

région de DOUAI.

[28] Cf. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, 3e édition, Paris, LGDJ, 2002.

[29] A l'instar du PPP issu en France de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004.

[30] Décret exécutif n° 05-249 du 10 juillet 2005 portant réaménagement du statut de l'agence nationale des autoroutes, JORA n° 48-2005.

[31] Décret exécutif n° 05-250 du 10 juillet 2005 portant création de l'Algérienne de gestion des autoroutes, JORA n° 48-2005.

Notes:

*Communication faite lors d'un colloque international des 13 et 14 mars 2009 qui s'est tenu à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, sur le thème : Les mutations des contrats publics : Globalisation, revalorisation et innovations.

[1] Cf. sur ces points, AJDA 1994, n° spécial. Egalement, J. Waline, Les contrats entre personnes publiques RFDA 2006, p. 229.

[2] J.-B. Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, in Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Paris, Dalloz, 1992, p.03.

[3] Build Operate Transfer ; Build Own Operate ; Build Own Operate Service Transfer ; Build Lease Transfer.

[4] Cf. Bertrand du Marais, Droit public de la régulation économique, Presses de sciences politiques et Dalloz, 2004, p.359.

[5] Tel est l'avis d'un large courant de la doctrine des contrats publics. Il faut dire que la Banque mondiale dans son rapport sur le développement dans le monde de 1994 parle bien en effet de « modèle français ».

[6] Voir sur ce point le rapport annuel conjoint de la Banque mondiale et de sa filiale, la Société financière internationale (SFI) sur l'environnement des affaires, plus connu sous le nom "Doing Business".

[7] CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. CE, p. 125, RDP. 1916.206 et

388, note Jèze. La concession y est définie comme un « contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution d'un service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public ».

[8] CE, 6 avril 1895, Deshayes, Rec. CE, p. 344 ; CE, 19 janvier 1912, Marc et Béranger, Rec. CE, p. 75 (exploitation du service de gaz à Paris).

[9] CE, 29 avril 1987, Commune d'Elancourt, Rec. CE, p. 153, RFDA. 1987.525, concl. Robineau, AJDA

1987, p. 543, obs. X. Prétot.

[10] Cf. Conclusions du commissaire du gouvernement Dutheillet de Lamothe sur CE Ass., 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Rec. CE, p. 97, RDP. 1986, p. 847 ; Egalement, AJDA 1986, p. 284, chron., RFDA. 1987.2, notes P. Delvolvé et F. Moderne, JCP 1986.20617, note M. Guibal.

[11] Loi 08-16 du 03 Aout 2008 portant orientation agricole, JORA n° 46-2008 ;

[12] Décret exécutif 97-483 du 15 Décembre 1997 fixant les modalités et conditions de la

concession de parcelles de terres du domaine privé de l'Etat dans le périmètre de mise en valeur, JORA n° 83-1997.

[13] Loi 87-19 du 08 Décembre 1987 déterminant le mode d'exploitation des terres agricoles du domaine national et fixant les droits et obligations des producteurs, JORA n° 50-1987.

[14] La généralisation de la concession dans l'exploitation du foncier agricole est décidée impérativement par la toute dernière loi 08-16 du 03 Aout 2008 portant orientation agricole, JORA n° 46-2008 eu égard aux déboires qu'a connu le secteur avec les EAC et EAI de la loi précitée de décembre 1987 qui a fait couler beaucoup d'encre.

[15] En particulier l'ordonnance 08-04 du 01 Septembre 2008 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, JORA n° 49-2008.

[16] Loi n° 08-14 du 20 juillet 2008 modifiant et complétant la loi n° 90-30 du 1er décembre 1990 portant loi domaniale, JORA n° 44-2008.

[17] Il est à noter que les enchères publiques ont été un sujet de controverse avant que n'intervienne ladite ordonnance qualifiée par de nombreux observateurs de texte d'assainissement. Cf. Ch. Benakezouh, La problématique du foncier industriel : approche juridique, Revue Algérienne n° 1-2008.

