, c'est l'administration qui invoque l'incompétence devant le juge judiciaire, au Maroc, celle-ci est invoquée par l'administration devant le juge administratif ! La notion de privilège de juridiction n'est pas même perçue

⁵ Ce décret avait chargé le Conseil d'Etat de connaître « des contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministères, soit aux travaux et fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs ».

⁶ La loi du 28 pluviôse an VIII avait donné compétence aux Conseils des préfectures pour connaître des difficultés nées de l'exécution des marchés de travaux publics, en faisant du Conseil d'Etat juge d'appel en la matière.

⁷ Pour davantage de précisions sur cet aspect historique, voir A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 1983, T. 1, p. 133 et p. 258.

L'imprégnation du droit public français aidant, les magistrats du protectorat adoptèrent l'orientation suivie en France en veillant à appliquer la matière administrative aux litiges opposant la puissance publique et les administrés, ce qui, naturellement, englobait les contrats administratifs.

Abrogé par l'article 5 du dahir du 28 septembre 1974 (⁸), approuvant le texte du code de procédure civile, cet article 8 disparut avec la référence à la notion même de *matière administrative*, si bien que de celle-ci on ne trouve plus aucune trace. En effet, dans l'article 18 du code de procédure civile fixant la compétence des tribunaux de première instance, on ne trouve plus aucune référence à la notion de *matière administrative*, comme, du reste, dans aucune autre disposition du code... C'est dire que ce n'est que par tradition que le juge de première instance a continué à distinguer entre contrat administratif et contrat de droit commun dans la mesure où aucune disposition légale ne l'obligeait puisque le fameux article 8, en vigueur de 1913 à 1974, parlant de *matière administrative*, a été expressément abrogé.

3. Actuellement, en application de la loi 41-90, les tribunaux nouvellement institués sont compétents pour connaître des litiges relatifs aux contrats administratifs. Le législateur n'a pas parlé de contrats de l'administration, ce qui aurait permis une interprétation différente de celle qui est en cours, mais il a spécifié « contrats administratifs ». Ce faisant, il remet à flots la notion de contrat administratif avec ce qu'elle implique comme recherche et précision du critère d'identification et, bien entendu, application de règles dérogatoires au droit civil, même s'il n'a été nulle part question, dans une loi de *matière administrative* (⁹). Sans doute, est-ce une évidence léguée par les textes de 1913 et l'esprit qui s'est forgé de longues décennies aux concepts du droit administratif français. Mais il faut dire que son accueil a été favorisé par l'esprit qui est à la base de la création des tribunaux administratifs: statuer sur les litiges afférents à l'administration, mais en leur appliquant le droit administratif. En d'autres termes, la création des tribunaux administratifs a naturellement maintenu et renforcé l'application à l'activité proprement administrative d'un droit spécial, dérogatoire au droit commun et, corrélativement, rendu nécessaire plus que jamais la distinction du contrat administratif des contrats privés. D'où, tout le problème du critère de l'identification de la notion.

4. Si, comme déjà dit, la recherche du critère n'a pratiquement soulevé aucun problème sérieux sous le régime du monisme, on doit relever que depuis l'entrée en fonction des tribunaux administratifs, la question de la qualification du contrat administratif s'est suffisamment posée au niveau de la plupart des tribunaux et de la Cour suprême pour permettre un essai de systématisation et appeler quelques réflexions naturellement sujettes à discussion.

⁸ B.O. n° 3230 bis du 30 septembre 1974, p. 1305.

⁹ L'article 52 du cahier des clauses et conditions générales des marchés fait référence à la notion de matière administrative, mais il ne s'agit pas d'un texte de loi.

A la lecture des jugements et des arrêts dont nous avons pu disposer, on peut faire les remarques suivantes. Parfois, il est mentionné que le caractère du contrat administratif est soumis au cumul de trois conditions. Ceci ne semble pas à retenir. D'autre part, les deux critères adoptés par la Cour suprême, objet du contrat et clause exorbitante, repris par l'ensemble des jugements, ne se prêtent pas à une hiérarchisation, en ce sens qu'on ne peut pas parler de critère de premier rang et d'un autre subsidiaire. Enfin, pour une identification valable, sans *a priori*, le fondement sur un quelconque critère gagnerait à avoir lieu en fonction de la spécificité et des indices propres à chaque affaire soumise au juge.

