

L'ART D'ETRE INCONSTANT : LE JUGE FACE A LA MATIERE ADMINISTRATIVE AU SENEGAL

Abdoulaye DIEYE

*Docteur en droit public, Enseignant – chercheur
Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP)
Université Cheikh Anta DIOP (UCAD) de Dakar*

RÉSUMÉ

Le système sénégalais d'unité de juridiction à la base présente l'avantage certain lié au fait que le requérant est dispensé de la difficile question de la détermination du juge compétent. Toutefois, il laisse subsister le problème de la procédure et du droit applicables. Il ne dispense nullement de la recherche de ce qui conditionne l'appartenance d'un litige au contentieux de pleine juridiction. C'est la notion de matière administrative qui conditionne cette appartenance. Cela fait naître, chez le requérant, l'obligation de respecter une procédure spéciale qui permet de maintenir la spécificité du contentieux administratif. Il s'agit de la procédure administrative spéciale prévue à l'article 729 et suiv. du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal. La notion de matière administrative n'a pas été définie par les textes. Cet article 729, traitant de la procédure en matière administrative, dispose simplement qu'en matière administrative, toute action en justice, doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation. Le juge sénégalais était presque dans l'obligation de dégager des critères d'identification de la matière administrative.

A cet égard, la jurisprudence révèle une inconstance du juge aussi bien dans la détermination de la matière administrative (1^{ère} partie) que dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure en matière administrative (2^{ème} partie).

L'administration exerce des missions d'intérêt général qui lui permettent d'utiliser des procédés exorbitants du droit commun. Le principe de légalité impose cependant à l'autorité administrative de se conformer à la « loi ». Un droit de regard s'exerce sur elle. L'intervention de l'administration est en effet surveillée à la fois par des juridictions, des autorités politiques ou administratives¹ et, de plus en plus, par des autorités administratives indépendantes.

La surveillance par les juridictions renvoie au contentieux administratif. Celui-ci se définit comme l'ensemble des recours ouverts aux administrés, pour soumettre à un juge les litiges qui les opposent à l'administration. Il s'agit, à travers cette procédure, d'empêcher tout arbitraire administratif qui, pour G. Burdeau, est *souvent plus redoutable que l'arbitraire politique parce que se prêtant moins à ces vastes mouvements de protestations qui parviennent parfois à arrêter le législateur. L'arbitraire administratif est plus secret, plus quotidien, plus individualisé dans ses effets*². Le contentieux administratif n'est pas seulement constitué par les différends portés devant le juge. Dans son sens large et son acception étymologique, il désigne les

litiges qui peuvent naître de l'activité des administrations publiques ainsi que les procédés qui permettent de résoudre ces litiges³. C'est ce que semble dire le Doyen Vedel à travers cette expression : *la vie administrative, tout comme l'iceberg, laisse visible le huitième ou le dixième de sa masse – ce qui apparaît dans les textes ou au contentieux- et le reste est enfoui dans les abîmes de l'ordre intérieur*⁴. Pour B. Pacteau, le contentieux administratif apparaît comme constitué par *les discussions, les disputes et démêlés, en un mot, les litiges suscités par l'activité, matérielle ou juridique, des institutions administratives*⁵. Ces litiges donnent lieu parfois à un règlement non juridictionnel. Les plus importants de ces procédés sont les recours administratifs : recours gracieux (recours adressé à l'auteur même de l'acte) ; recours hiérarchique (recours adressé au supérieur de l'auteur de l'acte) et recours de tutelle (le recours adressé à une autorité dont les pouvoirs de contrôle sur l'auteur de l'acte attaqué lui permettent de faire disparaître cet acte ou d'en modifier les effets).

Les recours portés devant le juge permettent à ce dernier d'exercer un contrôle sur l'Administration, c'est-à-dire de l'obliger à

¹ Commissions parlementaires, inspections générales...

² BURDEAU (G), *Les libertés publiques*, Paris L.G.D.J, 1966, p. 74

³ AUBY (J.M), DRAGO (R), *Traité de contentieux*

administratif, Paris L.G.D.J, 1962, p. 2

⁴ VEDEL (G), Préface au traité de science administrative, Paris, Ed ; Mouton et Co., p. VII

⁵ PACTEAU (B), *Contentieux administratif*, 7^{ème} éd, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2005, p 5

respecter la règle de droit : contentieux de l'annulation autrement appelé contentieux de l'excès de pouvoir et de l'obliger à réparer le préjudice causé : contentieux de pleine juridiction. Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux par lequel tout intéressé peut demander au juge compétent d'annuler un acte administratif pour violation de la légalité. Au Sénégal, le recours pour excès de pouvoir est consacré par la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n° 2008-35 du 08 août 2008 sur la Cour suprême.

Le contentieux de pleine juridiction ou plein contentieux est un procédé de règlement des litiges administratifs portant sur la reconnaissance, l'étendue et les limites d'un droit subjectif opposant l'administration à un administré. Ce procédé est constitué pour l'essentiel du contentieux de la responsabilité publique et du contentieux des contrats. Il englobe d'autres types de litiges qui se rattachent au contentieux fiscal⁶ et au contentieux électoral⁷. A travers ce contentieux, le juge peut être

amené à obliger l'administration à réparer un préjudice qu'elle aurait causé. C'est dans ce contentieux que les pouvoirs du juge sont les plus étendus. Il peut non seulement annuler, mais aussi modifier la décision administrative⁸.

On distingue plusieurs systèmes de contrôle juridictionnel. Il y a un premier système qui consiste à soumettre à la fois le contentieux de la légalité et le contentieux de l'indemnité à un juge spécialisé, le juge administratif, indépendant du juge judiciaire de droit commun. Il s'agit du système français. Il y a le système anglo-saxon qui consiste à confier au juge judiciaire l'intégralité du contentieux administratif, ne faisant ainsi bénéficier à l'Administration d'aucune prérogative de juridiction. Ce système se retrouve, avec quelques variantes, en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis. L'opposition fondamentale existant entre le système français et le système anglo-saxon tient à des raisons essentiellement historiques⁹.

⁶ Le contentieux fiscal recouvre tous les litiges entre le contribuable et l'administration fiscale. On peut le définir comme l'ensemble des voies de droit au moyen desquels sont réglés les litiges nés de l'application par l'administration fiscale de la loi au contribuable.

⁷ Le contentieux électoral se définit comme une branche particulière du contentieux qui traite des litiges qui sont relatifs au processus électoral et qui vise notamment à vérifier la régularité externe et interne d'un tel processus.

⁸ Sur la distinction des deux types de recours, voir

S. Doumbé-Billé, "Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière", AJDA 1993.3.

⁹ En Grande-Bretagne, l'absolutisme royal des monarques catholiques n'a pu s'imposer à la bourgeoisie réformée (Bill of Rights de 1689) et donc les juridictions spéciales créées par le monarque ont été supprimées. En France, au contraire, l'absolutisme royal a triomphé sous le roi catholique Louis XIV (1638-1643-1715). Les révolutionnaires de 1789, attachés au pouvoir des autorités élues, réagissent contre ce pouvoir

Il y a enfin les systèmes mixtes qui consistent à soumettre le contentieux de la légalité au juge administratif alors que les recours en matière contractuelle et en matière quasi délictuelle relèvent du juge judiciaire. Ce système se retrouve en Allemagne, en Italie... En fait, on note plusieurs déclinaisons dans les systèmes dits mixtes. Au Sénégal par exemple, la mixité découle de la spécificité de la mise en œuvre du principe de l'unité de juridiction qui a été adopté¹⁰.

L'unité de juridiction procède de l'article 7 de la loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Les Tribunaux de Grande Instance¹¹ sont juges de droit commun en première instance en toute matière sous réserve des compétences d'attribution en premier et dernier ressort de la Cour suprême, des Cours d'appel, et en premier ressort des tribunaux du travail, des tribunaux d'instance et des organismes administratifs à caractère juridictionnel. Parmi les

compétences d'attribution en premier et dernier ressort de la Cour suprême, il y a le contentieux de l'excès de pouvoir des autorités administratives ainsi que de la légalité des actes des collectivités territoriales¹².

Le choix de l'unité de juridiction présente des avantages certains liés au fait que le requérant est dispensé de la difficile question de la détermination du juge compétent. Toutefois, le modèle laisse subsister le problème de la procédure à suivre et du droit applicable¹³.

Dans un système de dualité de juridiction comme en France, les juridictions se divisent en deux grandes catégories : d'un côté, des juridictions judiciaires, qui tranchent les litiges entre personnes privées, ou ceux opposant l'État aux personnes privées dans le domaine pénal ; de l'autre, des juridictions administratives, qui jugent les affaires opposant les administrations aux administrés, ou encore différentes

judiciaire. Ils développent une approche originale de la séparation des pouvoirs, qui implique la séparation des autorités administratives et judiciaires. Deux textes consacrent la séparation des autorités administratives et judiciaires. Il s'agit de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III (*c'est-à-dire du 2 septembre 1795*).

¹⁰ Voir B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse d'Etat, Orléans, 1983, 426 p.

¹¹ Avec la loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n°84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire, les juridictions de base changent de dénomination. Aux termes de l'article 4 de ladite loi, les tribunaux régionaux et les tribunaux départementaux sont

remplacés respectivement par les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance. L'Organisation judiciaire comprend ainsi: la Cour suprême; les cours d'Appel; les tribunaux de grande instance ; les tribunaux de travail ; les tribunaux d'instance (art 5). Ces juridictions connaissent de toutes affaires civiles, commerciales ou pénales, des différends du travail et de l'ensemble du contentieux administratif.

¹² Article 2 al 2 de la loi n°2017-09 du 17 janvier 2017 abrogeant et remplaçant la loi organique n°2008-35 du 8 août 2008, J.O.R.S du 18 janvier 2017, p. 47

¹³ Voir P. Lampué, «La justice administrative dans les Etats de l'Afrique francophone », RIPIC, 1965, p.3.

personnes publiques entre elles¹⁴. Le système français trouve sa raison d'être dans l'histoire. En effet, l'autonomie de la juridiction administrative trouve ses origines dans l'Ancien Régime, à l'époque où le roi tentait d'affirmer son autorité face au pouvoir judiciaire des parlements provinciaux. Les révolutionnaires se méfiaient de la Justice considérée comme un attribut royal. Ils ont gardé le souvenir des parlements d'Ancien Régime très réticents aux tentatives de réforme. Ils développèrent alors une approche originale de la séparation des pouvoirs, qui implique la séparation des autorités administratives et judiciaires. L'activité administrative considérée comme dépendante du pouvoir exécutif se devait donc d'être distinguée de la fonction judiciaire. Cette conception

trouve sa traduction dans la loi des 16 et 24 août 1790¹⁵. Le respect très relatif du texte obligea les pouvoirs publics à rappeler la règle dans le décret du 16 fructidor an III¹⁶. La mise en œuvre de ces textes déboucha sur un paradoxe. Celui-ci réside dans le fait qu'ils ont posé une règle qui interdit sans proposer une solution palliative. Interdiction a été faite aux tribunaux judiciaires de connaître les litiges intéressant l'administration mais aucune juridiction ne les connaissait. De tels litiges sont alors dévolus à l'administration elle-même devant l'absence d'un « juge administratif ». Le Conseil d'Etat ne devint un « vrai juge » qu'avec la loi du 24 mai 1872 faisant passer la France d'un système

¹⁴ Voir L. Fougère, « 1790-1990 : deux siècles de dualisme juridictionnel », AJDA, 1990, p. 579 ; F. Terré, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », AJDA, 1990, p. 595.

¹⁵Article 13 :«Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Explication : Cette loi adresse une double interdiction aux juges :

1- Interdiction de trancher les litiges concernant l'administration parce qu'ils pourraient troubler, c'est-à-dire gêner, l'action de l'administration;
2- Interdiction de juger les agents de l'administration qui seraient poursuivis devant eux pour des faits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateurs.

Il s'agissait bien sûr des juges judiciaires, car il n'y avait pas encore de juges administratifs.

Les juges judiciaires vont désobéir à cette loi des 16-24 août 1790 et continuer à juger l'administration.

¹⁶ Décret du 16 fructidor an III (c'est-à-dire du 2 septembre 1795), intitulé décret qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration, et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard :

Article unique

« La Convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toutes procédures et jugements intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor public.

Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 frimaire dernier.

de « justice retenue »¹⁷ à un système de « justice déléguée »¹⁸. L'arrêt Blanco¹⁹ permet d'asseoir définitivement la compétence du juge administratif et de consacrer l'autonomie du droit administratif²⁰. C'est dire qu'en France, l'existence d'une juridiction spécialisée et l'existence d'un droit autonome constituent les traits distinctifs du contentieux administratif. N'empêche que s'est posée la question du critère justifiant la compétence du juge administratif²¹.