[18] Projets qui participent à la satisfaction de la demande nationale de logements ; qui sont fortement créateurs d'emplois ou de valeur ajoutée ; qui contribuent au développement des zones déshéritées » (Article 7).

[19] Que ce soit pour l'Etat ou pour les collectivités locales, le bail emphytéotique administratif (BEA) reste pour le moment sans fondement en droit algérien.

[20] Cf. El Watan du 07 novembre 2007.

[21] Il comprend : 500 ouvrages d'art, 70 viaducs, 13 tunnels ; Il mobilisera 6000 engins, 40 centrales à béton ; 40 centrales d'enrobage, et 40 stations de concassage.

[22] Selon le quotidien El Watan du 17 novembre 2008.

[23] Décret exécutif 16-308 du 18 septembre 1996 relatif aux concessions d'autoroutes, JORA n° 55-1996.

[24] Un cahier des charges type annexé à ce texte en même temps que la convention constitutive de la concession, donnent suffisamment de précision pour appréhender le régime de cette « concession d'autoroute ».

[25] Conseil d'Etat, 22 mars 2000, Epoux Lasaulce.

[26] Conseil d'Etat, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999 SMITOM.

[27] Conseil d'Etat. 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la

algérien et de la jurisprudence en cette matière n'étant qu'à ses débuts, encore insuffisamment édifiés, pour s'en prévaloir.

En France la notion de concession intégrée aujourd'hui dans celle de délégation de service public a été progressivement définie par la jurisprudence, essentiellement par opposition à la notion de marché public. Le Conseil d'État a précisé après le célèbre arrêt de consécration *Gaz de Bordeaux* de mars 1916 évoqué au tout début de cette étude, que la délégation de service public se caractérise par le « choix du cocontractant » et par le « mode de rémunération de celui-ci^[25], laquelle rémunération, est « substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service »^[26], résultat impliquant une part de risque dans cette exploitation^[27].

Pour distinguer le contrat de concession du contrat de marché public, le droit français dégage donc deux critères fondamentaux : l'acte unilatéral (*intuitu personae*) se traduisant par le libre choix du concessionnaire et le mode de rémunération. Si l'on met de côté, provisoirement, le critère du libre choix qui a d'ailleurs beaucoup évolué sous l'influence du droit de la concurrence, le critère distinctif réellement opératoire, réside dans le mode rémunérateur choisi. En somme dans le marché public, le paiement intégral et immédiat est effectué par l'opérateur public tandis que dans la concession de service public, la rémunération est tirée de l'exploitation du service.

Il va sans dire que cette conception laisse place malgré tout à des schémas différents de renforcement de l'unilatéralisme en question, à la fois dans le modèle de la concession ou dans celui du marché public lui-même, du moins en Algérie comme on peut s'en rendre compte non pas seulement au regard de la pratique contractuelle mais en référence aux textes même qui aménagent des ouvertures et souplesses propres à l'« *intuitu personae* » pour éviter la rigidité de la commande publique. C'est d'ailleurs pourrait-on dire, le propre des contrats administratifs qui, à partir des fameuses clauses exorbitantes, font place en faveur de la puissance publique, aux relations inégales pour reprendre l'expression de Richer^[28].

Pour tenter de comprendre le choix opéré en faveur du marché public, il faudrait se pencher sur l'envergure du projet, l'ingénierie postulée et la lourdeur des investissements induits, sans oublier les groupements ou consortiums de

dimension internationale engagés à la suite des appels d'offres internationaux ; Tout cela est peut être apparu aux yeux de l'autorité publique, comme peu compatible avec le type de concession initialement projetée et juridiquement préparée.

C'est que pour un mégaprojet de ce genre où des relations contractuelles à la verticale et à l'horizontale sont nombreuses, il ya sans nul doute, au delà du texte particulier ou du mode formel mis en avant antérieurement au lancement du mégaprojet en question, des rapports complexes proches plutôt du mécanisme contractuel du PPP, imprégné plus de la logique des marchés publics que de celle de la concession.