C'est autour de ces points que s'articuleront nos deux parties.

- I -

L'inutilité du cumul des critères

5. Dans la jurisprudence des tribunaux administratifs, il est certains jugements dont la lecture incline à penser que trois critères doivent être cumulés pour que le contrat soit administratif.

Ainsi dans l'affaire *Bouarsa* ⁽¹⁰⁾, il est précisé:

« 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 »*

Puis, pour conclure au caractère administratif du contrat, le Tribunal se livre à une vérification des trois critères un à un, comme s'ils devaient être cumulés pour jouer un rôle commun. Cela lui avait d'ailleurs été suggéré par le commissaire royal concluant sur l'affaire: *« 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 donner la qualité administrative au contrat objet du recours. Il faut que le contrat contienne une clause exorbitante du droit commun »* ⁽¹¹⁾.

¹⁰ T.A., Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, REMALD, série « Thèmes actuels », n° 9, p. 169.

¹¹ M. Laalej, Concl. sur TA, Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, REMALD, série « Thèmes actuels », n° 9, p. 174.

Dans un autre jugement, le même Tribunal, suivant les conclusions du même commissaire royal, retient les mêmes conditions.

Dans le même sens, il est également précisé dans un jugement du Tribunal de Rabat: « *Attendu qu'il n'est pas possible de considérer le contrat comme administratif et que la juridiction administrative est compétente que si sont réunies trois conditions cumulées, à savoir : (...)* »⁽¹²⁾.

6. Sans doute que ces trois exemples ne permettent nullement de soutenir que la jurisprudence se dirige vers le cumul des trois conditions, mais ils invitent à s'interroger tant sur l'utilité que sur l'efficacité d'une telle orientation même si elle n'est pas générale et qu'elle constitue une tendance plutôt isolée si l'on considère l'ensemble des tribunaux du Royaume.

7. S'il est incontestable que pour être administratif, un contrat doit nécessairement comprendre une personne morale de droit public, sinon, mais uniquement lorsque cela concerne certains domaines, une personne privée agissant en tant que mandataire de l'administration⁽¹³⁾, il n'est pas nécessaire que deux conditions cumulatives soient réalisées.

A partir du moment où le cocontractant de l'administration « *participe directement au fonctionnement d'un service public* » comme l'avait déjà exigé la Cour suprême⁽¹⁴⁾, la condition de clause exorbitante devient superflue. Elle n'a plus qu'un rôle de second plan. Il est vrai que dans ses arrêts, la haute juridiction s'était fondée sur les deux critères, mais on doit relever qu'à aucun moment, elle n'avait laissé entendre qu'ils devaient se cumuler pour se compléter. Cela est d'autant plus soutenable que le juge n'avait pas posé les critères devant être réunis pour ensuite vérifier leur existence et s'assurer qu'ils étaient réunis. Il avait seulement, dans la foulée du raisonnement, passé en revue tous les indices permettant d'identifier le contrat administratif du contrat privé. Ainsi, dans l'affaire *Skoba*, peut-on lire: « *Attendu par contre que le contrat litigieux a le caractère d'un contrat administratif, tant du fait que la fonction, en vue de laquelle a été engagé le requérant, le faisait participer directement au fonctionnement d'un service public, qu'en raison des clauses assimilant ce dernier aux agents statutaires pour ses droits à traitement, indemnités et congés...* »⁽¹⁵⁾.

Au surplus, en poussant la réflexion à son extrême, on peut valablement voir dans la

¹² TA, Rabat, 28 mai 1995, *Ouahbi*.

¹³ A notre connaissance, cette seconde hypothèse n'a jamais eu d'application dans la jurisprudence marocaine; cependant, rien ne semble s'y opposer, d'autant plus que nos juges se réfèrent souvent à la jurisprudence française qui a déjà considéré, sans se déjuger plus tard, qu'un contrat passé par une personne morale de droit privé et portant sur des travaux publics est un contrat administratif, TC 8 juillet 1963, *Sté Entreprise Peyrot*, GAJA, Sirey 1990, p. 615.

¹⁴ CSA, 9 juillet 1959, *Ben Youssef*, R. p. 62 (1^{er} attendu); 10 juin 1960, *Skoba*, R. p. 125 (3^e attendu).