Le système sénégalais d'unité de juridiction fait certes l'économie de la détermination du juge compétent mais il ne dispense nullement de la recherche de ce qui conditionne l'appartenance d'un litige au contentieux de pleine juridiction. Cette appartenance fait naître, chez le requérant, l'obligation de respecter une procédure spéciale qui permet de maintenir la spécificité du contentieux administratif.²²

C'est la notion de matière administrative qui conditionne cette appartenance. Celle-ci n'ayant pas été définie par les textes, le juge a été amené à dégager des critères d'identification de la matière administrative. L'attitude du juge, a-t-elle permis de combler les carences liées à l'absence de définition légale de la matière administrative et surtout de stabiliser les principes généraux régissant la procédure administrative contentieuse ?

Cette question trouve son intérêt dans le fait qu'il a toujours été déploré la faiblesse du pouvoir normatif du juge sénégalais, conséquence du caractère écrit du droit administratif sénégalais. Le pouvoir normatif est le pouvoir d'édicter des normes, des règles générales de droit ou des décisions qui créent des droits ou des obligations pour ceux à qui elles sont destinées.

A cet égard, la jurisprudence révèle une inconstance du juge aussi bien dans la

¹⁷ La justice était dite retenue parce que le Conseil d'État dont la création était prévue à l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII n'avait pas la prérogative pleine et entière de juger. Il était chargé à la fois de préparer les textes du gouvernement et de proposer au chef de l'État une solution pour le règlement des litiges s'élevant en matière administrative. C'est le chef de l'État qui prend la décision. Cette Constitution a été adoptée le 3 décembre 1799, promulguée en février 1800, mise en vigueur le 25 décembre 1799 (soit avant sa promulgation à cause de l'urgence) et abrogée en 1802.

¹⁸ L'article 9 de la loi du 24 mai 1872 dispose : « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir ». Désormais, le Conseil d'État est un juge statuant au nom du peuple français, et non plus l'auxiliaire du gouvernement dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique.

¹⁹ TC, 8 février 1873, Blanco, Rec. Lebon n° 00012, p 61 ; Dalloz, 1873.3.17.

²⁰ Voir J. Rivero, « Le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974, p. 701.

²¹ Initialement, le critère de l'organe (personne publique) justifiait la compétence du juge administratif. A vrai dire, le critère organique et le critère matériel se confondaient, puisque les personnes publiques –et elles seules- avaient des activités administratives. Mais la dissociation rapide entre la nature de l'organe et la nature de l'activité a conduit la doctrine à se focaliser sur la recherche d'un critère matériel.

²² Il s'agit de la procédure administrative spéciale prévue à l'article 729 et suiv. du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal (voir infra).

détermination de la matière administrative (I) que dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure en matière administrative (II).

I- Une inconstance dans la détermination de la matière administrative

Pour définir et donner un contenu à la matière administrative, le juge sénégalais a tantôt utilisé le critère matériel (A), tantôt le critère organique (B).

A- Le critère matériel de la matière administrative

Dans le modèle sénégalais de l'unité de juridiction à la base, c'est la notion de matière administrative qui permet d'avoir la réponse, non pas sur le juge compétent, mais sur la procédure à suivre en matière de contentieux de pleine juridiction. La recevabilité de l'action du requérant est liée au respect de cette procédure.

1- Le critère initial utilisé par le juge

Le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal, en ses articles 729 et suivants,

traite de la procédure en matière administrative sans dégager clairement le champ d'application²³. Le législateur rattache pourtant à cette matière administrative une procédure dont le non-respect est sanctionné par l'irrecevabilité de l'action du requérant. Puisque la fonction du juge ne consiste pas seulement à régler les cas d'espèce mais aussi, chaque fois que c'est nécessaire, de déterminer les règles auxquelles doit obéir l'action administrative, le juge sénégalais a mis en œuvre son pouvoir normatif afin de donner un contenu à la matière administrative. L'on sait que droit administratif n'a pu se développer en France que parce que les juridictions administratives ont, devant la carence du législateur, déterminé elles-mêmes ses notions fondamentales et ses principes déterminants. Ces juridictions administratives ont progressivement forgé un corps de règles spécifiques applicables à l'administration en interprétant les lois existantes. C'est dans ces conditions qu'elles vont déterminer le régime de l'action administrative, le régime général de la responsabilité publique, le régime des contrats administratifs, etc. C'est dire que la juridiction administrative a été instituée principalement pour exercer une fonction contentieuse consistant à trancher les litiges

²³ L'article 729 du code de procédure civile administrative traitant de la procédure en matière administrative, dispose simplement que toute

action en justice, doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation...

auxquels l'administration est partie mais cette fonction première ne peut éclipser les autres fonctions²⁴, en particuliers la fonction normative. Au contraire de ce qui constitue le principe en France en droit administratif²⁵, cette fonction passe très largement au second rang en Afrique en général et au Sénégal en particulier. En effet, les efforts faits dans le sens de donner au droit administratif africain une relative spécificité sont observables, de prime abord, dans le domaine de la codification²⁶. Contrairement au modèle français, le droit administratif africain est un droit essentiellement écrit. Cela découle d'une option de politique juridique en rapport avec le contexte africain. Au Sénégal, des

lois fixent les principes qui s'appliquent et par conséquent laissent moins de place au juge²⁷. En dépit de cette œuvre de codification, des ambiguïtés, carences ou insuffisances comme celles notées au niveau de l'article 729 du Code de Procédure Civile peuvent amener le juge à interpréter ou donner un contenu à une notion pas suffisamment clarifiée par le législateur²⁸. En dépit de ce qu'en a dit le penseur politique Montesquieu pour qui *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*²⁹, celui-ci est devenu, pour reprendre l'expression du Professeur Belaïd, *le législateur des lacunes du*

²⁴ Fonction de contrôle, fonction de régulation politique...

²⁵ Encore que le caractère jurisprudentiel du droit administratif est même, aujourd'hui, limité par l'œuvre de codification constatée en France. Voir par exemple en matière d'organisation administrative, la loi du 2 mars 1982 (relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) ou le statut de la fonction publique (le statut général des fonctionnaires dépend de quatre lois formant chacune l'un des titres de ce statut : Titre I : Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; Titre II : Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; Titre III : Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; Titre IV : Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière). La codification du droit est vivement encouragée par le Conseil constitutionnel qui se réfère, à travers sa décision du 26 juin 2003, au principe de clarté de la loi qui fonde l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le juge constitutionnel encourage le gouvernement à simplifier le droit et à poursuivre sa codification.

²⁶ Au Sénégal, ils sont également observables à travers l'adoption du système d'unité de juridiction c'est-à-dire qu'il n'existe (sauf au sommet) qu'un seul ordre de juridiction avec les mêmes juges qui sont compétents aussi bien en matière administrative qu'en matière judiciaire mais aussi à travers l'existence de règles de fond différentes de celles du droit français. Il en est ainsi des règles du droit de la famille ou de la législation foncière en droit sénégalais qui sont différentes du droit français.

²⁷ Il faut noter l'existence d'un code des obligations de l'administration (loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 modifié) qui codifie, pour l'essentiel, la jurisprudence française en matière de contrat et de responsabilité ; d'un statut général des fonctionnaires (loi n°61-33 du 15 juin 1961) ; d'un code du domaine de l'Etat (loi n°76-66 du 2 juillet 1976) ; d'un code général des collectivités territoriales (loi n°2013-10 du 28 décembre 2013)...

²⁸ Voir G. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in Etudes Scelle, Tome 2, p.162 ; Ph. Raynaud, *La loi et la jurisprudence, des Lumières à la révolution française*, APD, 1985, Tome 30, *La jurisprudence*, p.61.

²⁹ *De l'Esprit des lois*, 1748 Cité par Ph. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p.174.

*droit*³⁰. Là où le droit est silencieux, obscur ou insuffisant, *il est quand même de l'office du juge de trancher le litige qui lui est soumis. Dans ce cadre, il apparaît comme le titulaire d'un pouvoir normatif car de l'obligation qui lui est faite de juger, naît une règle de droit*³¹. L'article 4 du Code civil, qui dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* », est un élément de légitimation du pouvoir normatif de la jurisprudence³².

Toute la question est ici de savoir dans quelle mesure la règle de droit est insuffisante pour légitimer l'intervention du juge. Il n'est pas contestable qu'en traitant de la procédure en matière administrative et en l'assortissant d'une obligation procédurale sans dire en quoi elle consiste, le « législateur » sénégalais a ouvert le boulevard de l'interprétation au juge. Sa tâche ne peut pas consister, dans

cette hypothèse, en une application mécanique de la loi. Il lui faut dire quand est-ce que l'on est dans la matière administrative ? Le juge sénégalais a estimé, dans un premier temps à travers l'affaire Abdourahmane Ndoye, que la matière administrative est circonscrite aux litiges soulevant des problèmes spécifiques de droit administratif. Autrement dit, si le droit applicable au litige est le droit public, l'action du requérant doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation aux termes de l'article 39³³. Le silence gardé plus de quatre mois par l'autorité saisie vaut décision de rejet³⁴. Dans l'affaire Abdourahmane Ndoye (Tribunal de Première Instance de Dakar du 23 mai 1970)³⁵, le requérant avait introduit une demande en responsabilité fondée sur un moyen divisé en deux branches. La première branche était fondée sur l'article 146 du Code des

³⁰ BELAÏD (S), « Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, p. 955

³¹ BELAÏD (S), *op. cit.*, p.311

³² Patrick Morvan, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 2001-1, p. 105.

³³ L'assignation doit, à peine d'irrecevabilité, être servie dans le délai de deux mois qui suit, soit l'avis donné de la décision, de l'administration, soit l'expiration du délai de quatre mois valant décision implicite de rejet. Elle doit, à peine de nullité, viser la réponse implicite ou explicite donnée par l'administration à la demande préalable.

³⁴ La loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour Suprême distingue désormais le silence gardé par l'administration sur un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique et celui gardé par l'administration sur une réclamation. Dans le premier cas, il vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (art 74-1 al 4). Dans le deuxième cas, c'est au bout de deux mois qu'il vaut décision de rejet (art 74-1 al 2).

³⁵ *Annales africaines* 1973, p. 243 obs. A. Bockel). Les faits : L'élève Rokhaya Ndoye fut « grièvement blessée au poignet droit par le bris d'un carreau de la porte de la salle dans laquelle elle venait de déposer son cartable, et dont elle sortait pour aller dans la cour en attendant l'heure de la reprise des classes.

Obligations de l'Administration-COA- (responsabilité des membres de l'enseignement du fait d'un dommage causé aux enfants sous leur surveillance)³⁶. Elle sera rejetée par le juge au motif qu'elle soulève des questions relevant du droit privé. La seconde branche visait le mauvais entretien et le délabrement des portes et se fondait sur l'article 137 du Code des Obligations Civiles et Commerciales – COCC³⁷. Le juge estime, à propos de la deuxième branche de la requête, que *tant en ce qui concerne le mauvais entretien des bâtiments que l'organisation défectueuse du service..., la responsabilité de l'Etat ne peut être recherchée qu'au titre du contentieux administratif*. Il déclare ainsi clairement que la requête, soulevant dans sa seconde branche des problèmes relevant du droit administratif, ne pouvait être introduite qu'en respectant les règles spéciales de procédure prévues en matière

administrative. Autrement dit, l'action du demandeur doit nécessairement être précédée d'une demande administrative spéciale introduite dans les délais³⁸. Pour le juge, la matière administrative est circonscrite aux litiges soulevant des problèmes spécifiques de droit administratif. Il établit une liaison directe entre la procédure prévue par les articles 729 et s. du CPC et le droit applicable. Cette approche matérielle reste le premier critère utilisé par le juge sénégalais. Il a prévalu pendant plusieurs années amenant la doctrine à parler d'âge d'or de la matière administrative³⁹.

Pour le Doyen Bockel, la conception matérielle renvoie à la *partie du régime juridique de l'administration qui se caractérise par un double trait : application de règles particulières relevant du droit public, mais aussi, rattachement en cas de litige, au contentieux administratif*⁴⁰.

