



## **LES TENDANCES DU DROIT ADMINISTRATIF DANS LES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE**

*Placide MOUDOUDOU*  
*Faculté de Droit*  
*Université Marien Ngouabi*  
*B.P. 69, Brazzaville, Congo*

---

### **RESUME**

*Le droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone a longtemps été considéré comme protecteur des prérogatives de l'administration. La protection des droits et libertés fondamentaux n'était pas au centre de ces préoccupations jusqu'à la fin de l'année 1980. Mais, après les conférences nationales souveraines de 1990, de nouvelles tendances sont perceptibles. En somme, le nouveau constitutionalisme a engendré des nouveaux rapports entre l'administration et les administrés : création des autorités administratives indépendantes, approfondissement de la décentralisation, obligation de motivation de certaines décisions, possibilité d'obtention d'une décision d'acceptation implicite, condamnation régulière de l'administration, etc.*

*Ces évolutions, empruntées au droit français, sont marquées par une volonté d'innovation qui se traduit notamment par une amélioration du mode de règlement des différends : création des juridictions administratives atypiques, admission de l'arbitrage en droit administratif, contrôle de constitutionnalité des actes de l'administration, etc.*

---

**Mots clés :** *Droit Administratif ; Service public ; Juridiction administrative ; Décentralisation ; Actes administratifs.*

---

---

### **ABSTRACT**

*The administrative law of black Africa states speaking French has a long time considered as protector of prerogative of administration. The protection of fundamental laws and liberties was not in centre of these preoccupations until the end of 1980 year. But after national sovereign conference of 1990, news tendencies are perceptible. To sum up, the new constitutionalism has caused news connection between administration and employer: the creation of administrative independent authorities, the increase of decentralisation, the obligation of the motivation of some decisions, the possibility to obtain a decision of implicit acceptation, the regular condemnation of administration, etc.*

*These evolutions borrowed to French law are marked by willpower of innovation which results from the amelioration of the regulation of disagreements: creation of abnormal administrative jurisdictions, admission of arbitration in administrative law, control of constitutionality of administration acts, etc.*

---

**Key words :** *Administrative law ; Public service ; administrative jurisdiction ; Decentralisation ; Administrative acts*

---

## INTRODUCTION

Il existe un surprenant contraste entre la permanence des notions fondamentales du droit administratif<sup>1</sup> et l'inquiétude qui se manifeste périodiquement à leur propos. On a pu ainsi, à différentes époques, parler de crise de la notion de service public<sup>2</sup>, de la crise du principe de dualité de juridiction<sup>3</sup>, ou même de crise du droit administratif<sup>4</sup>. C'est que la permanence ne signifie pas la stabilité. Au contraire, la « plasticité » des normes fondamentales du droit administratif est l'une de ses caractéristiques essentielles. Aujourd'hui, l'attention se concentre sur les changements qu'il connaît, sur ses « mutations »<sup>5</sup>.

Ces mutations sont également observées en Afrique noire francophone, mais

<sup>1</sup> Voir, *Mélanges en l'honneur de J.F. Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007 ; voir aussi : Chapus (R.), « L'administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1993, n°, p.275 ; Braibant (G.) « Du simple au complexe : quarante ans de droit administratif (1953-1993) », *EDCE*, La documentation française, 1994, n° 44, p.271.

<sup>2</sup> De Corail (J.-L.), *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1954 ; Chapus (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p.235 ; Latournerie (R.), « Sur un Lazare juridique » *EDCE* 1960, p.61 ; Waline (M.), « Vicissitudes récentes de la notion de service public », *Rev.adm.* 1948, p.23

<sup>3</sup> Bazex (M.), « L'implosion du dualisme juridictionnel », *Pouvoirs* 1988, n°46, p.35 ; Julien-Laferrrière, « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *Mélanges Drago*, 1996, p.289.

<sup>4</sup> Chevallier (J.), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n°46, p.57 et s. ; Chevallier (J.), *Service public*, Paris, PUF, Coll. « Que-sais-je ? », 2003 ; Truchet (D.), « A propos de l'évolution du droit administratif : loi d'exception et loi de divergence », in *Mélanges Lachaume*, précité, p.633-645.

<sup>5</sup> Marcou (G.), dir., *Les mutations du droit de l'administration*, Paris, L'harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 1995 ; Alliès (P), Gatti-Montain (J.), Gleisal (J.J), Heymann-Doat (A.), Loschak (D.), Mialle (M.), *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, 1985 ; CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993 ; *AJDA*, n° du cinquanteaire, « Le droit administratif : bilan et perspectives d'un droit en mutation », 20 juin 1995.

des problèmes existent car le contexte socio-économique est différent. Il faut rappeler qu'en Afrique les structures économiques sont essentiellement constituées autour de l'agriculture organisée selon les modes de production traditionnels et d'un secteur économique moderne dépendant de l'extérieur, soit par la propriété de capitaux, soit pour des raisons économiques (financement, débouchés, etc.) et monétaires. La structure juridique, privée, publique ou intermédiaire est finalement secondaire de ce point de vue<sup>6</sup>. Le monde rural apparaît encore largement comme renfermé sur lui-même. Les institutions traditionnelles, en déclin, sont encore fortes et influentes, variables selon les ethnies et les confessions, et correspondent à la solidarité première. L'Etat est perçu comme une construction extérieure, et ses représentants comme des éléments imposés auxquels il faut accepter de se soumettre. Sur ces bases, est érigée une administration puissante, organisée et gérée selon les techniques empruntées à la France, et qui est chargée de multiples fonctions. Elle est le maître d'ouvrage général des projets de développement et de modernisation économique et sociale que se sont fixés les différents Etats.

Ce droit administratif trouve ses origines dans le droit administratif français<sup>7</sup>. Les principaux concepts, les grandes constructions théoriques, comme les techniques particulières sont identiques, même si leur application se fait dans un contexte différent. A partir du droit français en effet, appliqué dans ses grandes lignes dans les possessions françaises d'outre-mer, les Etats indépendants concernés vont construire progressivement un système propre, profondément influencé par le modèle. Il s'agit d'un droit national en construction, inégalitaire et, dont l'autonomie tend à s'affaiblir<sup>8</sup>. Ses sources formelles et matérielles sont souvent

<sup>6</sup> Bokel (A.), *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, p.33.

<sup>7</sup> Voir, Remondo (M.), *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1987, 303 p. ; Bokel (A.), *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 540 p. ; Breton (J.M.), dir., *Droit public congolais*, Paris, Economica, Coll. « La vie du droit en Afrique », 1987 ; Gautron (J.C.), Rouvevin-Baville, *Droit public sénégalais*, Paris, Pedone, 1970.

<sup>8</sup> Bokel (A.), Op. cit., p.32-39.

écrites, se substituant progressivement au droit applicable avant l'indépendance ; ce qui, d'ailleurs, a poussé certains auteurs à se demander s'il existerait un droit administratif ivoirien<sup>9</sup>, camerounais<sup>10</sup> ou malgache<sup>11</sup>. L'entreprise de création du droit administratif en Afrique est essentiellement gouvernementale, soit formellement, soit matériellement ; les nombreuses lois sont toutes rédigées par l'exécutif et peu modifiées lors de l'intervention parlementaire. Le juge de l'administration participe selon un rythme mineur à cette construction, car il est relativement peu sollicité. Sa principale préoccupation est de trouver une solution au litige qui lui est soumis, en appliquant la loi. Derrière la séduction apparente du système résultant des textes, s'établit une réalité différente, plus proche de l'Etat de police<sup>12</sup> que de l'Etat de droit<sup>13</sup> ; du système français, seuls les aspects favorables à l'action administrative seront réellement en vigueur.

Or, l'Afrique dans son ensemble a choisi, depuis le début des années 1990, la démocratie pluraliste<sup>14</sup> qui implique des

institutions et des principes. Parmi ces principes, on peut citer l'institutionnalisation du pouvoir, la reconnaissance et la garantie des droits et libertés, le pluralisme politique et des courants d'idées, la participation de tous les citoyens à l'exercice du pouvoir, soit directement, soit à travers des représentants choisis à la suite d'élections libres et concurrentielles, la primauté du droit et de l'intérêt général, la séparation des pouvoirs avec pour corollaire l'indépendance de la justice<sup>15</sup>. Ainsi conçue, la démocratie en Afrique n'est plus une simple idée. Elle est devenue une réalité<sup>16</sup> ; les débats ne tournent plus autour de son existence et des facteurs ayant conditionné son émergence, mais autour de son acclimatation culturelle et de son évolution<sup>17</sup>. S'agissant de l'administration, comme le rappelle Charles Debbasch, « bras séculier du pouvoir exécutif, (elle) est soumise à la philosophie dont s'inspire le régime constitutionnel et au droit qui en est issu »<sup>18</sup>. En effet, un système de droit administratif peut tendre à réaliser deux objectifs différents. Il peut s'attacher à rendre l'action administrative la plus efficace possible pour permettre à celle-ci de mieux défendre l'intérêt général dans les meilleures conditions. Il peut, au contraire, viser à assurer la plus grande protection possible des administrés face aux activités de l'administration<sup>19</sup>. Le droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone a pendant longtemps fait le choix de la valorisation des prérogatives de la puissance publique, au lieu

<sup>9</sup> Bernard (M.), « Existe-t-il un droit administratif ivoirien », *Rev. Ivoirienne de droit* 1970, n°4, p11.

<sup>10</sup> Bipoun-Woum, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *RJPIC* 1972, p.359.

<sup>11</sup> Rousseau, « La jurisprudence administrative à Madagascar », *Penant* 1971, p.281.

<sup>12</sup> La réglementation de l'Etat de police est à « usage interne » à l'administration, destinée à permettre son bon fonctionnement et son efficacité : les intéressés, s'ils peuvent y être soumis, ne sont pas admis à son élaboration ou son contrôle. Les sanctions d'éventuelles violations des règles ne sont déclenchées que sur initiative interne à l'appareil.

<sup>13</sup> Les normes administratives de l'Etat de droit ont, en revanche, une portée totalement différente. En France, le juge administratif a joué et joue encore un rôle important dans l'édification et le perfectionnement de l'Etat de droit. Il fait respecter le principe de légalité, notamment grâce au recours pour excès de pouvoir (Costa (J.-P.), « Un couple mal connu : science administrative et Etat de droit », in *Mélanges offertes à J. Mourgeon*, Bruylant, 1998 ; Chevallier (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992, p.299).

<sup>14</sup> Sur cette question, voir notamment, Ahadzi-koffi (N.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et*

*Politique*, La revue du CERDIP, Vol.1, n°2, Juillet-Décembre 2002, p.35-85 ; Donfack Sokeng (L.), « L'Etat de droit en Afrique », même revue, p.87-125.

<sup>15</sup> Voir Conac (G.), « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 2002, p.105-119.

<sup>16</sup> Mengue Me Engouang (F.), « Où en est le processus démocratique au Gabon ? », *Juridis Périodique*, n°35, Juillet-Septembre 1998, p.97-107.

<sup>17</sup> Sindjoun (L.), « Cameroun : le système politique face aux enjeux de la transition démocratique », in *L'Afrique Politique*, 1994, Karthala, p.143.

<sup>18</sup> Debbasch (Ch.), « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p.127-133.

<sup>19</sup> Debbasch (Ch.), « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, T. II, p.343-354.

de les limiter fortement. Ce « droit administratif d'exception »<sup>20</sup> d'avant 1990 était issu du présidentielisme autoritaire d'alors, que l'on analyse en un régime politique où, à l'ombre d'une constitution « qui n'est plus à proprement parler qu'une façade (...), s'abrite un système politico-administratif animé par le chef de l'Etat qui, s'appuyant sur le parti, l'administration, la police et l'armée, gouverne sans entraves »<sup>21</sup>. Il était adapté à l'administration de l'époque, considérée en fait comme étant « beaucoup plus une administration de souveraineté qu'une administration de gestion, voire de développement ». Ainsi, au Cameroun par exemple, les représentants locaux du pouvoir central détenaient des pouvoirs exorbitants consécutifs au climat de guerre civile qu'a connu ce pays au moment et au lendemain de son accession à l'indépendance<sup>22</sup>. Cette analyse vaut aujourd'hui pour le Tchad et le Congo où l'administration locale est majoritairement dirigée par des militaires pour les mêmes raisons.

Comme le rappelle Didier Truchet, « que notre matière (le droit administratif) soit en perpétuelle adaptation relève de l'évidence et de la nécessité : aucun droit ne peut rester figé quand les rapports sociaux au sens large ne cessent de se modifier »<sup>23</sup>. Dans ces conditions, plusieurs interrogations sont possibles. Quelles sont les nouvelles caractéristiques du droit administratif et de l'administration en Afrique noire

francophone ? S'agit-il d'un modèle libéral d'organisation administrative qui serait donc, en certains points, semblable à celui des premières années des indépendances ? Ou bien, tout en tournant le dos au schéma « développementiste quasi-unanimement décrié »<sup>24</sup>, cet espace géographique d'Afrique se serait engagé dans une voie propre, plus proche de ses réalités sociales ? Mais en cette période dominée par la constitution de grands ensembles économiques comme la Communauté économique et monétaire des Etats d'Afrique centrale (CEMAC) ou l'Union Economique et Monétaire d'Afrique de l'Ouest (UEMOA), cela est-il possible, lorsqu'on sait que l'administration africaine est de plus en plus soumise à des ajustements structurels et aux règles de la bonne gouvernance<sup>25</sup> ? Or, si l'Afrique ne cherche pas des solutions originales, ne court-elle pas de façon inéluctable vers un échec ? Sachant que les modèles administratifs ne sont ni neutres ni interchangeables à volonté et que le droit administratif n'est pas né du hasard. Il faut

<sup>20</sup>L'expression est empruntée à Joseph Owona, in « L'institutionnalisation de la légalité d'exception dans le droit public camerounais », *Revue camerounaise de droit*, n°6, Juillet-Décembre 1974, p.116.

<sup>21</sup>Gicquel (J.), Gélard (P.), Hauriou (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1975, 6<sup>ème</sup> éd., p.695-697 ; Gicquel (J.), « Le présidentielisme négro-africain : l'exemple du Cameroun », in *Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p.701-726.

<sup>22</sup>Binyoum (J.), « Bilan de 20 ans de jurisprudence de la Cour suprême du Cameroun », Première partie, 1957-1965, *Revue camerounaise de droit*, n°15 et 16, 1978, série 2, p.23-41 ; Owona (J.), art. précité, p.116.

<sup>23</sup>Truchet (D.), « A propos de l'évolution du droit administratif : loi d'exception et loi de divergence », in *Mélanges Lachaume*, précité, p.633.

<sup>24</sup>Ahadzi-Koffi (N.), « Droits de l'homme et développement : théories et réalités », in *Mélanges Yves Madiot*, Bruylant, 1998, p.107 ; Cabanis (A.G.) « Droits et libertés en Afrique francophone : perspectives constitutionnelles contemporaines », in *Mélanges Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p.319 et s.

<sup>25</sup>Le FMI et la Banque mondiale, dans une action concertée, font désormais du respect des principes de la « bonne gouvernance » l'une des conditions du financement des plans d'ajustements structurels proposés aux Etats africains. Ce concept est défini comme « la manière dont le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays en vue du développement » (Banque mondiale, *L'Etat dans un monde en mutation. Rapport sur le développement dans le monde*, Washington DC, 1997). La bonne gouvernance c'est la gestion impartiale, transparente des affaires publiques, à travers la création d'un système de règles acceptées comme constituant l'autorité légitime, dans le but de promouvoir et de valoriser des valeurs sociales visées par les individus et les groupes. L'instauration des programmes de bonne gouvernance implique le recours à des « ajustements » des normes (constitution, lois et règlements), des finances publiques, de l'administration, de la fonction publique, de la justice, etc. ; ce qui implique un droit de regard sur les choix budgétaires, la réorganisation des services publics, les privatisations, la lutte contre la corruption, la décentralisation, la participation des acteurs sociaux, etc.

remonter à ses racines pour mieux comprendre son histoire. Il est essentiellement lié à la formation de l'Etat en France, bien avant que la Révolution de 1789 ait contribué à lui donner un nouvel essor<sup>26</sup>.

La réponse à cette problématique qui se résume à l'étude des réformes administratives diverses résultant du choix de la démocratie libérale par les Etats considérés, n'est pas aisée dans la mesure où les moments où un système connaît des mutations significatives ne sont pas toujours identifiables commodément. Certes, il y a des moments officiels lorsque sont actés des documents authentiques, les constitutions, les traités internationaux, les lois et règlements, les décisions de justice. Ces moments sont aisément identifiables. Toutefois, on ne peut perdre de vue les moments plus officieux ; ils doivent se déceler au moment où la décision se prépare, où les esprits évoluent, où les pratiques induisent de nouveaux comportements et rendent possibles les réformes qui, un peu plus tard, entérineront les changements intervenus ou leur donneront un autre élan<sup>27</sup>.

Il est donc intéressant, au plan théorique, de démontrer comment, en Afrique, les « nouvelles tendances du constitutionnalisme » engagées au début des années 1990<sup>28</sup>, ont concomitamment engendré de « nouvelles tendances administratives ». C'est donc là une confirmation des liens étroits qui existent entre le droit constitutionnel et le droit administratif ; « la constitution fonde le régime administratif » disait déjà le doyen Vedel en 1954<sup>29</sup>. L'un est donc, en quelque

sorte, l'ombre de l'autre. Au plan pratique, l'analyse permet de démontrer que les Etats africains, soucieux de plus en plus du respect des droits et libertés fondamentaux, tendent désormais vers l'établissement d'un « Etat de droit administratif »<sup>30</sup>, mieux, d'une « démocratie administrative »<sup>31</sup>. Ainsi, « à mesure qu'évolue la conscience de l'Etat de droit, les exigences d'une protection des libertés individuelles se font plus rigoureuses »<sup>32</sup>. Mais s'il faut qualifier les tendances actuelles du droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone, on pourrait emprunter la formule sibylline et riche de Jean Foyer employée le 24 octobre 1961, à l'occasion d'un déjeuner offert en son honneur par la revue *Penant* : il se construit « par le droit français, mais au-delà du droit français »<sup>33</sup>.

### I.- PREMIERE PARTIE : UN DROIT EMPRUNTE

Danielle Loschak a analysé la structure du droit administratif français en des termes qui peuvent aider à mieux étudier la nature des changements observés<sup>34</sup> ces

---

administratif, il y a trente ans, sans un mot de droit constitutionnel », alors qu'« aujourd'hui, même les auteurs qui défendent le plus fortement la séparation des disciplines sont obligés d'insérer de longs développements de droit constitutionnel dans leurs ouvrages de droit administratif » (« La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989, *RDIC* 1990, n°1, p.5) ; Favoreu (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p.25 et s.

<sup>30</sup>Meyer (G.), *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, 5<sup>ème</sup> éd., Leipzig, Duncker et Humblor, 1899, p.24 ; voir également, Jouanjan (O), dir., *Les figures de l'Etat de droit*, Institut de recherches Carré de malberg, Coll. de l'université Robert Schumann, 2001, p.6-52.

<sup>31</sup> Delaunay (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, Paris, LGDJ, 1993, p.12.

<sup>32</sup> Ondo (M), « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJPIC* 2002, n°3, p.313.

<sup>33</sup> Foyer (J.), « Les destinées du droit français en Afrique », *Penant*, 1962, p.6.

<sup>34</sup> Loschak (D.), « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in Alliès (P), Gatti-Montain (J.), Gleisal (J.J),

---

<sup>26</sup> Delvolvé (P), « *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 1990, 2<sup>ème</sup> éd., p.2-3.

<sup>27</sup> Delpérée (R.), « La mutation du système juridique et le droit administratif en Belgique », in Marcou (G.), dir., *Les mutations du droit de l'administration*, précité, p.171 et s.

<sup>28</sup> Ahadzi-koffi (N.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », précité.

<sup>29</sup> Vedel (G), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p.21 et s. Pour une opinion contraire, voir Eisenmann (Ch.), « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif », *RDP* 1972, p. 1345. En 1989, G. Vedel écrit qu' on pouvait écrire un livre de droit

dernières années en Afrique. Partant de l'origine jurisprudentielle du droit administratif et de son mode de construction par opposition au droit privé, elle relève qu'« il est structuré autour de notions clés dont la présence ou l'absence suffit à déterminer le régime applicable, la compétence juridictionnelle, voire la solution du juge ». Elle met en évidence « deux traits structurels fondamentaux » : le premier est l'entrecroisement des notions « verticales » et des notions « horizontales »<sup>35</sup> qui assure la cohésion du droit administratif. Le second est l'importance de la recherche des critères dans le fonctionnement des catégories juridiques du droit administratif. En Afrique noire francophone, si les notions horizontales conservent leurs caractéristiques essentielles dégagées par le Conseil d'Etat français, les notions verticales connaissent une restructuration, allant dans le sens d'une amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Les sources

principalement, semble-t-il, dans le triomphe de l'idéologie libérale venue de l'Occident.

### A) UNE REMISE EN CAUSE DES MODES D'ACTION TRADITIONNELS

Plusieurs décennies après les indépendances, le droit administratif français demeure « érigé en modèle » en Afrique noire francophone<sup>36</sup>. Se fondant sur « l'unité et l'universalité du droit administratif (qui) reste le même dans son acception, quel que soit le pays dans lequel il est implanté »<sup>37</sup>, la plupart des réformes entreprises ont une démarche

---

Heymann-Doat (A.), Loschak (D.), Miaille (M.), *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, 1985, p. 89 et s.

<sup>35</sup> Notions verticales : Personnes publiques, Service public, Puissance publique. Notions horizontales : Acte administratif, Contrat administratif, Domaine public, etc.

<sup>36</sup> Darbon (D.), « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative, in *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, 1990, n°156 spécial, p.24.