Sans doute est-il apparu aussi, que la « concession d'autoroute » du décret de 96 prédispose plus l'activité de gestion développée à partir de l'ouvrage que la mise en place ou la réalisation de l'ouvrage proprement dit. Ce serait là, une concession très typée, bien connue, en rapport avec des situations répétitives, sorte de produit standard qui ne convient pas comme dans le cas de l'espèce, à une commande publique lourde et sophistiquée qui exige un cadre normatif plus adapté^[29] et des relations contractuelles croisées et complexes qui n'est pas souvent à la portée immédiate de n'importe quelle administration.

Pour récapituler ou conclure, il faudrait dire que l'étape concessive du précocce décret de 96 est à mettre entre parenthèse. En fait ce n'est même pas une étape dans la mesure où le choix de la logique du marché public pour la réalisation de ce mégaprojet et le choix de son exploitation et sa gestion par le moyen de l'établissement public industriel et commercial, ont été bel et bien mis au point et étudiés après coup certes, mais juste avant que ne démarrent les travaux et ne soient lancés les appels d'offres. N'a-t-on pas créé à cet effet, et à la même date, deux structures destinées et à la maîtrise d'ouvrage déléguée et à la gestion d'ouvrage : l'Agence Nationale des Autoroutes^[30] et l'Algérienne des Autoroutes^[31].

Observons au préalable que l'intitulé même de ce texte, en comparaison avec d'autres textes plus haut cités, est révélateur de l'inexistence d'une norme sectorielle et non plurisectoriel quant à la concession en droit algérien. Il n'y a aucun texte général sur la concession. Pour appréhender le régime juridique de telle ou telle concession, il faudrait en conséquence se rapporter à tel ou tel texte pris pour tel ou tel secteur d'activité, avec toutes les inévitables difficultés et incohérences s'y rattachant. Sur ce point également, l'approche algérienne est différente des approches tunisiennes et marocaine où un texte d'ensemble existe.

Ce texte de 96 sur les autoroutes, très court (5 articles) est inscrit dans la pure logique du mode concessif inauguré depuis longtemps en Algérie. Les textes que nous venons d'examiner régissant tant le foncier agricole que le foncier économique ou industriel (loi du 03 Aout 2008 et ordonnance du 1er septembre 2008) s'inscrivent dans la même logique quoique les dernières formes de concession soient plus étendues, évoquant par certains aspects « la gestion déléguée ».

La concession autoroutière de ce décret de 96 semble juridiquement assez bien cernée et définie : elle paraît exclusive de tout autre mode d'action. Notons d'emblée qu'elle ne s'inscrit pas par rapport à d'autres modes d'action, comme un choix ou une alternative pour l'autorité publique. C'est la loi des finances pour 1996 qui a posé les contours d'un tel principe, tandis que ledit décret de 96 en s'y inscrivant, énonce clairement, sans ambiguïté, dès son art.1er, que « la réalisation, la gestion, l'entretien, les travaux d'aménagement et/ou d'extension des autoroutes et de leur dépendances, sont soumises à la concession.... ».

B/ Contre toute attente et en dépit de ces dispositions tant législatives que réglementaires, la réalisation des travaux de cette autoroute semble prendre une tout autre logique : la logique du marché public l'emportant sur la logique concessive pourtant préparée et bien murie, sans qu'aucune raison ne soit avancée pour expliquer ce revirement de fait.

Pourtant la concession autoroutière du décret de 96 apparaît bien comme l'une des plus élaborée jamais conçue en droit Algérien pour finaliser une commande publique de ce type^[24]. Les faits sont tout autre puisqu'en pratique, ce

n'est pas le mode concessif qui est réellement engagé ni le mode de rémunération par les usagers qui est retenu : le droit commun des marchés publics est substitué au droit concessif, spécifique et sectoriel.