³⁶³⁶ Cette responsabilité est prévue par l'article 146 du COA qui pose deux conditions : l'existence de dommages subis ou causés par les élèves, dommages pouvant avoir été subis par les élèves du fait d'autres élèves (CS, 28 mai 1980, Demba Baidy GAYE, RIPAS n° 9, janvier-mars 1984, pp. 37-38), de l'enseignant (TPI de Dakar, 28 novembre 1970, Babacar GUEYE A.A. 1973, p. 247.), de la victime elle-même ou de l'action des tiers. Ils peuvent également avoir été causés par les élèves à d'autres élèves, à des tiers, ou aux membres de l'enseignement ; des élèves sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public. Pour que la responsabilité de l'Etat se substitue à celle des membres de l'enseignement public, il est nécessaire que le dommages ait été subi ou causé par les élèves pendant que ces derniers se trouvaient sous la

surveillance d'un membre de l'enseignement public. Selon le législateur, la réparation ne peut être demandée qu'à l'Etat (selon la procédure civile en vue de l'application du droit privé, précise le juge dans l'affaire Abdourahmane Ndoye).

³⁷ Loi 1963-62 du 10 juillet 1963 portant Code des obligations civiles et commerciales, modifiée

³⁸ Une demande administrative spéciale avait été bel et bien introduite mais en dehors du délai légal.

³⁹ NGAIDE (M), « La notion de matière administrative : évolution de la jurisprudence sénégalaise », Revue de l'Association sénégalaise de droit pénal, 1997-1998, numéros 5-6-7-8, p. 154.

⁴⁰ Bockel (A), « Sur la difficile gestation d'un droit administratif sénégalais. Brèves réflexions à partir de quelques cas rendus en plein contentieux », Annales africaines 1973, p. 138.

L'approche matérielle correspond à une conception restrictive de la matière administrative. Elle a été très largement contestée. Pour Nd. M. DIAGNE, *définir la matière administrative en considération de l'application du droit administratif au litige comme le fait le juge sénégalais, revient à lier deux questions logiquement différentes. Il s'agit de la procédure et du fond...elle complique la tâche du plaideur qui veut exercer son droit de recours*⁴¹.

Le juge sénégalais a fait application du critère matériel dans plusieurs autres affaires : TPI Dakar 17 mai 1969, Sté Bernabé c/ Etat du Sénégal⁴² ; CA, 20 mai 1977 Mor Tall⁴³ ; CA, 18 février 1983, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo⁴⁴ ; TPI Dakar, 9 mai 1984, Samba Douckel Ka⁴⁵... Il estima dans l'affaire Sté Bernabé, que *l'action intentée contre l'Etat à la suite d'un abus d'autorité commis par un agent*

public... ne pouvait relever que des dispositions du COA.

Dans l'affaire Mor Tall, le juge considère qu'un litige causé par un véhicule automobile, dès l'instant qu'il résultait d'un fonctionnement défectueux du service public, relevait, par conséquent, du contentieux administratif. Il revenait ainsi sur le jugement du TPI du 4 mai 1977 qui prônait l'applicabilité du droit privé⁴⁶.

Dans l'affaire Héritiers Abdou Lo, le juge d'instance⁴⁷ a déclaré l'action des requérants recevable sur le fondement des articles 118, 119 et 137 du COCC⁴⁸. La CA reviendra sur cette décision en estimant que le droit applicable n'était pas le droit privé car *le préjudice causé aux demandeurs résulte d'une action de police des douaniers en service commandé, d'où la responsabilité de la puissance publique.* Pour le juge, il ne s'agissait pas d'un *dommage causé par un véhicule administratif, réparable selon les principes de droit commun ...*⁴⁹ (mais), étant en

⁴¹ DIAGNE, (Nd. M). *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif français*, thèse de Doctorat d'Etat, 1995, pp. 30-31

⁴² TPI, 17 mai 1969, Bernabé, Annales africaines, 1975, p. 55

⁴³ CA, 20 mai 1977 Mor Tall, Annales africaines, 1977, p. 30

⁴⁴ CA, 18 février 1983, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, EDJA, juillet-août 1987, p. 12

⁴⁵ TPI Dakar, 9 mai 1984, Samba Douckel Ka, inédit

⁴⁶ TPI de Thiès, 4 mai 1976, Mor TALL et autres, inédit. Ayant considéré que l'obus qui a éclaté et causé l'accident appartenait à la puissance publique, le juge fit application de l'article 137 du COCC aux termes duquel toute personne est responsable du

dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise.

⁴⁷ TPI, 11 mai 1982, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, inédit

⁴⁸ ARTICLE 118 : Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui.

ARTICLE 119 : La faute est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit.

ARTICLE 137 : Toute personne est responsable du dommage causé par le fait de l'animal ou de la chose dont elle a la maîtrise.

⁴⁹ Aux termes de l'article 147 du COA, le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration est

*matière administrative, la demande devait nécessairement respecter la procédure spéciale*⁵⁰.

Le juge circonscrit ainsi la matière administrative en la mettant en rapport avec le droit applicable.

M. Ngaidé a raison de dire, qu'en adoptant le système de l'unité de juridictions, le législateur avait certainement en vue la simplification du contentieux administratif. Dans la réalité, il en a été tout autrement pendant plusieurs années⁵¹. En effet, le critère matériel comporte un certain nombre de limites.

2- Les limites de la conception matérielle

Selon la conception matérielle, la matière administrative regroupe l'ensemble des litiges dont la solution doit être trouvée dans l'application des règles du droit administratif. Le critère matériel comporte un certain nombre de limites assimilables à des contraintes aussi bien pour le requérant

que pour le juge. Il met surtout, hors du champ de la matière administrative, un nombre important de litiges dans lesquels l'administration est pourtant partie.

Pour le requérant, la recherche du droit applicable constitue une difficulté majeure avec les risques d'erreurs, source d'irrecevabilité. Ce n'est que quand le droit applicable est le droit public que le respect de la procédure s'impose. Sur le requérant, est reportée la tâche de chercher à connaître le droit applicable. Une erreur dans ce domaine l'expose, comme le note Babacar Kanté, à une sanction ... très sévère : c'est le rejet pur et simple pour irrecevabilité du recours. Ce rejet est motivé tantôt par le défaut de recours administratif préalable, tantôt par la forclusion du requérant⁵².

Pour le juge, ces contraintes se situent au niveau de la nécessaire recherche du droit applicable avant la décision sur la recevabilité. Cette contrainte explique certainement les difficultés du juge

régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux.

⁵⁰ Les faits : un automobiliste avait refusé d'obtempérer à l'ordre des douaniers de s'arrêter. Pensant qu'il s'agissait de contrebandiers, ils tirèrent sur le véhicule en visant les pneus. La voiture perdit son équilibre et se renversa, occasionnant des blessures puis le décès du conducteur. La Cour d'Appel de Dakar, revenant sur la décision d'instance a jugé, qu'il "ne s'agissait pas d'un dommage causé par un véhicule, réparable selon les principes du droit commun en vertu de l'article 147 du COA" mais, d'une action "qui ne saurait prospérer que sur

le fondement de la responsabilité de la puissance publique telle que définie par les articles 142 et 145 du COA". Aux termes de l'article 142, les tiers et les usagers ont droit à la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public. Dans l'article 145, il est question de la faute commise par un agent public à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui doit engager la responsabilité personnelle de son auteur, si elle est détachable du service public.

⁵¹ NGAIDE, (M), op. cit. p. 164

⁵² KANTE, (B), *Unité de juridiction et droit administratif: l'exemple du Sénégal*, Thèse de Doctorat d'Etat, 1983, p 253.

d'instance dans certaines affaires qui a été contredit par le juge d'appel : TPI du 4 mai 1977 Mor Tall; TPI, 11 mai 1982, Héritiers Abdou Lo ...

En ce qui concerne la restriction du champ de la matière administrative et le fait d'en extirper des litiges mettant en cause l'administrative, il suffit de se référer aux deux cas de régimes particuliers de responsabilité administrative institué par le Code des Obligations de l'Administration pour en percevoir la portée. Il s'agit respectivement de la responsabilité des membres de l'enseignement public et de la responsabilité du fait des véhicules administratifs. Ils constituent des régimes particuliers car ils dérogent au régime général de la responsabilité, par leur soumission, notamment, au droit privé⁵³.

En ce qui concerne la responsabilité des membres de l'enseignement public, elle est prévue par l'article 146 du COA avec deux conditions devant être réunies pour engager la responsabilité publique : un élément matériel (l'existence de dommages subis ou causés par les élèves) et un élément

temporel (des élèves sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public). Le cas échéant, la réparation est demandée à l'Etat selon la procédure civile en vue de l'application du droit privé⁵⁴. Les dommages peuvent avoir été subis par les élèves du fait d'autres élèves⁵⁵, de l'enseignant⁵⁶, de la victime elle-même ou de l'action des tiers. Ils peuvent également avoir été causés par les élèves à d'autres élèves, à des tiers, ou aux membres de l'enseignement.

Pour que la responsabilité de l'Etat se substitue à celle des membres de l'enseignement public, il est nécessaire que le dommage ait été subi ou causé par les élèves pendant que ces derniers se trouvaient sous la surveillance d'un membre de l'enseignement public. Il ressort de la jurisprudence Abdourahmane Ndoye (TPI 23 mai 1970), que les périodes où aucune surveillance n'est organisée sont exclues notamment en dehors des heures de surveillance ou lorsque l'élève se trouve en dehors de l'école. Dans l'affaire Mouskeba Camara (CA de Dakar, 03 septembre 2015), le juge a considéré que le viol dans la

⁵³ Ces régimes sont inspirés des lois françaises du 5 avril 1937 (membres de l'enseignement public) et du 31 décembre 1957 (véhicules administratifs).

⁵⁴ TPI, 23 mai 1970, Abdourahmane Ndoye

⁵⁵ CS, 28 mai 1980, Demba Baidy GAYE

⁵⁶ TPI, 28 novembre 1970, Babacar GUEYE, A.A 1973 p. 247. La jurisprudence Seynabou DIOP WADE (TRHC de DAKAR, 15 juillet 2014) laisse croire que par « enseignant », il faut entendre « personnel d'encadrement ». Dans cette affaire, le

surveillant général d'un Collège d'enseignement moyen –CEM a été déclaré coupable de viol suivi de grossesse sur une élève alors que cette dernière était mineure scolarisée au niveau dudit établissement. Pour le juge, les faits de la cause ne peuvent être détachés du service public de l'enseignement en ce sens que sans la qualité de surveillant Général du CEM et l'usage du bureau situé dans le collège, le coupable n'aurait jamais pu commettre son forfait.

demeure familiale, d'un enfant revenant de l'école ne peut entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État.

S'agissant de la responsabilité du fait des véhicules administratifs, l'article 147 du COA, dispose clairement que «le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration est régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux.

Le législateur sénégalais, pour avoir utilisé à l'article 147 du COA l'expression *véhicule ou moyen de transport utilisé par l'Administration*, a ouvert la voie à l'adoption d'une conception extensive de la notion de véhicule. C'est ainsi que pour le juge sénégalais, il peut s'agir d'automobiles, de motocyclettes, d'un avion⁵⁷, ou même d'un cheval de la garde présidentielle (TPI de Dakar, 8 décembre 1980 Dame Niama Cissé). Selon le juge, il peut s'agir de tout moyen de transport pouvant se mouvoir par le moyen d'un dispositif propre, utilisé par

l'Administration qui peut en être le propriétaire ou simplement en avoir l'usage ou la maîtrise. Pourtant, il se refuse à qualifier le bac de véhicule : TPI 8 août 1968, IART La Paternelle Providence : le juge considère qu'il ne s'agissait pas d'un véhicule au sens de l'article 147 COA mais que le dommage causé par le bac, résulte d'un fonctionnement défectueux du service public.

Aux termes de l'article 147 du COA al 2 et 3, l'action est dirigée contre l'auteur du dommage mais la responsabilité de l'Administration est substituée, à l'égard des tiers, à celle de l'agent agissant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions...» cf. CS 8 juin 1968 Abdoulaye GUEYE c/ Mairie de Dakar⁵⁸. Dans l'affaire Mame Fatou BA (TRHC de Dakar, 13 février 1991), la responsabilité de l'Etat a été engagée pour le dommage causé à une victime à bord d'un véhicule administratif circulant la nuit et en dépit du fait qu'elle voyageait à titre gratuit⁵⁹. A l'alinéa premier de l'article précité, il est bien précisé que le droit à réparation des dommages causés par un véhicule ou

⁵⁷ TPI de Dakar, 12 février 1977, Cheikhou DIENG et autres

⁵⁸ CS 8 juin 1968 Abdoulaye GUEYE : « *Attendu que la responsabilité de la puissance publique est soumise, dans ce cas aux principes régissant la responsabilité en droit civil, d'après lesquels le commettant doit répondre des dommages causés par la faute de son agent aussi bien dans l'exercice même de la fonction qu'en cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice de la fonction suffit à rendre le commettant*

responsable, solution qu'a du reste maintenu l'article 146 du COCC »

⁵⁹ Un véhicule de marque Nissan non encore immatriculé appartenant à l'Etat du Sénégal et conduit par El hadj Sarr, qui circulait de nuit sur la route national 1 Fatick-Kaolack a dérapé et fait plusieurs tonneaux avant de se coucher sur son flanc gauche. La dame Mame Fatou BA s'y trouvait. Elle voyageait à titre gratuit et fut blessée au cours de l'accident.

moyen de transport utilisé par l'Administration est régi par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des animaux. C'est dire que la responsabilité de l'agent doit être établie suivant les règles du droit civil⁶⁰.