<sup>37</sup> Yem Gouri (M.), « Bilan de l'unité du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone », *Penant*, 1988, n°797, p.293.

« assimilationniste »<sup>38</sup>. Au plan jurisprudentiel, la doctrine parle même, en dépit de quelques « acclimations tropicales »<sup>39</sup> de « juge aîné » et de « juge cadet »<sup>40</sup> pour désigner, respectivement, le juge français et son homologue africain.

Ces réformes peuvent être regroupées sous les thèmes suivants : la création des autorités administratives indépendantes, la décentralisation, la pénétration du droit de la concurrence dans celui des services publics, la transparence administrative. Autrement dit, comme les administrations européennes, sous les contraintes des principes de l'économie libérale, l'administration africaine opte pour un pouvoir administratif<sup>41</sup> mieux réparti.

### 1. Un pouvoir administratif mieux réparti

Jusqu'il y a quelques années, lorsqu'on

qualifiait de « centralisée », à l'image du modèle napoléonien, théorisée par Marx Weber ; c'est dire qu'il s'agissait d'une pyramide hiérarchisée. Or, cette administration est entrée dans une phase de « décentration ». La diffusion du pouvoir administratif en Afrique est sans doute parmi les plus positifs des constats qui s'imposent. Cette décentration est à la fois latérale (a) et descendante (b).

---

<sup>38</sup> Gautron (J.C.), « Réflexions sur l'autonomie du droit public sénégalais, *Annales Africaines*, 1969, p.30 ; Degni Segui (R.), *La succession d'Etats en Côte d'Ivoire*, thèse droit, Aix-Marseille, 1979, p.74 et s.

<sup>39</sup> Kamto (M.), « La fonction administrative contentieuse de la Cour suprême du Cameroun », in De Gaudusson, Conac, dir., *Les Cours suprêmes en Afrique*, Paris, Economica, 1988, T. III, p.52.

<sup>40</sup> Sindjoun (L.), « Esquisse de théorie de droit administratif camerounais », *Penant*, 1993, n°813, p.330-390.

<sup>41</sup> On entend par « pouvoir administratif », le pouvoir qui correspond au pouvoir exécutif traditionnellement entendu. C'est le pouvoir d'assurer l'exécution des lois et le maintien de l'ordre public. On le distingue du « pouvoir gouvernemental » qui est la fonction d'animer et de diriger le mouvement de législation (voir, Debbasch, Ricci, et Pontier, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2001, 4<sup>ème</sup> éd., p.126) ; Chardon (H.), *Le pouvoir administratif*, Perrin, 1912.

### a) La répartition latérale : la création des autorités administratives indépendantes

Les autorités administratives indépendantes forment aujourd'hui un ensemble de structures originales dans l'appareil d'Etat. L'image globale est celle d'organismes dont la création a pour objet une action soustraite aux influences politiques et à la pression de divers intérêts économiques et professionnels, dans des secteurs sensibles exigeant une protection vigilante et impartiale des libertés<sup>42</sup>. Si leur création apparaît « comme un message d'ordre politique tendant à introduire une nouvelle conception de l'exercice de l'autorité étatique »<sup>43</sup>, cette institution n'en est pas moins énigmatique du point de vue juridique<sup>44</sup>. L'accouplement des termes « administration » et « indépendance » est inédit et surprenant dans le cadre du système politico-juridique français. L'administration est en effet subordonnée au pouvoir politique dans sa branche exécutive. Celle-ci est donc, à la différence de la Justice et au même titre que la Force publique dépendante du gouvernement qui, dans certains Etats comme au Sénégal, est responsable devant le Parlement<sup>45</sup>. Cette architecture

<sup>42</sup> Guédon (M.J.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, p.7 ; « Vous avez dit indépendant ? », *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *Pouvoirs*, 1988, n°46, p.71 et s. ; Etude sur les autorités administratives indépendantes, *EDCE* 1983-1984, p.13 et s. ; Sabourin (P.), « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle ? », *AJDA* 1983, p.275 et s. ; Conseil d'Etat, Rapport public, *Les autorités administratives indépendantes*, Etudes et documents, n°52, 2001, p.257-363.

<sup>43</sup> Haquet (A.), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP*, 2008, p.400-402.

<sup>44</sup> Les innovations en matière de structures administratives ne sont pas rares et soulèvent toujours, de façon plus ou moins intense, des questions. On peut évoquer, par exemple, après les administrations de mission, la formule des groupements d'intérêt public (TC.14 février 2000, *Mme Verdier*, *GAJA*, 15<sup>ème</sup>, p.110) ou les « exploitants publics » nés de la loi française du 2 juillet 1990 avec la réforme de la Poste et des Télécommunications.

<sup>45</sup> Article 86 de la constitution de 2001.

classique, qui remonte à l'avènement du régime parlementaire en Europe, a été altérée par l'adjonction de ces autorités administratives indépendantes qui se situent en dehors du couple administrations centrales - services déconcentrés<sup>46</sup>.

En Afrique, en raison de l'inféodation de l'administration au parti unique ou majoritaire et de l'Etat, la gestion de certaines libertés sensibles est désormais assurée par des autorités administratives indépendantes. Celles-ci ne sont pas des juridictions étant donné que leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée d'une part et, d'autre part sont ouvertes à des personnalités choisies en règle générale pour leur expérience et leur impartialité<sup>47</sup>. Certaines de ces autorités ont une compétence générale ; il en est ainsi du médiateur de la République ou des Commissions nationales des droits de l'homme. Aux termes de l'article 2 de la loi organique du 11 décembre 1996 relative à la composition, à l'organisation et au fonctionnement de la commission nationale des droits de l'homme, celle-ci a pour mission

<sup>46</sup> Leur statut est d'autant plus surprenant qu'à la différence des établissements publics, elles n'ont pas la personnalité morale et qu'elles se trouvent ainsi à l'intérieur de l'Etat, pour le compte duquel elles agissent et dont elles engagent la responsabilité. En outre, elles cumulent le pouvoir d'édicter des normes, de les appliquer à des cas individuels et de prendre des sanctions, à l'image des « agences » américaines. En Grande Bretagne, le phénomène des autorités administratives indépendantes est regroupé sous l'appellation de « *Quangos* » : *quasi-autonomous non governmental organisations*, souvent appelés aussi « *Fringues Bodies* », organes périphériques. L'administration britannique est organisée sur le fondement de principes différents de ceux de la France, et l'appareil n'est pas structuré comme un ensemble unitaire et hiérarchisé. L'essentiel des fonctions administratives est assuré par une multitude de structures ayant une autonomie plus ou moins étendue par rapport à l'Etat et au pouvoir central (Rifer (A), *The quasi non governmental organisations*, London, éd. Civil Service Department, 1978).

<sup>47</sup>Holo (Th.), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 2006, n°16, p.29-30.

« d'assurer la protection et la défense des droits de l'homme sur le territoire de la République du Togo ». Au Congo, l'article 168 de la constitution du 20 janvier 2002 dispose que « La commission nationale des droits de l'homme est un organe de suivi de la promotion et de la protection des droits de l'homme ». De même, l'article 11 de la loi organique du 17 mai 1994 portant institution du médiateur du Faso énonce que : « Le médiateur reçoit les réclamations relatives au fonctionnement des administrations ». Les textes sénégalais<sup>48</sup> et gabonais<sup>49</sup> prévoient les mêmes règles.

D'autres autorités administratives indépendantes ont une compétence sectorielle. Il en va ainsi de celle en charge de la liberté de la presse. Aux termes de l'article 161 de la constitution congolaise, la Commission supérieure de liberté de communication est chargée de veiller au bon exercice de la liberté de l'information et de la communication. Au Bénin, l'article 142 de la constitution prévoit que la Haute autorité de l'audiovisuel et de la communication a pour mission de garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse ainsi que de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi. Dans le domaine des télécommunications, des autorités de régulation des Télécommunications ont été créées<sup>50</sup>.

Contrairement au droit français ou du Canada<sup>51</sup> où cette question relève du domaine de la loi, en Afrique, l'indépendance de ces autorités est en général garantie à la fois par la constitution et par la loi. Il en est ainsi au

Congo<sup>52</sup>, au Burkina Faso<sup>53</sup>, en Côte d'Ivoire<sup>54</sup>. Au plan organique, les garanties d'indépendance concernent les conditions de désignation (choix des personnalités qualifiées), et les garanties statutaires (fixation du régime d'inamovibilité, des incompatibilités et des immunités). Au plan fonctionnel, ces autorités bénéficient d'une autonomie financière et administrative ; elles sont affranchies de tout lien hiérarchique et de tutelle<sup>55</sup>.

Comme dans l'ensemble des Etats européens, ces réformes ne vont pas sans poser d'autres questions, notamment quant à leur légitimité. S'agissant par exemple de l'exercice du pouvoir réglementaire, comment peut-on admettre que le pouvoir normatif soit exercé par une autorité publique qui échappe à tout contrôle hiérarchique ou de tutelle, alors qu'en général les constitutions disposent que le président de la République ou le premier ministre « exerce le pouvoir réglementaire » et qu'il « dispose de l'administration » ? Est-il admissible qu'une autorité dirigée par un collège de « non élus » puisse exercer un pouvoir normatif ? Peut-on accepter qu'une autorité normative soit chargée de sanctionner le non respect des règles qu'elle édicte ?<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Titres XII, XIII, XIV de la constitution du 20 janvier 2002.

<sup>53</sup> Voir Yonaba (S), « Le médiateur du Faso », *Penant* 1995, p.22.

<sup>54</sup> Titre XI de la constitution Ivoirienne du 1<sup>er</sup> août 2000.

<sup>55</sup> Sur ces aspects, voir Boumakani (B.), « Les médiateurs de la république en Afrique noire francophone. Sénégal, Gabon, et Burkina Faso, *RIDC* 1999, n°2, p.321-329 ; Acka (S.F.), « Le médiateur de la République dans la constitution ivoirienne de l'an 2000, *Revue EDJA* 2001, n°51, p.2-11.

<sup>56</sup> En France, le Conseil constitutionnel a apporté un certain nombre de réponses. Dans sa décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986 concernant la Commission nationale de la communication et des libertés, il débute son raisonnement en précisant que les articles 21 et 13 de la constitution « confèrent au premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ». Il reconnaît ensuite que ces dispositions constitutionnelles « ne font cependant pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le premier ministre, le soin de fixer, dans

<sup>48</sup> Loi sénégalaise n°91-14 du 11 février 1991 instituant un médiateur de la République.

<sup>49</sup> Décret du 16 juillet 1992 portant création du médiateur au Gabon.

<sup>50</sup> Voir par exemple, loi congolaise du 26 mai 1997 relative à la libéralisation des télécommunications ; loi camerounaise n° 98/014 du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications ; Keutcha Tchapnga (C.), « Les aspects juridiques de la réforme de l'activité postale au Cameroun, *RJPIC* 2000, p.343 ; Pekassa (G.), « La réforme du secteur des P. et T. au Cameroun », *Rev. Africaine des Science Juridiques*, Vol.1, n°1, 2000, p.97.

<sup>51</sup> Voir loi québécoise du 1<sup>er</sup> novembre 1993, relative au protecteur du citoyen (paragraphe 32, article 2).

Si René Chapus considère que la jurisprudence du Conseil constitutionnel français en la matière aboutit à « une déconcentration du pouvoir réglementaire »<sup>57</sup>, les caractères de ce pouvoir font désormais l'objet d'un consensus au niveau doctrinal : les auteurs le qualifient, par opposition au pouvoir autonome, d'un pouvoir « subordonné »<sup>58</sup> à la loi et au règlement national (par opposition au pouvoir dit initial), « circonscrit ou spécial »<sup>59</sup> et même « subsidiaire »<sup>60</sup>, voir « résiduel »<sup>61</sup>. Ces caractères sont consacrés par le Conseil d'Etat lui-même<sup>62</sup>. Un tel pouvoir est également reconnu aux collectivités territoriales décentralisées.

### b) La répartition descendante : la libre administration des collectivités territoriales<sup>63</sup>

un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre la loi ». Dans celle relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, il précise *in fine* que cette habilitation « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (Déc. n°88-248 du 17 janvier 1989, *GDCC*, n°42).

<sup>57</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, 15<sup>ème</sup> éd., précité, p.657.

<sup>58</sup> Lachaume (J.F.), *Droit administratif*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », Les grandes décisions de la jurisprudence, 2002, 13<sup>ème</sup> éd., p.144.

<sup>59</sup> Favoreu (L.) et ali, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, 7<sup>ème</sup> éd., p.550 ; Gaudemet (Y.), *Traité de droit administratif*, T. I, Paris, LGDJ, 16<sup>ème</sup> éd., 2001, p.85 ; Gentot, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs », 1991, p.76.

<sup>60</sup> Braconnier (S.), « La régulation des services publics », *RFDA* 2001, p.51.

<sup>61</sup> Autin (J.L.), Ribot (C.), *Droit administratif général*, Paris, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2003, p.63.

<sup>62</sup> *Rapport public 2001, Etudes et Documents*, n°52, précité, p.295 ; Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, AN n°3166 (XII<sup>ème</sup> législature).

<sup>63</sup> Il a existé en doctrine une tendance à dissocier les notions de collectivités territoriales et de collectivités locales. Elle a été liée à une jurisprudence que le conseil constitutionnel français a développé sur la base, d'une part de l'une des dispositions de l'article 34 de la constitution qui intéresse le statut des « collectivités locales », et d'autre part de son article 72 qui traite de celui des « collectivités territoriales » (locales) : CC, 12 mai 1964, p.34, S.1963, p.334, note L. Hamon ; 19

Le principe de la libre administration des collectivités territoriales<sup>64</sup> est énoncé dans la plupart des constitutions<sup>65</sup>. Il est peut être la réforme la plus importante de ces dernières années en Afrique noire francophone. Il a instauré dans l'ordre juridique des Etats de nouvelles répartitions de compétences et des ressources entre les différents niveaux. En

novembre 1975, *RDP* 1976, p.265 ; 2 juin 1976, Rec.CC.p.52. Selon certains interprètes, il résulterait de cette jurisprudence que la notion de collectivités locales, au sens de la constitution, serait plus large que celle de collectivité territoriale locale : elle comprendrait non seulement les collectivités territoriales locales telles que les départements et les communes, mais aussi les établissements publics rattachés à ces collectivités. Il est vrai que la notion de collectivité territoriale est plus extensible que celle de collectivité locale : l'Etat, collectivité territoriale, n'est évidemment pas qualifiable de collectivité locale. Mais, abstraction faite de l'Etat, les collectivités territoriales sont très exactement des collectivités locales et il est usuel de les désigner par cette dernière expression.

<sup>64</sup> Selon Michel Troper, une constatation s'impose : le terme « libre administration » n'est guère employé par la doctrine française. Celle-ci fait par contre usage du terme « décentralisation ». Il résulte qu'il est impossible de déterminer à partir des travaux des auteurs français si les deux termes désignent le même concept ou deux concepts différents (« La libre administration et la théorie du droit, Le concept de libre administration », in Moreau (J.), Darcy (G.), dir., *La libre administration des collectivités locales*, Paris, Economica-PUAM, Coll. « Droit public positif », 1984, p. 57 et s.). Elle enrichit la notion de décentralisation puisqu'elle met l'accent sur les libertés locales. Le Conseil constitutionnel français a posé un certain nombre de règles déterminant son contenu : l'existence d'un conseil élu doté d'attributions effectives (CC 85-196 DC du 8 août 1985, Rec.CC.63), protection des compétences de l'assemblée élue (CC 91-290 DC du 9 mai 1991, Rec.CC.50), la péréquation entre collectivités, des ressources financières propres (art.72-2 const. Française), la protection des prérogatives de l'Etat (CC. 82-137 DC du 25 février 1982, Rec.CC38). Voir Baconnais, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica-PUAM, 1993.

<sup>65</sup> Article 102 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 ; art.145 de la constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991 ; art. 174 du Congo du 20 janvier 2002 ; art. 98 de la constitution du Mali du 25 février 1992 ; art.141 de la constitution du Togo du 14 octobre 1992.

constitutionnalisant la décentralisation, ces Etats ont même devancé le constituant français<sup>66</sup>. Cette réorganisation des collectivités territoriales se fait autour des principes simples comme l'affirmation des libertés locales<sup>67</sup> ou encore le principe de l'élection des autorités locales<sup>68</sup> ; car la volonté des gouvernants d'assurer la diffusion du pouvoir administratif ne peut se réaliser qu'à la base. C'est en effet dans et par la gestion des affaires locales<sup>69</sup> que le peuple « libère ses énergies créatrices et a effectivement conscience d'assurer son destin »<sup>70</sup>. Maurice Hauriou, reprenant à la lettre les thèmes de Tocqueville écrit : « s'il ne s'agissait que du point de vue administratif, la centralisation assurerait au pays une administration plus habile, plus impartiale, plus intègre et plus économe que la décentralisation. Mais un pays n'a pas seulement besoin d'une bonne administration, il a besoin aussi de liberté politique »<sup>71</sup>. « La décentralisation fait passer les affaires de la main des fonctionnaires à celles des citoyens et constitue le

gouvernement du pays par le pays », ajoute Deschanel<sup>72</sup>. C'est donc le choix opéré par les Etats africains : au Bénin, la démocratie à la base, le développement durable, la participation du citoyen à la gestion de la chose publique « restent à ce jour des enjeux majeurs dans (la) détermination à tous (...) à l'avènement des communes viables »<sup>73</sup>. Au Cameroun, estime M. Guindo-Dongmo, c'est par l'instauration d'une réelle décentralisation que le pays peut effectivement se démocratiser « et que les camerounais pourront participer sans arrière-pensée à la construction de leur pays »<sup>74</sup>. Mais la libre administration exige un allègement de la tutelle<sup>75</sup>, dont Charles Eisenmann disait qu'elle constitue le principal

<sup>66</sup>La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 marque une nouvelle étape de la décentralisation française, après celle du 2 mars 1982. L'article 1<sup>er</sup> de la constitution mentionne désormais que la République « est décentralisée ». Voir, *AJDA* Dossier, La révision constitutionnelle sur la décentralisation, n°11, 2003 ; *RFDA* 2003, p.661-691 ; *RFDA* 2004, p.7-68.

<sup>67</sup>Pontier (J.M.), « La décentralisation et le temps », *RDP* 1991, p. 1219 et s.

<sup>68</sup>Voir art. 175 de la constitution congolaise de 2002 ; art. 102 de la constitution sénégalaise de 2001 ; art.98 de la constitution malienne de 1992 ; art 141 al.4 de la constitution togolaise de 1992.

<sup>69</sup>Notion simple *a priori* qui renvoie aux fondements de la décentralisation. Elle renvoie au principe de spécialité des personnes morales. Les auteurs sont nombreux à souligner que le critère des affaires locales est introuvable. Sur le plan juridique, faute de trouver un critère acceptable, on est forcé d'admettre que les affaires locales sont celles pour lesquelles la compétence est reconnue par le législateur aux collectivités. Voir, Chapuisat (L.J), *La notion d'affaires locales*, thèse, Paris, 1972 ; Pontier (J.M.), « *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence », *RDP* 1984, p.1443.

<sup>70</sup>Voir Fall (I.M.), « Le contrôle de légalité des actes des collectivités locales au Sénégal », *Rev. EDJA* 2004, n°63, p.67 et s.

<sup>71</sup>Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1921, p.110 ; Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique*, Vol.1, p.93.

<sup>72</sup>Deschanel (P), *La décentralisation*, Paris, 1895, p.44.

<sup>73</sup>Editorial du ministre béninois de l'intérieur, in *La Territoriale*, Cotonou, 2007, n°10, « Le bilan de la décentralisation », p.4.

<sup>74</sup>Guindo-Dongmo (R.B.), « Constitution et décentralisation au Cameroun depuis la réforme du 18 janvier 1996 », *RJP* 2005, p.210.

<sup>75</sup>En droit administratif, est ainsi désigné, de façon générale, le contrôle exercé par une personne publique sur une autre personne publique dans les conditions prévues par les textes. Il s'agit le plus souvent d'un contrôle de l'Etat sur les personnes décentralisées : collectivités locales et établissements publics. La tutelle est en principe exclue dans les rapports entre collectivités territoriales. On emploie parfois le terme tutelle pour désigner le contrôle que fait peser l'Etat sur certaines personnes privées (caisses de sécurité sociale, fédérations sportives, etc.). L'existence de la tutelle ne se présume pas : elle doit être prévue par un texte, ainsi que ses modalités : « pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes ». On distingue habituellement la tutelle sur les organes ou sur les personnes qui se rapprochent d'un pouvoir disciplinaire et se traduit par l'adoption de mesures provisoires (suspension des maires, des conseils municipaux) ou définitives (révocation des maires et adjoints, dissolution des assemblées locales) de la tutelle sur les décisions. Selon ce que prévoit les textes, elle peut porter sur l'opportunité et/ou la légalité. Les procédés sont divers : approbation, annulation, substitution d'action. On parle parfois de tutelle technique, expression qui manque de rigueur juridique, mais correspond à une pratique ; par là, l'Etat, essentiellement, oblige les collectivités ou établissements publics à conformer leurs décisions prises en certaines matières à des modèles ou actes-types (Van Lang et ali, *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, 2005, 4<sup>ème</sup> éd., p.326).

critère de la décentralisation<sup>76</sup>. C'est pourquoi les Etats africains y consacrent des dispositions particulières. Au Sénégal, l'article 334 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales dispose que « les actes pris par les collectivités locales sont transmis au représentant de l'Etat auprès de la région, de la commune ou de la communauté rurale, lequel en délivre aussitôt accusé de réception ». L'alinéa 4 énumère les actes soumis à l'obligation de transmission ; il s'agit des actes réglementaires pris par les collectivités locales dans tous les domaines qui relèvent de leurs compétences en application de la loi, les conventions relatives aux marchés ainsi que les conventions de concession ou d'affermage des services publics locaux, certaines décisions individuelles. L'alinéa 5 ajoute que « ces actes sont exécutoires de plein droit 15 jours après la délivrance de l'accusé de réception ». Au Bénin, le législateur a procédé de manière légèrement différente : après avoir énuméré à l'article 144 de la loi n°97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes, les actes relevant du régime de l'approbation, il dispose à l'article 147 que « les délibérations qui ne sont pas soumises à l'approbation deviennent exécutoires 15 jours après leur transmission à l'autorité de tutelle ». Cet article indique vaguement que toute décision ou délibération des organes des collectivités territoriales peut faire l'objet de recours devant la juridiction compétente. Ces dispositions sont grosso modo reprises dans les autres Etats.

