

Réflexions sur la situation juridique des agents non titulaires de la fonction publique ivoirienne

Dr. Aline Aka Lamarche
Université Alassane Ouattara (Côte d'Ivoire)

I/ Les effets incertains d'une situation de droit privé dans le cadre de l'emploi

A/ Un statut approximatif de « travailleur »

- 1) Un mode de recrutement à priori distinct de celui des fonctionnaires
- 2) Un destinataire improbable du code du travail

B/ Une soumission illusoire au droit privé

- 1) Derrière les contrats, les règlements
- 2) L'agent non titulaire, un agent public de fait

II/ Une portée juridictionnelle subordonnée aux interprétations fluctuantes du juge administratif

A/ De l'interprétation sur mesure des actes pris à l'encontre des agents non titulaires

- 1) Des actes administratifs susceptibles d'un recours en excès de pouvoir
- 2) Des décisions privées extérieures au principe de la hiérarchie des normes

B/ De la compétence variable de la chambre administrative pour apprécier les requêtes des agents non titulaires

- 1) Une compétence en annulation pour les litiges relevant du droit administratif
- 2) Une compétence en cassation pour les affaires relevant du droit privé

Réflexions sur la portée du statut des agents non titulaires de la fonction publique ivoirienne

S'il y a bien un domaine dans lequel les lois ivoiriennes restent discrètes, c'est bien sur la question de la protection des agents non titulaires de la fonction publique. Mises au devant de la scène à l'occasion de grèves¹ ou de procès² concernant notamment les recours en excès de pouvoir³, les mesures de protection juridique de ce personnel non titulaire s'avèrent parmi les plus malaisées à comprendre⁴. En effet, face aux abus des autorités administratives, les agents non titulaires semblent non seulement soumis à des choix variables en matière de juridiction, mais aussi à un pouvoir discrétionnaire exacerbé du juge.

Pourtant, ce personnel non titulaire de la fonction publique n'en demeure pas moins un maillon important de la machine administrative dont Mirabeau dira qu'elle est « *une seconde religion* »⁵.

Apparu, en effet, au début du XX^e siècle, le concept de Fonction publique qui désigne l'ensemble des personnes travaillant au sein des administrations publiques⁶ engendrera celui de fonctionnaire intervenu en France dès la révolution de 1789. D'abord agent de la souveraineté, celui-ci devient avec l'arrivée au pouvoir de Napoléon Bonaparte, un agent de l'exécutif, « *un agent des gouvernants* », selon Duguit⁷, hiérarchisé, discipliné, soumis à l'intérêt général, mais non protégé. C'est,

¹ Marcel Pochard explique la « *revendication périodique des organisations syndicales de titularisation exceptionnelles de ces non titulaires* » par le fait que ce personnel non fonctionnaire n'envisage pas d'autre avenir que celui dans lequel il aurait le statut de fonctionnaire. POCHARD M., Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la Fonction publique, in « Cahier de la Fonction Publique », juin 2002, p.5

² De nombreux arrêts seront pris en exemple dans l'étude.

³ Ces procès, dans le cas ivoirien, concernent, en général, des demandes d'annulation de mesures prises par les autorités administratives. Rappelons que le recours pour excès de pouvoir appelé aussi recours en annulation, est un recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit. Définition donnée par CORNU G., Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2012, p. 857

⁴ Jean Lamarque déclarait à ce propos en 1963 que « *la condition juridique et sociale des personnels non fonctionnaires de l'Administration reste l'une des questions les moins bien connues du droit administratif* » : LAMARQUE J., La situation du personnel non fonctionnaire de l'Etat, in « Droit social », 1963, pp.406-418

⁵ Discours du 18 décembre 1789

⁶ La notion de fonction publique, indissociable selon Bigot de celle de service public, doit être comprise « *comme la puissance publique lorsqu'elle est en mouvement* ». BIGOT G., Les mythes fondateurs du droit administratif, in « RFDA » 2000, pp. 527-536

⁷ Leon Duguit explique qu' « *On a été ainsi amené à instituer des individus qui sous l'autorité ou le simple contrôle des gouvernants, remplissent certaines fonctions qui s'imposent à ces derniers.* » DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, tome 2, Paris, Ed.de Boccard, 1923, p.552

en effet, le concept de la Fonction publique, rattachée à celui du Service Public⁸ qui va créer progressivement les conditions pour un statut protégé⁹.