Finale­ment, Nd. M. DIAGNE a raison de dire que, *ni le juge, ni l'administration, ni les particuliers ne sont à l'abri de malades susceptibles d'obscurcir la distinction entre matière administrative et matière civile*⁶¹.

L'affaire Abdourahmane Ndo­ye (TPI de Dakar du 23 mai 1970) apparaît comme le point de départ de la liaison droit applicable-pro­cédure spéciale (s'il s'agit du Droit Public). Un an auparavant, la même juridiction après avoir dégagé dans l'affaire Sékou Badio (1^{er} mars 1969)⁶² que le litige en question devait être résolu sur la base du droit public, n'avait pas exigé le respect de la procédure spéciale car l'Etat n'avait *fait aucune observation sur l'absence de requête gracieuse*⁶³.

L'inconstance du juge sera surtout perceptible avec l'adoption quelques années plus tard de la conception organique pour déterminer la matière administrative.

B- La conception organique de la matière administrative

Le critère organique en droit administratif est un instrument de qualification juridique qui repose sur la présence d'une personne publique dans un rapport de droit. Il trouve ses origines à la fin du XIX^{ème} siècle dans *la subjectivisation des droits de puissance publique dont l'Etat est investi et l'admission de la distinction entre les personnes publiques et les personnes privées*⁶⁴. Confondu avec le critère du service public au début du XX^{ème} siècle, le critère organique acquiert son autonomie à l'heure de la crise de la notion juridique de service public.

Une certaine logique s'attache à ce critère (1) qui présente, dans la définition de la matière administrative au Sénégal, certaines contraintes (2).

⁶⁰ Articles 118, 136 et 146 du Code des Obligations Civiles et Commerciales.

Article 118 : Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui.

Article 136 : L'obligation de réparer le dommage pèse solidairement sur tous ceux qui ont contribué à le causer

Article 146 : Les commettants, ou patrons, répondent des dommages causés par une personne soumise à leur autorité, lorsque celle-ci encourt dans l'exercice de ses fonctions une responsabilité à l'égard d'autrui. Les personnes agissant pour le

compte d'une personne morale engagent dans les mêmes conditions la responsabilité de celle-ci.

⁶¹ DIAGNE, (Nd. M). *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, thèse de Doctorat d'Etat, 1995, p. 35

⁶² *Annales Africaines*, 1973, p. 232.

⁶³ Voir D. SY, *Droit administratif*, 2^e édition, CREDILA, 2014, p 133.

⁶⁴ Voir Paul-Maxence Murgue-Varoquier, *Le critère organique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2018, 780 p

1- La logique du critère organique en droit administratif

Le critère organique, qui témoigne de la logique institutionnelle à laquelle le droit administratif est attaché, sert de support à la construction des notions-cadres de ce droit. Il a été utilisé aussi bien pour l'identification de l'acte administratif unilatéral que pour le contrat administratif mais aussi pour la définition du domaine public...S'agissant par exemple du contrat administratif, en dehors des contrats administratifs par détermination de la loi qui résultent d'une volonté manifeste du législateur⁶⁵d'attribuer la qualification administrative à certaines catégories de contrats, le contrat administratif peut résulter de la réunion de deux conditions dont l'une renvoie à la présence d'une personne morale de droit public. Il faut noter qu'il n'y a plus une coïncidence entre

phénomène administratif et personnes de droit public⁶⁶mais, jusqu'à la fin du XIXe siècle, c'est la référence à la notion de puissance publique⁶⁷ qui fonde le régime administratif. L'Etat, disait-on, est une personne morale dotée d'une qualité particulière : la souveraineté ou puissance publique ; ses rapports avec les particuliers sont des rapports entre personnes inégales⁶⁸. Il est vrai que l'Etat n'agissait pas toujours en qualité de puissance publique. C'est ce que formula ainsi M. Laferrière : « *Une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part elle est chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et de son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux qu'on appelle actes de gestion. D'un autre côté l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du*

⁶⁵ Il peut s'agir de ou de l'autorité réglementaire. Au Sénégal, les marchés publics, les conventions de délégation de service et les contrats de partenariat constituent des contrats administratifs aux termes des dispositions de l'article 10 nouveau de la loi n°2006-16 modifiant la loi n°65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO du 05 août 1965.

⁶⁶ En outre, depuis les arrêts du Conseil d'Etat français Etablissements Vezia en 1935, Caisse primaire aide et protection en 1938, Monpeurt en 1942, Magnier en 1961..., la structure du droit administratif révèle une forte implication des personnes morales de droit privé dans la gestion des services publics emportant l'usage de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, certaines personnes morales de droit privé peuvent exercer des missions d'intérêt général.

⁶⁷ La doctrine de la puissance publique, développée par Maurice Hauriou (1856-1929) cherche à fonder l'exorbitance du droit administratif. Il la définit comme « une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations ». Voir *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, P. Larose, 1900-1901, p. 227-237.

Pour cette école, le fondement de cette spécificité du droit administratif est que l'administration dispose de prérogatives de puissance publique, moyens de contrainte dont les particuliers n'ont pas la disposition dans leurs rapports sociaux. L'administration a ainsi le monopole de la contrainte.

⁶⁸ Voir Y. Gaudemet, *Le Droit administratif*, 22^e édition, LGDJ, 2018, p.40

pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, de régler la marche des services publics, de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police»⁶⁹.

A partir de la 1^{ère} guerre mondiale, on nota une évolution dans la structure et les fonctions de l'administration avec l'apparition des services de l'administration dont l'objet est économique. Le juge fut confronté à la question de la place du critère organique. Fallait-il s'en tenir au caractère privé de l'auteur ou aux fonctions administratives remplies par des personnes privées. Le Tribunal des conflits reconnut le 22 janvier 1921 à travers l'affaire Société Commerciale de l'Ouest Africain, communément appelée du *bac d'Eloka*⁷⁰ l'existence de services publics industriels et commerciaux. Le Conseil d'Etat en fit de même dans son arrêt Société Générale

d'Armement du 23 décembre 1921⁷¹. Ces services, de plus en plus nombreux, fonctionnent dans des conditions comparables à des entreprises privées, c'est-à-dire sans l'emploi de procédés de puissance publique.

Les arrêts Etablissements Vezia⁷², en 1935, Caisse Primaire Aide et Protection⁷³ en 1938, Montpeurt⁷⁴ en 1942, Magnier⁷⁵ en 1961... confirment la modification de la structure du droit administratif avec une forte implication des personnes morales de droit privé dans la gestion des services publics emportant l'usage de prérogatives de puissance publique. Autrement dit, certaines personnes morales de droit privé peuvent exercer des missions d'intérêt général avec tout ce que cela comporte comme conséquences.

⁶⁹ Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2^e édit., 1896, p. 6, cité par Léon Duguit, in *Les transformations du droit public*, Revue générale du droit, 1913, Chapitre 5, manuel publié dans le site de la Chaire de droit public français de l'Université de la SARRE

⁷⁰ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, Rec. 91, GAJA 16^e éd, n° 37, p. 230

⁷¹ CE, 23 décembre 1921, Société générale d'armement, Rec. 333

⁷² CE 20 décembre 1935, Société des Etablissements Vézia. Un décret en date du 9 novembre 1933, a conféré à la colonie le droit d'acquérir par la voie de l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans l'intérêt des sociétés indigènes de prévoyance en Afrique occidentale française, les immeubles nécessaires à leur fonctionnement. Une SA, *Les Etablissements Vézia*, dont le siège social est à Dakar [Sénégal] introduit un recours pour excès de pouvoir que le Conseil d'Etat rejeta.

⁷³ CE 13 mai 1938, Caisse Primaire Aide et Protection. Le service des assurances sociales est un service public dont la gestion est confiée à des

caisses dites primaires, organismes ayant le caractère d'un « établissement privé.

⁷⁴ , CE 31 juillet 1942, Montpeurt. Les Comités d'organisation (groupes corporatistes, créés par le gouvernement de Vichy, chargés de la régulation de certaines activités économiques) ne sont pas des établissements publics mais ils sont chargés de l'exécution d'un service public. Leurs actes, réglementaires ou individuels, sont des actes administratifs.

⁷⁵ CE 13 janvier 1961, Magnier. Pour mettre certains organismes privés à même d'exécuter la mission de service public qui leur est ainsi confiée (effectuer, sur la demande du service de la protection des végétaux, les traitements insecticides et anticryptogamiques reconnus nécessaires), le législateur leur a conféré diverses prérogatives de puissance publique notamment prendre des décisions unilatérales individuelles qui présentent le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence de la juridiction administrative et qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés.

Cette importante donnée perceptible dans l'évolution du droit administratif, a été saisie par le juge sénégalais. A travers l'arrêt Dial Diop C/Fédération sénégalaise de Football (CE du Sénégal 27 Avril 1994, BACE n° 1 p.62), il estime que *les actes pris par la fédération sénégalaise de football dans les limites de la délégation de pouvoir sont des actes formellement administratifs, relevant de la compétence du juge de l'excès de pouvoir*. Autrement dit, une personne morale de droit privé peut, au Sénégal, sous certaines conditions, prendre des actes administratifs.

Dans la recherche du critère d'identification de la matière administrative, l'approche organique a fait son apparition dans la jurisprudence administrative au Sénégal. Dans l'affaire Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip⁷⁶, le juge d'appel considère *la municipalité de Nioro du Rip comme étant une personne morale de droit public visée par l'article 39 du CPC*. Ainsi, *l'action du requérant aurait dû suivre la procédure décrite aux articles 729 et s du CPC*.

Selon cette conception, il y a matière administrative chaque fois que l'on constate

la présence dans le litige, d'une personne morale de droit public. Elle correspond à une conception large de la matière administrative.

Pourtant dans l'affaire Dieynaba Diallo⁷⁷ le juge se montrera plus nuancé en retenant le critère organique sans pour autant exclure le critère matériel. Cette affaire est partie de la destruction « par erreur » de l'immeuble de la Dame Dieynaba Diallo dans le cadre d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Son immeuble n'était pas concerné. Elle intenta une action en responsabilité contre l'Etat en visant la voie de fait. Il y a voie de fait si l'administration accomplit un acte matériel représentant une irrégularité manifeste soit parce qu'elle exécute une décision ne se rattachant pas à un pouvoir qui lui appartient⁷⁸, soit parce qu'elle exécute selon une procédure grossièrement illégale une décision même légale⁷⁹. On estime que l'illégalité est si manifeste que l'administration ne mérite pas protection. Voilà pourquoi les juges judiciaires deviennent alors compétents pour connaître de cette irrégularité (en appliquant le droit privé)⁸⁰, à titre exclusif en matière d'action en responsabilité, et

⁷⁶ CA, 14 juillet 1978, Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip, inédit

⁷⁷ L'immeuble de la Dame Dieynaba DIALLO avait été détruit par erreur suite à un décret déclaratif d'utilité publique.

⁷⁸ On parle de voie de fait par manque de droit.

⁷⁹ On parle de voie de fait par manque de procédure.

⁸⁰ Voir MATTHIAS (M.), « La compétence du juge

judiciaire en matière de voie de fait, une peau de chagrin ? ». Pour l'auteur, *la voie de fait oscille depuis plusieurs années entre sursis et trépas, n'en finissant plus sa lente agonie dans les « couloirs de la mort juridique » et au fur et à mesure que se réduit la voie de fait comme une peau de chagrin, diminue de manière corollaire la compétence du juge judiciaire*.

concurrentement avec les juges administratifs pour prononcer l'annulation de l'acte⁸¹.

La Dame Diallo estimant certainement que le contentieux relevait du droit privé a saisi le juge sans respecter les prescriptions de l'article 729 du CPC. Le juge estima que « *la notion de matière administrative rendant impératif le recours administratif, hiérarchique s'entend non pas seulement des litiges dans lesquels le droit applicable quant au fond est le droit administratif, mais encore et surtout de l'ensemble des litiges dans lesquels une personne publique est partie* » (TR de Dakar, 17 octobre 1986, Dieynaba Diallo c/Etat du Sénégal). Le juge, sans écarter la conception matérielle s'est servi de la conception organique pour déclarer irrecevable la requête de la dame Diallo.