L'entrée en vigueur d'un acte d'une autorité locale dépend essentiellement de cette transmission préalable, notamment lorsque l'acte prévoit expressément une date d'effet qui se révélerait antérieure à la date de réception à la préfecture. Ce qui fait dire à F.P. Benoît que « si l'on retient la conception selon laquelle la transmission doit jouer son rôle de condition de caractère exécutoire de manière identique à la condition de la publication ou de

la notification, on est alors nécessairement conduit à lui faire produire des effets, comme il en est de la publication et de la notification, dès la détermination de la date d'entrée en vigueur de l'acte : pas d'entrée en vigueur sans transmission, et bien entendu, pas d'exécution avant celle-ci »<sup>77</sup>. Justement, la transmission est un moyen « de constatation de l'existence de l'acte, puisqu'elle fonde l'opposabilité de l'acte aux tiers et sa mise en application ; elle est une formalité supplétive et de condition suspensive »<sup>78</sup>. Elle est l'élément fondateur du contrôle de légalité de l'acte par le représentant de l'Etat qui peut saisir le juge administratif<sup>79</sup>. Mais en pratique, excepté le cas du Sénégal<sup>80</sup>, ce contrôle aboutit très rarement à une saisine du juge administratif, à l'instar de celui exercé par le représentant de l'Etat en France<sup>81</sup>. En Afrique comme en France, on peut parler d'un « déferé délaissé »<sup>82</sup> ou de « procédure

<sup>77</sup> Benoît (F.P.), « Les actes des collectivités locales », in *Encyclopédie Collectivités locales*, Paris, Dalloz, 1988, chap. 3, § 182.

<sup>78</sup> Koubi (G.), « Actes exécutoires et actes des autorités locales », *RDP* 1990, n°5, p.1586.

<sup>79</sup> Le déferé préfectoral a un caractère facultatif. Le refus du représentant de l'Etat de mettre en œuvre la procédure du déferé ne constitue pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir (Voir, l'article 337 du code des collectivités territoriales du Sénégal qui reprend ce principe posé par le Conseil d'Etat français le 25 janvier 1991, affaire *Brasseur*, *Rec.23* ; *RFDA* 1991, p.587, concl. B. Stirn).

<sup>80</sup> Voir, Fall (I.M.), « Le contrôle de légalité des actes des collectivités locales au Sénégal », précité, p.67 ; Sall (A.), « Le sursis à exécution des décisions administratives sénégalaises », *RJP* 2005, n°4, p.499.

<sup>81</sup> Dans ce pays, le régime du recours pour excès de pouvoir a petit à petit grignoté la spécificité du déferé préfectoral, jusqu'à lui faire perdre toute originalité. Ce dernier n'est plus qu'une variante du recours pour excès de pouvoir (Verpeaux (M.)), « Constitution, déferé préfectoral et recours pour excès de pouvoir ou commune du Port encore... », in *Mélanges Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003). Il arrive en effet que le Conseil d'Etat qualifie expressément de recours pour excès de pouvoir une requête présentée en application de la loi du 2 mars 1982 (CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-bourg-de-Marie-Galante c/ Mme Pistol AJDA* 1987,p419, note Pretot ; *RFDA*, 1987, p. 212, concl. Stirn et note J.C. Douence, p.777).

<sup>82</sup> Gélard (P.), « Décentralisation : le déferé délaissé », *D.A.*, Novembre 1992, p.1 ; Diallo (I),

<sup>76</sup> Eisenmann (Ch.), *Centralisation et décentralisation*, Paris, LGDJ, 1948, note 161. Pour un avis contraire, voir Regourd (S), *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1982, p.53 et s.

endormie »<sup>83</sup> ; d'autant plus que le législateur africain semble avoir assimilé le régime du déferé préfectoral à celui du recours pour excès de pouvoir, aboutissant ainsi à un recours « banalisé »<sup>84</sup>.

Par ailleurs, l'adoption de la décentralisation vient bouleverser la définition de la notion d'acte administratif exécutoire dans le droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone. Il faut rappeler que l'acte administratif unilatéral est celui dont la valeur juridique est indépendante de la qualité des destinataires<sup>85</sup>, de sa réception<sup>86</sup> ; car dès son émission, il peut être source directe d'obligation comme une base d'attribution des droits. C'est à ce titre qu'il est dit « exécutoire »<sup>87</sup>.

Or, les lois de décentralisation en Afrique organisent ce schéma de « libertés locales » autour du contrôle administratif *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales par le représentant de l'Etat<sup>88</sup>. Du fait

---

« L'avenir du déferé préfectoral en droit public français », *AJDA*, 26 décembre 2005, n°44, p.2438.

<sup>83</sup> Helin (J.C.), Hostiou (R.), « Réactiver le rôle du juge administratif », in *La décentralisation en France*, Paris, La Découverte, 1996.

<sup>84</sup> Diallo (I), art. précité, p.2438. Pour un avis contraire, voir J.C. Douence, Vier (C.L.), « Contrôle administratif de la légalité des actes des collectivités locales », *J. Cl. Adm.*, n°1011.

<sup>85</sup>Eisenmann (Ch.), « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p.201 et s.; Dupuis (G.), « Définition de l'acte unilatéral », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p.205.

<sup>86</sup>Carbajo (J.), *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Paris, LGDJ, 1980; Lewalle, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Université de Liège, éd. Martinus, Nijhoff, 1975, Préface du doyen Auby.

<sup>87</sup>Moreau (J.), *Droit administratif*, PUF, Coll. « Droit fondamental », p.205. L'auteur propose d'éviter la formule de « décision exécutoire » pour lui préférer celle « d'acte administratif impératif »; (L.), *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1966, p.405.

<sup>88</sup>Au Bénin, article 147 de la loi n°97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes. Au Sénégal, voir les articles 334 et 335 de la loi n°96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales. Au Congo, voir articles 1<sup>er</sup> à 8 de la loi n°08-2003 du 6 février 2003 portant loi

de ces dispositions, et par référence aux règles générales de l'action administrative, la qualité d'acte « exécutoire », attribuée aux actes administratifs, notamment unilatéraux des autorités locales, dépend du respect de deux conditions (outre la régularité juridique) : la transmission et la publication et/ou la notification<sup>89</sup>. Or, ces deux procédures participent à deux circuits de communication différents et étrangers l'un de l'autre : la publicité s'adresse aux tiers, aux administrés, destinataires réels ou virtuels de la norme contenue dans l'acte. La transmission s'adresse à l'Etat, au pouvoir central<sup>90</sup>. La combinaison de ces deux formes de communication dans le cadre de la décentralisation accentue la distance qui sépare la perspective des actes unilatéraux selon qu'ils sont émis par une autorité administrative centrale ou par une personne publique décentralisée. Les actes administratifs unilatéraux de type « étatique » sont dits exécutoires dès leur émission, mais n'acquiert la « force » qu'à partir de leur publication ou notification ; ceux de type « décentralisé » ne le sont que si la publication ou la notification intervient en même temps ou après la transmission au représentant de l'Etat<sup>91</sup>. La transmission devient ainsi une forme substantielle et préalable à l'entrée en vigueur des normes émanant des autorités locales ; la liaison entre l'opposabilité et l'effectivité juridique étant organisée par elle.

Mais, tout ce dispositif juridique est à relativiser, car l'état de la décentralisation en

---

organique relative à l'exercice de la tutelle sur les collectivités locales.

<sup>89</sup> Dès lors, on comprend mieux ces propos de Jean-François Lachaume : « Quoi de plus simple en apparence que l'état civil de la décision administrative exécutoire. Elle naît, vit et meurt. A première vue, l'application dans le temps des actes exécutoires présente un caractère linéaire excluant toutes difficultés, toutes surprises. Mais, en réalité et comme bien souvent en droit administratif, derrière l'apparente simplicité du problème, se dissimulent de redoutables difficultés (Préface à la thèse de Joël Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Paris, LGDJ, 1980).

<sup>90</sup> Eisenmann (Ch.), « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », in *Mélanges Stassinopoulos*, précité ; CE, 24 novembre 1982, *Vital, Rev. Adm.* 1983, p.253.

<sup>91</sup>Koubi (G.), « Actes exécutoires et actes des autorités locales », *RDP* 1990, p.1502.

Afrique n'est pas à la hauteur des espérances. Elle n'a apporté ni développement, ni démocratie locale, pour des raisons connues : « la traduction des transferts des compétences en pouvoir effectif de décision au profit des élus reste problématique (...) en raison des résistances des pouvoirs centraux et de l'imprécision des textes eux-mêmes. L'exercice de ces compétences reste soumis à une très forte tutelle, malgré l'introduction timide d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités locales »<sup>92</sup>. De plus, les transferts financiers de l'Etat sont, soit inefficaces, soit insuffisants ou aléatoires, et les ressources propres sont faibles. Cette inefficacité est également observée dans l'application du droit de la concurrence aux services publics.

## 2. Un service public<sup>93</sup> de plus en plus soumis aux règles de la concurrence

L'extension du service public dans une société donnée, à un moment donné, est le résultat de causes économiques, politiques et socio-culturelles. Si le service public a une portée juridique incontestable, il relève aussi de l'éthique du groupe social considéré<sup>94</sup>. Le droit utilise la notion, mais la sociologie et l'histoire fournissent seules une explication satisfaisante de son contenu variable. La généralisation du service public en Afrique au lendemain des indépendances est la conséquence des structures et méthodes utilisées par la puissance colonisatrice décrites par M. Delavignette : « Par la colonie, des pays africains sont tirés vers la notion d'Etat moderne. Bien mieux, il arrive que, dans la métropole, l'Etat tolère encore un certain libéralisme économique, alors qu'il a déjà, dans la colonie, décrété le travail obligatoire,

réglementé le prix des denrées, le taux des salaires et fixé la production. Dans aucune colonie du Tropic africain, l'Etat ne se borne au rôle de gendarme ; partout il s'essaie à celui de Providence »<sup>95</sup>. Le service public africain a ainsi hérité de la spécificité du service public colonial. L'inexistence de l'initiative privée en Afrique lui donne vocation à satisfaire tous les besoins collectifs que l'état de sous-développement démultiplie. Il devient le « support organique de la puissance publique »<sup>96</sup>. Dans le domaine économique, l'Etat apparaît comme le seul agent économique capable de créer ou de gérer, « dans l'intérêt national », les entités industrielles et commerciales. Il est le moteur du développement et crée ou nationalise de multiples entreprises dans divers secteurs : agro-alimentaire, transports, télécommunications, eau, électricité, etc.

En réalité la conception africaine du service public n'est pas loin de l'idée de solidarité défendue par Emile Durkheim et soutenue par certains hommes politiques comme Léon Bourgeois : « la solidarité à l'égard des plus faibles (constitue) pour les gouvernants non pas une simple obligation morale, mais plutôt une stricte obligation juridique (...). Le seul moyen pour la collectivité d'acquitter la dette en question (est) de mettre en place toute une série d'institutions et de services publics destinés à réparer les effets néfastes des principaux risques sociaux »<sup>97</sup>. Au plan juridique, cette doctrine du solidarisme trouve son répondant chez Léon Duguit et Gaston Jèze. Le service public est conçu comme un instrument destiné à légitimer l'action de l'Etat. Le chef de file de l'école du service public écrit que : « L'Etat n'est pas comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il

<sup>92</sup> *Etat de la décentralisation en Afrique*, Partenariat pour le Développement Municipal, Observatoire de la décentralisation, Paris, Karthala-PDM, 2003, p.26 et 42.

<sup>93</sup> « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » (Chapus (R.), *Droit administratif général*, précité, T. I, p.581-583). Chapus distingue les activités de plus grand service (sport, justice, enseignement, etc.) des activités de plus grand profit (impôts, douanes, activités industrielles et commerciales, etc.).

<sup>94</sup> Martine Lombard, « Mots et valeurs du service public », Tribune de l'AJDA, 30 juin 2008.

<sup>95</sup> Cité par Sossou Ahouanka (E.), « Réflexion sur la crise du service public en Afrique de l'ouest francophone », *Rev. Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives* 2006, n°16, p.50.

<sup>96</sup> Sossou Ahouanka (E.), « Réflexion sur la crise du service public en Afrique de l'ouest francophone », précité, p.50.

<sup>97</sup> Alland (D.), Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p.1411-1415.

est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants »<sup>98</sup>.

Ces dernières années, le service public africain est passé « d'un absolutisme au contenu quasi-démentiel » à « un procès en sorcellerie » ; il est même parfois considéré comme un frein au développement<sup>99</sup>. Manifestation essentielle de l'interventionnisme de l'Etat dans le domaine économique et social, le service public serait pour certains auteurs « liberticides »<sup>100</sup>. En Afrique, « il se serait révélé un parfait modèle de contre-développement »<sup>101</sup> ; ce qui poussa la Banque mondiale et le FMI, dans les années 1980, à proposer des programmes de libéralisation économique<sup>102</sup> se traduisant, entre autres, par des privatisations<sup>103</sup> d'entreprises publiques<sup>104</sup> afin que les services

publics demeurent « ce corps intermédiaire entre le souverain et le public » dont parlait M. Hauriou<sup>105</sup>.

Le triomphe de l'idéologie libérale occidentale pousse de plus en plus à soumettre les services publics aux règles de la concurrence, que ceux-ci soient administratifs ou industriels et commerciaux<sup>106</sup>. Au niveau législatif, on peut citer les cas du Gabon<sup>107</sup>, de la Côte d'Ivoire<sup>108</sup>, du Congo<sup>109</sup>, du Cameroun<sup>110</sup> et de la RCA<sup>111</sup> qui ont soumis plusieurs activités économiques, y compris des services publics, à la concurrence<sup>112</sup>. Le droit

publique, voire entreprises publiques. L'activité de l'entreprise peut ou non constituer un service public. L'entreprise peut avoir le statut de personne publique (EPIC) ou de personne privée, société. Dans ce dernier cas la notion de « pouvoir prépondérant » est très importante (Biays (J.P.), « Remarques terminologiques sur le secteur public industriel et commercial », in *Mélanges Peiser*, Paris, PUG, 1995, p.39-49 ; Delion (A.-G.), « La notion d'entreprise publique », *AJDA* 1979, p.3 ; Mescheriakoff (A.S.), *Droit public économique*, Paris, PUF, 1996 ; Colson (JP), *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2001). En droit communautaire, est une entreprise publique au sens de l'article 86 (ex 90) du Traité de Rome « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent » (Directive du 25 juin 1980, mod. sur ce point cf. Durupty, *RFDA* 1991, p.842).

<sup>105</sup>Hauriou (M.), *Précis de droit administratif*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd., 1919, p.39.

<sup>106</sup> Voir Belorgey (J.M.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1996, n° spécial.

<sup>107</sup>Loi gabonaise n°14/1998 fixant le régime de la concurrence.

<sup>108</sup> Loi ivoirienne n°91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence.

<sup>109</sup> Loi congolaise n°06-94 du 1<sup>er</sup> juillet 1994 relative à la concurrence.

<sup>110</sup> Loi camerounaise n°98-013 du 14 juillet 1998 sur la concurrence.

<sup>111</sup> Loi centrafricaine n°92-002 du 26 mai 1992 sur la concurrence.

<sup>112</sup> Certes, les activités industrielles et commerciales de l'administration étaient depuis longtemps soumises au droit privé et à la compétence judiciaire (TC., 21 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, D.1921, 3, p1, concl. Matter ; *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°37). Mais, l'ordonnance française du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence va plus loin, puisque des prestations fournies dans le

<sup>98</sup>Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, T. II, 3<sup>ème</sup> éd., 1928, p.59 ; Bockel (A.), dir., *Duguit et le service public*, Université de Galatasaray, 1999 ; Pisier-Kouchner (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

<sup>99</sup> Vignon (Y.B.), « Les aspects structurels de la maladministration au Togo », *Annales de l'Université du Bénin*, Lomé, T. XVII, 1997-1998, p.38.

<sup>100</sup> Delvolvé (P.), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, n°1, p.1.

<sup>101</sup> Coulibaley, « Sur le service public en Afrique : déclin et utilité d'une institution », *Annales de l'université du Bénin*, TXVIII 1999, Lomé, p.7.

<sup>102</sup>Cherigny (B.), « Essai de réflexion conceptuelle sur les notions de sous-administration et de maladministration », *Penant* 1987, p.464 ; Vignon (YB), « Réflexion sur la privatisation des entreprises publiques en Afrique », *Annales de l'Université du Bénin*, Lomé, 1999, p.148.

<sup>103</sup>Opération inverse de la nationalisation, la privatisation réalise le transfert de propriété vers le secteur privé. Les mécanismes dits de « respiration du secteur public » qui tendent simplement à écarter certaines contraintes sans transférer la propriété de l'entreprise au secteur privé ne constituent pas des privatisations (Bazex (M.), « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme », *RFDA* 1994, p.285 ; Broussolle (D.), « Les privatisations locales », *AJDA* 1993, p.32).

<sup>104</sup> La notion d'entreprise publique est mal aisée à définir sur le plan juridique et, le législateur n'a jamais déployé de gros efforts de synthèse. Personne morale, dont l'activité tend essentiellement à produire des biens ou service contre rémunération sous le contrôle et le « pouvoir prépondérant » d'une ou plusieurs personne

de la concurrence est donc devenu une source de la légalité administrative : le droit administratif devenant ainsi un droit « hermaphrodite » (Lachaume). Le bloc de légalité auquel l'administration est désormais soumise englobe ainsi non seulement le droit qui régit son organisation et son fonctionnement, mais aussi celui qui englobe le droit pénal<sup>113</sup> ou celui de la consommation<sup>114</sup> et celui de la concurrence<sup>115</sup>. Ces principes s'appliquent même en matière de police : le Conseil d'Etat a déjà jugé que l'autorité de police doit, dans l'adoption des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public, « prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence »<sup>116</sup>.

A l'instar du communautaire européen, les réglementations communautaires africaines vont dans le sens du refoulement maximal des services publics, c'est-à-dire de leur réduction à ceux dont on ne conçoit pas encore qu'on

cadre d'un service public administratif peuvent éventuellement constituer des activités de production, de distribution et de service (voir art.L.410 du nouveau Code de commerce). Dans l'arrêt *société EDA*, le Conseil d'Etat a jugé que l'autorité administrative affectataire des dépendances domaniales doit, « lorsque (...) celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution et de services...prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, dans le cadre desquels s'exercent ces activités ; qu'il revient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il appartient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application » ( 26 mars 1999, *Rec.96*, concl.Stahl ; *D.2000*, p.204, note Markus ; *RDP* 1999, p.1545, note Manson).

<sup>113</sup> CE 6 décembre 1996, *Société Lambda*, *Rec.466*, concl.Piveteau, *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°105.

<sup>114</sup> CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *Rec.348*, concl. Bergeal ; *RDP* 2001, p.1495, note Eckert.

<sup>115</sup> CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec.406*, concl. Stahl ; *RDP* 1998, p.256, note Gaudemet

<sup>116</sup>CE, Avis, 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité SARL*, *Rec.492*, concl. Austray ; CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, *Rec.402*.

puisse se passer : les services régaliens<sup>117</sup>. Dans cette optique, l'article 14 alinéa 2 de la Charte des investissements de la CEMAC du 19 décembre 1999 dispose que : « quand un service public fait naître un monopole naturel, les Etats mettent en place des moyens de régulation de ce monopole. Le cas échéant, ils créent un organe de régulation avec la participation du secteur privé et de la société civile ». Ces réglementations interdisent les pratiques anticoncurrentielles<sup>118</sup>. On a ainsi même parlé d'une menace du service public : « l'avenir de la notion de service public est, si l'on n'y prend garde, compté » ; sous l'influence du droit communautaire, elle fait « profil bas »<sup>119</sup>. Tandis que M. Pontier parle de ses « étrangetés »<sup>120</sup>, Didier Truchet propose de « renoncer à l'expression service public...pour le remplacer par service d'intérêt général »<sup>121</sup>. En réalité, il faut « maintenir l'expression et la notion de service

<sup>117</sup> Justice, Police, Défense, Impôts, Diplomatie.

<sup>118</sup>Voir,Règlement CEMAC n°1/99/UEAC du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles ; Règlement UEMOA n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, sur les pratiques commerciales anticoncurrentielles.

<sup>119</sup>Conseil d'Etat, *Rapport public 1994*, *EDCE* 1995, n°46, p114.

<sup>120</sup>Pontier (J.M.), « Les étrangetés du service public », *AJDA*, 21 janvier 2008, p.65.