Toutefois, cette protection ne bénéficiera pas, au début du moins, aux agents non titulaires de la fonction publique.

Presqu'aussi ancien que l'institution de la fonction publique, le recours aux agents non titulaires s'est accru à partir de la première guerre mondiale, notamment pour faire face à l'augmentation considérable des missions dévolues à l'administration et pour favoriser l'accès des femmes à l'emploi public. Mais ces raisons seront progressivement remplacées par trois préoccupations d'ordre pratique : l'urgence des besoins en personnel, la souplesse du contrat en ce qui concerne le choix du candidat, et l'avantage des économies réalisées¹⁰.

Ces raisons d'ordre pratique expliquent probablement aussi la profusion à l'excès de ce personnel non titulaire dans les Etats d'Afrique¹¹, ainsi que la diversité des catégories : agents contractuels, vacataires, stagiaires, auxiliaires, temporaires, etc.

Ainsi, si les stagiaires sont appelés à être titularisés à l'issue de leur stage, les vacataires qui perçoivent leurs honoraires « à la tâche »¹², perdent leur qualité d'agent de la fonction publique à la fin de leur mission¹³. Agents contractuels donc, ils se distinguent, cependant, des agents visés par l'article 15 de la loi ivoirienne de 1992 relative à la fonction publique¹⁴ qui, eux, sont recrutés uniquement pour occuper des emplois de la catégorie A. Ils se distinguent aussi des auxiliaires,

⁸ René Dégni-Ségui définit le service public comme : « une activité d'intérêt général exercé par ou sous le contrôle de l'Administration ». DEGNI-SEGUI R., *Droit administratif général, L'action administrative*, Tome 2, Abidjan, CEDA, 2003, p.358

⁹ Emmanuel Aubin explique à ce propos qu'« autoritaire sous le Consulat et l'Empire, la conception de la fonction publique va se libéraliser au fil des régimes politiques, les fonctionnaires se voyant reconnaître progressivement un minimum de règles protectrices. Le Conseil d'Etat va jouer un rôle important dans l'affirmation du concept de la fonction publique en abandonnant, en 1937, l'idée du contrat de fonction publique et en plaçant les fonctionnaires dans une situation de droit public qualifiée de légale (ou statutaire) et réglementaire. » AUBIN E., *Droit de la fonction publique*, 2^{ème} édition, Paris, Gualino éditeur, 2004, p.17

¹⁰ MELLERAY F., *Droit de la Fonction publique*, 2^{ème} édition, Paris, Economica, 2010, p.130

¹¹ En Côte d'Ivoire, le recrutement de 3000 enseignants contractuels qui s'est clôturé le 3 mars 2012 s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre du Programme présidentiel d'urgence 2012. Pour le Cameroun, Moïse Nembot chiffrera à 56190, le nombre d'agents temporaires, sur un total de 173254 agents de la Fonction publique en 1993 : ¹¹ NEMBOT M., *Le glas de la Fonction publique dans les Etats d'Afrique francophone*, Paris, L'Harmattan, 2000, p.200

¹² Dans le code de la fonction publique gabonaise, les vacataires sont des contractuels recrutés pour des emplois saisonniers ou occasionnels (article 12 de la loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant statut général de la Fonction publique gabonaise)

¹³ En France, cette période est obligatoirement inférieure à un an. Le conseil d'Etat français du 26 mars 2003 a donné, dans un arrêt « syndicat national CGT de l'INSEE », la définition du vacataire en ces termes : « Agents recrutés au moyen de contrats à durée déterminée d'une durée inférieure à un an pour l'exécution d'un acte déterminée ou d'une tâche ponctuelle ».

¹⁴ Loi n°92-570 du 11 septembre 1992 portant statut général de la fonction publique en Côte d'Ivoire.

considérés par Aubin comme des « *fonctionnaires en puissance* »¹⁵, en vertu notamment de leur recrutement par acte administratif unilatéral.

De même, la définition des agents temporaires que René Chapus décrit comme du personnel engagé « *à titre précaire et essentiellement révocable* »¹⁶ est peu comparable à la situation pour le moins complexe de l'agent temporaire tel qu'envisagée par le décret ivoirien de 1965¹⁷.