Cette posture nuancée du juge disparaîtra dans l'affaire TDI Cassala⁸². L'Etat avait passé un contrat de droit privé avec la société TDI Cassala. A la suite d'un litige survenu en cours d'exécution, la société intente une action en responsabilité contre l'Etat sans respecter la procédure spéciale. Le juge dit clairement que l'article 729 est

applicable aux litiges auxquels l'Etat est partie même lorsqu'ils relèvent du droit privé. La consécration du critère organique est sans équivoque.

Le juge est encore plus explicite dans sa décision du 21 mai 2006, CBAO c/ FPE⁸³ en affirmant que *...la procédure prévue à l'article 729 CPC est à respecter toutes les fois que l'Etat ou ses démembrements sont en cause ; qu'il y a lieu de préciser que cette procédure n'a rien à voir avec le droit applicable... .* Cette position claire et nette a été confirmée en 2008 dans l'affaire Cheikh Gueye c/ ANOCI⁸⁴. Pour le juge, *il résulte de l'article 1 du décret n° 2004-678 du 7 juin 2004 portant création de l'Agence Nationale pour la Conférence Islamique que cette dernière est une structure administrative placée sous l'autorité du Président de la République...dépourvue de la personnalité juridique...Sa responsabilité ne peut être engagée qu'en respectant la procédure prévue par les articles 39 et 729 du Code de Procédure Civile...Faute d'avoir respecté une telle procédure, il y a lieu de déclarer l'action irrecevable*⁸⁵.

⁸¹ D'après le TC (27 juin 1966, Guignon, Rec. 830, D. 1968. 7.), lorsque la voie de fait résulte d'une décision et non d'un agissement, les deux ordres de juridiction disposent de compétences parallèles. La nullité de décisions qui ont le caractère de voie de fait peut être constatée aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative.

⁸² CA Dakar 29 avril 1993, TDI Cassala, inédit.

⁸³ TRHC de Dakar 21 mai 2006, CBEAO c/ FPE,

inédit.

⁸⁴ TR HC de Dakar, 27 mai 2008, inédit.

⁸⁵ Dans cette affaire, le sieur GUEYE de la Menuiserie Khadimou Rassoul a assigné l'Agence Nationale pour la Conférence Islamique dite ANOCI en responsabilité et en paiement de dommages et intérêts. L'ANOCI a soulevé l'irrecevabilité de l'action pour non-respect des dispositions de l'article 729 du CPC. Elle précise être une structure

Dans l'affaire Héritiers de Simone Jeanne Bouvier c/ Etat du Sénégal, en 2009, le raisonnement du juge permet de dire qu'il se rattache encore à la conception organique. Il considère qu'*en matière administrative, le principe de la liaison du contentieux veut que toute action contentieuse soit précédée d'une réclamation adressée à l'autorité administrative. Lorsque l'assignation n'aura pas été précédée d'une réclamation, le recours contentieux n'est pas noué... ; Puisqu'il ne ressort pas des pièces versées aux débats que les héritiers de Simone Jeanne Bouvier ont introduit un recours préalable tendant à réclamer leur droit devant l'administration, il échet en conséquence de déclarer irrecevable l'action introduite.*⁸⁶

Dans l'affaire Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, en 2013 (TR Dakar, 26 novembre 2013) c'est l'adoption, par le juge, de la conception organique qui se confirme. La SIR a estimé

dans cette affaire que les dispositions de l'article 729 ne sont pas applicables à l'AGEROUTE qui est une agence autonome. Contrairement aux prétentions de la SIR, le juge affirma clairement que *l'AGEROUTE est une personne morale de droit public, dotée d'une autonomie de gestion...(Elle) fait partie des établissements prévus à l'article 39 susvisé ; Que le seul fait que l'AGEROUTE soit dotée d'une personnalité morale et qu'elle jouit d'une autonomie de gestion, ne peut justifier les prétentions de la SIR, et ce d'autant qu'en vertu des dispositions précitées, des groupements jouissant de la personnalité juridique notamment les communes, ne peuvent être assignés sans une demande administrative préalable*⁸⁷.

L'application tendancielle du critère organique de la matière administrative par le juge est alors assez nette. Pourtant, dans cet « âge d'or » du critère organique, il a parfois, fait application du critère matériel. Il en a été ainsi dans l'affaire ayant opposé

administrative ayant une autonomie de gestion et financière mais non dotée de la personnalité juridique ; que l'article 2 du décret 2004-678 du 7 juin 2006 prévoit qu'elle agit pour le compte de l'Etat. Elle fait observer que la procédure relève de la matière administrative, or, aux termes de l'article 39 du CPC, l'Etat est assigné en la personne de l'Agent judiciaire de l'Etat. En réponse Cheikh GUEYE a soutenu que l'ANOCI est une agence nationale jouissant d'une autonomie juridique et financière, d'une responsabilité juridique au même titre que toutes les agences de l'Etat et peut, à ce titre, ester en justice tant en demande qu'en défense sans l'assistance de l'Etat.

⁸⁶ TRHC de Dakar, 17 février 2009, Héritiers de Simone Jeanne Bouvier c/ Etat du Sénégal, inédit. Dans cette affaire, les requérants avaient assigné l'Etat du Sénégal, en paiement de la somme de trente-quatre millions neuf cent sept mille deux cent vingt francs CFA (34.907.220 Frs CFA) à titre d'arriérés de loyers et d'indemnité d'occupation. L'Agent judiciaire de l'Etat a plaidé l'irrecevabilité de l'action, aux motifs qu'il n'y a pas eu réclamation contre l'Etat du Sénégal.

⁸⁷ TRHC de Dakar, 26 novembre 2013, Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, inédit.

en 2011, les héritiers de feu Madame Madeleine DIOP MBENGUE et l'Etat du Sénégal par le biais de la Cellule d'Exécution Administrative et Financière du Programme sectoriel Justice dite CEDAF et le Centre de Ressource informatique et documentaire du Ministère de la Justice de la République du Sénégal. Pour donner raison aux demandeurs et rejeter la fin de non-recevoir soulevée par l'Agent judiciaire de l'Etat, le juge a considéré que les dispositions de l'article 729 du CPC ne sont pas applicables en l'espèce étant entendu que c'est *un contrat de droit privé*⁸⁸ soumis aux règles établies par l'OHADA que les demandeurs ont conclu avec l'administration⁸⁹. Il en a également été ainsi dans l'affaire ayant opposé en 2006 Monsieur Ndiawar SARR à la Mairie de Pikine représentée par Monsieur Daour Niang NDIAYE. Le sieur SARR a accusé la « collectivité locale » d'avoir démolé son verger sans lui avoir auparavant notifié une quelconque note de désaffectation dudit terrain. Pour le juge, ces agissements sont constitutifs de voie de fait avec *comme conséquences, la compétence exclusive du juge judiciaire et*

*la dispense, pour le demandeur, de respecter la procédure spéciale prévue à l'article 729 du code de procédure civile*⁹⁰. C'est le même juge qui, en 1986, a écarté toute possibilité d'avoir recours au droit applicable en matière de voie de fait pour affirmer clairement ne prendre en compte que la présence dans le litige d'une personne publique⁹¹.

M. Ngaidé a raison de dire qu'avec *l'introduction du critère organique, on semble avoir renoué avec une certaine simplicité conforme au système juridictionnel sénégalais. Le plaideur est dorénavant averti de l'exigence du respect de la procédure en matière administrative à chaque fois qu'il veut mettre en cause l'Etat*⁹². Cette conception organique a pourtant ses limites.

2- Les limites de la conception organique

La conception organique, en exigeant le respect de la procédure des articles 729 et s. qu'à la seule présence d'une personne morale de droit public, semble occulter le

⁸⁸ La CEDAF a conclu un bail à usage commercial avec la dame Madeleine MBENGUE DIOP. Cette dernière sollicitait la résiliation du bail, l'expulsion de la CEDAF et le paiement de la somme de 22.900.000 francs représentant les arriérés de loyers de mars 2009 à avril 2010.

⁸⁹ TRHC de Dakar, 20 JUILLET 2011, héritiers de feu Madame Madeleine DIOP MBENGUE c / Etat du Sénégal, inédit

⁹⁰ TR de Dakar, 26 mai 2006, Monsieur Issa Ndiawar SARR c/ la mairie de Pkine R. Monsieur Daour Niang NDIAYE, inédit

⁹¹ Voir TR de Dakar, 17 octobre 1986, Dieynaba Diallo c/Etat du Sénégal

⁹² Voir M. NGAIDE, op cit. P.167

fait que le phénomène administratif a aujourd'hui pénétré la sphère des personnes privées. Si la personnalité publique pouvait apparaître hier comme le mode privilégié de prise en charge de l'action publique, l'administration est aujourd'hui incitée à externaliser ses activités. L'Etat peut décider de ne pas assurer lui-même l'exécution d'un service public mais la confier à une personne privée. Aux termes de l'article 10 nouveau du COA, la participation d'un cocontractant à un service public est réalisée par voie de délégation de service public⁹³ ou sur la base d'un contrat de partenariat⁹⁴.

La conception organique comporte ainsi au moins une limite principale en ne prenant pas en compte le phénomène des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. Les articles 39 et 729 du CPC, ne visent que les

personnes morales de droit public : l'Etat, les établissements publics de toute nature, les communes et les autres collectivités publiques.⁹⁵ (Il est intéressant de noter que les agences d'exécution⁹⁶ ne figurent pas dans l'énumération légale ci-dessus mais le juge dans l'affaire SIR-contre AGEROUTE⁹⁷, se fondant sur le fait que ces entités sont des personnes morales de droit public, a exigé le respect de la procédure spéciale). En outre, depuis l'arrêt Dial Diop⁹⁸, les actes pris par une personne privée (en l'espèce, la fédération sénégalaise de football) sont des actes formellement administratifs, relevant de la compétence du juge de l'excès de pouvoir. La stricte application du critère organique exclut du champ d'application de l'article 729 toutes ces personnes privées exécutant une mission de service public à travers un contrat de concession de service public⁹⁹,

⁹³ La Directive communautaire n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA retient deux formes de délégation de service public que reprend le code des obligations de l'administration -COA-. Il s'agit de la concession de service public et de la régie intéressée.

⁹⁴ Le contrat de partenariat est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation (y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation) d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant est rémunéré à partir d'objectifs de performance déterminés par la puissance publique.

⁹⁵ L'article 39 cite à côté des personnes morales de droit public, les sociétés de commerce, les unions et directions de créanciers, ceux qui n'ont aucun domicile connu au Sénégal et ceux qui habitent à l'étranger.

⁹⁶ Aux termes de l'article 1^{er} de la loi d'orientation n° 2009-20 du 4 mai 2009, *l'Agence d'exécution est une entité administrative autonome, investie d'une mission de service public. Elle est une personne morale de droit public dotée d'un patrimoine et de moyens de gestion propres.*

⁹⁷ Société d'Ingénierie et de réalisation – SIR- contre AGEROUTE, TR Dakar, 26 novembre 2013

⁹⁸ CE, 27 Avril 1994, Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat n° 1, p.62

⁹⁹ La concession de service public se présente comme une convention par laquelle une personne publique (concedant) charge une personne privée (concessionnaire) de faire fonctionner un service public à ses frais, risques et périls en se rémunérant sur les redevances perçues sur les usagers. Le

un contrat de partenariat¹⁰⁰ ou dans le cadre d'une régie intéressée¹⁰¹. Autrement dit, ces personnes juridiques peuvent être assignées sans une demande administrative préalable. La formalité de la demande préalable a pour finalité essentielle, de permettre de faire l'économie d'un recours au juge. En même temps, elle permet d'éviter un afflux des recours contentieux qui gênerait le bon fonctionnement de la justice et retarderait un règlement rapide des litiges qui accompagnent l'activité administrative. Pour régler ces litiges, les intéressés peuvent tout d'abord s'adresser à la personne concernée par le biais d'un recours administratif. Cette simple faculté peut parfois être une obligation. Cette obligation peut résulter d'un texte¹⁰². C'est cette finalité qui justifie également l'utilisation d'autres modes de règlement des litiges comme la transaction, la conciliation, l'arbitrage, le recours au médiateur...¹⁰³.

concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé.

¹⁰⁰ Le contrat de partenariat est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée¹⁰⁰, une mission globale comprenant le financement et la réalisation (y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation) d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant est rémunéré à partir d'objectifs de performance déterminés par la puissance publique.