<sup>121</sup> Truchet (D.), « Renoncer à l'expression service public », *AJDA*, 24 mars 2008, p.553. L'auteur tranche en ces termes : « Le moment est sans doute venu de bannir l'expression « service public » de notre vocabulaire juridique (...) ; le droit français est aujourd'hui mûr pour le remplacer dans son vocabulaire par « service d'intérêt général ». La législation et la jurisprudence françaises ont fait évoluer le service public pour qu'il soit euro-compatible. Le droit communautaire a rendu le service d'intérêt général franco-compatible (...). L'expression « service public » couvre des réalités si diverses et supporte tant de pesanteurs historiques qu'elle n'a plus guère de valeur juridique explicative. « Service d'intérêt général » est plus précis et plus exact : il met l'accent sur la mutation du service public en obligations d'intérêt général comportant, dans la seule mesure nécessaire, les droits exclusifs ou spéciaux, les aides ou les prérogatives de puissance publique dont a besoin l'opérateur pour s'en acquitter convenablement sous le contrôle de la collectivité publique ».

public »<sup>122</sup>, malgré les mises en cause doctrinales dont elle fait l'objet dans divers pays, notamment en France, en Italie et en Espagne<sup>123</sup>. La notion connaît du succès dans de nombreux pays européens<sup>124</sup>, en Amérique latine<sup>125</sup> et même en Russie<sup>126</sup>

En Afrique noire francophone, les règles de la concurrence sont même désormais appliquées dans le domaine des marchés publics<sup>127</sup>. La majorité des Etats s'est dotée d'un code des marchés publics qui, dans les grandes lignes, se ressemble d'ailleurs tous<sup>128</sup>. Au Cameroun, l'article 7-1 du code dispose clairement que « les marchés publics sont passés après mise en concurrence des cocontractants potentiels de l'administration sur appel d'offres » ; le code tchadien indique aussi que « les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de procédure »<sup>129</sup>.

Cette volonté d'améliorer les qualités du service public est également perceptible dans les relations entre l'administration et ses usagers.

<sup>122</sup> Marcou (G.), « Maintenir l'expression et la notion de service public », *AJDA*, 28 avril 2008, p.833.

<sup>123</sup> Dubouis (L.), « Le service public et le traité établissant une constitution pour l'Europe », in *Mélanges Favoreu*, précité, p.1219.

<sup>124</sup> Modrene (F.), Marcou (G.), dir., *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, p.386.

<sup>125</sup> Salomoni (J.L.), *Teoria general de los servicios públicos*, Buenos-Aires, 1999.

<sup>126</sup> *Les services publics et le droit*, Institut de législation et de droit comparé, Moscou, 2007.

<sup>127</sup> Catégorie particulière de contrat administratif conclu par l'administration pour les besoins des services publics (Voir Grand d'Esnon, « La réforme du code des marchés publics », D.2003, p.2019).

<sup>128</sup> Gabon : décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics ; Cameroun : décret n° 2004/275 du 24 septembre 2004, portant code des marchés publics ; Mali : décret n° 95-401/P-RM du 10 novembre 1995 portant code des marchés publics ; Burkina Faso : décret n° 2003-269/PRES/PM/MFB, portant réglementation des achats publics ; Tchad : décret n° 503/PM/SGG/2003 du 5 décembre 2003 portant code des marchés publics, etc.

<sup>129</sup> Article 1<sup>er</sup>.

## B) UNE AMELIORATION DES RAPPORTS ADMINISTRATION-ADMINISTRÉS<sup>130</sup>

Le droit administratif des Etats africains a longtemps été proche des idées de l'école de la puissance publique du doyen Hauriou<sup>131</sup>, au nom des impératifs du développement et de la construction nationale<sup>132</sup>. L'une des marques distinctives était très certainement la profonde inégalité des rapports entre l'administration et ses « administrés-sujets ». Jusqu'à la fin des années 1980, les Africains ne constituaient qu'« un peuple d'administrés »<sup>133</sup>, assujetti à une administration centralisée et hiérarchisée, dont le mode normal d'action, la décision exécutoire assortie du privilège du préalable, « est à lui seul le condensé de toute la puissance administrative et l'expression de sa supériorité intrinsèque »<sup>134</sup>. Les années 1990 ont vu ces administrés<sup>135</sup> passer néanmoins du

<sup>130</sup> Delaunay (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, thèse, précitée.

<sup>131</sup> Vénézia (J.-C.), Puissance publique, puissance privée, in *Mélanges Eisenmann*, 1975, p.363 ; Rivero (J.), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDPA* 1953, p.279.

<sup>132</sup> Ahadzi-Koffi (N.), « Droits de l'homme et développement : théories et réalités », in *Mélanges Madiot*, précité, p.107 et s.

<sup>133</sup> Léon Blum, concl. sur CE, 26 juillet 1918, *Lemonnier, Rec.761* ; S. 1918-1919, 3, p.41 ; *RDPA* 1919, p.41.

<sup>134</sup> Chevallier (J.), *Science administrative*, Paris, PUF, 1986, p.347. La substitution par l'École de Bordeaux du critère du service public à celui de la puissance publique, comme fondement du droit administratif et de la compétence du juge administratif, traduit bien cette nouvelle préoccupation, de même que le souci de caractériser la spécificité du droit administratif, autant par les prérogatives que par les sujétions exorbitantes de droit commun auxquelles est soumise l'administration (Rivero (J), Waline (J), *Droit administratif*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 1992, p.30 ; Vedel (G.), Delvolvé (P.), *Droit administratif*, PUF, Coll. « Thémis », 11<sup>ème</sup> éd., 1990, p.36 ; Braibant (G.), *Le droit administratif français*, Presses FNSP et Dalloz, 1992, p.165 et s.).

<sup>135</sup> La notion d'« administré », même entendue dans un sens relativement large, exclut les agents de l'administration : « Les administrés sont en effet des personnes physiques ou morales à l'égard desquelles s'exerce l'action administrative, et qui sont soumises à une autorité supérieure et extérieure

silence à la parole (1), et de la parole au droit de comprendre l'administration (2).

### 1. Du silence au droit à la parole<sup>136</sup>

Au commencement était le silence. Le silence de l'administré était la règle<sup>137</sup>; ce qui fit dire au président Kéba Mbaye que « dans les pays d'Afrique noire, la passivité est plutôt la règle. La majorité de la population vit dans la crainte de l'Etat et en dehors de l'Etat »<sup>138</sup>. Si la première monographie consacrée au phénomène général de la participation des administrés à l'action administrative est publiée en 1930<sup>139</sup>, et si Maurice Hauriou inclut celui-ci, semble-t-il, pour la première fois, dans une théorie générale du droit administratif<sup>140</sup>, la question retient de plus en plus l'attention des juristes<sup>141</sup>. La « participation » est devenue une idée à la mode, une « potion magique » parée de nombreuses vertus et autour de laquelle se réalise un réel consensus politique<sup>142</sup>; tant et si bien qu'on a pu parler d'une « administration négociée »<sup>143</sup>.

Les réformes entreprises en la matière sont fondées sur au moins trois idées majeures qu'on retrouve dans le droit administratif des Etats d'Afrique noire francophone : aménager l'exercice de la fonction administrative, informer l'administré sur l'action

administrative et améliorer le règlement des litiges administratifs<sup>144</sup>.

Dans cet esprit, la constitution congolaise dispose aux articles 40 et 41, respectivement, que : « Tout citoyen a le droit de présenter des requêtes aux organes appropriés de l'Etat » ; « Tout citoyen, qui subit un préjudice du fait de l'administration, a le droit d'agir en justice dans les formes déterminées par la loi ». Si l'exercice des recours administratifs et contentieux est classique, sa constitutionnalisation<sup>145</sup> est en revanche une innovation. Le droit de la responsabilité administrative a toujours eu une valeur infra législative, législative ou conventionnelle<sup>146</sup>. Il participe à la « socialisation des risques »<sup>147</sup>. L'objectif est devenu, pour reprendre la formule de Didier Truchet, « à tout dommage, réparation »<sup>148</sup>, contrairement au principe dégagé par le Tribunal des conflits dans l'arrêt Blanco selon lequel « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par l'effet des personnes qu'il emploie dans le service public (...), n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »<sup>149</sup>.

Ainsi, la Cour suprême du Mali a retenu la faute de l'administration qui a illégalement révoqué des agents publics pour

qui peut leur imposer des obligations » (Pontier (J.M.), « Rapport pour la France », in Delpérée (F.), dir., *Citoyen et Administration*, Cabay-Bruylant, 1985, p.99.

<sup>136</sup> Wiener (C.), « L'utilisateur a-t-il la parole ? », *EDCE* 1991, p. 234.

<sup>137</sup> Voir par exemple, Benoit (F.P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p.76.

<sup>138</sup> *Revue des Droits de l'homme*, 1969, vol.II, p.391.

<sup>139</sup> Geny (B.), *La collaboration des particuliers avec l'administration*, thèse, Nancy, 1930.

<sup>140</sup> Hauriou (M.), *Précis de droit administratif*, 12<sup>ème</sup> éd., 1933.

<sup>141</sup> Voir l'importante bibliographie donnée par Bénédicte Delaunay dans sa thèse, précitée.

<sup>142</sup> Debbasch (Ch.), « La participation à facette, une potion magique », *Le Monde* du 21 décembre 1974.

<sup>143</sup> Grégoire (R.), « Mutations », *Esprit*, n°spécial sur l'Administration, Janvier 1979, p. 160.

<sup>144</sup> De Laubadère (A.), *Chron.*, *AJDA* 1978, p.495 ; Isaac (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, p.671 ; Abanda Atangana (A.), « A la recherche d'un cadre juridique approprié pour une meilleure protection des droits des administrés au Cameroun », *Penant* 1995, p.133.

<sup>145</sup> Favoreu (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, précité.

<sup>146</sup> Waline (J.), « L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *EDCE* 1994, p. 459.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Truchet (D.), « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer », in « A propos et autour de la responsabilité hospitalière », *Rev. Droit sanitaire et social*, janvier-mars, 1993, p.1.

<sup>149</sup> TC., 8 février 1873, *Blanco*, *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°1.

un prétendu abandon de poste<sup>150</sup>. De même, la Cour suprême du Cameroun a condamné l'administration à des dommages et intérêts du fait des sanctions irrégulièrement infligées à M. Mjock par le chancelier de l'université de Yaoundé alors que celles-ci aurait dû l'être par le ministre chargé de l'enseignement supérieur<sup>151</sup>.

Au Gabon, si le juge administratif n'hésite pas de retenir la responsabilité de l'administration pour faute, y compris du fait des dommages de travaux publics, il refuse d'engager sa responsabilité en l'absence de faute au motif que les ressources publiques sont insuffisantes<sup>152</sup>. Max Remondo constate avec regret que « le système gabonais n'est (...) qu'un système de responsabilité pour faute. L'administration ne peut être déclarée responsable que si une faute de service lui est imputable ». Il ajoute que « la mise en cause de la responsabilité est de manière restreinte car, dans plusieurs domaines, le juge du contentieux administratif exige que la faute imputable à l'administration soit lourde »<sup>153</sup>. Au Sénégal, en dépit de sa consécration législative, la responsabilité sans faute ne serait engagée que de façon parcimonieuse<sup>154</sup>. Un constat s'impose donc : la faute continue de

tenir la place principale, à la fois qualitativement et quantitativement. Elle résiste au développement de la responsabilité sans faute, comme le soulignent Françoise Llorens-Frayse et Danièle Loschak, dans la mise en jeu de la responsabilité de l'administration<sup>155</sup>.

L'admission de principe de toutes les formes de responsabilité de la puissance publique par le juge administratif africain est une évolution importante qui se comprend aisément : les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité ne relèvent pas de la simple technique juridique ; Ils renvoient à une certaine conception du lien social, à une certaine façon de penser et d'organiser les rapports sociaux<sup>156</sup>, comme l'a bien montré François Ewald dans son analyse de l'Etat providence comme avènement d'une « société assurantielle »<sup>157</sup>. Le fondement de cette responsabilité est à rechercher, selon M. Hauriou, dans « le principe d'égalité devant les charges publiques qui explique que l'Etat doit garantir les administrés contre les risques des accidents administratifs »<sup>158</sup>. Ce point de vue est aussi partagé par Léon Duguit<sup>159</sup>.

<sup>150</sup> Cour suprême du Mali, 8 novembre 1990, *Penant* 1994, p.322.

<sup>151</sup> Cour suprême du Cameroun, 19 juillet 1990, *Penant* 1992, p.234.

<sup>152</sup> Kombila (J.P.), « La responsabilité de l'administration pour dommages des ouvrages publics en droit administratif gabonais : une protection des administrés contre l'administration ? », *Penant* 1993, p.231 et s.

<sup>153</sup> Remondo (M.), *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque Africaine et Malgache », 1987, p.139.

<sup>154</sup> Fall (B.A.), La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal : essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique noire francophone, thèse, Bordeaux, 1995, T. II, p.637. L'article 142 du code des obligations de l'administration, par exemple, dispose que « la responsabilité sans faute de la puissance publique pourra être engagée lorsque le dommage est causé par le refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice, lorsque ce risque, justifié par des raisons tirées de la sauvegarde de l'ordre public s'est prolongé pendant une période anormalement longue », reprenant mot pour mot l'arrêt Couitéas du Conseil d'Etat français (CE, 30 novembre 1921, GAJA, n°41).

<sup>155</sup> Llorens-Frayse (F.), Loschak (D), « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits* 1987, n°5, « Fin de la faute ? ».

<sup>156</sup> Loschak (D), « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in CURAPP, *Les mutations du droit administratif*, 1993, p.275-316.

<sup>157</sup> Le mot responsabilité, remarque Ewald, renvoie à plusieurs niveaux de réalité : au niveau politique où il désigne un principe général de régulation sociale ; au niveau juridique ou technique où il désigne l'ensemble des procédures qui organisent les actions en dommages et intérêts ; au niveau philosophique où il permet d'expliquer pourquoi un acte, un évènement ou un dommage est imputable à quelqu'un (Ewald (F.), « Responsabilité-solidarité-sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXème siècle », *Rev. Risques* sur « Assurance, droit, responsabilité », Avril-juin 1992, n°10, p.12.

<sup>158</sup> Hauriou (M), « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP* 1896, p.51-65.

<sup>159</sup> Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3è éd., 1930, TIII, p.469. Charles Eisenmann conteste cependant le rattachement traditionnel de la responsabilité à la faute d'un côté, au risque de l'autre. Adhérant à la thèse défendue par Marcel

Au niveau local, la parole de l'administré se fait également entendre dans d'autres procédures contentieuses. A côté des procédures classiques comme la possibilité pour lui de demander au préfet de requérir l'annulation d'une décision des autorités et des organes locaux<sup>160</sup>, il faut en effet signaler les dispositions prévues par la loi béninoise qui confie à l'administré la charge de participer à la protection du patrimoine communal. Aux termes de l'article 161 de la loi n°97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin, « Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'intenter, tant en demandeur qu'en défendeur, à ses frais et risques, les actions qu'il croit appartenir à la commune et que le conseil municipal, préalablement interpellé par ses soins à délibérer, a refusé ou négligé d'exercer »<sup>161</sup>. Cette procédure trouve ses origines dans la loi française du 18 juillet 1837

---

Waline et jadis par Duguit, il estime que la responsabilité des collectivités publiques reposait en fait sur une obligation de garantie : elles garantissent leurs agents. La faute serait donc une condition de la responsabilité, mais pas son fondement, au sens de principe justificatif (in « Le degré de responsabilité des personnes morales de droit public », *JCP* 1949, I, 742 et 751). L'analyse de Eisenmann est contestable : aujourd'hui, des textes instituent la responsabilité pénale des personnes publiques (la loi française du 27 juillet 1992 (art.121-2 du NCP). Voir, Ducouloux-Favard (C.), « Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales », *D*, 1998, chron., p.395 ; Thiriez (F.), « L'irruption du juge pénal dans le paysage administratif », *AJDA* 1999, n° spécial, p.105.

<sup>160</sup> Voir article 341 de la loi sénégalaise n°96-06 du 22 mars 1996 portant code des collectivités locales ; article 8 de la loi organique congolaise du 6 février 2006 relative à l'exercice de la tutelle sur les collectivités locales qui dispose que « toute personne morale ou physique, lésée dans ses droits, peut saisir le préfet pour requérir l'annulation d'une décision des autorités et des organes locaux dans les délais (de deux mois) ».

<sup>161</sup> Le contribuable saisit l'autorité de tutelle par un mémoire détaillé dont il lui est délivré récépissé. L'autorité de tutelle après examen du mémoire dans un délai d'un mois à compter de la date de saisine, se substitue à l'autorité communale. En cas de silence ou de décision de refus motivé de l'autorité de tutelle, le contribuable saisit la juridiction compétente (art. 162 et 163 de la loi).

relative à l'administration communale<sup>162</sup>. Selon René Chapus, « en tant qu'elle concerne les communes, on peut la considérer comme une manifestation des liens naturels de solidarité qui sont à l'origine de leur existence »<sup>163</sup>.

L'administré se voit reconnaître d'autres droits, comme par exemple, la possibilité d'obtenir une décision implicite d'acceptation. On sait en effet qu'en vertu non pas d'un principe général du droit comme l'avait jugé le conseil constitutionnel français<sup>164</sup>, mais, selon l'expression jurisprudentielle d'une règle générale écrite, le fait pour l'administration, saisie d'une demande de garder le silence pendant un certain délai, est assimilé à l'édition d'une décision de rejet de la demande<sup>165</sup>. Pour le droit administratif, la règle est : qui ne dit mot, refuse<sup>166</sup>. Mais, cette règle générale fait

---

<sup>162</sup> Articles 49 et 50. Sur les autorisations de plaider, voir, Hauriou, note sous CE 26 juin 1922, *Mériot*, S.1924, 3, 25 ; Singer, « Substitution d'un contribuable à une commune devant la justice », *Rev. Adm.* 1973, p.421 ; Aguila (Y), « L'action en justice exercée au nom de la commune par le contribuable », *RFDA* 1993, p.95 ; Pacteau (B), « L'autorisation au contribuable de plaider au lieu et place de sa collectivité territoriale, curiosité, danger, bienfait ? », in *Mélanges Moreau*, Economica, 2003, p.337 et s.

<sup>163</sup> Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat droit public », 12<sup>ème</sup> éd., 2006, p.452-455. Ces liens naturels expliquaient que, jusqu'en 1903, le contentieux des collectivités locales était dissocié de celui de l'Etat (CE, 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.94*, concl. Romieu ; S.1903,3, p.25, note Hauriou). Cette législation a donné lieu à un « grand arrêt » et à d'autres, d'importance moyenne (CE, 29 mars 1901, *Casavova*, *GAJA*, n°8. Voir aussi, CE, Ass., 26 juin 1992, *Le Mener*, *Rec.*).

<sup>164</sup> Décision 69-55 L, CC, 26 juin 1969, *GDCC*, Dalloz, 2001, 11 éd., p.224.

<sup>165</sup> Loi du 17 juillet 1900, puis celle du 7 juin 1956. Cette règle a été reprise par le décret du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours en matière administrative. Elle l'est actuellement par la loi sur les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations du 12 avril 2000 (voir, *Etudes de la loi DCRA* du 12 avril 2000, J. Arrighi de Casanova et S. Formery, *RFDA* 2000, p.725 ; J. Chevallier, *D.* 2000, chron., p.575 ; J.C. Ricci, *Rev. Gén. Coll. Territ.*, 2000, p.220 ; B. Delaunay, *RDP*, 2000, p.1191.

<sup>166</sup> Denoix de Saint Marc (R.), « Le silence de l'administration », in *Droits et attentes des citoyens*

désormais l'objet de nombreuses dérogations édictées par voie législative ou réglementaire, voire même conventionnelle, comme l'attestent les droits camerounais et de la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale<sup>167</sup>.

Au Cameroun, « en vue de promouvoir les libertés publiques, de garantir la protection des droits de l'homme et de libéraliser les activités économiques et sociales »<sup>168</sup>, plusieurs textes édictés dans les années 1990 disposent que « le silence de l'administration au bout d'un certain délai vaut décision implicite d'acceptation »<sup>169</sup>. Comme le note M. Kamto, « cette règle nouvelle, qui accuse l'option libérale des pouvoirs publics camerounais, vise manifestement à contourner les blocages administratifs, souvent motivés par des considérations politiques inavouées »<sup>170</sup>. Destinée à apporter des garanties aux administrés dans des domaines touchant l'exercice des libertés essentielles comme les activités politiques, industrielles et commerciales et les professions libérales, l'autorisation tacite apparaît comme « une façon de contraindre l'administration à l'action et d'améliorer son fonctionnement pour un

meilleur service rendu au public »<sup>171</sup>. L'autorisation tacite a pour particularité de ne pouvoir être rapportée spontanément par l'administration, même si elle est certainement illégale<sup>172</sup>. Sa formation provoque en même temps le dessaisissement de l'autorité compétente et de son supérieur hiérarchique<sup>173</sup>. L'étude de la jurisprudence administrative camerounaise montre que la Cour suprême n'hésite pas d'appliquer à bon escient ces règles protectrices<sup>174</sup>. Celles-ci s'étendent désormais au droit de comprendre l'administration.

---

(IFSA), Doc. Frce, 1998, p.123 ; Benerza (G.), « Le silence de l'administration. Vicissitude de la réglementation française », *Rev. Adm.* 1967, p. 540.

<sup>167</sup> L'article 8 de la Charte des investissements de la CEMAC du 19 décembre 1999 dispose que les Etats « s'imposent un délai de réaction aux requêtes de l'entreprise, délai au-delà duquel toute requête de l'entreprise restée sans suite est considérée acceptée ». Ce délai est en général de quatre mois.

<sup>168</sup> Keutcha Tchapnga (C.), « L'autorisation tacite, cinq ans après sa consécration en droit positif camerounais », *RJPIC* 1997, n°3, p.322.