Le fait de substituer le régime du marché public à celui de la concession n'est pas cependant aussi déroutant qu'il n'apparaît dans la mesure où la commande publique est généralement assez réticente à s'enfermer dans un cadre prédéterminé, rigide en somme, surtout en Algérie, où cette tendance est inconnue dans la passé. En Algérie, intervenir ou formaliser une commande publique dans tel ou tel cadre et suivant tel ou tel régime juridique conforme à la vision politique, apparaît comme une constante dans le champ juridique. Autrement dit le choix du mode d'action inhérent à la commande publique n'est pas étranger à certaines considérations politiques, l'essentiel est d'inscrire celui-ci dans la typologie contractuelle du droit pour sauver les formes. A cet égard, le code actuel des marchés publics n'est pas aux yeux de l'administration incompatible avec ce choix. C'est pourquoi, le problème estime-t-on, n'est pas dans la légalité ou non de ce choix, il se situe plutôt autour des avantages ou inconvénients du choix opéré où entre autres, le partage des risques, contrairement à la concession, n'est pourtant pas évident.

Dans l'hypothèse même où l'on reconnaît à l'autorité publique sa pleine compétence et sa liberté de choix pour agir dans tel ou tel cadre, il n'en demeure pas moins que la mise à l'écart de la « compétence liée » que décline en quelque sorte le décret exécutif de septembre 1996 puisqu'il oblige cette autorité à s'y conformer, est significative d'une réticence à se réorienter vers des systèmes ou mécanismes contractuels associant les investissements privés aux projets publics. Il faudrait ajouter, au delà du partage des risques, que les montages en concession ou en BOT sont privilégiés dans de très nombreux pays ne serait-ce que parce qu'ils font supporter le service rendu par l'utilisateur plutôt que par le contribuable.

C/ Sur cette distinction entre marché public et concession, les développements de la doctrine à partir de la jurisprudence sont assez riches ; Aussi paraît-il superflu de s'y attarder outre mesure, sauf à rappeler rapidement pour l'indispensable éclairage du point soulevé, l'état du droit comparé, celui du droit

Globalement, ces dispositions et d'autres qui s'y conjuguent, suggèrent quelques observations ainsi résumées succinctement sous deux rubriques :

A/ Choix du concessionnaire : L'ordonnance de septembre 2008 combine avec la procédure des enchères publiques^[17] qui en est en quelque sorte une procédure de droit commun et qui induit le dialogue compétitif et le respect de la concurrence, une procédure exceptionnelle de gré à gré traduisant l'intuitu personae synonyme de liberté d'action pour l'autorité publique mais liberté tout de même encadrée puisqu' « autorisée par le conseil des ministres, sur proposition du conseil national de l'investissement... » à l'égard de certains projets d'investissement....^[18]

B/ Redevances qualifiées par le texte de locatives annuelles : Elles sont de deux types obligatoirement actualisées tous les 11 ans, variant selon le mode de passation : l'une est décidée lors de l'adjudication (art.9) l'autre résultant de la procédure de gré à gré, fixée par les services des domaines à hauteur du 1/20 de la valeur vénale du terrain concédé (Article 9). Le texte est on ne peut plus clair sur la nature de ces redevances équivalentes en fait à un loyer, c'est pourquoi on peut aisément les identifier aux AOT du domaine de l'Etat : il ne s'agit pas en effet de redevances d'exploitation perçues sur les usagers d'un service public comme dans le cas d'une pure concession.

Somme toute et en référence là aussi au droit comparé, on peut penser que le choix du mode concessif pour ce genre d'opérations est assez dubitatif dans la mesure où d'autres mécanismes contractuels paraissent plus indiqués, probants mêmes, comme l'AOT ou encore le BEA^[19] même au cas où la concession projetée est reconvertie en cession.

Sur le plan strictement juridique il faudrait ajouter qu'aucune de ces comparaisons n'est à la fois sûre et suffisante pour décrire ce mode d'intervention publique de l'ordonnance de septembre 2008 qui n'est pas non plus un mode de délégation de service public (DSP) puisque dans une telle concession ou plus exactement un tel montage, l'impératif de service public ou d'intérêt général est, dans le meilleur des cas, en arrière plan, ténu, sauf à considérer par extension, qu'un projet d'investissement privé y répond à cette exigence.

4/ La « concession » intégrant davantage encore la logique du marché public à travers le foncier autoroutier ou le mégaprojet de l'autoroute Est Ouest : vers le PPP ?