¹⁰¹ La régie intéressée est un mode de gestion mixte du service public qui s'appuie sur le concours extérieur

En fait, par l'exclusion des personnes privées exerçant une mission de service public, on minimise toute possibilité d'éteindre le litige les concernant à travers le précontentieux et on amoindrit le risque d'hypertrophie du contentieux administratif. En effet, en dépit de l'exclusion des personnes privées exerçant une mission de service public, la conception organique comporte un risque d'hypertrophie du contentieux administratif. Cela découle de l'existence aujourd'hui au Sénégal, de cinq cent quatre-vingt-dix-neuf (599) collectivités territoriales, une multitude d'agences d'exécution sans compter les sociétés de commerce et les unions et directions de créanciers. Les agences ont été créées dans des secteurs d'activités d'une grande diversité pour *faire face à la complexité des procédures administratives en apportant*

d'un professionnel privé contractuellement chargé de faire fonctionner le service public moyennant le versement d'une redevance déterminée par la personne publique qui a réalisé les investissements initiaux. La rétribution comprend une redevance fixe et une partie variable provenant des résultats de l'exploitation.

¹⁰² C'est le cas au Sénégal, dans certains cas : voir infra. En France, cf le contentieux des états exécutoires (décret n° 86-520 du 14 mars 1986); le contentieux des impôts directs (L. proc. fisc. art. R.190-1, L. 281). Cette obligation peut également provenir d'un contrat (CE, 3 janvier 1958, Soc. Provence Construction, AJDA 1958.2.60)¹⁰².

¹⁰³ Voir, pour toutes ces techniques, Ph. Foillard, Droit administratif, 4^e édition, Larcier 2015-2016, pp 359 à 362

plus de souplesse dans la gestion publique (voir exposé des motifs de la loi d'orientation n° 2009-20 du 4 mai 2009)¹⁰⁴. L'agence est créée par décret pour une durée déterminée ou indéterminée, en vue de remplir des tâches de nature technique, scientifique ou de gestion bien spécifique¹⁰⁵.

Ne pas tirer toutes les conséquences de l'arrêt Dial Diop par l'extension du champ d'application de l'article 39 du CPC relève peut être du souci de ne pas étendre démesurément le domaine du contentieux administratif. Cela constitue aux yeux de Auby et Drago, un *souci légitime* qui explique qu'on ait défini le contentieux administratif, dans la tradition de la doctrine française, comme *l'ensemble des règles juridiques qui régissent la solution par voie juridictionnelle des litiges administratifs* et non comme *les litiges qui peuvent naître de l'activité des administrations publiques ainsi que les procédés qui permettent de résoudre ces litiges*¹⁰⁶.

La non intégration des personnes morales de droit privé dans le champ d'application de l'article 39 du CPC ne constitue pas l'unique limite de la conception organique de la matière administration. En effet, comment ne pas être en phase avec M. NGAIDE qui voit également une limite à travers la confusion partielle entre le contentieux administratif et le contentieux civil qu'occasionne la conception organique. Il se demande si, en soumettant le contentieux de la voie de fait, ou tout autre litige ne posant pas de problème spécifique de droit administratif, à la procédure en matière administrative, on ne remet pas en cause l'un des dogmes sur lequel est fondée la justice administrative¹⁰⁷.

A côté de l'inconstance du juge sénégalais dans la détermination de la matière administrative, la jurisprudence permet de noter des hésitations de sa part dans l'appréciation de la mise en œuvre de la procédure spéciale.

¹⁰⁴ Aux termes de l'article 2 de 2009, la création d'une agence doit être justifiée par « des nécessités fonctionnelles relevant :

- ▶ d'une volonté politique de donner plus d'impulsion, d'autorité et d'autonomie à un ensemble d'activités nouvelles ou insuffisamment prises en charge par les services administratifs ;
- ▶ du souci de rendre un service de qualité aux usagers en apportant des solutions appropriées fondées sur la proximité, la participation et l'adaptabilité, que des services centraux ne peuvent pas assurer ;

▶ de la nécessité de rendre l'Administration plus attentive à la notion de performance et de résultats ».

¹⁰⁵ Quelques exemples : l'A.N.A.C.I.M. : Agence nationale de l'Aviation civile et de la Météorologie ; l'A.D.I.E : Agence de l'Informatique de l'Etat ; l'A.D.S. : Agence des Aéroports du Sénégal ; l'A.G.P.B.E. : Agence de Gestion du Patrimoine bâti de l'Etat, l'ANAQ. SUP ; l'A.C.B.E.P. : Agence de Construction des Bâtiments et Edifices publics.

¹⁰⁶ Voir Traités de contentieux administratif, T1, LGDJ, 1962, p 2.

¹⁰⁷ NGAIDE (M), op cit, p. 167 et 168

II- Une inconstance dans la mise en œuvre de la procédure en matière administrative

Aussi bien dans l'appréciation de l'incidence de la procédure administrative sur l'issue du procès (A) que de la détermination des autorités à assigner, la position du juge sénégalais a beaucoup varié (B).

A- Une appréciation fluctuante de la portée de la demande préalable

¹⁰⁸ Pour être recevable, il faut que le requérant ait la capacité d'agir et un intérêt à agir. La capacité d'agir est appréciée dans les termes du droit commun. S'agissant de l'intérêt à agir, une distinction est faite entre l'intérêt à agir des personnes physiques et l'intérêt à agir des personnes morales. Dans le premier cas, l'acte doit avoir lésé moralement ou matériellement les intérêts du requérant. Entre le requérant et l'acte doit exister un lien évident CE, 25 août 1993, Professeur Iba Der Thiam. BACE n°1, p.6 ; CS, 13 décembre 2012, Ahmeth Khalifa Niasse. Dans le second cas, les personnes morales ne peuvent attaquer les actes individuels concernant un de leurs membres sauf si elles ont reçu un mandat spécial (CS 25 mars 1981 SUDES, CE 29 juin 2000, Association Nationale des Handicapés Moteurs du Sénégal –ANHMS-).

¹⁰⁹ Le REP n'est en principe recevable que si l'acte contre lequel il est dirigé est un AAU. En plus, il faut qu'il s'agisse d'une décision administrative, c'est-à-dire un acte susceptible de modifier l'ordonnement juridique pris par une personne morale de droit public ou par une personne morale de droit privé¹⁰⁹ bénéficiant d'une délégation de pouvoir (cf Dial Diop...). Cela signifie que les REP formés contre un acte juridictionnel (CS 12 mars

On appelle « conditions de recevabilité » les conditions devant être réunies pour que le juge se prononce sur le fond de l'affaire qui lui est soumise. Si l'une des conditions n'est pas remplie, le juge rejette le recours en le déclarant irrecevable, sans même examiner le caractère fondé ou non des prétentions des parties. Ces conditions se présentent différemment suivant la nature du recours. En matière de recours pour excès de pouvoir, elles sont relativement nombreuses et variées. Elles peuvent être regroupées en trois rubriques. Les conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant¹⁰⁸, les conditions tenant à la nature de l'acte attaqué¹⁰⁹ et les conditions tenant à la requête elle-même¹¹⁰.

2015 Karim Meïssa WADE), une mesure d'ordre intérieur ((CS, 20 mars 1963 Amadou Alpha KANE ; CS 24 mars 2016, Société de services d'inspection et de conseil –SSIC- contre l'ARMP et la SICAP) ; un acte comminatoire (*exemple, une mise en demeure*) sont irrecevables (CS, 5 mai 2009, Alioune Badara MANE).

En ce qui concerne les contrats administratifs, l'on a fini par admettre qu'un REP puisse être dirigé, en dehors des actes détachables (CE 4 août 1905 Martin) contre les « clauses réglementaires » du contrat (CE ass, 10 juillet 1996 Cayzele). En outre, dans le cadre de la décentralisation, le procédé du déferé permet au représentant de l'Etat de saisir le juge d'un recours dirigé contre un contrat administratif.

¹¹⁰ La requête doit être écrite et signifiée dans le délai de deux mois à la partie adverse (*Art 38 de la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la CS*). Elle doit comporter certaines mentions relatives au nom, domicile du requérant et contenir un exposé sommaire des faits et des moyens c'est-à-dire des circonstances qui sont à l'origine du recours et des arguments juridiques qui soutiennent la requête. Elle doit également être accompagnée de la décision querellée (CS, 12 avril 2012, Babacar GUEYE ; CS,

En matière de plein contentieux, l'article 729 du code de procédure civile en ses articles 729 à 733 dispose en son alinéa premier que *toute action en justice doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative*. La formule « doit être » utilisée, laisse penser qu'il s'agit d'une obligation pour tout requérant de provoquer une décision de l'administration avant d'engager la phase contentieuse devant le juge. Cette lecture semble avoir été confirmée par le juge dans l'affaire Abdourahmane Ndoye. Il ressort en effet de cette jurisprudence que la recevabilité de la requête est liée au respect de la procédure spéciale prévue à l'article 729. Le juge est allé jusqu'à déclarer que la demande préalable constitue une formalité d'ordre public (1). Cette position sera par la suite remise en cause (2).

1- La demande préalable, une formalité d'ordre public affirmée par le juge

L'obligation pour tout requérant de faire précéder toute assignation d'une demande adressée à l'autorité administrative n'a d'autre but que de provoquer une décision de l'administration. Celle-ci peut être explicite comme elle peut être implicite. L'assignation doit être introduite dans le délai de deux mois qui suit, soit l'appréciation faite de la décision de l'administration soit l'expiration du délai valant décision implicite de rejet¹¹¹. Elle doit, à peine de nullité, viser la réponse implicite ou explicite donnée par l'administration à la demande préalable. Le juge sénégalais, dans bon nombre de décisions, a déclaré l'action du requérant irrecevable lorsque l'assignation n'a pas été précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative.

Qu'il se soit rattaché à la conception matérielle ou à la conception organique, il a

9 février 2012, Maham BA C/ UCAD) et être introduite dans le délai de 02 mois à partir de la notification de l'acte ou de la publication (CS, 12 avril 2012, Pape Birame Touré). Le juge peut appliquer la théorie de la connaissance acquise (CS, 8 mars 2012, Bineta SARR).

Lorsque l'administration ne répond pas à un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique, le silence vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (CS, 22 mars 2012, Mame Thierno DIENG). Si le silence a été gardé plus de deux mois par l'autorité

compétente sur une réclamation, celui-ci vaut décision de rejet (art 74-1 al 2 de la loi de 2017).

¹¹¹ La loi n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour Suprême fait une distinction entre le silence gardé par l'administration sur un recours gracieux ou hiérarchique formé par une personne morale ou physique et celui gardé par l'administration sur une réclamation. Dans le premier cas, il vaut au bout de quatre mois, décision implicite de rejet du recours (art 74-1 al 4). Dans le deuxième cas, c'est au bout de deux mois qu'il vaut décision de rejet (art 74-1 al 2).

très souvent débouté un requérant pour non-respect de la procédure de l'article 729.

Dans l'affaire Abdourahmane Ndoye¹¹², le requérant avait été débouté car le juge a, entre autres arguments¹¹³, estimé que la procédure spéciale n'avait pas été respectée.

Dans l'affaire Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip¹¹⁴, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autres où le critère organique a été utilisé, le juge a estimé que la partie adverse, étant une personne morale de droit public visée par l'article 39 du CPC, l'action du requérant est irrecevable pour n'avoir pas suivi la procédure décrite aux articles 729 et s du CPC.

Le juge est même allé jusqu'à consacrer le caractère d'ordre public de la procédure de l'article 729¹¹⁵. Ce fut le cas dans l'arrêt

Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo (CA, 18 février 1983)¹¹⁶.

A travers cette décision, le juge ne s'est pas contenté de revenir sur celle du juge d'instance¹¹⁷. Après avoir estimé que le droit public était applicable dès l'instant que la puissance publique était responsable¹¹⁸, il rejeta le recours au motif que la saisine du juge de première instance n'avait pas été précédée du respect des dispositions de l'article 729 qui institue une formalité préalable d'ordre public. Ce fut la première décision à travers laquelle, la formalité de la demande préalable a été déclarée d'ordre public. Cela provoqua la réaction de Nd. M. Diagne pour qui *les déclarations de rejet risquent, si l'on y prend garde, de se multiplier compte tenu du fait que ce caractère désormais imprimé à la procédure spéciale va dorénavant*

¹¹² Tribunal de Première Instance de Dakar du 23 mai 1970, Annales africaines 1973, p. 243

¹¹³ Le requérant avait introduit une demande en responsabilité fondée sur un moyen divisé en deux branches. La première branche était fondée sur l'article 146 du Code des Obligations de l'Administration-COA- et la seconde, visait le mauvais entretien et le délabrement des portes et se fondait sur l'article 137 du Code des Obligations Civiles et Commerciales – COCC. Le juge estima que la requête, soulevant dans sa seconde branche des problèmes relevant du droit administratif, ne pouvait être introduite qu'en respectant les règles spéciales de procédure prévues en matière administrative.