<sup>169</sup> Ces textes portent sur divers domaines comme le tourisme (Décret n°90/1467 du 9 novembre 1990), l'ouverture d'établissements scolaires privés (Décret n°90/1461 du 9 novembre 1990) et de laboratoires d'analyses médicales (Décret n°90/1465 du 9 novembre 1990), l'obtention de la licence de débit de boissons (Décret n°90/1481 du 9 novembre 1990), etc.

<sup>170</sup> Kamto (M.), « Quelques réflexions sur la transition vers le pluralisme politique au Cameroun », in Conac (G.), dir., *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p.324.

---

<sup>171</sup> Pauti (M.), « Les décisions implicites d'acceptation et la jurisprudence administrative », *RDP* 1976, p.1545.

<sup>172</sup> CE, 29 mars 1968, Manufacture France des pneumatiques Michelin, Rec.217

<sup>173</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, TI, précité, p.506. Traoré (S.), « L'extension du champ de la décision implicite », *D.A.* 2000, chron., n°15 ; Monnier (M.), *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, Paris, LGDJ, 1992. La légalité du retrait<sup>173</sup> de ce type de décisions est subordonnée à deux conditions cumulatives déterminées par l'arrêt *Dame Cachet* (CE, 3 nov.1922, S.1925, 3, p.9, note Hauriou) et aménagées soixante-quinze ans plus tard par l'arrêt *Dame de Laubier*, Rec.371 ; RFDA 1998, p.527, concl. Pecresse). D'une part, il est nécessaire que les décisions soient entachées d'illégalité externe ou interne, d'autre part, elles ne doivent pas être devenues définitives, c'est-à-dire qu'elles doivent être encore susceptibles d'une annulation juridictionnelle (CE, 13 nov. 1981, *Baumert*, Rec.412). Ces principes tendent à faire leur part, tant à la préoccupation de permettre à l'administration d'annuler ses décisions illégales qu'à celle d'assurer le respect des droits conférés, c'est-à-dire d'assurer la sécurité juridique des titulaires de ces droits, même illégalement créés, conformément au principe de l'intangibilité des effets des décisions créatrices de droits (Chapus, *Droit administratif général*, TI, précité, p.1155).

<sup>174</sup> Cour suprême (Ch adm.), arrêt n°83/ADD du 30 septembre 1993, *Sighoko Fossi* (à propos d'une demande d'autorisation de transfert d'une officine pharmaceutique de Mbouda à Bafoussam. En l'espèce, le juge interprète le silence gardé par le ministre de la santé comme un « désire manifeste de nuire » ; Ordonnance de sursis n°21/OSE/PCA/91-92 du 26 juillet 1992, *Dame Mayouga Yvonne* (à propos d'une demande sollicitant l'ouverture d'une pharmacie à Yaoundé).

## 2. De la parole au droit de comprendre l'administration<sup>175</sup>

Ce droit est synonyme de transparence administrative, c'est-à-dire d'information des administrés quant à leurs droits et possibilités de contestation des actes administratifs, la simplification des procédures régissant leurs rapports avec l'administration<sup>176</sup>. Cette transparence administrative a fait l'objet de progrès<sup>177</sup> : la reconnaissance d'un droit d'accès aux documents administratifs, l'obligation de motiver les décisions individuelles défavorables<sup>178</sup>, et l'affirmation des droits des administrés face aux traitements automatisés d'informations nominatives par l'administration facilitent dorénavant les relations entre celle-ci et ses usagers. Un véritable système de protection des administrés contre l'administration a été mis en place<sup>179</sup>. On parle à juste titre de nouveaux droits des administrés<sup>180</sup>. La doctrine, après les avoir souhaités, a salué, non sans prudence et parfois scepticisme, ces mutations du droit administratif<sup>181</sup>.

On observe ainsi, en Afrique, au développement des enquêtes publiques et à

l'extension de leur champ d'application<sup>182</sup>. Il contribue à affiner les décisions publiques<sup>183</sup>. Ces enquêtes permettent de porter à la connaissance du public un projet et de recueillir ses observations. Cette procédure, préalable à certaines décisions susceptibles d'affecter l'environnement, participe au droit de comprendre, même si elle pérennise en partie un modèle traditionnel d'exercice du pouvoir<sup>184</sup>. Un changement est donc perceptible dans le fonctionnement des administrations africaines, même si l'image traditionnelle de l'administration secrète, réticente au changement et attachée à des procédures obscures demeure vivace dans le public. Mais, toute réforme qui introduit les conditions juridiques générales d'une transparence administrative effective doit reposer sur deux postulats au moins. Elle suppose, d'une part des citoyens relativement avertis et convenablement informés sur les structures et les procédures administratives ; d'autre part des administrations et des fonctionnaires disposés à faire vivre et appliquer les lois et décrets sur les droits et les obligations des usagers. Or, si ces conditions initiales ne sont pas remplies, la transparence administrative demeurera un idéal bien difficile à atteindre<sup>185</sup>.

D'autres obligations positives pèsent désormais sur les administrations africaines. Il s'agit, entre autres, de l'obligation de motivation des décisions administratives individuelles défavorables<sup>186</sup>, illustrée par la

<sup>175</sup> L'expression est empruntée à Henri Oberdorff, in « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », EDCE 1991, p.217.

<sup>176</sup> Voir, *La transparence de la vie juridique et administrative : progrès et limites*, EDCE 1996, n°47, p.13 et s.; Letteron (R.); « Le modèle français de la transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », RFDA 1995, p.183.

<sup>177</sup> Voir notamment, Lassere (B), Lenoir (N.), Stirn (B), *La transparence administrative*, Paris, PUF, 1987.

<sup>178</sup> Voir par exemple : loi française du 11 juillet 1979, modifiée, relative à la motivation des actes administratifs et l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

<sup>179</sup> Pour reprendre le titre d'un livre de G. Vedel et P. Deivolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Coll. « Droit Public », 1991.

<sup>180</sup> Masclet (J.C.), *Nouveaux droits des administrés*, La Documentation Française, 1986.

<sup>181</sup> Lemasurier (J), « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », RDP 1980, p.1239 ; Mails (H.), Wiener (C.), Woehrling (J.M.), « Un décret ne fait pas le printemps », AJDA 1984, p.13.

<sup>182</sup> Au Congo, voir, loi n° 11- 2004 du 16 mars 2004 portant procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. Givaudan (A), « Prolifération des enquêtes publiques et régression de l'Etat de droit », RFDA 1986, p.247.

<sup>183</sup> Hélin (J.C.), Hostiou (R.), Jegouzo (Y.), Thomas (J.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Paris, Economica, 1996.

<sup>184</sup> Hélin (J.C.), Hostiou (R.), *Droit des enquêtes publiques*, éd. Moniteur, 1993.

<sup>185</sup> Malgré le règne de l'information et de la communication, les africains sont-ils bien informés sur la chose publique ? Connaissent-ils bien le droit ou leurs droits ? Appréhendent-ils convenablement l'administration publique ? Du côté de l'administration, la réglementation est loin d'être toujours appliquée, les blocages sont nombreux ; l'Etat ne s'est pas toujours donné les moyens de dépasser les incantations ou exhortations »

<sup>186</sup> *Etude sur la motivation des actes administratifs (Etude du Conseil d'Etat)*, EDCE 1986, n°37, p.13 ;

jurisprudence administrative sénégalaise. Le juge de l'administration sénégalaise l'a instituée par voie prétorienne, alors que la motivation des actes individuels défavorables n'est prescrite par aucun texte<sup>187</sup>. En effet, avant la réforme constitutionnelle de 1992 créant le Conseil d'Etat, l'ancienne Cour suprême ne cessait d'affirmer le principe selon lequel « pas de motivation sans texte »<sup>188</sup>. Dès sa création, le Conseil d'Etat sénégalais impose, sans texte, l'obligation de motivation en matière de police des étrangers<sup>189</sup>, mettant ainsi un terme à une habitude acquise par l'administration d'expulser les étrangers pour des « nécessités d'ordre public »<sup>190</sup>. En réalité ce revirement jurisprudentiel commence en 1987, lorsque, s'inspirant d'un texte, l'ancienne Cour suprême imposa l'obligation de motivation des décisions implicites : en l'espèce, la Confédération générale des travailleurs démocrates du Sénégal (CGTS) avait formé un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet de sa demande d'enregistrement par le ministère de

l'intérieur. Le juge partit de l'article 812 du code des obligations civiles et commerciales (COCC), applicable en la matière, pour vérifier du bien fondé du moyen tiré de l'absence de motivation. Aux termes de cet article, la décision ministérielle refusant l'enregistrement doit être motivée, et ne peut être fondée que sur des motifs de légalité. Cela suppose donc, que la décision est un acte explicite. Par conséquent, en faisant intervenir une décision implicite de rejet, le ministre de l'Intérieur n'a pas observé la formalité requise<sup>191</sup>. En réalité la décision sénégalaise du 27 octobre 1993 n'innove pas ; elle suit les traces du Conseil d'Etat français qui a déjà jugé que la restriction d'exercice d'une liberté publique<sup>192</sup>, la dissolution d'une association<sup>193</sup> et le refus d'inscription dans une classe<sup>194</sup> doivent être motivés.

Le juge administratif sénégalais rejoint la même jurisprudence, lorsqu'il exerce un contrôle minimum sur la motivation, lorsque l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire<sup>195</sup>. Il en est de même quant à la

Poulet-Gibot Leclerc (N.), « Le Conseil d'Etat et le contenu de la motivation des actes administratifs », *D.*1992, chron., p.61.

<sup>187</sup> Voir, Sy (P.M.), « Quelques remarques sur l'institution du recours pour excès de pouvoir au Sénégal depuis la création du Conseil d'Etat », *Rev. de Droit Sénégalais*, 2002, n°1, p.35-47.

<sup>188</sup> Elle a déclaré « qu'une autorité administrative n'est pas tenue de motiver ses décisions en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires lui imposant une telle obligation » (C.S., 6 février 1989, *Charles Maurice Diop*) ; ou bien « qu'en l'absence d'une disposition de la loi ou du règlement le prévoyant expressément, les décisions administratives ne mentionnent pas obligatoirement les motifs qui les ont inspirées » (C.S. 6 juin 1990, *SPA0*).

<sup>189</sup> Conseil d'Etat du Sénégal, 27 octobre 1993, *Seydou Mamadou Diarra*. Le requérant avait été expulsé du Sénégal par arrêté du ministre de l'intérieur pour des « raisons d'ordre public ». Le juge a annulé le dit arrêté au motif « qu'il se borne à viser les nécessités d'ordre public pour justifier la décision attaquée sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même, ou dans un document annexe à celle-ci ne renseigne sur les dites nécessités, alors que la décision querellée, en tant que mesure de police, devait être motivée, surtout qu'elle est défavorable au requérant, puisqu'elle retire les avantages liés à son statut de réfugié ».

<sup>190</sup> Cour suprême du Sénégal, 1<sup>er</sup> juin 1988, *Souhel Filfili* ; Cour suprême, 1<sup>er</sup> juin 1988, *Antonio Batuca Ferreira*.

<sup>191</sup> Cour suprême du Sénégal, 1<sup>er</sup> avril 1987, *CGTS*. Cette décision rejoint la jurisprudence administrative française qui a jugé plusieurs décisions implicites de rejet viciées par l'absence de motivation en relevant qu'une décision implicite de rejet méconnaît « par sa nature même » l'obligation de statuer par décision motivée. Voir, CE, 7 novembre 1975, *Dlle Laglaine*, Rec.549 ; CE, 17 novembre 1976, *Société pour le développement de l'hospitalisation*, Rec.486 ; CE, 12 juillet 1993, *Entreprise Thot communication*, Rec.217 ; CE, 31 janvier 1997, *Association Union Pieds-Noirs*, Rec.29. Mais s'agissant d'une décision implicite d'acceptation, le juge français a estimé qu'une telle décision est légale en raison du fait que, « par sa nature même », elle ne saurait être motivée (CE, Sect., 30 juin 1978, *Lenert*, Rec.284 ; CE 16 novembre 1984, *Dieudonné*, Rec.372).

<sup>192</sup> CE, 17 juin 1984, *Affatigats*, Rec.263.

<sup>193</sup> CE, 23 octobre 1984, *Fédération d'action nationale et européenne*, Rec. 476.

<sup>194</sup> CE, 23 octobre 1987, *Metrat*, Rec.320 ; *AJDA* 1987, p.709.

<sup>195</sup> Conseil d'Etat du Sénégal, 25 novembre 1999, *Ligue Démocratique-Mouvement pour le Parti du Travail*. Le contrôle des motifs de fait est dit « minimum » dans l'hypothèse où le juge ne se livre à aucun contrôle de la relation existante entre les faits invoqués et la mesure prise, il ne cherche ni à apprécier les faits, ni à les qualifier ; l'administration disposant d'un pouvoir discrétionnaire. Il est dit « normal » dans le cas où

forme et au contenu de la motivation : « la motivation doit être concrète, c'est-à-dire comporter un énoncé des considérations de fait et de droit qui constituent le fondement de la décision »<sup>196</sup>. Il a même approfondi son contrôle en consacrant l'erreur manifeste d'appréciation<sup>197</sup> allant jusqu'au contrôle de l'exactitude matérielle<sup>198</sup> et de la qualification juridique<sup>199</sup> des faits.

Ce contrôle de la violation de la loi, qui intègre à la fois la violation de la règle de droit et le contrôle des motifs, est également en évolution au Burkina Faso. Le juge administratif burkinabé contrôle à la fois les motifs de droit et des faits<sup>200</sup> ayant justifié une

le juge administratif contrôle si le fait était « de nature à justifier » la décision qui a été prise. C'est l'hypothèse essentielle du contrôle du juge. Le contrôle est dit « maximum » lorsque le juge vérifie si les mesures prises et qui ont pour effet de restreindre les libertés publiques sont réellement justifiées. Le juge contrôle la gravité du trouble allégué et apprécie si les moyens utilisés par l'administration compte tenu des circonstances de fait était bien ceux que l'autorité de police devait employer. Il se rapproche d'un contrôle d'opportunité.

<sup>196</sup> Conseil d'Etat sénégalais, 24 novembre 1994, *Mme Grava* ; Conseil d'Etat sénégalais, 27 avril 1994, *Ousmane Kamara et autres*. C'est la reprise de la jurisprudence *Belasri* du Conseil d'Etat français (CE, 24 juillet 1981, *Rec.* 332).

<sup>197</sup> Sy (P.M.), « Le Conseil d'Etat et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. de l'association sénégalaise de droit pénal*, 1997-1998, p.171-201 ; Vincent (J.Y.), « L'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. Adm.* 1971, p.467.

<sup>198</sup> Conseil d'Etat du Sénégal, 27 juillet 2000, *Abdoulaye Baso Sow et autres*. On voit bien que le juge sénégalais s'inspire du Conseil d'Etat français (14 janvier 1916, *Camino*, *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°33).

<sup>199</sup> Cour suprême du Sénégal, 23 mars 1966, *Lo et Diallo* ; en France : CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *GAJA*, n°52.

<sup>200</sup> Cour suprême du Burkina Faso (Ch. Adm.), 23 février 1996, *Tiendrobeogo N. Michel* (annulation d'un permis d'habiter délivré sur déclarations inexactes) ; 26 octobre 2001, *Dipama Zoéwinddbem* (le juge se reconnaît le pouvoir de rechercher si le fait retenu contre un agent public pour justifier la sanction prononcée peut ou ne pas être juridiquement qualifié de fautif) ; 9 octobre 2001 (absence de base légale de licenciements prononcés en Conseil des ministres). La tendance a été maintenue après la création au Burkina Faso d'un « Conseil d'Etat » (CE du Burkina Faso, 25

décision administrative ; ce qui n'est pas encore, malheureusement le cas en droit congolais où le juge utilise tous les artifices juridiques possibles pour ne pas censurer les actes administratifs illégaux<sup>201</sup>. Cette évolution néanmoins notable de la jurisprudence administrative africaine est une contribution à l'édification de l'Etat de droit, lorsqu'on se rappelle que l'obligation de motivation répond à trois exigences : celle de la démocratie, celle d'une bonne administration, celle enfin d'un bon contrôle de l'administration<sup>202</sup>. Car tous les ingrédients d'un droit de comprendre l'administration, ajoute Henri Oberdorff, sont inclus dans l'obligation de motivation<sup>203</sup>. C'est donc « une étape décisive dans l'adaptation de l'administration aux besoins et aux mentalités des administrés »<sup>204</sup>.

Ce besoin d'adaptation conduit ces mêmes Etats à se démarquer parfois du droit administratif français en instituant certaines spécificités dans leur arsenal juridique.

## II.- UN DROIT INNOVANT

Le droit est une construction humaine qui s'exprime moins par la logique que par l'histoire d'un pays<sup>205</sup>. Les solutions valables

octobre 2002, *Compaoré Rasmané* : « Considérant que la signification de la jurisprudence est qu'il ne doit pas y avoir de disproportion excessive, ou déraisonnable entre une décision et les faits qui l'ont provoquée ; que dans le cas de l'exercice du pouvoir disciplinaire deux questions vont se poser : les faits reprochés au fonctionnaire sont-ils qualifiables de fautes disciplinaires et par suite de nature à justifier une sanction ? Si oui, quelle sanction ces faits sont-ils de nature à justifier ? C'est une reprise de la jurisprudence *Lebon* du Conseil d'Etat français : CE, Sect. 9 juin 1978, *Rec.* 245 ; *D.* 1979, p.30, note Pacteau ; *Rev. Adm.* 1978, p.634, note Moderne ; *RDP* 1979, p.227, note JM Auby). Voir, Ba (A.T), *Droit du contentieux administratif burkinabé*, Université de Ouagadougou, PADEG, Coll. « Précis de droit burkinabé », 2007, p.471 et s.

<sup>201</sup> Iloki (A.), *Le recours pour excès de pouvoir au Congo*, Paris, L'Harmattan, 2005.

<sup>202</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, TI, précité, p.775.

<sup>203</sup> Oberdorff (H.), art. précité, p.228 et s.

<sup>204</sup> Rivero (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1990, p.129.

<sup>205</sup> Peiser (G.), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1997, 10<sup>ème</sup> éd., p.221.

pour un pays ne le sont pas forcément pour d'autres<sup>206</sup> : *Ubi societas Ubi jus*. C'est pourquoi les Etats d'Afrique noire francophone ont orienté certaines de leurs réformes administratives spécifiques récentes vers l'amélioration du règlement des différends et la protection des droits et libertés.

#### A) UNE INNOVATION DANS LE MODE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

L'amélioration de la qualité de la justice rendue aux citoyens est devenue une préoccupation quasi-universelle. Mais, les solutions apportées diffèrent d'un Etat à un autre, d'un continent à l'autre. Si en Europe, l'une des préoccupations est de consolider, par exemple, le droit à un procès équitable et à un recours effectif ; en Afrique, d'autres réformes majeures ont été réalisées. Il s'agit principalement de la création des juridictions administratives atypiques et de l'admission de l'arbitrabilité des litiges administratifs.

#### 1. La création des juridictions administratives atypiques

Selon le doyen Vedel, le fait pour un Etat de se préoccuper du système de répartition des compétences témoigne que son « droit administratif est, à certains égards, un droit encore primitif ». En effet, « l'importance et la complexité des questions de compétence juridictionnelle rattachent le droit administratif aux droits insuffisamment évolués. C'est dans les droits primitifs que l'on centre l'attention sur le point de savoir quel juge sera saisi et comment. Un droit perfectionné attache plus d'importance au fond des litiges qu'aux complications de compétence »<sup>207</sup>. Ce constat cadre bien avec la situation actuelle du Burkina Faso, du Sénégal et du Congo. Au Burkina Faso, à l'instar de l'ordre des tribunaux judiciaires, les juridictions administratives constituent depuis 2000 un ordre de juridiction distinct. Dans cet ordre, des juridictions

administratives spécialisées<sup>208</sup> ont été instituées aux côtés des juridictions à compétence générale que sont le Conseil d'Etat<sup>209</sup> et le Tribunal administratif<sup>210</sup>. Le Conseil d'Etat est la juridiction suprême de l'ordre administratif. Il comprend deux Chambres : la Chambre consultative et la Chambre du contentieux. Ce rapprochement de fonctions administrative et juridictionnelle a des avantages certains ; il donne à la « jurisprudence le caractère concret et pragmatique qui permet d'assurer une conciliation adéquate entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des administrés. Ce rapprochement permet également au Conseil d'Etat de conserver une connaissance intime de l'administration que ne pourrait avoir un juge séparé complètement des milieux administratifs »<sup>211</sup>.

Mais, contrairement aux sections administratives du Conseil d'Etat français, la Chambre consultative du Conseil d'Etat du Burkina Faso est à la fois conseillère et juge. En France, l'aménagement interne du Conseil d'Etat en sections administratives et en section du contentieux, écarte ainsi toute confusion entre fonction administrative et attribution contentieuse<sup>212</sup>. L'expression « section du contentieux » désignant dans son acceptation première, une des six sections qui constituent l'ossature du Conseil d'Etat ; elle se distingue

<sup>206</sup> Ondoa (M.), « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJPIC* 2002, n°3, p.287 et s.

<sup>207</sup> Vedel (G.), *Droit administratif*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1980, p.110.

<sup>208</sup> A l'instar des Ordres professionnels, du Conseil supérieur de la magistrature ou de la Commission de discipline à l'égard des étudiants, etc.

<sup>209</sup> Loi n°15-2000/AN du 23 mai 2000. Il est composé d'un premier président, de présidents de Chambres, de conseillers, d'un commissaire du gouvernement, de commissaires du gouvernement adjoints, d'un greffier en chef, de greffiers.

<sup>210</sup> Loi du 16 mai 1995.

<sup>211</sup> Moderne (F), « Origine et évolution de la juridiction administrative en France », *Rev. Adm.*, n° spécial, 1999, p.20 ; Stirn (B), « Le Conseil d'Etat après la réforme du contentieux », *RFDA* 1988, p.34.