L'autoroute Est-Ouest de dimension maghrébine, programmée en site vierge, est un chantier gigantesque le plus grand de l'histoire de l'Algérie indépendante : « une veine qui va irriguer l'Algérie » relevait le quotidien *El Watan*^[20].

D'une longueur totale de 1216 Km, à 2x3 voies, dans la partie nord de l'Algérie, cette grande autoroute reliera la Tunisie au Maroc avec des pénétrantes nord sud de grandes dimensions. C'est un mégaprojet^[21] de plus de 11 milliards de dollars appelé à traverser 24 wilayas (départements) et à desservir des villes importantes, de Annaba à Tlemcen, en passant par Constantine, Bordj Bou Arreridj, Bouira, Chlef et Sidi Bel Abbes. Son envergure et le poids des investissements qu'il implique ont nécessité en vue de faciliter sa réalisation, un découpage en trois tronçons confiés à des groupements spécialisés d'envergure internationale :

Le tronçon Ouest reliant sur 365 Km la wilaya de Chlef à la frontière Algéro-Marocaine dont les travaux ont été attribués au groupement d'entreprises chinoises CITIC-CRCC ; Le tronçon Centre allant de Bordj Bou Arreridj à Chlef sur une longueur de 435 Km confié partiellement au même consortium chinois ; Le tronçon Est allant sur 399 km de la frontière tunisienne à Bordj Bou Arreridj confié au groupement Japonais COJAAL.

A la date de novembre 2008 le Ministre des travaux publics a estimé très positif le taux global d'avancement des travaux ; Il n'a pas manqué de noter que l'achèvement du mégaprojet dans toute sa longueur, interviendra vers la fin de l'année 2009 et « non durant le premier semestre 2010 comme prévu dans les délais contractuels »^[22]. Tel est le timing officiel.

A/ Pour connaître sous quel angle juridique ou par quel mode contractuel ou d'action, est appréhendée la réalisation ou mise en œuvre par l'autorité publique de ce gigantesque projet, il convient naturellement de se référer au texte fondamental, spécifique s'y rapportant directement, savoir le décret exécutif du 18 septembre 1996 relatif aux concessions d'autoroutes^[23].

3/ La « concession » à travers le foncier économique ou industriel : une concession proche de l'AOT ou du BEA:

S'il est vrai que le regain d'intérêt pour la concession est remarquable à travers les tout derniers textes sur le foncier agricole^[14], les textes non moins récents sur le foncier économique ou industriel ne sont pas en reste, accentuant même la tendance optionnelle.

En cette matière qui conditionne la politique même des investissements, une ordonnance du 1er septembre 2008^[15] est intervenue à son tour pour asseoir une concession concernant les terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement.

Ce mode concessif ne vient pas – il faut le dire d'emblée – se superposer aux formules ou modes juridiques en place en les entassant les uns aux autres dans un enchevêtrement inopportun ; Il semble décliner au contraire, à la fois dans un souci d'harmonisation textuelle et dans celui de sécurisation appuyée des biens constitutifs de ce foncier, un socle juridique concessif certes, mais certainement aussi, évolutif, dans la mesure où les montages contractuels à venir, dictés par les évolutions en tous genres, pourront s'y greffer ou même s'y substituer mais sans remettre en cause les principes directeurs ayant présidé à sa naissance. A terme le bail emphytéotique administratif (BEA) de longue durée ou tout simplement l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) en tant que dérivés du mode concessif, s'y inscriraient certainement et aisément.

Ainsi et comme pour préparer l'avènement de ce texte de septembre 2008, la loi domaniale avait été auparavant modifiée^[16] (deux mois avant) pour consacrer un tel mode, le définir, et surtout poser lesdits principes directeurs. C'est la première tentative du genre jamais réalisée. A la faveur de son art. 64 bis nouvellement introduit, la concession dont s'agit, apparaît comme un « acte par lequel l'autorité concédante confie sous la forme d'un contrat à une personne morale ou physique dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public, pendant une période déterminée à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante ».

On remarquera que la concession ainsi projetée, est assez large et développée : elle apparaît plus en rapport avec la technique mise en avant par le droit

comparé, celle de la « gestion déléguée de SP » née de l'évolution ou mutations du contrat public qu'avec la concession proprement dite, première ou classique, moins étendue quant à ses objectifs.