¹¹⁴ CA, 14 juillet 1978, Abdoulaye Diack C/Municipalité de Nioro du Rip, inédit

¹¹⁵ Aux moyens d'ordre public communs aux différents types de recours contentieux devant le juge de l'administration public (incompétence de l'auteur de l'acte...), s'ajoute désormais un moyen d'ordre public propre au recours de pleine juridiction. Un moyen d'ordre est un moyen qui doit être

automatiquement soulevé par le juge malgré la règle de l'«*ultra petita* » (règle selon laquelle le juge ne peut statuer au-delà de la demande des parties) et même si le requérant ne l'a pas invoqué.

¹¹⁶ Aux moyens d'ordre public communs aux différents types de recours contentieux devant le juge de l'administration public (incompétence de l'auteur de l'acte...), venait de s'ajouter désormais un moyen d'ordre public propre au recours de pleine juridiction.

¹¹⁷ TPI, 11 mai 1982, Etat du Sénégal/C/Héritiers Abdou Lo, inédit. A travers cette décision, déclara l'action des requérants recevable sur le fondement des articles 118, 119 et 137 du COCC. Autrement dit, c'est le droit privé qui était applicable.

¹¹⁸ Pour le juge, il y a responsabilité de la puissance publique parce que *le préjudice causé aux demandeurs résulte d'une action de police des douaniers en service commandé*. Il ne s'agissait pas d'un *dommage causé par un véhicule administratif, réparable selon les principes de droit commun*.

*permettre au juge de soulever d'office l'inobservation des articles 729 et suivants...*¹¹⁹

La notion d'ordre public est parfois utilisée pour désigner des dispositions impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger. En contentieux administratif, dire d'un moyen qu'il est d'ordre public signifie qu'il s'agit d'un moyen dont la violation est si grave que le juge administratif se doit de la soulever d'office sans que cela ait été nécessairement demandé par l'une des parties¹²⁰. On dit que le juge « *vient au secours du requérant ou du défendeur* ». Autrement dit, l'omission de la formalité doit être soulevée d'office et entraîner le rejet de l'action en cas de carence.

A travers l'arrêt d'appel Héritiers Abdou Lo, le juge semblait remettre ainsi en cause la jurisprudence Sékou Badio¹²¹. Dans cet arrêt, le juge, après avoir retenu que le litige en question devait être résolu sur la base du droit public, n'avait pas exigé le respect de la procédure spéciale. Il estima ne devoir faire observer l'obligation pour le requérant de respecter la procédure spéciale en

matière administrative *que sur demande des représentants légaux des personnes publiques assignées*. Autrement dit, le recours doit être déclaré recevable si l'administration ne fait aucune observation sur la violation de la procédure spéciale dans un litige où celle-ci doit être respectée. C'est donc par voie prétorienne que le caractère d'ordre public de la procédure spéciale a été instauré au Sénégal. Ils sont peut-être rares, mais des exemples attestant de l'existence d'un pouvoir normatif du juge sénégalais existent bel et bien. C'est bien par la voie prétorienne qu'a été élargi le champ de la motivation obligatoire¹²².

L'on sait que le pouvoir normatif est du ressort du législateur et de l'autorité réglementaire. Il est cependant admis, aujourd'hui, que les juges, par leur travail d'interprétation du droit et la jurisprudence qui en découle, participent également au pouvoir normatif. Une évolution dans le temps est constatable entre la pensée de

¹¹⁹ DIAGNE, (Nd. M), thèse précitée, p. 37

¹²⁰ Le juge met, de ce fait, entre parenthèse, la règle de l' « *ultra petita* » (règle selon laquelle le juge ne peut statuer au-delà de la demande des parties).

¹²¹ TPI de Dakar, 1^{er} mars 1969, Sékou Badio, Revue Sénégalaise de Droit, sept 1969; Annales africaines. 1973, p. 232

¹²² Le juge a, de son propre chef, élargi le domaine d'application de la motivation obligatoire à propos des décisions qui restreignent l'exercice des libertés

publiques. Il l'a clairement signifié dans l'affaire LD/MPT (CE, 25 novembre 1999, Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat -B.A-, 1999, p.26) en sanctionnant l'absence de motivation alors qu'aucun texte n'obligeait l'administration à faire connaître les motifs d'une décision d'interdiction d'une manifestation pacifique sur la voie publique. La réaction du juge a été identique s'agissant des mesures de police des étrangers: voir l'arrêt Seydou Mamadou Diarra (CE, 27 octobre 1993, BA-, 1988, p. 19

Montesquieu¹²³ et celle de Portalis¹²⁴. Bruno Latour va même plus loin en affirmant que le juge est créateur de droit et parle même d'une *situation passionnante où le juge devient législateur*¹²⁵. Cette question de la création de la norme est très largement corroborée par ce que l'on appelle les principes généraux du droit qui constituent des règles de portée générale dont la source est non écrite. Ce sont des normes découvertes par le juge¹²⁶.

En estimant que l'article 729 institue une formalité préalable d'ordre public, le juge lui donne une importance telle que la juridiction méconnaîtrait le principe de légalité s'il ne relevait pas d'office son omission et s'il ne la sanctionnait pas. Pourtant, il ne brillera pas par sa constance

dans ce domaine. Il finit par nier le caractère d'ordre public de la formalité de la demande préalable.

2- La procédure spéciale, une formalité préalable d'ordre public niée par le juge

Six années après la décision de la Cour d'appel à travers laquelle le juge consacra le caractère d'ordre public de la procédure spéciale, la même juridiction a adopté une démarche contraire dans l'affaire Etat du Sénégal C/Etudiant de l'UCAD (CA Dakar 07 avril 1989). Dans cette décision, le juge n'a pas sanctionné l'absence de recours administratif préalable, considérant que l'Etat n'a fait aucune observation sur l'absence de requête gracieuse.

¹²³ *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi.* Cette célèbre citation de Montesquieu, limite très clairement le rôle du juge. A ses yeux, le pouvoir normatif, c'est-à-dire le pouvoir de créer des normes, n'est pas de la compétence du juge. Tiré de l'intervention de Jean-Claude MARIN, Procureur Général près la Cour de Cassation française lors de la Conférence débat « Club du Châtelet », le 23 novembre 2011. Document inédit.

¹²⁴ Portalis, juriste de la fin du XIII^{ème} siècle, met en avant dans son discours préliminaire au premier projet de code civil, *une nécessité d'intervention normative du juge*, étant donné que *la loi peut être incertaine*... Lu dans Discours et rapports sur le code civil, Jean Etienne- Marie Portalis, PU de Caen, collection Bibliothèque de philosophie politique et juridique, p 33

¹²⁵ LATOUR (B), *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, Éd. La Découverte, Poche, coll. Sciences humaines et sociales, 2004, p 72.

¹²⁶ L'arrêt du TC du 8 février 1873 (le jour même de l'arrêt Blanco) Dugave et Bransiet a été le premier

arrêt à avoir reconnu l'existence de « principes généraux du droit ». Le Conseil d'Etat s'en inspira implicitement dans bon nombre de solutions juridictionnelles. Voir Couitéas, CE 30 novembre 1923 (principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques) ; Veuve Trompier-Gravier, CE 5 mai 1944 (principe du respect des droits de la défense). Ce n'est qu'à travers l'arrêt Aramu/ et autres²⁶ Octobre 1945 que le Conseil d'Etat a, pour la première fois fait expressément référence aux PGD. Il jugea « qu'il résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction disciplinaire ne peut être légalement prononcée sans que l'intéressé ait été mis en demeure de présenter sa défense ». Depuis lors, la liste des PGD n'a cessé de s'allonger. On peut les répartir selon qu'ils tendent à assurer la liberté (exemple liberté d'aller et venir CE 14 février 1958 Abisset AJDA 1958, 220), qu'ils tendent à défendre l'égalité des administrés (par exemple égalité devant la loi : CE Ass 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de forêts de chêne-liège d'Algérie ; CS 26 Mars 1966 Samba Ndoucoumane Guèye GDJAS n° XXV etc.

Il a été noté par la suite, une délimitation du champ d'application de la procédure de l'article 729 du CPC par le Conseil d'Etat en Cassation dans l'affaire Directeur Général des Impôts et Domaines –DGID- c/ Kamel Badredine (CE, 31 mars 2005). Dans cette affaire, la requérante a attendu d'être au stade de la cassation pour soulever la violation des articles 729 et suivants du CPC. Le Conseil d'Etat, considérant que *cet argument n'a été soulevé ni devant le premier juge, ni devant la Cour d'appel*, a rejeté ce moyen comme non fondé. Pour le juge, l'irrecevabilité des requêtes pour non-respect de la procédure spéciale doit être soulevée devant le juge du fond. En fait, le Conseil d'Etat remet en cause le caractère d'ordre public de la procédure spéciale.

Le même juge, le 03 avril 2008 dans l'affaire société Uniplast revient pour préciser que le recours administratif préalable n'est pas une condition de l'action en justice dans le contentieux de l'assiette des impôts et taxes.

Le juge de cassation finit par remettre explicitement en cause le caractère d'ordre public de la procédure spéciale. Ce fut le cas

dans l'affaire PNA c/ASI (CS, 18 avril 2018)¹²⁷. La Cour Suprême statuait sur le pourvoi formé au nom et pour le compte de la Pharmacie Nationale d'Approvisionnement contre l'arrêt n° 358 du 23 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Dakar dans la cause l'opposant à l'ONG ASI. La PNA reprochait au juge d'appel de n'avoir pas soulevé d'office la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation de la formalité de la demande préalable, prévue par l'article 729 du Code de Procédure civile alors que ce texte institue une formalité préalable d'ordre public. En réponse, la Cour Suprême dit très clairement *que la règle édictée par l'article 729 du Code de Procédure civile n'étant pas d'ordre public, le juge du fond n'était pas tenu de la soulever d'office*.

Au-delà du fait qu'elle remet en cause une jurisprudence antérieure, la particularité de cette décision de 2018 tient au fait qu'elle émane de la Cour suprême. La finalité d'une juridiction de cassation est d'unifier la jurisprudence, de faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur tout le territoire. C'est l'unicité de la juridiction qui permet l'uniformité de

¹²⁷ L'Imprimerie NOUROU PUB avait été choisie par La Pharmacie nationale d'Approvisionnement (PNA) pour la réalisation de calendriers, à l'issue d'une consultation restreinte de plusieurs entreprises, dont l'Organisation Non Gouvernementale Action de Solidarité islamique (l'ONG ASI). Prétendant que le calendrier fabriqué par l'adjudicataire était une contrefaçon de son

modèle, l'ONG ASI a assigné la PNA et l'Imprimerie NOUROU PUB, aux fins d'obtenir la cessation immédiate de la production et de la distribution desdits calendriers, la remise des moyens ayant permis leur production et le paiement de dommages intérêts. Condamnée en appel, la PNA forma un pourvoi contre l'arrêt n° 358 du 23 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Dakar

l'interprétation, et donc l'élaboration d'une jurisprudence appelée à faire autorité. Le rôle d'une juridiction de Cassation n'est pas de rejuger le fond de l'affaire (et donc l'exactitude des faits qui lui sont soumis), mais de contrôler que les décisions de justice rendues par les juridictions inférieures l'ont été en conformité avec les règles et les principes du droit.

Les hésitations du juge sénégalais ne concernent pas que la détermination de la matière administrative ou le caractère d'ordre public de la procédure spéciale. Elles peuvent également être notées dans la lecture de l'article 39 qui cite ceux qui doivent être assignés¹²⁸.

B- Une appréciation variable à propos des autorités à assigner

L'assignation en justice est un acte de procédure par lequel le demandeur informe son adversaire, le défendeur, qu'un procès lui est intenté. L'acte présente l'objet du litige et détaille les éléments de fait et de droit qui fondent les revendications du demandeur.

L'acte d'assignation doit comporter des mentions obligatoires (l'identité des parties, la juridiction saisie, les requêtes du

demandeur appuyées par tous les éléments de fait et de droit pertinents, les documents justificatifs des prétentions...¹²⁹

L'assignation s'effectue par la remise de l'acte au défendeur, en main propre ou à quelqu'un habilité, si le défendeur est une société ou autre personne morale.

En matière administrative, c'est l'article 39 du CPC qui désigne les autorités habilitées à recevoir l'assignation (1). A propos de ces autorités, le juge a une position changeante (2).