<sup>212</sup> Même s'il existe une passerelle entre les sections du Conseil permettant à leurs membres de siéger dans l'une des sections, les attributions contentieuses sont exclusivement confiées à la section du contentieux (Voir J. Waline et al., « Daniel Labetoulle, président de la section du Conseil d'Etat » (hommages de la doctrine et des commissaires du gouvernement), *RFDA* 2004, p.879).

alors des cinq sections administratives<sup>213</sup>. Le Conseil d'Etat français a posé la règle prohibant qu'un membre d'une juridiction administrative participe au jugement d'un recours relatif à une décision dont il est l'auteur, ou qui a été prise par un organisme collégial aux délibérations duquel il a participé<sup>214</sup>. Dans l'arrêt *Procola* du 31 août 1995<sup>215</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme statuant sur le fondement de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme<sup>216</sup> énonce que, « dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions », la fonction consultative et la fonction juridictionnelle, « est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution ».

Le Conseil d'Etat burkinabé est juge en premier et dernier ressort des décrets<sup>217</sup> qu'ils soient règlementaires ou individuels, ainsi que des actes administratifs « dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal ». Il statue également sur les recours en interprétation et en appréciation de légalité<sup>218</sup>. Il est juge d'appel contre les jugements des tribunaux administratifs. Le recours en cassation<sup>219</sup> présente certaines

particularités. La loi n°15-2000/AN du 23 mai 2000, précitée, a institué deux juges de cassation. En effet, le premier, la Chambre du contentieux du Conseil d'Etat est juge de cassation de droit commun à l'égard des tribunaux administratifs statuant en dernier ressort et des juridictions administratives spécialisées. Le second, les chambres réunies, est juge de cassation « exceptionnel » à l'égard des décisions rendues par la chambre du contentieux. Si l'appel contre les décisions rendues par les juridictions inférieures est aisément concevable, le recours en cassation contre les décisions d'un juge qui est à la fois juge d'appel et juge de cassation est par contre difficile à concevoir. En effet, un juge, qui statue en premier et dernier ressort, rend des décisions insusceptibles de recours en cassation, si ce juge est au sommet de l'ordre juridictionnel. Il statue souverainement. Ce n'est pas le choix fait par le législateur burkinabé. La coexistence de deux juges de cassation n'est ni la consécration de la règle du double degré de juridiction, ni d'un démembrement de l'ordre administratif : « c'est un système de cassation incohérent »<sup>220</sup> qui crée une structure atypique dans l'ordre juridictionnel administratif.

Ces particularités du juge administratif burkinabé apparaissent aussi au niveau des tribunaux administratifs, créés par la loi du 16 mai 1995. Ils sont, en effet, juges de droit commun du contentieux administratif<sup>221</sup>; mais, le Tribunal administratif burkinabé est composé d'un juge unique assisté d'un commissaire du gouvernement<sup>222</sup>. Selon M. Ba, cette « loi pose une solution inédite qui ne s'inscrit absolument pas dans la tradition de la juridiction administrative au Burkina Faso (...); l'apparition du juge unique dans le paysage administratif est une « révolution juridique »<sup>223</sup>. Certes ce pays a déjà connu l'existence d'un tribunal administratif, mais celui-ci était composé, aux termes de l'article 2 de la loi n°5-62 du 11 janvier 1962 créant cette juridiction, d'un président, de deux juges et d'un secrétaire. La juridiction administrative fut par la suite intégrée au sein de la Cour

<sup>213</sup> Robineau (Y), Truchet (D.), *Le Conseil d'Etat*, PUF, Coll. « Que-sais-je ? », 2<sup>ème</sup> éd., 2002.

<sup>214</sup> CE, Sect., 2 mars 1973, *Dlle Arbousset*, Rec.106 ; CE, Sect., 11 juin 1975, *Dlle Goré*, RDP 1975, p.1455.

<sup>215</sup> CEDH, 28 septembre 1995, *Association Procola c/ Luxembourg*, AJDA 1996, p.383 ; D. 1996, p.301.

<sup>216</sup> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

<sup>217</sup> Pouyaud (D.), V<sup>o</sup> Compétence en premier ressort du Conseil d'Etat, *JCJA*, fasc. n°30 (02-2002).

<sup>218</sup> Boiteau (C.), Ve recours en appréciation de légalité et en interprétation, *JCJA*, TI, fasc. n°37 (01-2002).

<sup>219</sup> Massot (J.), « La cassation », *AJDA* 1995 (n°spécial), p.200 ; La cassation (Contribution à la célébration du 2<sup>ème</sup> centenaire du Conseil d'Etat), *Rev. Adm.* 1999 (n° spécial).

<sup>220</sup> Ba (A.T.), Droit du contentieux administratif burkinabé, précité, p.113.

<sup>221</sup> Article 3.

<sup>222</sup> Article 5 de la loi.

<sup>223</sup> Ba (A.T.), op. cit.p.123.

suprême de 1963 à 1984 par la loi n°10-63 AN du 10 mai 1963 et de 1991 à 2000 par l'ordonnance n°91-51 du 26 août 1991<sup>224</sup>. Le Burkina Faso avait donc adopté la solution imaginée pour la première fois par la République malgache en 1961 appelé « modèle malgache »<sup>225</sup>, par opposition au « modèle sénégalais »<sup>226</sup>. Ce modèle consiste à confier à une formation de la Cour suprême la connaissance de l'ensemble du contentieux administratif, en premier et dernier ressorts<sup>227</sup>.

<sup>224</sup> De 1984 à 1991, une dualité inédite avait été instituée avec la création d'une « Haute Cour d'Etat » (comprenant deux chambres, administrative et des comptes) qui était juge administratif de droit commun et des comptes (Ord. n°84-19 CNR-PRES du 3 mai 1984).

<sup>225</sup> Bardonnnet (D.), « La justice administrative à Madagascar », *AJDA* 1962, p.392 ; Rousseau (A.), « La juridiction administrative à Madagascar », *Penant* 1971, p.281.

<sup>226</sup> Le modèle sénégalais est très proche de la formule anglo-saxonne où un seul ordre de juridictions est compétent pour connaître aussi bien des litiges administratifs que des procès des particuliers. Le juge de l'administration est en principe le juge ordinaire qui dispose ainsi d'une compétence de droit commun en toute matière : ainsi est réalisée de façon très poussée la préoccupation fondamentale d'unification de la justice. Il est institué pour la première fois par le Maroc en 1957 (Voir, Antari (M.), « *Entre l'unité et la dualité de juridiction : le contentieux administratif marocain*, thèse de droit, Paris II, 1980). Les tribunaux de première instance et les cours d'appel ont la qualité de juge de droit commun du contentieux administratif, et le recours pour excès de pouvoir est directement porté devant la Cour suprême. Il a influencé de nombreux pays (la Côte d'Ivoire, le Niger, le Congo, la RCA, etc.). Voir, Aurillac (M.), « *La Cour suprême du Sénégal* », *EDCE* 1961, p.207 ; Kanté (B.), « Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal », thèse de droit, Orléans, 1983 ; Gautron (J.C.), Rougevin-Baville (M.), *Droit public sénégalais*, Paris, Pedone, 1970.

<sup>227</sup> Cette formation, généralement une Chambre qualifiée de Chambre administrative, est en réalité un véritable tribunal administratif fonctionnant selon les règles particulières, saisi selon une procédure propre et composé souvent de personnel spécialisé ou spécialement affecté. Cette solution est donc fort proche de la solution française dont elle conserve les avantages dans la mesure où les magistrats de la Chambre administrative sont spécialisés. Elle en présente également les

Le juge unique burkinabé statuant seul n'est pas l'émanation procédurale d'une juridiction collégiale : c'est l'unique formation de jugement. En conséquence, il se confond avec le tribunal lui-même. Le juge statue par un véritable jugement rendu en audience publique et après audition des conclusions du commissaire du gouvernement. C'est le tribunal qui statue par l'organe du juge unique. Certes, le jugement unique est un gage d'efficacité de la juridiction administrative. Il est comme un instrument de la modernisation de la justice administrative : « même s'il est entré un peu comme un voleur et presque par surprise dans le monde de la justice administrative qui l'ignorait, voire le rejetait, on peut songer si non à acclamer en sauveur et en tout cas à l'accepter comme une chance et à l'aménager avec profit »<sup>228</sup>. C'est le juge de terrain, « de proximité et d'immédiateté » par lequel le contentieux administratif peut s'ouvrir à tout ce que ses usagers attendent de plus en plus de lui<sup>229</sup>.

Cependant, il y a les risques de voir les décisions du juge unique être moins bien acceptées et donc davantage soumises à l'usage des voies de recours, surtout que l'appel a un caractère suspensif en droit burkinabé<sup>230</sup>. Comme le déplore M. Ba, « on

inconvenients et notamment la complexité des problèmes de compétence.

<sup>228</sup> Pacteau (B.), « Le juge unique dans les juridictions administratives », *Gaz. Pal.*, Vendredi 30, Samedi 31 janvier 1998, p.7. ; Paillet (M.), « Le juge administratif, juge unique », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux*, XXIème Colloque des IEP, Toulon, 19-20 mai 1995, p. 95. L'institution du juge unique répond à deux types de préoccupations : tout d'abord son développement est lié au succès croissant des procédures d'urgence et renvoie à la recherche d'une meilleure adaptation de la juridiction administrative aux besoins de son environnement. Ensuite, un second souci correspond à la volonté de désencombrer le prétoire des juges administratifs.

<sup>229</sup> Pacteau (B.), art. précité, p.10.

<sup>230</sup> Voir par exemple, Cour suprême, Ch. réunies, 25 janvier 2001, *Koussoubé B. Célestin*. Loi n° 022/99/AN du 18 mai 1999 portant code de procédure civile. Or, le juge devrait plutôt se référer aux articles 61 et suivants de l'ordonnance n°91-0051/PRES du 26 août 1991 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

comprend difficilement une telle transposition en procédure administrative eu égard aux effets pervers induits par le caractère suspensif de l'appel en contentieux administratif. (Malheureusement), à l'heure actuelle, aucune étude de la jurisprudence ne fournit d'ailleurs d'indications sur le régime des voies de recours »<sup>231</sup>. Ces décisions rendues par un juge unique peuvent susciter, chez les justiciables, une suspicion telle qu'ils sont amenés à former davantage d'appels que lorsque ces litiges se voyaient réglés en formation collégiale<sup>232</sup>. C'est pourquoi, en droit administratif français, la règle de la collégialité tient lieu de règle fondamentale devant la juridiction administrative. La justification majeure de cette préférence est aisée à comprendre. «La collégialité garantit l'expression de sa conviction par chacun des juges qui concourent à la décision : l'opinion de chacun est fondue dans la décision collégiale où nul ne pourra déceler la part qui a été prise par tel ou tel des intervenants, on ne pourra que constater qu'au moins une majorité s'est dégagée en faveur de la solution retenue »<sup>233</sup>. Par conséquent, estime R. Odent, la solution du juge unique qui peut paraître expédiente est, en contentieux administratif, une solution détestable : «une délibération sérieuse aboutissant à un jugement offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité au justiciable implique nécessairement que plusieurs personnes soient consultées, discutent leurs points de vue respectifs et dégagent une majorité »<sup>234</sup>. La collégialité est d'ailleurs inhérente à la notion de juridiction<sup>235</sup>; les juridictions administratives « sont rebelles au juge unique. (La collégialité est) indispensable pour suppléer l'absence des moyens d'exécution forcée »<sup>236</sup>.

<sup>231</sup> Ba (A.T.), op. cit., p.410

<sup>232</sup> Picard (E.), « La loi du 8 février 1995 », *JCP* 1995, I, n° 3840 ; Chabanol (D.), « Un printemps procédural pour la juridiction administrative ? », *AJDA* 1995, p.396.

<sup>233</sup> DENOIX DE SAINT-MARC (R.), « La loi du 8 février 1995 », Présentation, *RFDA* 1996, p.2.

<sup>234</sup> Odent (R.), *Cours de contentieux administratif*, Paris, Les Cours de droit, dernière éd., 1980, p.910.

<sup>235</sup> Odent (R.), *Cours de contentieux administratif*, Paris, Les Cours de droit, 1970-1971, p.580.

<sup>236</sup> Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 1992, 4<sup>ème</sup> éd., n°299.

D'autre part, certains Etats qui avaient adopté le « modèle sénégalais » d'organisation des juridictions connaissent aussi de véritables bouleversements. C'est le cas du Congo et surtout du Sénégal. Au Congo en effet, une loi du 20 mai 1996 a créé les tribunaux administratifs de Brazzaville et de Pointe-Noire. Mais, ces tribunaux n'ont jamais fonctionné, et les juridictions judiciaires continuent à statuer en matière administrative « en attendant la nomination de magistrats aux tribunaux administratifs ». Le « modèle sénégalais » continue donc de fonctionner en pratique : compétence de droit commun reconnue aux tribunaux de grande instance et aux cours d'appel, compétence exclusive de la Cour suprême pour le contentieux objectif<sup>237</sup>. Au Sénégal par contre, la mutation du modèle est effective avec la réforme de 1992. Il faut rappeler que dès son accession à l'indépendance en 1960, le modèle d'organisation judiciaire de ce pays reposait sur l'existence d'un seul ordre de juridiction, coiffé au sommet par une Cour suprême. Cette dernière cumulait les compétences dévolues en France, au Conseil constitutionnel, au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et à la Cour des comptes<sup>238</sup>. C'est donc par la loi n°92-22 du 30 mai 1992 portant révision de la constitution que le constituant sénégalais procède à l'éclatement de la Cour suprême en trois nouvelles juridictions suprêmes : le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat<sup>239</sup>. Désormais le Conseil d'Etat est compétent en matière administrative et la Cour de cassation intervient dans les contentieux de droit privé. Le Conseil d'Etat est compétent en matière d'excès de pouvoir<sup>240</sup>. Il est juge de cassation des

<sup>237</sup> Breton (J.M.), dir., *Droit public congolais*, Paris, Economica, Coll. « La vie du droit en Afrique », 1987 ; Iloki (A.), *Le recours pour excès de pouvoir au Congo*, précité.

<sup>238</sup> Ord. n° 60-17 du 3 septembre 1960. Voir, d'Arboussier (G), « Le Sénégal, exemple africain d'organisation judiciaire », *Penant*, 1965, p.27 et s. ; Kanté (B), thèse précitée, 416p. ; Sy (D.), « L'évolution du droit administratif sénégalais », *Rev. EDJA*, 2005, n°67, p.64-65.

<sup>239</sup> JORS du 1<sup>er</sup> juin 1992, n°5469, p.233. Lois organiques n° 92-22, 92-24 et 92-25 relatives aux trois juridictions.

<sup>240</sup> Loi organique n°96-30 du 21 octobre 1996 abrogeant et remplaçant la loi organique n°92-24

décisions des juridictions inférieures. « On est passé d'un système d'unité de juridiction à dualité du contentieux à un système d'unité à la base et de spécialisation au sommet. Il s'agit d'un système à mi-chemin entre l'unité et la dualité »<sup>241</sup>. L'analyse est exacte puisque le tribunal régional a une compétence de droit commun en toute matière<sup>242</sup>.

Cette évolution est curieuse lorsqu'on se souvient des réponses apportées au moment des indépendances par les Etats africains à la question de savoir s'il fallait ou non instituer un ordre juridictionnel administratif. Les défenseurs de la thèse de la suppression de la juridiction administrative se fondaient sur des motifs pratiques : l'utilité d'alléger l'appareil judiciaire et de simplifier les règles de compétence. « La séparation des juridictions judiciaires et administratives (est) d'une utilité discutable »<sup>243</sup>, disait M. Jeol en 1962 ; « la nationalisation de la justice (en 1960 imposait) sa simplification »<sup>244</sup>. L'allègement de l'appareil judiciaire était d'autant plus nécessaire que des impératifs économiques, financiers et humains<sup>245</sup> pressaient les législateurs africains de ne pas doter leur pays d'institutions juridictionnelles lourdes et coûteuses. En Afrique au sud du Sahara, le dualisme juridictionnel était perçu comme « un anachronisme »<sup>246</sup>, lié « à de circonstances historiques propres à la France » et « ignorées de la plupart des systèmes juridiques étrangers »<sup>247</sup>.

---

sur le Conseil d'Etat (JORS du 18 janvier 1997, p.57).

<sup>241</sup> Sy (D.), « L'évolution du droit administratif sénégalais », précité, p.65.

<sup>242</sup> Un régime de question préjudicielle est prévu lorsque la Cour de cassation est saisie d'une question qui relève du droit administratif.

<sup>243</sup> Jeol (M.), *La réforme de la justice en Afrique noire*, thèse de droit, Dakar, 1962 (Paris, Pedone, 1963) ; Wodié (F.), « Les attributions de la Chambre administrative de Côte d'Ivoire », *RJPIC* 1968, p.66

<sup>244</sup> Bockel (A.), *Droit administratif*, précité, p.11.

<sup>245</sup> On peut signaler l'insuffisance voire le manque de magistrats.

<sup>246</sup> Foyer (J.), « Les destinées du droit français en Afrique », précité, p.5.

<sup>247</sup> Jouhaud (Y.), « L'évolution du contentieux administratif en Afrique noire », *Penant* 1961, p.33.

Aujourd'hui, le constituant et/ou le législateur africains estiment de plus en plus qu'il faut une spécialisation des juges, compte tenu « de la complexité et de la spécialisation croissantes des différentes branches du droit ; (car il est) désormais impossible à un juriste, même s'il compte parmi les plus éminents, de maîtriser parfaitement la matière juridique dans toutes ses dimensions »<sup>248</sup>. On rejoint ainsi l'idée défendue naguère par M. Lampué : « pour appliquer un droit original, il est bon d'instituer un organe distinct et appliquant à cette tâche toute son activité »<sup>249</sup>. Même si tous les Etats n'ont pas adopté le dualisme juridictionnel « intégral », ces choix ne suppriment pas les difficultés liées à la détermination de la juridiction compétente. Les requérants peuvent se tromper. Les tribunaux eux-mêmes peuvent mal apprécier ce qu'est l'état du droit et se déclarer à tort, soit compétents, soit incompétents ; surtout qu'un Tribunal des conflits n'est pas prévu. De plus, il peut se faire que le Tribunal judiciaire et le Tribunal administratif, tout en ne dépassant pas les limites de leur compétence, se prononcent de façon divergente ; même s'il est vrai que de telles divergences, qui sont de nature à choquer et à créer maintes complications, sont rares.

Le recours à l'arbitrage pourrait-il donc être considéré comme un début de solution ?

## 2. L'admission de l'arbitrabilité des litiges administratifs

Les vertus de l'arbitrage<sup>250</sup> sont connues : c'est une justice à moindre coût, rapide, discrète, adaptée à la technicité de certains litiges, etc. Or cette voie est en

---

<sup>248</sup> Exposé des motifs de la loi sénégalaise n°92-22 du 30 mai 1992 portant révision de la constitution. Voir Sauvé (J.M.), « Réformer la justice administrative », *AJDA*, 14 janvier 2008, p.1

<sup>249</sup> Lampué (P.), « La justice administrative dans les Etats d'Afrique francophone », *RJPIC* 1965, p.7.

<sup>250</sup> L'arbitrage est « un mode de juridiction particulier, à base conventionnelle, par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes privées, au moyen d'un acte appelé un « compromis » pour leur demander de juger, au besoin en équité, le différend qui les oppose » (Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, précité, p.53, n°54.

principe fermée aux personnes publiques<sup>251</sup>, dont on estime qu'elles ne peuvent être jugées que par la justice officielle<sup>252</sup>. Le recours à l'arbitrage est une pratique qui, en raison de sa souplesse et des accommodements qu'elle permet, relève des lois et usages du commerce. Ayant à se prononcer, le Conseil d'Etat français a estimé que le principe de l'interdiction de l'arbitrage s'applique également aux établissements publics<sup>253</sup>. L'interdiction a une portée générale en ce sens qu'elle interdit, non seulement la pratique de « compromis d'arbitrage », mais également de la « clause compromissoire »<sup>254</sup>. Selon M. Chapus, elle est « un corollaire de l'exclusion des dérogations conventionnelles à la compétence d'attribution » qui sont d'ordre public<sup>255</sup>. Qualifiée de principe ayant « valeur législative »<sup>256</sup> et considérée plus anciennement par le Conseil d'Etat comme étant au nombre des « principes généraux du droit public français »<sup>257</sup>, l'interdiction de l'arbitrabilité des litiges administratifs procède de la préoccupation d'éviter que les intérêts des personnes publiques risquent de ne pas être aussi bien protégés par les arbitres que par les juridictions officielles et aussi d'empêcher que les arbitres puissent apparaître, pour reprendre l'expression du Commissaire du gouvernement Romieu, comme se défiant des « juridictions établies »<sup>258</sup>. Comment admettre

que l'Etat puisse recourir à des arbitres dans des affaires où il ne lui est même pas permis d'accepter des juges civils ? « Plus encore que la juridiction judiciaire, la juridiction administrative est d'ordre public pour l'Etat » disait Laferrière<sup>259</sup>.

Mais les Etats africains ont pris le chemin inverse à travers le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), signé à Port Louis le 17 octobre 1993. Les Hautes parties contractantes affirment, dès le préambule, leur désir « de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ». L'idée est reprise à l'article 1<sup>er</sup> du traité : « le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ». Dans l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage<sup>260</sup>, acte d'application du traité<sup>261</sup>, l'article 2 alinéa 2 dispose que : « Les Etats et les autres

<sup>251</sup>Chapus (R.), *Droit administratif général*, TI, précité, p.382.