De son côté l'ordonnance de septembre 2008 prise donc tout de suite après cet amendement de la loi domaniale, instaure fidèlement, dans le même esprit, une concession de même type qui devra cependant, et c'est une nouveauté, s'inscrire dans le « respect des instruments d'urbanisme en vigueur » et accordée « sur la base d'un cahier des charges, aux enchères publiques ouvertes ou restreintes ou de gré à gré au profit d'entreprises et établissements publics ou de personnes physiques ou morales de droit privé » (art.3).

Sur un autre plan, la concession ainsi mise en avant, ne manquera pas de conférer à son bénéficiaire, selon les dispositions de l'art. 11 de cette ordonnance, le droit d'obtenir un permis de construire et d'avoir la possibilité de constituer, « au profit des organismes de crédit, une hypothèque affectant le droit réel immobilier résultant de la concession ainsi que les constructions à édifier sur le terrain concédé en garantie des prêts accordés exclusivement pour le financement du projet poursuivi ».

La durée d'une telle concession prise en la forme d'un « acte administratif établi par l'administration des domaines, accompagné d'un cahier des charges fixant le programme précis de l'investissement ainsi que les clauses et conditions de la concession » (art. 10) est expressément fixée « pour une durée minimale de trente-trois (33) ans renouvelable et maximale de quatre-vingt-dix-neuf (99) ans » (art. 4).

Cette durée assez longue est destinée, on le comprend aisément, à assurer l'amortissement du projet envisagé avant « le retour des biens » objet de la concession à l'autorité concédante, retour posé comme principe par la loi domaniale elle-même (art. 64 bis plus haut cité) sauf cas de reconversion en cession rendue possible une fois achevé le projet d'investissement et sa mise en service « dûment constatées par les organes habilités » (art. 13 et 14 de l'ord. de septembre 2008). Sur ce point précis. il convient de noter que la concession du droit algérien se démarque très nettement et de la concession du droit tunisien et de la concession du droit marocain qui rejettent catégoriquement la reconversion ou la cession.

régie intéressée^[8] et l'affermage^[9] ; Et cette tendance à la diversification ne cessera de se confirmer avec l'apparition des montages « complexes » ou « globaux » inhérents entre autres à la DSP ou aux contrats émergents de PPP qui sont loin de la freiner. Ainsi, d'autres mécanismes qui ne se rattachent pas à la tradition du droit public français, mais assez proches dans le principe, font leur apparition comme plus haut souligné. A cela il faut ajouter la logique du marché public qui trouvera dans ces mutations contractuelles un champ d'application privilégié de l'action ou commande publique.

Le modèle initial de concession a été en effet rapidement concurrencé par des formes contractuelles différentes où la rémunération par exemple, ne provient pas des redevances ; c'est pourquoi la jurisprudence administrative a dû finalement étendre l'appellation de concession aux contrats prévoyant une rémunération tirée d'une façon ou d'une autre de l'exploitation. Une diversification des formes contractuelles labellisée en quelque sorte dans la concession se développera ainsi dans le sillon de la jurisprudence^[10] ou en concomitance avec elle. Autrement dit, les contrats de concession qui ont essaimé un peu partout dans le monde, sont loin de cette conception originelle : ils ne correspondent ni à ce caractère emblématique forgé par la jurisprudence (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux) ni à l'ensemble des besoins contractuels exprimés dans la commande publique.

En Algérie et du strict point de vue du droit, la concession au sens restreint, originel du terme, est et demeure, l'une des expressions juridiques les plus caractéristiques des politiques publiques mises en œuvre par l'État. Mais d'autres formes de concession au sens plus développé, s'y retrouvent surtout dans les domaines stratégiques. On pourrait même ajouter qu'il existe entre les deux une forme intermédiaire non moins développée.