¹⁵ CSA, 10 juin 1960, *Skoba*, précité.

participation directe au fonctionnement d'un service public, une clause exorbitante du droit commun qui est précisément selon le judicieux point de vue du doyen Vedel et du professeur Delvolvé « *celle qui confie à une personne privée n'ayant pas la qualité d'agent public, la responsabilité du service* » (¹⁶).

8. Partant de cette idée, il est possible de relever qu'en regardant de près, le critère du service public implique celui de la clause exorbitante et *vice versa*. En effet, si l'on admet *grosso modo* que la clause exorbitante est une référence inhabituelle dans un contrat privé, comment ne peut-on pas assimiler à cela une clause par laquelle le cocontractant participe directement à l'exécution du service public? Peut-on imaginer qu'un contrat entre deux personnes privées puisse valablement conclure que l'une d'entre elles aura à charge d'assurer un service public, à moins que, et c'est là une autre question, que l'un des cocontractants soit un mandataire de l'administration (¹⁷). Par conséquent, lorsque l'administration fait participer l'autre partie à l'exécution ou à la gestion d'un service public, cette participation est par elle-même une clause exorbitante du droit commun.

Inversement, si un contrat conclu par une personne publique et une autre privée contient une ou des clauses exorbitantes du droit commun autres que celle de la participation directe à l'exécution du service public, l'existence de ces clauses suppose implicitement que le contrat est en rapport de près ou de loin avec le service public. Mieux encore, ces clauses ne peuvent, en principe, y figurer que si le contrat a pour objet le service public. Au fond, la clause exorbitante implique une présomption de service public (¹⁸).

C'est dire que le juge peut selon la spécificité de chaque affaire, recourir soit au critère du service public qui par lui-même est une clause exorbitante, soit à celle-ci qui ne peut avoir d'existence que si le contrat a pour objet le service public.

- II -

Le critère, émanation du contrat

9. Il faut partir de l'idée que si d'un certain point de vue (¹⁹), les critères du contrat

¹⁶ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 1982, p. 339.

¹⁷ J. F. Prevost, « A la recherche du critère du contrat administratif (la qualité des cocontractants) », R.D.P. 1971, p. 817 ; Y. Brard, « Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées », J.C.P. 1981 - I - 3031.

¹⁸ C'est dans ce sens que l'on peut à bon droit observer que le critère tiré de l'objet du contrat ne joue généralement pas seul, mais cumulativement avec la référence à certaines clauses du contrat, M. Rousset et autres, *op. cit.*, p. 330. De son côté M. Yaagoubi constate que les deux critères ne doivent pas s'appliquer cumulativement. Ils sont plutôt alternatifs, *op. cit.*, p. 143. Dans le même sens, A. Benjelloun, *op. cit.*, p.36.

¹⁹ P. Amslek, «La qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence », AJDA, 1983, p. 5; du même auteur, «Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs: l'identification directe »,

M.A. BENABDALLAH

administratif se présentent en France comme les éléments d'un système à structure hiérarchique progressivement construit par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, au Maroc, cette évolution n'a pas eu lieu. De fait, on ne peut pas soutenir qu'il y a eu une construction jurisprudentielle par le juge de la Cour suprême. Les notions d'objet du contrat, de participation directe au fonctionnement du service public ou de clauses exorbitantes sont des notions importées au même titre que l'ensemble des règles et des textes régissant aussi bien les modes de passation des contrats que leurs conditions d'exécution.

Il n'y a donc pas lieu de dire que notre haute juridiction a dans un premier temps adopté un critère puis, dans un second, un autre, ou qu'un courant doctrinal a orienté une quelconque prédilection. A la vérité, le juge marocain n'a fait, si l'on peut s'exprimer ainsi, que prendre un train en marche. S'inspirant de son homologue français, il a adopté les critères de l'époque. D'ailleurs, même avec un esprit imaginaire, il n'aurait pas pu leur trouver d'autres de remplacement.

Actuellement que la question de la distinction est plus importante que jamais, compte tenu de son impact sur la répartition des compétences entre les tribunaux administratifs et les tribunaux de droit commun, il est nécessaire d'opter pour un système d'identification qui permet d'abrégier autant que possible les procédures au bénéfice du justiciable. Point n'est besoin de s'enliser dans des querelles doctrinales aux vues séduisantes, mais aux incidences extrêmement incommodes. L'établissement du caractère administratif du contrat devrait se faire à partir des éléments de chaque espèce, tantôt sur la base de la notion de service public avec toute la panoplie de ses applications, tantôt sur celle de clause exorbitante et, s'il le faut, les deux. Cette orientation est déjà ébauchée par la jurisprudence récente des tribunaux administratifs et même de la Cour suprême, ce qui, évidemment, est d'un grand aval.