<sup>252</sup>Voir, initialement : art. 83 et 1104 du Code de Procédure Civile de 1806 ; actuellement, art.2060 al.1<sup>er</sup> du code civil.

<sup>253</sup> CE, Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente de surplus, *Rec.* 677 ; *AJDA* 1958, 2, p.91, Chron. Fournier et Braibant. CE, avis, 6 mars 1986, *Grands avis du CE*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p.175, Obs. D. Labetoulle.

<sup>254</sup>Le compromis est l'acte par lequel les parties expriment leur accord de recourir à l'arbitrage. La clause compromissoire est une disposition contenue dans un contrat autorisant le recours à l'arbitrage.

<sup>255</sup>Chapus, *Droit du contentieux administratif*, précité, p.260.

<sup>256</sup> Et non conventionnelle, CC 2 décembre 2004, *Simplification du droit*, *Rec.CC*.p.211 ; *LPA*, décembre 2004, n°253, note J.-E. Schoettl (s'agissant des dispositions relatives au contrat de partenariat organisé par la loi du 17 juin 2004).

<sup>257</sup> CE, avis, 6 mars 1986, *Grands avis CE*, précité, p. 175.

<sup>258</sup> Concl. sur CE, 17 mars 1893, *Cie des chemins de fer du Nord*, S. 1894,3.p.119.

<sup>259</sup> Laferrière (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, 2<sup>ème</sup> éd., TII, p. 152. « L'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitrages, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi », ajoute-t-il. Quelques dérogations ont néanmoins été instituées par la loi, soit en référence à des litiges (voir code des marchés de l'Etat et des collectivités territoriales ; CE, 23 mars 1992, *Martin et autres*, *Rec.*103), soit en rapport à des personnes publiques spécifiquement désignées (La Poste, la SNCF, le Réseau Ferré de France), ou des établissements publics (Charbonnages de France, Houillères de bassin, EDF-GDF) ou encore en ce qui concerne le règlement des litiges mettant en cause « les intérêts du commerce international » (convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international).

<sup>260</sup>J.O. OHADA, 15 mai 1999, p. 2 ; voir commentaire de l'Acte Uniforme par Pierre Meyer, in *code OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Poitiers, éd. Juriscope, 2008, 3<sup>ème</sup> éd., p.119.

<sup>261</sup>Aux termes de l'article 10 du traité « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ». Cet article pose une règle qui va substantiellement modifier le droit de l'arbitrage jusque là en vigueur dans nombre d'Etats-parties<sup>262</sup>.

Il faut d'abord observer que la règle vise aussi bien l'arbitrage interne que l'arbitrage international privé. Or, si la participation des personnes morales de droit public constitue une tendance contemporaine de l'arbitrage international privé que l'Acte uniforme confirme, la solution est beaucoup plus novatrice s'agissant de l'arbitrage interne. En particulier, elle abroge les dispositions des lois, parfois relativement récentes, qui avaient prévu le caractère inarbitrable des « contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics »<sup>263</sup>. Il faut ensuite remarquer que cette disposition ne fixe aucune limite particulière à l'arbitrabilité des litiges intéressant l'Etat et les autres personnes morales de droit public. Ceci implique que l'Etat peut recourir à l'arbitrage relativement à des droits dont il peut librement disposer. La question peut se poser de savoir si cette absence de réserve particulière à l'arbitrabilité des litiges auxquels une personne publique est partie permettrait à des arbitres de connaître des litiges engendrés par l'exercice par une personne publique des prérogatives de puissance publique. La réponse à cette question est délicate. M. Meyer répond par l'affirmative, à condition, précise-t-il, que la juridiction arbitrale ne se prononce sur la validité ou l'opportunité des mesures prises par la personne publique dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. En conséquence, les arbitres devraient limiter leur pouvoir juridictionnel à la question des réparations dues à une personne privée, consécutives à des dommages résultant de

l'exercice des prérogatives de puissance publique<sup>264</sup>.

Par ailleurs, en visant « les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics », on peut penser que cet alinéa 2 de l'article 2 désigne l'Etat et tous ses démembrements ; ce qui inclut toutes les personnes morales de droit public non expressément visées par cette énumération ainsi que celles qui pourraient être créées dans l'avenir. Il en est ainsi, par exemple, des groupements d'intérêt public<sup>265</sup> ou des « établissements publics indépendants » ayant des compétences juridictionnelles comme l'autorité de régulations des télécommunications du Cameroun<sup>266</sup>. Une telle interprétation est conforme à l'esprit du texte<sup>267</sup>. Dans cet esprit, les juges ivoiriens<sup>268</sup> et béninois<sup>269</sup> ont confirmé la possibilité pour l'Agence pour la sécurité de la navigation aérienne (ASECNA), personne morale de droit public, composée d'Etats, de recourir à l'arbitrage.

Le droit administratif français n'a pas encore connu cette évolution, en dépit des appels en ce sens d'une partie de la doctrine. Un fait récent peut illustrer la résistance du droit administratif français : le « rejet

<sup>262</sup> Kamto (M.), « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA, in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique* », Travaux du Centre René Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, p.89 et s.

<sup>263</sup> Voir par exemple, article 17 al.1<sup>er</sup> de la loi ivoirienne du 9 août 1993 relative à l'arbitrage.

<sup>264</sup> Meyer (P.), *Commentaire de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, Code OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, précité., p.119.

<sup>265</sup> T.C. 14 février 2000, *Mme Verdier, GAJA*, n°110 (A propos du GIP « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris »).

<sup>266</sup> Aux termes de la loi n°98/014 du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications au Cameroun, cette autorité connaît les différends entre les opérateurs agissant sur le marché camerounais des télécommunications (Pekassa (G.)), « La réforme du secteur des postes et télécommunication au Cameroun », précité, p.102-103.

<sup>267</sup> Fouchard (Ph.), Kenfack-Douajni (G.), M'bosso (J.), in *L'arbitrage*, Actes du colloque de Paris du 2 février 2001, *Rev. Camerounaise de l'arbitrage*, n°spécial, 2001, p.65-66. Pour un avis contraire, voir Issa-Sayeg (J.), « Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage OHADA », in *L'arbitrage*, Actes du colloque de Paris du 2 février 2001, *Rev. Camerounaise de l'arbitrage*, n°spécial, 2001, p.25.

<sup>268</sup> C.A. Abidjan, Aff. n°1425 du 27 mars 2001.

<sup>269</sup> Trib. Prem. Instance de Cotonou, 025/1<sup>ère</sup> C.Com., 2 septembre 2002.

unanime »<sup>270</sup> par la doctrine du rapport Labetoulle sur « le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques » du 27 mars 2007. Ce rapport invite, en ce qui concerne les contrats publics, à lever le principe de prohibition de l'arbitrage. Certains spécialistes du droit des contrats administratifs plaident néanmoins en faveur de cette réforme : « le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », estiment Philippe Terneyre et Céline Vero<sup>271</sup>. Les arguments avancés sont simples : un litige de droit public ne devient pas un litige de droit privé au motif qu'il serait réglé non par les juridictions mais par la voie de l'arbitrage. D'ores et déjà, lorsqu'un contrat administratif est en cause, la sentence relève, pour ses voies de recours et son exequatur, de la juridiction administrative<sup>272</sup>. Or, le rapport Labetoulle a reçu un « accueil enthousiaste, voire euphorique, à Genève et à Londres »<sup>273</sup>.

Les innovations étudiées concernent aussi la garantie des droits et libertés.

## B) UN RENFORCEMENT PARTICULIER DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTES

Patrick Wachsmann écrivait il y a quelques années qu'on aurait rien fait si l'on s'était contenté de déclarer, de proclamer les droits de l'homme. C'est évidemment leur réalisation qui importe et celle-ci suppose la mise en place de garanties qui soient effectivement au service des titulaires de ces droits<sup>274</sup>. Cette effectivité se réalise parfois par la mise en place des mécanismes originaux destinés à assurer leur promotion et protection<sup>275</sup>. Elle se traduit aussi par la

<sup>270</sup> Clay (T.), D. 2008, p.180 ; LPA 24-25 mars 2008, p.3.

<sup>271</sup> Terneyre (Ph.), Verot (C.), « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », AJDA, 5 mai 2008, p.905-910.

<sup>272</sup> Ibid., p.906-907.

<sup>273</sup> Voir les observations de M. Lazareff, *Gaz. Pal., Cah. Arb.*, 2008/1.

<sup>274</sup> Wachsmann (P.), *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2002, 4<sup>ème</sup> édition, p.121.

<sup>275</sup> Holo (Th.), « Les droits et devoirs de la personne dans le constitutionnalisme africain »,

reconnaissance de « droits catégoriels (fondés sur une) philosophie et (une) spécificité »<sup>276</sup>.

### 1. Le contrôle de l'administration par le juge constitutionnel : le cas « insolite » béninois <sup>277</sup>

Deux observations préliminaires s'imposent afin de mieux appréhender la particularité béninoise issue de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin. Cette loi fondamentale institue, en effet, un contrôle constitutionnel de l'action administrative, lorsque celle-ci porte atteinte aux droits fondamentaux ou à une liberté publique (titre V). Il faut tout d'abord rappeler que l'administration a son juge naturel qui est le juge administratif comme l'affirme avec force le Tribunal de conflits : « aux termes (des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III), l'autorité administrative est seule compétente pour (connaître de la responsabilité), qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public »<sup>278</sup>. Ces textes<sup>279</sup> sont interprétés par le commissaire du gouvernement David en ces termes : les tribunaux judiciaires « sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison des services publics, quel que soit leur objet, et alors même qu'elles tendraient, non pas à faire annuler, réformer ou interpréter par l'autorité judiciaire les actes de l'administration, mais simplement à faire prononcer contre elle des condamnations

*Rev. Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives* 2007, n°18, p.17.

<sup>276</sup> Kpodar (A.), « Les droits catégoriels : philosophie et spécificité », même revue, 2007, p.27.

<sup>277</sup> Le mot est de M. Kpodar, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Togo et du Sénégal, même revue. 2006, n°16, p.113.

<sup>278</sup> TC. 8 février 1873, *Blanco*, précité.

<sup>279</sup> Ils interdisent aux tribunaux judiciaires de « troubler, de quelle que manière que ce soit, les opérations des corps administratifs », de « connaître des actes d'administration, de quelle que espèce qu'ils soient ».

pécuniaires en réparation des dommages causés par ses opérations »<sup>280</sup>.

Ce principe marque même l'origine du droit administratif. Posé au début de la Révolution française et dérivé d'une interprétation de la séparation des pouvoirs<sup>281</sup>, il est celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>282</sup> : lorsque l'action de l'administration se manifeste comme puissance publique, elle ne doit pas être jugée par les tribunaux judiciaires. Ainsi, le droit administratif français se distingue de la tradition juridique anglo-saxonne<sup>283</sup>. Par l'institution du Conseil d'Etat et des Conseils de préfecture, c'est tout une conception de la justice administrative qui s'est trouvée concrétisée : une conception spécifiquement française, et qui procède de la considération et de la conviction qu'un juge administratif doit être, ni plus ni moins, un juge spécialisé en

matière administrative, mais un juge ayant « l'esprit de l'administrateur »<sup>284</sup>, un juge conscient que ses décisions doivent être « un complément de l'action administrative ». D'où, la formule qui sera reprise au cours des temps, « juger l'administration, c'est encore administrer »<sup>285</sup>. Napoléon la traduisait ainsi en 1806: le Conseil d'Etat doit être « un corps demi-administratif, demi-judiciaire »<sup>286</sup>.

Ensuite, il y a toujours eu, au cours de l'histoire du droit administratif français, une distance, et même un vide, entre ce droit et le droit constitutionnel<sup>287</sup>. Tout au long de la III<sup>ème</sup> République<sup>288</sup>, il fut exclu que le juge administratif puisse se référer, en vue d'y soumettre l'action administrative, à des normes constitutionnelles<sup>289</sup>. C'est donc très normalement que le Conseil d'Etat a été conduit à déterminer et consacrer lui-même les principes devant régir l'administration<sup>290</sup>.

<sup>280</sup> Concl. sur, TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 1<sup>er</sup> suppl 61 ; D. 1873,3, p.20 ; S.1873, 3, p.153.

<sup>281</sup> Voir n<sup>o</sup>spéciaux : *AJDA* 1990,579, « Juridictions administratives et juridictions judiciaires, 200 ans après la loi de 1790 » ; *EDCE* 1991, n<sup>o</sup>42, p.159 (6 études) ; Julien-Laferrière, « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *Mélanges Drago*, 1996, p.289 ; Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ,1970

<sup>282</sup> Le Conseil constitutionnel français a jugé « que (ces textes) n'ont pas en (eux-mêmes) valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, (...) relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation et la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » (CC n<sup>o</sup>86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *GAJA*, n<sup>o</sup>93). Dans le même sens voir : CC n<sup>o</sup>96-378 DC du 23 juillet 1996.

<sup>283</sup> Gandinet (Y), « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », in *Mélanges Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.431 ; Bell (J.), Actualité du droit administratif au Royaume-Uni, *EDCE* 1992, n<sup>o</sup>43, p.309 ; *EDCE* de 1993 (p.383), 1994 (p.495), 1995 (p.561), 1996 (p.557).

<sup>284</sup> Sandevour (P.), *Etude sur le recours de pleine juridiction*, Paris, LGDJ, 1964.

<sup>285</sup> « C'est encore administrer » répète *Hauriou* (note sous CE, 6 février 1903, Terrier, S.1903, 3, p.25. « C'est encore et ce doit être encore administrer » dit *Chapus (Droit du contentieux administratif*, précité, p.44). Le président *Henrion de Pansey* conclut qu'on administre de deux manières : l'une réglementaire : c'est l'administration proprement dite ; l'autre contentieuse : c'est ce qu'on appelle le contentieux administratif (De *l'autorité judiciaire en France*, 2 vol., éd. Th. Barrois, 3 éd., 1827 ; vol III, p.331-332). Une telle conception de la justice administrative expose évidemment à un risque : celui d'une justice complaisante (pour l'administration), préoccupée à l'excès de ses besoins et de ses convenances. L'équilibre entre le souci de tenir compte des besoins de l'administration et la volonté d'assurer le respect des droits et intérêts privés a été progressivement atteint.

<sup>286</sup> Propos rapporté par *Pelet de la Lozère, Opinions de Napoléon*, éd. Diot, 1833, p.191.

<sup>287</sup> Il s'est ainsi développé avec une continuité que le droit constitutionnel n'a pas connu (Vedel (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p.777.

<sup>288</sup> Période des plus importantes pour la formation du droit administratif.

<sup>289</sup> Les lois constitutionnelles de 1875 étaient considérées comme de simples « lois de procédures ».

<sup>290</sup> Ce qu'il fait très remarquablement en s'inspirant notamment de la Déclaration de 1789, qui a été

Cette séparation, purement formelle, a pris fin, après quelques signes annonciateurs<sup>291</sup>, dans les années 1990<sup>292</sup>, le juge statuant désormais quand il y a lieu, sur le fondement même des principes constitutionnels<sup>293</sup>.

Mais, la justice constitutionnelle n'est pas, par principe, chargée de contrôler la constitutionnalité des actes administratifs. De ce point de vue, la réforme béninoise peut être considérée comme une innovation majeure. Elle a, à côté des compétences traditionnellement reconnues à un juge constitutionnel<sup>294</sup>, fait de la Cour constitutionnelle juge de l'administration. En effet, aux termes de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution, « toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraire à ses dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ». L'article 121 alinéa 1<sup>er</sup> institue l'auto saisine de la Cour en ces termes : « elle se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques ». Dans le contexte africain, il s'agit là d'une justice constitutionnelle très avancée. Elle s'inspire, en réalité, de ses

homologues espagnol<sup>295</sup> et allemand<sup>296</sup>, et dans une certaine mesure, de l'expérience belge qui consacre, depuis la réforme de 1988-1989<sup>297</sup>, le droit à « toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt » de saisir la Cour d'arbitrage (dans le cadre du contrôle abstrait).

Sur la base de ces dispositions, plusieurs actes administratifs ont déjà été annulés. Ainsi, dans la décision DCC 03-90 du 28 mai 2003, la Cour constitutionnelle a annulé le décret n°94-9 du 25 janvier 1994 portant destitution de grade d'un officier des Forces armées aériennes béninoises. En l'espèce, par lettre n°196/93/FA/dpe du 10 mars 1993, le commandant des Forces aériennes a communiqué au chef d'Etat major des Armées une liste de 4 personnes déclarées indisponibles des Forces armées pour désertion et contre lesquelles « des projets de décision de radiation ont été élaborés ». Les dits projets de décision sont restés sans suite, sauf en ce qui concerne M. Olivier Mahoudo Fassinou matérialisé par le décret querellé. Devant la Cour, le requérant soutient que ce décret viole à la fois les articles 26 de la constitution et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>298</sup>, en créant une discrimination

---

ainsi une « source matérielle » de sa jurisprudence (Voir, « L'évolution de la production du droit administratif », in *Le droit administratif en mutation*, CURRAP, PUF, 1993, p.175 et s. (6 études).

<sup>291</sup> CE, Ass., 8 avril 1987, *Peltier*, Rec.128, concl. J. Massot ; *RFDA* 1987, p.608, note Pacteau ; CE, 16 octobre 1987, *Genessiaux*, *RFDA* 1989, p.154, note Favoreu

<sup>292</sup>CE, 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs du Muséum national d'histoire naturelle*, Rec.855 ; CE, Ass., 10 septembre 1992, *Galland*, Rec.342. Voir, Favoreu (L.), « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque de l'Université Paris II, LGDJ, Montchrestien, 1988, p.145.

<sup>293</sup> CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°106.

<sup>294</sup>Contentieux des élections, contentieux des divisions horizontale et verticale des pouvoirs, et contentieux des droits et libertés.

---

<sup>295</sup>Le tribunal constitutionnel espagnol protège les droits fondamentaux, non seulement par le biais du contrôle des normes mais sur un recours direct des citoyens lésés, à l'imitation du « recours constitutionnel » allemand et surtout du « recours d'*amparo* » né dans le royaume d'Aragon et développé en Amérique latine. En effet, l'article 53-2 de la constitution de 1978 dispose que « tout citoyen pourra invoquer la protection des libertés et des droits reconnus devant les tribunaux ordinaires... et à travers le recours d'*amparo* devant le tribunal constitutionnel ». Le recours est ouvert contre les actes des organes législatifs, administratifs et judiciaires.

<sup>296</sup>En effet, en cas de violation d'un droit fondamental, la constitution allemande autorise toute personne à saisir le juge constitutionnel par une voie prise communément appelée le recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*).

<sup>297</sup>Rusen (E.), « Un Etat fédéral en gestation : les réformes institutionnelles belges de 1988-1989 », *RDP* 1991, p.1610 et s ; Lewalle (P.), « La Cour constitutionnelle, juge de l'administration », in *Mélanges Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>298</sup> « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale » (art.26).

entre lui et certains de ses collègues. La Cour répond « qu'il est établi que, s'agissant des mêmes fautes, absence illégale du corps et résidence à l'étranger sans autorisation, imputées à une même catégorie de personnels militaires régis par la même loi, il a été fait au requérant un traitement différent ; qu'il y a lieu de dire et juger que le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant radiation du lieutenant Olivier Mahoudo Fassinou est contraire à la constitution et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples »<sup>299</sup>. Dans cette optique, elle a annulé un arrêté qui violait le même principe d'égalité, en expliquant que cette égalité « s'analyse comme une règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination »<sup>300</sup>.

Dans la décision du 18 avril 1994, la Cour avait été saisie par M. Ahossi Comlan Basile de l'inconstitutionnalité de l'arrêté interministérielle n° 93-068/MFPRA/MFC/DC du 4 août 1993 portant fixation des modalités et programmes du test de sélection des préposés des douanes. Pour rendre sa décision, elle constate d'abord le caractère réglementaire de l'acte. La Cour constate en effet que « l'arrêté querellé, par ses dispositions à portée générale, est un acte réglementaire qui justifie son contrôle en constitutionnalité ». Elle décida par la suite « qu'en limitant comme il l'a fait, aux seuls agents en service dans le ministère des finances, l'accès audit test, l'arrêté critiqué pose une mesure discriminatoire non conforme à la constitution ». Dans une autre, elle fut directement saisie par MM. Gnahon Claude et Alimagnidokpo Léopold, élèves agents des Forces armées de sécurité publique, contre le refus du directeur général de la police nationale d'exécuter les instructions du ministre de l'intérieur, de la sécurité et de l'administration du territoire. La Cour, dans sa décision DCC 96-02 des 26 février et 27 mai 1996 décida que « le refus du directeur général de la police nationale d'exécuter les

instructions est contraire à l'article 35 de la constitution »<sup>301</sup>.

La Cour constitutionnelle est consciente toutefois qu'elle a une compétence d'attributions. Ainsi, elle ne cesse de répéter qu'elle n'est pas juge de la légalité des actes administratifs, au même titre que le juge administratif ordinaire. La Cour fut saisie par le sieur Souza Serge pour faire reconnaître son droit de propriété sur une parcelle de terrain illégalement occupé par M. Guedegue. Ce dernier avait « usé de ses relations occultes pour obtenir un arrêté préfectoral lui attribuant la même parcelle » ; or, un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée l'attribuait au sieur Souza Serge. La Cour juge « qu'il résulte de l'analyse des différents éléments du dossier que le requérant ne fait état d'aucune expropriation pour cause d'utilité publique, mais plutôt qu'un conflit domanial entre privés ; qu'un tel litige relève du domaine de la légalité ; qu'il échet donc de dire et juger que la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité et non de la légalité est incompétente pour en connaître »<sup>302</sup>. Contrairement au juge administratif ordinaire qui peut confronter l'acte querellé à toute norme « supradécretale »<sup>303</sup>, le juge constitutionnel béninois ne peut qu'exclusivement et directement analyser la constitutionnalité d'un tel acte administratif. De ce point de vue, si comme le dit Alain Bockel, « l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration est fonction de l'importance et de la précision de la légalité qui s'impose aux autorités administratives, ainsi que la fréquence avec laquelle (le juge)

« Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi » (article 3 de la Charte).