La première, abondamment étudiée par la doctrine, classique, bien connue en ce qu'elle vise à titre principal l'activité de gestion du service public, et qui est fondée à la fois sur un système de rémunération par redevance et sur le choix du concessionnaire intuitu personae, n'appelle pas de conséquents développements de notre part sauf à souligner que le foncier agraire semble la prédisposer tout particulièrement ;

La deuxième, fondée sur le même système de rémunération, substitue cependant la technique de l'enchère publique à celle de l'intuitu personae pour le choix du concessionnaire mais sans l'exclure totalement ; Le foncier économique ou industriel, est actuellement son terrain de prédilection ;

La troisième, propre aux grands projets de l'Etat (autoroutes barrages...) traduit au-delà de l'appellation et des textes mis en avant, une forme complexe de contractualisation où la logique de marché et de partenariat est plus marquée que la forme concessive traditionnelle.

2/ Le mode concessif inhérent au foncier agraire : la concession traditionnelle :

La toute dernière loi du 03 Aout 2008 portant orientation agricole^[11], après la mise en exergue du principe de la nécessaire mise en place d'un cadre législatif qui puisse garantir l'évolution de l'agriculture par une approche participative favorisant l'adhésion volontaire des partenaires aux efforts de l'Etat, pose péremptoirement, dans le chapitre relatif au mode d'exploitation des terres, l'exclusivité de la concession (art. 17) préalablement définie dans une approche de type classique, très proche de l'affermage : « acte en vertu duquel l'autorité concédante accorde à une personne le droit d'exploiter le foncier agricole pour une durée déterminée contre une redevance annuelle ».

Ce n'est pas la première fois qu'un tel mode est introduit puisque dans le passé un texte important^[12] avait été pris pour la mise en valeur des terres grâce à cet instrument juridique qui portait alors non pas seulement sur l'exploitation mais aussi, et au préalable, sur la mise en valeur des terres.

La loi de 2008 ne fait que reprendre et généraliser la formule mais sans véritablement lui donner un contenu précis, renvoyant pour ce faire à un texte ultérieur « législatif et particulier » (art.17 alinéa 2). Le mode exclusif de la concession mis ainsi en avant s'expliquerait aux yeux de bons nombres d'observateurs par les enseignements tirés de l'application de la loi du 08 décembre 1987^[13] sur les EAC et EAI et leurs revers considérablement préjudiciables tant à l'agriculture qu'au patrimoine de l'Etat.

dire, le système français est assez limité ou restreint quant aux catégories préexistantes (marché public, concession ou DSP, affermage, régie et autorisation d'occupation temporaire du domaine public) autant l'approche ou système anglo-saxon est aussi illimité qu'indéterminé. Son archétype le BOT (Build Operate transfer) peut se décliner dans un large éventail et une multitude de variantes (BOO, BOOST, BLD^[3].....) toutes désignées, contrairement au droit français, par leur finalité et non par leurs caractéristiques juridiques : c'est que toute l'évolution du droit français des contrats publics, a en effet consisté à en limiter l'éventail et non à l'élargir^[4] sur le plan juridique ou du point de vue de leur champ d'action. En résumé, ces deux approches topiques, le modèle français^[5] de la gestion délégué et le modèle anglo-saxon du BOT et PFI (Private Finance Initiative), s'entrecroisent et parfois se concurrencent et s'entrechoquent.

Face à ces modèles et à toutes ces mutations, l'Algérie n'est certes pas dans une position passive ou en marge de ces évolutions ; elle s'y intéresse de très près, mais ses intentions semblent encore inachevées dans la mesure où celles-ci n'ont pas donné encore la production normative escomptée et les instruments nécessaires, rigoureux et opératoires, pour concrétiser les nouvelles politiques publiques affirmées, ou plus précisément, pour réaliser dans l'ingénierie moderne la commande publique.

La contractualisation algérienne traduit pour le moment, une nette tendance à s'inspirer du modèle français qu'elle connaît parfaitement, mais sans transposition étroite, sans y adhérer pleinement ; Dans le même temps, elle paraît à l'écoute du modèle anglo-saxon, mais là aussi, sans s'y engager véritablement du fait entre autres, de l'ingénierie complexe que celui-ci décline.