10. Depuis l'institution des tribunaux administratifs, la haute juridiction a eu à rendre en appel quelques arrêts qui confirment cette vue.

Dans l'affaire *Société nationale d'aménagement de la baie de Tanger*, du 12 octobre 1995⁽²⁰⁾, le juge adopte le raisonnement suivant:

« Attendu que le litige entre les parties porte sur la question de savoir si leur contrat a ou non le caractère de contrat administratif relevant quant au contentieux afférant à son exécution de la compétence des tribunaux administratifs, en vertu de l'article 8 de la loi les instituant, ou s'il s'agit d'un contrat de droit commun, relevant des tribunaux de droit commun.

R.A., 1973, p. 636.

²⁰ CSA, 12 octobre 1995, *Société nationale d'aménagement de la baie de Tanger*, Jurisprudence de la Cour suprême, n° 49-50, p. 9.

Attendu qu'il résulte des éléments du dossier que la société appelante créée par décret du 26/6/1967, 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 qu'il ressort 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 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 ».

Dans un autre arrêt, rendu quatre semaines plus tard, le 9 novembre 1995, *Chaalali* ⁽²¹⁾, la Cour suprême fait valoir la notion de clause exorbitante sans référence à celle de service public.

« Mais attendu que l'examen du contrat conclu le 29 août 1989 entre les deux parties, fait ressortir qu'il contient dans son article 4 des clauses exorbitantes, inhabituelles dans les contrats de droit commun, reconnaissant au directeur de la Caisse nationale du crédit agricole le droit de mettre fin au contrat conclu avec l'appelant et la réintégration de ce dernier dans son poste d'origine - sans indemnisation aucune et de quelque nature que ce soit -, lorsqu'il commet une faute dont l'évaluation de la gravité relève du seul pouvoir d'appréciation du responsable susvisé.

Attendu qu'il est évident que l'administration a donc utilisé dans ses rapports avec son cocontractant (appelant), 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 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. »

Enfin dans un arrêt *agent judiciaire contre Fabiane* du 20 février 1996 ⁽²²⁾, la Cour s'appuie sur la notion de travaux publics.

« Attendu que si les contrats administratifs doivent conformément à la jurisprudence réunir trois conditions principales qui sont la conclusion du contrat par une personne morale publique dans un but de service public, comportant des dispositions exceptionnelles inhabituelles pour être soumis aux règles de droit public, sans quoi, ils sont réputés contrats civils, le contrat de travaux publics qui est un accord entre l'administration et un particulier entrepreneur exécutant des travaux de construction, de restauration ou d'entretien de bâtiments ou d'infrastructures immobilières pour le compte d'une personne administrative dans un intérêt public fait partie des contrats administratifs par

²¹ CSA, 9 novembre 1995, *Chaalali*, Jurisprudence de la Cour suprême, n° 49-50, p. 15.

²² CSA, 20 février 1996, *Agent judiciaire c/ Fabiane*, précité.

détermination de la loi»⁽²³⁾.

11. Dans ces trois arrêts, rendus à quelques mois d'intervalle, la haute juridiction répudiant le dogmatisme tendant à compliquer l'identification de la notion et, par là, une justice rapide et efficace, a opté pour l'empirisme et le pragmatisme propres à une justice souple tirant les indices d'identification de l'espèce même qui lui est soumise. C'est une méthode qui permet au juge de changer de démarche selon les données du contrat, objet du litige, en lui offrant de choisir de se fonder sur le critère qui lui semble le plus apparent et le plus approprié, en fonction des circonstances de l'affaire⁽²⁴⁾.