<sup>299</sup> Décision DCC 036-90 du 28 mai 2003, *Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle*, 2004, p.369.

<sup>300</sup> Décision DCC 96-025 du 2 mai 1996 ; Décision DCC 96-026 du même jour.

<sup>301</sup> Article 35 : « Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun ». Elle a aussi annulé une décision du président de la République refusant la démission du médecin lieutenant-colonel *Soulé Dankoro* qui souhaitait se présenter aux élections législatives (Décision DCC 95-047 du 28 mars 1995).

<sup>302</sup> Décision DCC 03-008 du février 2003, *Rec. précité*, p. 41. Voir également, Décision DCC 96-049 du 12 août 1996, à propos de la légalité d'un arrêté.

<sup>303</sup> L'expression est de *René Chapus, Droit administratif général*, 15<sup>ème</sup> éd., p.111.

est sollicité »<sup>304</sup>, on peut considérer que le système béninois de contrôle de l'administration est très efficace.

Enfin, au regard des moyens de contrôle utilisés par la Cour constitutionnelle béninoise<sup>305</sup>, peut-on considérer cette juridiction comme «une juridiction administrative spécialisée»? La réponse est délicate. Mais, un début de réponse est possible, en partant de la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui a consacré un critère d'ordre matériel pour qualifier une juridiction d'«administrative». Selon celle-ci, il faut considérer ce qu'est la «nature des litiges»<sup>306</sup> ou plus largement la «nature des affaires»<sup>307</sup> soumises à la juridiction. S'il s'agit de questions de droit public ou plus précisément, de droit administratif comme c'est le cas au Bénin, la juridiction sera considérée comme administrative<sup>308</sup>. Mais, la Cour constitutionnelle n'est pas une juridiction «spécialisée» car une telle qualification suppose l'existence d'un recours en cassation devant une juridiction suprême à compétence générale. C'est donc une juridiction administrative *sui generis*.

A cette particularité béninoise, s'ajoute celle du Cameroun.

## 2. Le « constitutionnalisme identitaire »<sup>309</sup> dans le droit

<sup>304</sup>Bockel (A.), *Droit administratif*, précité, p.426.

<sup>305</sup> Traditionnellement, ces moyens sont désignés comme étant les «cas d'ouverture» du recours pour excès de pouvoir. Depuis *Laferrière*, on distingue quatre modalités d'illégalité : l'incompétence, la violation de la loi, le vice de forme et le détournement de pouvoir (voir Melleray (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Paris, LGDJ, 2001).

<sup>306</sup> CE, Sect., 7 janvier 1949, *Adam, Rec.7* ; D.1950, p.5, note J.

<sup>307</sup> De façon à tenir compte de l'hypothèse où il y a dissociation entre contentieux et juridiction : CE, 7 février 1947, *d'Aillières, GAJA*, n°60 ; *RDP* 1947, p.68, concl. Odent, note M. Waline.

<sup>308</sup> CE, Sect., 21 janvier 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens, D.* 1951, concl. J. Guionin (solution impl.). S'il s'agit de litiges de droit privé, la juridiction sera considérée comme judiciaire (CE, 13 janvier 1954, *Magevand, D.A.*, 1954, n°73).

<sup>309</sup> L'expression est empruntée à *Meledje Djedjro*, in « Le système politique ivoirien dans la géopolitique

## camerounais des collectivités territoriales

La structure des collectivités territoriales en Afrique noire francophone est, dans ses grandes lignes, «d'une remarquable simplicité»<sup>310</sup> empruntée à la France. Elle date pour l'essentiel de l'an VIII de la Révolution. Cette simplicité se constate d'abord au plan institutionnel. Conformément à la volonté de Napoléon, si la délibération est le fait de plusieurs, l'action (l'exécution) doit être le fait d'un seul et non pas le fait d'une autorité collégiale. La même simplicité se retrouve au point de vue territorial : le territoire des communes, des départements et régions, en tant que personnes morales décentralisées, ne comporte pas de subdivisions, abstraction faite des circonscriptions électorales. On peut ajouter un troisième aspect de cette simplicité : le principe de l'élection des autorités locales. En effet, l'évolution du régime de la désignation de ces autorités, liée à celle des institutions constitutionnelles et politiques a conduit au choix par le pouvoir d'Etat de l'élection par le peuple<sup>311</sup>. C'est ainsi que les constitutions africaines ont posé le principe selon lequel les autorités locales sont élues au suffrage universel<sup>312</sup>. Ce schéma organisationnel, bien que reproduit par la quasi-totalité des Etats, connaît néanmoins une particularité au Cameroun.

En effet, le préambule de la constitution camerounaise de 1996 impose «la protection des minorités et la préservation des droits des autochtones». Aux termes de l'article 57 alinéa 1<sup>er</sup> de cette constitution, «le

ouest africaine», *RDP* 2006, n°3, p.708. L'auteur l'utilise par rapport à la nationalité ivoirienne ; ici, elle fait référence à l'identité locale des administrés camerounais.

<sup>310</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, TI, précité, p.273.

<sup>311</sup> Chamade (A), Mathieu (G.H.), *La pratique des élections locales*, Paris, Litec, 1992 ; Doumbé-Billé (S.), «L'élection en droit administratif», *RDP* 1992, p.1065 ; Poirot-Mazères, *La notion de représentation en droit administratif français*, thèse de droit, Université de Toulouse I, 1989.

<sup>312</sup> Article 174 de la constitution congolaise du 20 janvier 2002 ; article 145 de la constitution du Burkina Faso de 1991 ; article 102 de la constitution sénégalaise de 2001 ; article 98 de la constitution malienne de 1992.

Conseil régional doit refléter les différentes composantes sociologiques de la région ». Il en est de même du bureau régional<sup>313</sup>. Ce dispositif est complété par la loi n°92-002 du 14 août 1992 fixant les conditions d'élection des conseillers municipaux qui dispose à l'article 3 alinéa 2 que « la constitution de chaque liste doit tenir compte des différentes composantes sociologiques de la circonscription ». Il a fait l'objet d'un accueil mitigé de la part de la doctrine : « dans la mesure où les représentants des conseils régionaux sont élus, dit Maurice Kamto, il n'appartient à personne de dicter au préalable quelle en sera la configuration sociologique, c'est-à-dire qui en sera membre ou pas ». Il conclut que « seul le suffrage universel (devrait) en déterminer la composition »<sup>314</sup>. Pour M. Olinga, « l'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription constitue un contrepoids institutionnel aux tentatives de l'hégémonie numérique absolue et, donc un facteur d'apaisement pour tous ». En pratique, poursuit-il, cette exigence « a pour objet de tempérer les effets politiques et psychologiques potentiellement dévastateurs d'une application mécanique du principe majoritaire, principe démocratique par excellence pourtant ; il s'agit de faire en sorte que l'aventure démocratique soit une aventure nationale collective à laquelle chacun, s'il n'y prend pas toute la part souhaitée, n'en est pas a priori exclu. Il s'agit, en somme, de construire une démocratie de consensus »<sup>315</sup>.

Cette démarche est, selon M. Holo, valable pour les autres Etats africains ; pour éviter la crise de la démocratie et faciliter sa consolidation en Afrique, il importe d'imaginer des mécanismes de réconciliation de la classe politique avec la démocratie, d'inclusion des différentes forces politiques dans la gestion des affaires publiques tant au

niveau national qu'à l'échelon local. « Il convient de passer de la démocratie majoritaire à la démocratie consociative ». La mise en œuvre de la décentralisation « doit viser non pas la satisfaction d'ambitions personnelles, sa finalité (est) d'associer les différentes forces sociales à la mise en œuvre d'un pacte social consensuel »<sup>316</sup>.

La consécration juridique de cette exigence s'explique aisément dans le contexte africain. Elle est, souligne Luc Sindjoun, l'aboutissement d'une logique, mais aussi l'officialisation d'un non dit, de l'implicite qui est une pratique politique de l'équilibre régional et ethnique fondée sur la conception patrimoniale du pouvoir, considéré comme un butin à partager entre tous<sup>317</sup>, car « le sentiment d'être exclu, même si on est bien géré, est de nature à générer des frustrations plutôt nocives »<sup>318</sup>, en ce qu'elles peuvent entraîner des réactions de repli sur soi de la minorité allogène ou autochtone qui se révèlent à terme dangereuses pour l'unité et la cohésion nationales<sup>319</sup>.

Le droit camerounais des collectivités locales a institué une autre particularité : l'obligation de désigner une personnalité autochtone comme président du Conseil régional. Aux termes de l'article 57 alinéa 3 de la constitution du Cameroun, « le Conseil régional est présidé par une personnalité autochtone de la région élue en son sein pour la durée du mandat du Conseil ». Cette notion d'autochtone est loin d'être une notion juridique. M. Kamto relève bien qu'elle pose un sérieux problème dans la mesure où l'on ignore quel est le critère de l'autochtone. Est-ce l'histoire, c'est-à-dire l'antériorité de l'occupation d'un territoire ? Et dans ce cas, il faudra remonter jusqu'où dans l'histoire ? Est-

<sup>313</sup> Olinga (A.D), « L'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription en droit électoral camerounais », *Juridis Périodique*, 1996, n°28, p.67 et s

<sup>314</sup> Kamto (M.), « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *Revue Juridique Africaine* 1996, n°1, 2, 3, p.7-49.

<sup>315</sup> Olinga (A.D), « L'exigence de la prise en compte des composantes sociologiques de la circonscription en droit électoral camerounais », précité, p.74.

<sup>316</sup> Holo (Th.), « Démocratie revitalisées ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain.... », précité, p.41.

<sup>317</sup> Sindjoun (L.), « Identité nationale et révision constitutionnelle du 18 janvier 1996 : comment constitutionnalise-t-on le « nous » au Cameroun dans l'Etat post-unitaire ? », in *Polis*, Vol.1, n°spécial, Février 1996, p.19.

<sup>318</sup> M.Moutome, Ministre camerounais de la justice, Interview à *Africa International*, n°293, Avril 1996, p.20.

<sup>319</sup> Keutcha Tchapnga (C.), art. précité, p.82-83.

ce la tribu ou l'ethnie fondée sur la parenté linguistique et culturelle ? Et si c'est l'histoire, trouvera-t-on au Cameroun des communautés qui soient « autochtones » dans leurs lieux d'implantation actuelle puisque les peuplements du Cameroun se sont faits à partir des vagues et courants migratoires successifs et variés ?<sup>320</sup> Ces difficultés avaient déjà été évoquées dans les années 1970, s'agissant notamment des chefferies traditionnelles, par Etienne Le Roy qui énonçait que leur intégration dans l'organisation locale de l'administration territoriale soulèverait certaines difficultés dans les nouveaux Etats de l'Afrique noire francophone en raison des exigences contradictoires de la technique administrative, de la politique, des idéologies<sup>321</sup>.

La situation camerounaise a néanmoins le mérite de reprendre partiellement l'idée défendue par Charles Eisenmann selon laquelle il n'y a pas nécessairement un lien entre décentralisation et démocratie : « contrairement à ce qu'a avancé Tocqueville, et que de cohortes de « suiveurs » politiques et juristes ne cessent depuis lors de répéter à qui mieux mieux, de façon bien banale, il n'y a aucun lien entre démocratie et décentralisation »<sup>322</sup>. L'idée est également partagée par *Serge Regourd* : « si l'on se fonde sur ce qui paraît constituer le noyau dur des deux notions, les orientations les moins contestables paraissent être les suivantes : alors que la démocratie relève d'une conception politique de l'ordre social, mettant essentiellement en cause la question de la souveraineté, la décentralisation a toujours été entendue en termes administratifs, comme technique de mise en œuvre des seules fonctions exécutives par des autorités locales organiquement autonomes du pouvoir central »<sup>323</sup>. Or, la plupart des textes africains

établissent un lien entre démocratie et décentralisation : « les collectivités locales constituent le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la gestion des affaires publiques », dit l'article 102 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001. « La loi organise la participation démocratique des populations à la libre administration des collectivités territoriales », indique l'article 145 de la constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, un constat s'impose : le droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone est désormais marqué du sceau de l'« universalité »<sup>324</sup> au centre duquel on trouve les préoccupations de garantie des droits et libertés. Ces préoccupations justifient la création au niveau constitutionnel et législatif, voire communautaire, d'organes chargés de rendre la jouissance de ces droits et libertés effective : juridictions administratives, autorités administratives indépendantes<sup>325</sup>, etc. D'autre part, ces droits reconnus aux administrés ne sont pas trop différents de ceux reconnus aux administrés dans d'autres continents, notamment en Europe. Répondant ainsi aux vœux exprimés il y a une vingtaine d'années par Maurice Kamto : « Il faut qu'enfin, en Afrique noire, l'on puisse passer de l'Etat post colonial de nature néo-patrimonial, c'est-à-dire autoritaire, voire absolutiste, clientéliste et concussionnaire, à l'Etat de droit moderne, républicain et démocratique »<sup>326</sup>. Certes l'autoritarisme, le clientélisme et la corruption n'ont pas encore totalement disparu. Mais, il faut reconnaître que d'énormes progrès ont été accomplis dans le sens d'une réception formelle de « l'Etat de droit administratif »

<sup>320</sup> Kamto (M.), « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », précité, p.46.

<sup>321</sup> Le Roy (E.), « Les chefferies traditionnelles et le problème de leur intégration », in Conac (G.), dir., « *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire* », Paris, Economica, Coll. « La vie du droit en Afrique », 1979, p.105.

<sup>322</sup> Eisenmann (Ch.), Intervention au colloque sur « *L'objet local* », 1977, éd.10-18, p.67.

<sup>323</sup> Regourd (S.), « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie », *RDP* 1990, n°4, p.963 et s.

<sup>324</sup> Donfack Sokeng (L.), « L'édification de l'Etat de droit en Afrique : entre universalité et spécificité », *Revue de Droit Africain*, 2003, n°26, p.134-191.

<sup>325</sup> Cas de la Commission bancaire d'Afrique centrale (COBAC), autorité indépendante chargée de réguler le secteur bancaire en Afrique centrale (convention de Yaoundé du 16 octobre 1990 portant création de la COBAC).

<sup>326</sup> Kamto (M.), *Pouvoir et droit en Afrique. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p.499-500.

théorisée par l'Ecole allemande<sup>327</sup>, des institutions qui l'animent autant que du substrat idéologique sur lequel il repose. On peut même dire qu'un « droit à la bonne administration »<sup>328</sup> est en voie de formation sur le continent noir. Ce droit recouvre, entre autres, le droit à l'information, le principe du contradictoire, l'obligation de motivation des décisions individuelles défavorables, les droits de la défense.

Cette mutation du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire francophone est à inscrire dans les bouleversements politiques, économiques et sociaux qu'ont connus ces Etats au début des années 1990. Le choix de l'Etat de droit démocratique et libéral consacré au niveau constitutionnel est donc entrain d'être répercuté au plan administratif, conduisant même parfois à assimiler l'administration à une entreprise, en la soumettant au droit des affaires. Il en est ainsi, notamment lorsque son activité constitue une action de production, de distribution ou de service. Une telle évolution n'est pas sans rappeler celle qu'avait connue le droit administratif français à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au cours de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, à propos de la distinction acte d'autorité/ acte de gestion. Seuls les actes dits « d'autorité » ou de « commandement » étaient soumis au droit public, ceux dits « actes de gestion » (publique ou privée) relevaient du

droit privé<sup>329</sup>. Il n'est donc pas étonnant, dans ces conditions, que certains litiges administratifs soient susceptibles d'être soumis aux modes de règlements juridictionnels et non juridictionnels de droit privé comme l'arbitrage. Sur ce point, le système juridique des Etats africains a même devancé celui de certains Etats européens comme la France où on est encore au stade de l'interrogation sur « l'avenir de l'arbitrage en droit administratif »<sup>330</sup> et où seule une infime partie de la doctrine milite « pour un statut de l'arbitrage de droit administratif »<sup>331</sup>.

D'autre part, l'on ne saurait ne pas établir de lien entre ces nouvelles tendances du droit administratif dans cet espace géographique et la problématique du développement, même si certains auteurs pensent que « l'Afrique refuse le développement »<sup>332</sup>. En effet, les avancées dans le domaine de la démocratie, des droits et libertés et de la justice conditionnent désormais l'aide de la communauté internationale au développement, remettant ainsi au goût du jour la question du rapport entre les droits de l'homme, la démocratie et le développement économique et social<sup>333</sup>. Ainsi, la création de certaines institutions de régulation, notamment en matière économique et des libertés publiques, ou la soumission de l'administration à l'arbitrage OHADA ont-elles été « conseillées » par les bailleurs de fonds internationaux. Ce qui n'est pas nécessairement mauvais en soi ; mais, les lois

<sup>327</sup>Voir, Jouanjan (O.), dir., *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p.33-34.

<sup>328</sup> Mankou (M.), « Du principe de bonne administration au droit à la bonne administration : contribution à une problématique de la bonne administration en droit communautaire », *Cahiers de l'IREDE (CNRS)*, Université de Toulouse I, 2002, n°2, p.7-45. Le principe de bonne administration s'imposant à l'administration est ancien ; en Autriche, il remonte à une loi du 19 octobre 1889. En Espagne, on le trouve dans la *Ley de procedimiento administrativo* du 17 juillet 1958 ; en Italie, c'est l'article 97 al.1<sup>er</sup> de la constitution qui consacre le principe de *buon andamento*. En Allemagne, il apparaît dans les années 1970 (Jurgen Schwarze, *Droit administratif européen*, 1994, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, p.1237).

<sup>329</sup> Quiot (G.), *Aux origines du couple « gestion publique-gestion privée »*. Recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics, thèse de droit, Université de Nice, 1992 ; Hauriou (M.), *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, éd. Larose, 1899.

<sup>330</sup> Gaudemet (Y.), « L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français », in *Mélanges Moreau*, précité, p.165.

<sup>331</sup> Labetoulle (D.), « Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif », in *Mélanges Lachaume*, précité.

<sup>332</sup> Kabou (A.), *Et si l'Afrique refusait le développement ?*. Paris, L'Harmattan, Coll. « Point de vue », 1991.

<sup>333</sup> Lire à ce sujet, *Governance. The World's Bank Experience*, November 1994 ; Bechir Hamide (M.), *The Africa debate: democratization and conditionality*, Daar-es-Salam, 1993, dactyl., p17.

votées dans ces conditions demeurent-elles toujours l'expression de la volonté générale ? Ne sont-elles pas, matériellement, l'expression de la volonté du FMI ou de la Banque mondiale ?<sup>334</sup>.

Par ailleurs, dans un contexte où la loi n'est plus la seule source du droit, l'unique organe à pouvoir exprimer la volonté de la nation, où l'administration ne se contente plus simplement d'exécuter les lois, l'avènement d'une démocratie administrative en Afrique ne peut être accueilli qu'avec enthousiasme. D'autant que celle-ci permet de contrebalancer en quelque sorte la « bureaucratie » exaltée par Max Weber comme la quintessence de la rationalité de l'autorité<sup>335</sup>.

Mais, d'autres progrès sont nécessaires pour que l'édifice soit plus efficace. Il s'agit de développer les moyens de contrainte contre l'administration pour éviter les simples condamnations de principe, à commencer par les astreintes et les injonctions. Certes, une amélioration dans l'exécution des décisions de justice a été observée ; l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution de l'OHADA<sup>336</sup> dispose par exemple, à l'article 29 que : « L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut réquisition directe de

la force publique. La carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité ».

Mais, une telle disposition ne suffit pas puisqu'elle est fortement atténuée par l'article 30 du même Acte qui prévoit que « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité... ». L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés passe nécessairement par la reconnaissance de certains pouvoirs exorbitants au juge administratif : en ce qui concerne les astreintes, des réformes devraient permettre au juge d'assortir, même d'office, ses jugements d'obligation de faire, d'indemnités de tant de jour de retard. Elles devraient aussi lui permettre, dans certains cas au moins, de se substituer à l'administration<sup>337</sup> ou de l'inviter à procéder à l'examen d'une question dans un délai déterminé<sup>338</sup>. De telles réformes feraient que l'Afrique ne soit plus simplement regardée comme la contrée de « l'Etat ailleurs »<sup>339</sup>.

<sup>334</sup> Il en est ainsi des codes des marchés publics, du droit de la décentralisation, des différents codes, minier, forestier, d'investissement, des privatisations, etc.

<sup>335</sup> Weber (M.), *Economie et société*, 1922, trad. Paris, Plon, 1971. Voir aussi, Crozier (M.), *Le phénomène bureaucratique*, Paris, Seuil, 1963 ; Debbasch (Ch.), *L'administration au pouvoir. Fonctionnaires et politique sous la Vème République*, Calmann-Levy, 1969.

<sup>336</sup> J.O. OHADA, du 1<sup>er</sup> juin 1998, n°6, p1. ; Voir Assi-Esso, Commentaire de l'Acte, in *OHADA, Traité et Actes uniformes*, précité, p.691.

<sup>337</sup> Par exemple, permettre au juge de mettre lui-même en adjudication des travaux.

<sup>338</sup> C'est la voie suivie par la France (voir : article L.911-4 et 5 du Code de justice administrative, issu des lois du 16 juillet 1980 (sur les astreintes) et du 8 février 1995 (à propos des injonctions).

<sup>339</sup> Sindjoun (L.), *L'Etat ailleurs. Entre noyau dur et case vide*, Paris, Economica, 2002.