Les mécanismes sus évoqués ne trouvent pas pleinement leur ancrage juridique précis et profond en droit algérien. Pour autant, de sérieux indices laissent à penser que le mouvement engagé y conduira inexorablement eu égard aux conditions les prédisposant ou à l'environnement plus que favorable existant autour du droit dual de la régulation et de la concurrence déjà sérieusement mis en place pour irriguer en quelque sorte le contractualisme en question né de ces mutations.

Pour le moment, et à coté du classique marché public, le régime de la concession, revisitée et adaptée, avec ses variantes et modes dérivés, apparaît juridiquement comme un mode privilégié, théoriquement dominant, mis en place dans un processus de résurgence généralisé touchant les secteurs structurants de la société, mais sans manquer de susciter des interrogations quant à son opportunité et effectivité.

A partir d'un tel cadre de prédisposition marqué donc par le droit de la régulation et le droit de la concurrence dans lesquels baigne dorénavant le droit algérien des contrats publics - ce qui est déjà révélateur des mutations en question - nous tenterons de mettre en exergue à travers trois points principaux, les divers régimes de concession mis en place dans les domaines stratégiques du foncier agricole, du foncier économique ou industriel et du foncier autoroutier.

On s'en rendra compte, le mode concessif d'intervention étudié, très souvent d'ailleurs placé au premier plan de l'actualité, ne se décline pas dans les faits uniquement dans son acception première, restrictive, classique, puisqu'il paraît élargi et adapté expérimentalement dans des contrats plus ou moins complexes comparables aux DSP, BEA, AOT ou assez proches du PPP lequel, il faut le noter, peine malgré tout à prendre son élan pour diverses raisons dont la plus plausible est en rapport avec le climat d'affaires^[6] prévalant, qui laisse suspicieux les acteurs potentiels et leurs approches contractuelles.

I/ De la concession au sens strict à la concession au sens large et développé (considérations générales) :

Pour définir ou situer la concession, faut-il se référer aux fameuses conclusions de l'arrêt Gaz de Bordeaux en tant que grand arrêt de droit administratif dont le postulat référentiel recoupe et les clauses principales de « rémunération » ou de « redevance » sur les usagers, et le choix intuitu personae du concessionnaire^[7] ? Le modèle français y conduit forcément.

Mais au-delà du référentiel, l'on sait aussi que la concession, même ainsi appréhendée, ne correspond pas à l'ensemble des besoins contractuels publics puisque concurrencée à l'intérieur même du système juridique où elle est née, (système français) par d'autres formes de contrats dont les plus notables sont la

Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques)*.

Chabane Benakezouh

Professeur à la Faculté de droit d'Alger

Depuis une vingtaine d'années on assiste à une montée en puissance d'un « contractualisme » que déclinerait des modes contractuels de commande publique, nouveaux ou revisités, nettement moins autoritaires que par le passé. Le procédé contractuel partout émergent, semble devenir un mécanisme essentiel dans les rapports de droit entre l'autorité publique et les particuliers, ou encore, entre autorités publiques elles-mêmes.

En vérité le phénomène de contractualisation auquel nous assistons, n'est pas nouveau en lui même, ce qui est nouveau et remarquable, c'est sa fulgurante ascension et son essor généralisé de façon concomitante avec la globalisation, les privatisations, les contours plus ou moins précis de la post modernité, les nouvelles politiques publiques partout mises en avant. D'autres facteurs expliqueraient encore l'engouement : mise en exergue du libéralisme, souci de maîtrise budgétaire, efficience, efficacité, partenariat^[1] investissements.... Au total, ce phénomène semble même caractériser une tendance lourde dans la production normative : le contrat est ainsi devenu un véritable instrument de l'Etat ce qui ne manque pas de casser les ressorts et mythe longtemps triomphant du droit administratif ^[2].

Pour apprécier ce phénomène non pas seulement à l'aune du référentiel français, il faudrait examiner l'expérience anglo-saxonne qui paraît en ce domaine nettement plus significative surtout quant à la variété et panoplie des contrats mises en avant en conséquence d'une vaste entreprise de privatisation, construction et gestion des grandes infrastructures publiques. Autant pourrait-on