Certains tribunaux administratifs ont aussi adopté la même méthode. Ainsi jugées, l'affaire, *Société Matjar Al Madina*⁽²⁵⁾ portant sur un contrat de fournitures dépourvu de clause exorbitante; l'affaire *Boukbir*⁽²⁶⁾ où le juge de Meknès considère que le contrat est administratif lorsque l'administration recourt à une prérogative de puissance publique dans son exécution ou soumet le cocontractant à des conditions exceptionnelles exorbitantes du droit commun; l'affaire *Bouani*⁽²⁷⁾ où le même juge conclut à l'incompétence du fait que le contrat est un contrat de location de « *nature civile* » ; l'affaire *S.A. Cogebra*⁽²⁸⁾ où il était question d'un contrat de vente ne contenant pas des clauses exorbitantes; l'affaire *Aouad et autres*⁽²⁹⁾ où le juge de Rabat rejette l'incompétence du fait que le contrat objet du litige est un contrat de location ne contenant pas de clauses exorbitantes, et sans rapport avec le service public; l'affaire *Tarfa*⁽³⁰⁾ dans laquelle le juge de Marrakech se fonde sur le caractère industriel et commercial de l'office national de l'électricité pour conclure à la nature privée du contrat le liant à l'un de ses employés; et l'affaire *El Hajraoui*⁽³¹⁾ où le juge de Rabat décide qu'un contrat d'abonnement de téléphone même contenant des clauses exorbitantes conserve sa nature de contrat privé du fait qu'il est conclu entre un établissement public industriel et commercial et son usager. Sur ce dernier cas, il faut signaler la position contraire du Tribunal administratif d'Agadir⁽³²⁾ qui rappelle l'orientation de la jurisprudence française depuis l'arrêt *Ursot*⁽³³⁾.

²³ Le terme loi est apparemment employé au sens large car le texte en question est le fameux article 52 du cahier des clauses et conditions générales des marchés de travaux; voir, *supra*, note 5.

²⁴ Dans ce sens, TC, 7 juillet 1980, *Sté d'exploitation touristique de la Haute-Maurienne*, RDP, 1981, p. 474, note de Soto.

²⁵ TA, Fès, 29 mars 1995, *Sté Matjar Al Madina*.

²⁶ TA, Meknès, 7 mars 1996, *Boukbir*.

²⁷ TA, Meknès, 4 avril 1996, *Bouani*.

²⁸ TA, Meknès, 13 juin 1996, *S.A. Cogebra*.

²⁹ TA, Rabat, 23 mars 1995, *Aouad et autres*.

³⁰ TA, Marrakech, 11 avril 1995, *Tarfa*.

³¹ TA, Rabat, 2 avril 1996, *El Hajraoui*.

³² TA, Agadir, 19 octobre 1995, *Bouarsa*, REMALD, série «Thèmes actuels », n° 9, p. 169; *Conseil municipal d'Inezgane*, *ibid.*, p. 197; 11 juin 1996, *Karam*, *ibid.*, p. 203.

³³ TC, 24 juin 1968, *Ursot*, AJDA 1969, p. 416, note de Gaudusson. Sur l'ensemble de la question, voir l'étude de R. Chapelard, «L'usager du téléphone », RDP, 1984, p. 1599.

*

* *

12. Tant la jurisprudence de la Cour suprême que celle de la quasi-totalité des tribunaux administratifs optent pour la simplicité dans le choix du critère d'identification du contrat administratif. Cette voie a pour avantage d'éviter les grands désaccords d'interprétation et d'appréciation qui risquent de marquer les jurisprudences administrative et civile, il ne faut pas perdre de vue que si le juge administratif se montrait exigeant, excessivement méticuleux et par trop précis au point de se forger une optique théorique tout à fait personnelle de la notion de contrat administratif, le risque serait grand de voir apparaître une mosaïque de critères et sous-critères et, peut-être, autant de vues que de juges administratifs à travers le Royaume. Nos tribunaux gagneraient à tirer les enseignements qui s'imposent de l'expérience française où la volupté procurée à la doctrine dans la recherche du critère du contrat administratif n'a d'égal que le cauchemar subi par le requérant impatient d'entendre la voix du droit ⁽³⁴⁾. La jurisprudence marocaine doit s'interdire les labyrinthes et les puzzles juridiques qui se traduisent en une multitude de difficultés pour le justiciable; elle doit s'édifier dans la cohérence en s'enrichissant, là où elle le peut, au profit de la justice et de l'équité, mais sans verser dans l'imitation aveugle.

³⁴ J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé» AJDA, 1961, p. 123. L'auteur cite dans son étude des exemples absolument décourageants pour tout plaideur potentiel où l'imbrication des problèmes de répartition des compétences et des questions préjudicielles transforme le procès en un jeu juridique où tout le monde s'instruit avec plaisir et s'amuse avec joie, sauf le requérant.