


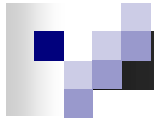
Processus
contractuel administratif :
Rédaction des contrats

Présenté par M. Nabil Ajroud
Directeur
Service du Conseiller Juridique
et de la Législation du
Gouvernement



Contrairement au processus législatif, il n'existe pas d'examen préalable par des instances indépendantes pour les projets de contrat.

En effet, le processus législatif exige l'intervention de plusieurs organes et instances qui examinent la cohérence d'ensemble du texte et contribuent à l'amélioration rédactionnelle du projet définitif. Il s'agit des Commissions Ministérielles, des Services du Conseiller Juridique et de Législation du Gouvernement des Conseils Interministériels (CIM), du Conseil des Ministres (CM), du Conseil Constitutionnel, du Conseil Economique et Social et des Commissions parlementaires (Chambre des députés et Chambre des conseillers). Dès lors les projets de loi font l'objet d'un large consensus sur la forme et la rédaction, les controverses qui apparaissent suite à leur adoption définitive portent essentiellement sur les questions de société et sur l'appréciation de l'efficacité des mesures prises.



Pour les contrats et au regard des différents exemples conclus par les pouvoirs publics (les plus importants sont les contrats de concession et les contrats de prêt), on constate une forte augmentation du volume de ces contrats (pouvant atteindre les 300 pages) et une complexité et une technicité qui va de pair avec le volume.

Actuellement, le processus contractuel de l'administration n'offre pas les mêmes garanties de cohérence rédactionnelle, de lisibilité et d'accessibilité que le processus législatif.



Ce processus méconnaît certaines exigences essentielles pour toute rédaction :

1. Exigence de « logique » :

la rédaction des contrats est souvent obscurcie par une méthode qui consiste à utiliser des précédents par ajouts successifs ou par des transferts de clauses. Ce phénomène réduit considérablement la logique du texte contractuel et les liens logiques entre les différentes clauses du contrat.

L'exemple le plus couramment cité est l'exemple du recours à un droit neutre qui est susceptible de se révéler soit manifestement inadapté (à la transaction ou l'opération contractuelle elle-même) soit en fait très partial (l'une des parties du contrat peut se trouver très avantagée par rapport à l'autre partie, c'est le cas souvent des contrats de prêt).



2. Exigence de cohérence :

Cette exigence qui est d'ailleurs une forme de logique, est de même souvent méconnue. On peut citer deux exemples d'exigence de cohérence :

- cohérence entre le droit applicable et la langue du contrat,
- cohérence entre la langue et le droit utilisé dans le lieu d'exécution.

L'utilisation dans le contrat, qui est censé guider les parties dans l'exécution des engagements, d'une langue qui n'est pas celle de la partie qui exécute est une source manifeste de difficultés. Si les parties, qui font recours de plus en plus aux avocats et aux bureaux d'études pour la rédaction de leurs contrats, ne sont à même de les rédiger dans la langue d'exécution des stipulations il est clair que ceux qui les mettront en œuvre, s'ils pourront en comprendre éventuellement le sens général, n'en donneront pas une application rigoureuse conforme aux exigences juridiques.

- cohérence interne des dispositions contractuelles (qui est souvent liée à la première exigence).



3. Exigence de compréhensibilité :

Les stipulations des contrats doivent être compréhensibles, ce qui n'est pas souvent le cas lorsque des concepts inconnus au droit d'application ou au droit du lieu d'exécution sont utilisés.

Plus les clauses du contrat sont imprécises et ne sont pas claires, plus grand sera le pouvoir d'interprétation et par conséquent plus grand sera le pouvoir d'intervention du juge ou de l'arbitre.

Les rédactions détaillées sont également source d'imprécision et parfois même d'arbitraire surtout lorsqu'elles sont faites dans un style qui n'est pas familier au personnel et aux structures d'exécution du contrat.

Ce genre de rédaction incompréhensible caractérise un bon nombre de contrats conclus par l'administration et dans lesquels les structures et le personnel administratif concerné ne participe pas à la rédaction mais se contente de commenter ou d'introduire des ajouts ou des rectifications à un projet de contrat proposer soit par un bureau d'étude soit par le co-contractant lui-même.



4. Une exigence de modélisation et de classement :

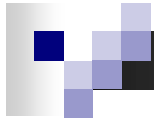
Il existe deux types de rédaction :

- la rédaction de type « civil law » qui se fait en fonction des concepts du droit romano-germanique. Elle s'articule ainsi en fonction des exigences du droit civil quant au contenu du contrat tels que :

- Objet du contrat
- Obligations des parties
- Durée
- Résiliation.

La nature des obligations des parties est qualifiée en fonction des concepts juridiques tels qu'obligation de moyen ou obligation de résultat.

- la rédaction de type « common law » se caractérise par sa longueur et son style détaillé. Le rôle du contrat est de constituer une « bible » pour guider l'exécution du contrat « monitoring the performance of the contract ».



Les divisions du contrat sont fondées sur des concepts juridiques différents :

- Definitions
- Positive and Negative Covenants
- Precedent Conditions
- Representations and Warranties
- Events of default.

La nature des obligations est qualifiée en fonction de critères tels que « best efforts » ou « reasonable efforts ».



Classement des clauses :

Ce classement peut guider l'effort des rédacteurs des contrats en fonction de la nature des clauses à formuler .

Il existe 4 types de clauses :

- **Les clauses essentielles** : sont celles dont l'absence est susceptible vicier le contrat ou de rendre son exécution difficile.

Elles correspondent aux exigences minimales de précision nécessaires à l'existence même du contrat.

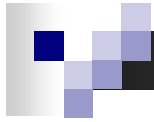
Le manque de précision des clauses essentielle a pour conséquence directe de faire du juge ou de l'arbitre un « créateur » de contrat.

- **Les clauses standards** : Il s'agit des clauses de définition (terminologie et concepts clés) des clauses de langue (contradictions et règles prioritaire) des clauses de bonne foi et des clauses de modification ou de renonciation...

- **Les clauses dangereuses** : sont celles qui sont prohibées, par exemple par le droit de l'environnement ou le droit de la concurrence,

- **Les clauses abusives** : ces clauses entraînent un déséquilibre manifeste du contrat, désavantageant gravement l'une des parties. Le législateur comme les tribunaux privent généralement ces clauses d'efficacité.

Une maîtrise parfaite du processus contractuel et plus précisément de la rédaction implique un contrôle rigoureux de ces deux derniers types de clauses



Conclusion :

Au regard de toutes ces exigences le bilan contractuel de l'administration apparaît en demi-teinte. Une prise de conscience commence à prendre corps dans les idées, l'administration peut prendre appuie sur le Master qui va être créé pour s'adapter à ces nouvelles idées.