1- Le contenu de l'article 39 du Code de Procédure Civile

Le livre III du CPC traite des procédures administratives, fiscales et électorales. S'agissant de la procédure en matière administrative, toute action en justice doit être précédée, aux termes de l'article 729, d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation aux termes de l'article 39. En vérité, c'est le mécanisme du contentieux de pleine juridiction qui est commandé par le système dit de la « décision préalable ». Même dans un système de dualité de juridiction, comme c'est le cas en France, lorsqu'un administré veut intenter un

¹²⁸ Voir article 39 du CPC

¹²⁹ Voir Perrot (R.), « Assignation à comparaître ».

Revue Procédures, n°12, décembre 2011, commentaire n°367, p.12-13.

recours de pleine juridiction, il ne peut saisir immédiatement le juge administratif. Il doit, au préalable, s'adresser à l'administration et provoquer de sa part une décision refusant de lui faire droit. Par exemple, lorsque le particulier prétend avoir subi un dommage engageant la responsabilité de l'administration, il doit réclamer d'abord à celle-ci réparation et c'est seulement sur un rejet ou une proposition d'indemnité jugée insuffisante que l'instance pourra être engagée¹³⁰. Si l'autorité administrative ne répond pas à la demande, son silence est, au bout d'un certain délai ¹³¹ assimilé à une décision de rejet.

Au Sénégal, cette autorité varie en fonction de la personne morale concernée. S'il s'agit de l'Etat, c'est l'Agent Judiciaire de l'Etat qui doit être assigné à charge pour ce dernier de saisir le fonctionnaire compétent pour plaider au fond, s'il y a lieu. L'Agence Judiciaire de l'Etat a été créée par le décret n°70-1216 du 7 novembre 1970. Il lui est reconnu le monopole de la représentation de l'Etat dans toutes les affaires contentieuses

en action comme en défense ¹³².

S'il s'agit des établissements publics de toute nature, c'est le représentant légal qui doit être assigné. Un établissement public est une personne publique spécialement créée pour gérer un service public. Il dispose d'un patrimoine et d'un budget propres, peut passer des contrats et agir en justice. Il jouit de la capacité de recevoir des dons et legs. L'établissement public est chargé d'exercer à la place de l'Etat, mais sous son contrôle, une ou plusieurs activités. Ils sont soumis à une tutelle technique (Ministre technique) et à une tutelle financière (Ministre chargé des Finances). Dire qu'un organisme est un établissement public n'épuise pas le champ de la recherche de sa nature juridique. Il existe en effet au Sénégal, plusieurs catégories d'établissements publics¹³³.

S'agissant des collectivités territoriales, l'article 39 ne cite que les communes qui doivent être assignées en la personne du maire à son domicile ou au siège de la municipalité. L'expression *autres*

¹³⁰ Ibid, p.110

¹³¹ Le droit sénégalais distingue le silence sur un recours gracieux ou hiérarchique (quatre mois) et le silence sur une réclamation (deux mois).

¹³² Echappent à sa compétence, le contentieux fiscal, domanial et douanier, qui relève des Administrations concernées (voir infra p. 25).

¹³³ Le premier texte au Sénégal concernant les établissements publics est la loi n° 66-27 du 2 mai 1966 relative aux établissements publics, aux sociétés d'économie mixte et aux personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la

puissance publique. Sous l'empire de ce texte, il n'existait que trois catégories d'établissements publics: les établissements publics à caractère administratif (EPA), les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) et les établissements publics à caractère professionnel (EPP). D'autres catégories d'établissements publics verront plus tard le jour : les établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST), créés par la loi n° 97-13 du 2 juillet 1997, les établissements publics de santé (EPS), créés par la loi n° 98-12 du 2 mars 1998.

collectivités publiques, ouvre la possibilité d'y inclure toutes les collectivités publiques qui n'existaient pas au moment de l'adoption du code de procédure civile à l'image des départements. Il est à noter que des collectivités locales comme la communauté rurale ou la région ont, entre-temps, été créées mais aujourd'hui ont, soit été érigées en communes, soit été purement et simplement supprimées¹³⁴.

Comme pour les communes, les autres collectivités publiques sont assignées en la personne de leur représentant légal. Il en est de même des sociétés de commerce.

S'agissant enfin des unions et directions de créanciers, c'est en la personne ou au domicile de l'un des syndics ou directeurs qu'elles sont assignées.

2- La position changeante du juge à propos des autorités à assigner

Le principe attribuant à l'Agent judiciaire de l'Etat le monopole en ce qui concerne la

réception des significations pour le compte de l'Etat souffre de quelques exceptions. Aux termes de l'article 2 du décret précité, *toute action portée devant les tribunaux et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sans exception prévue par un texte spécial, être intentée à peine de nullité par ou contre l'Agent judiciaire de l'Etat*. Autrement dit, en dehors du contentieux des régies financières (contentieux fiscal et domanial), toute demande adressée à une autorité autre que l'Agent judiciaire de l'Etat doit être déclarée irrecevable. L'exception a été élargie au contentieux douanier¹³⁵.

Le juge n'a pas fait une stricte application de ce principe dans les affaires Bayoro DIALLO (T.R. de Dakar, 6 février 1985), Mamadou SECK (T.R. de Dakar, 17 mai 1986). Les requérants ayant subi des préjudices du fait d'une activité de l'Etat, avaient respectivement saisi le Ministre des

¹³⁴ A travers la réforme communément appelée *Acte III de la décentralisation* (loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013), il a été noté trois grandes innovations : Suppression de la région, collectivité locale (celle qui a été créée en 1996); création d'une nouvelle collectivité territoriale (le département) et communalisation intégrale par l'érection des communautés rurales et des communes d'arrondissement en communes.

¹³⁵ Dans l'affaire *Administration des douanes c/ Ibrahima KANE* (C.cass, 4 janvier 1994), le juge, après avoir rappelé *qu'aux termes de l'article 2 alinéas 4 du décret n° 70-1216 du 7 novembre 1970 l'Agence Judiciaire de l'Etat est habilitée à représenter celui-ci dans toutes les affaires contentieuses qui l'intéressent à l'exception du*

contentieux des régies financières dont l'Administration des Douanes, considère que l'Agence Judiciaire de l'Etat n'a pas qualité pour se pourvoir au lieu et place de l'Administration des Douanes.

Le juge se fonde sur les articles 1er et 17 de l'arrêté ministériel n° 2160 MEF/DGD/DERD du 14 mars 1981 qui disposent que la Direction Générale des Douanes est chargée de la recherche, de la constatation de la répression des infractions à la réglementation des changes et que le chef de bureau des enquêtes et du contentieux a, seul ou en partage avec le Ministère public, le droit d'agir et d'exercer des voies de recours;

Affaires étrangères et celui de l'Intérieur. Le juge, dans les deux espèces, a estimé que le fait d'avoir adressé le recours gracieux aux ministres précités en lieu et place de l'Agent judiciaire de l'Etat n'était pas une cause d'irrecevabilité des requêtes¹³⁶.

Dans la même année 1986, le même juge dans l'affaire Samba Yacine Cissé (TR de Dakar 30 juillet 1986) revient à une stricte application de l'article 39 du CPC et du décret de 1970. Le requérant, ayant adressé un recours administratif au Président de la République a visé, selon le juge, *une autorité incompétente*. Par conséquent, sa requête est irrecevable.

Dans l'affaire Salif FALL (TRHC de Dakar, 18 octobre 2012), le juge reprend la jurisprudence Bayoro DIALLO en considérant que la demande préalable adressée au Ministère des affaires étrangères au lieu de l'Agent judiciaire de l'Etat ne constitue pas une irrégularité. Dans cette affaire, l'Etat a été assigné en responsabilité et en paiement de dommages et intérêts à la suite d'un accident mortel de la fille d'un ambassadeur du Sénégal en fonction en Inde.

Une année plus tard, la Cour suprême dans l'affaire Vincent GOMIS c/ Etat du Sénégal

revient à la jurisprudence Samba Yacine Cissé. Le juge, dans sa décision du 14 février 2013, a considéré qu'en l'espèce, le recours ayant été signifié à l'État du Sénégal pris en la personne du Président de la République, *cette signification est irrégulière et elle équivaut à une absence de signification*. Le juge a déclaré le requérant Vincent GOMIS, *déchu de son recours*¹³⁷.

Même dans le cadre du contentieux des régies financières, la position du juge sénégalais n'a pas été constante. Dans l'affaire ayant opposé Fatou Kiné SALL au Directeur Général des Impôts et Domaines et à Mame Mbeurgou DIOP, la dame SALL a assigné le Directeur Général des Impôts et Domaines es qualité de représentant de l'Etat et Mame Mbeurgou DIOP en annulation de bail et en paiement de la somme de sept cent cinquante millions de francs (750.000.000 F) en réparation de l'ensemble de son préjudice. Mme Mbeurgou estime que la procédure initiée par la Dame SALL est irrégulière puisque violant l'article 39 du CPC pour avoir adressé une demande administrative préalable non pas à l'agent judiciaire de l'Etat mais au Directeur Général des Impôts et Domaines. La Dame SALL conteste cette

administratif préalable.

¹³⁷ Il s'agissait d'un recours en annulation du décret n° 2011-536 du 26 avril 2011, portant nomination de Fara MBODJ, commissaire du droit près la Cour des Comptes. Pour le juge, *l'Etat n'a pas reçu régulièrement signification du recours dans le délai prévu par la loi*.

¹³⁶ Le juge a eu la même position dans les affaires suivantes : TR de Dakar, 13 mai 1987, SGBS et CA de Dakar, 19 mai 1989, Société AFCO avec une demande préalable adressée à l'autorité ministérielle. Le juge, dans les deux cas, considéra qu'un Ministre n'est pas l'«autorité compétente désignée par la loi» pour recevoir le recours

assertion et estime qu'en matière domaniale, c'est la Direction des Impôts et Domaines qui doit recevoir l'assignation et non l'Agent judiciaire de l'Etat. Pour le juge, *le fait de n'avoir pas assigné l'Agent judiciaire de l'Etat rend irrecevable l'action introduite par la demanderesse conformément aux articles précités.* Il estime qu'il y a eu non-respect de la procédure spéciale établie à l'article 729 CPC (TR de Dakar, 05 janvier 2012).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 décembre 2006, Hoirs feu Matar DIAGNE et Daour MBENGUE c/ DGID avait pourtant clairement affirmé le contraire pour annuler l'arrêt de la Cour d'appel du 27 janvier 2005 sur cette même affaire. Elle visa l'article 2 du décret de 1970 précité et estima que la Cour d'appel avait violé la loi en considérant que l'Etat ne devait pas être assigné en la personne du Directeur Général des Impôts et Domaines en matière de contentieux domanial mais en la personne de l'Agent judiciaire de l'Etat. La Cour d'appel avait déclaré recevable l'assignation faite à l'Agent judiciaire de l'Etat, en considérant que *l'Etat du Sénégal n'indique pas les dispositions légales ou réglementaires qui édictent que l'Etat doit être assigné en la personne du Directeur Général des Impôts et Domaines, en matière de contentieux domanial, qu'en*

revanche, aux termes des articles 39 et 729 du Code de Procédure Civile, l'Etat doit être assigné en la personne de l'agent judiciaire de l'Etat qui est également compétent pour recevoir les recours préalables.

Le juge du contentieux de pleine juridiction est, au Sénégal, dans la posture de devoir déterminer les contours de la matière administrative devant l'absence de définition légale de cette notion. Le Professeur Nd. M. DIAGNE estime qu'il ne s'est pas préoccupé *de donner un contenu* à la notion mais s'est contenté de *résoudre, au jour le jour les différents litiges*¹³⁸ qui lui étaient soumis. Cette attitude n'a pas contribué à stabiliser les principes généraux régissant la procédure administrative contentieuse. En vérité, c'est la tâche du juge qui s'avère compliquée: Adopter la conception matérielle et limiter la matière administrative aux seuls litiges soumis au droit administratif comporte, certes, l'inconvénient d'en exclure un nombre important de litiges auxquels l'administration est partie. Pour autant, épouser la conception organique équivaut, dans le contexte sénégalais, à ignorer le fait que le phénomène administratif se déploie au-delà des seules personnes de droit public tout en comportant le risque de favoriser l'hypertrophie de la matière administrative. C'est certainement cette difficulté qui

¹³⁸ DIAGNE (Nd. M), thèse précitée, p.29

explique sa jurisprudence fluctuante. Ne devrait-il pas alors, comme le suggèrent les professeurs AUBY et DRAGO, d'une part et WALINE, d'autre part, *combiner les critères matériel et organique pour que chaque ordre de juridiction puisse connaître des procès dans lesquels l'administration est partie et appliquer les règles de droit exigées par les circonstances de l'affaire* ?¹³⁹

¹³⁹ Voir J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3^e éd, T 1, p. 14 et M. WALINE, « A propos du rapport entre la règle de

droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », RDP. 1961, p. 15, cités dans la thèse précitée à la page 37.