Terme générique englobant non seulement toutes les catégories (A, B, C et D) de la fonction publique ivoirienne, mais aussi toutes les sortes d'agents non titulaires, qu'ils soient nommés ou recrutés par contrats, l'agent temporaire de la fonction publique ivoirienne est censé être devenu, avec la loi de 1992 un contractuel¹⁸. Pourtant, si l'on s'en tient à l'article 15 de la loi de 1992 précitée, et au décret de 2000¹⁹ qui en a résulté, la qualité de contractuel est limitée à la seule catégorie A²⁰. Pour les agents non titulaires des autres catégories il faut donc soit les assimiler aux agents contractuels par une extension de la jurisprudence française Berkani au cas ivoirien²¹, ou alors les envisager comme des agents temporaires²². En réalité, la

¹⁵ AUBIN E., « Droit de la fonction publique », 2004, op. cit. p. 52

¹⁶ CHAPUS R., *Droit administratif général* tome 2, 15^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2001, p.57

¹⁷ Décret n° 65-196 du 12 juin 1965 fixant le régime général d'emploi des agents temporaires des Administrations et établissements publics administratifs de l'Etat.

¹⁸ Selon l'interprétation faite par la doctrine ivoirienne (DEGNI-SEGUI, 2002 p. 486 et Bléou [Ouvrage à paraître]), en établissant le statut des contractuels, la loi de 1992 a mis fin à celui d'agent temporaire. Cependant, en ne supprimant pas de façon claire et précise le statut des agents temporaires, la loi de 1992 et le décret de 2000 qui se contentent, d'énoncer l'existence et les conditions de recrutement des agents contractuels de catégorie A, laissent planer un doute sur la suppression effective du statut d'agent temporaire, notamment pour les catégories B, C et D. Evidemment, l'on pourrait envisager les effets de la désuétude en raison notamment du fait que les agents non titulaires ne sont plus recrutés dans le cadre précis du décret de 1965. Cependant, et c'est le second point, certains textes relatifs aux agents temporaires restent la référence pour l'ensemble des agents non titulaires, comme c'est le cas pour la loi n°76-505 du 3 août 1976 relative aux allocations viagères au bénéfice des agents temporaires qui fait partie du cadre juridique de la Caisse Générale des Retraités et Agents de l'Etat (CGRAE) remis à jour en mars 2008.

¹⁹ Décret n°2000-396 du 24 mai 2000 fixant les modalités d'engagement des contractuels à l'exception des enseignants du supérieur et des chercheurs dans l'administration ivoirienne et les établissements publics nationaux ainsi que leur rémunération.

²⁰ Par comparaison, les articles 4, 5, 6 et 7 du code de la fonction publique française prévoient certes la catégorie A, mais aussi les autres catégories pour les représentations à l'étranger, pour les fonctions correspondant à un besoin permanent et pour celles correspondant à un besoin saisonnier ou occasionnel. Il faut cependant préciser que la formulation est telle qu'on ne sait si les autres catégories de contractuels sont prévus uniquement pour les représentations de l'Etat à l'étranger ou aussi pour le reste ; Loi 84-16 portant statut général de la fonction publique.

²¹ C'est l'arrêt Berkani qui va unifier le statut de l'ensemble des personnels non titulaires en les considérant tous comme des agents contractuels. Arrêt Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon, dit arrêt Berkani, 25 mars 1996, Rec. 535, conclusions Martin.

²² Nombreux, en effet, sont les agents d'autres catégories qui continuent d'être recrutés dans la fonction publique. Ainsi des résultats de concours de recrutement publiés sur le site officiel du

description rendue par le décret de 1965 se rapproche de la jurisprudence Berkani puisque les agents nommés et contractuels réunis sous la même expression « *agents temporaires* », sont « *vis-à-vis de l'Administration, dans une situation contractuelle* »²³. Toutefois, à la différence de la jurisprudence française qui considère les contrats passés entre l'agent non titulaire et l'administration comme des contrats de droit public soumis à la justice administrative, le flou demeure en droit ivoirien quant à la portée juridictionnelle de ces contrats. Le décret de 2000 qui traite des contractuels de catégorie A²⁴ indique ainsi que le contractuel est « *dans une situation dont les clauses générales sont fixées par le code du travail, ses textes d'application et par le présent décret* ». Cette appréhension pour le moins confuse du statut des agents non titulaires de la fonction publique se ressent aussi dans les propos de la ministre de l'éducation nationale qui envisage le recrutement de 3000 enseignants « *contractuels* » dans le cadre d'un « *concours exceptionnel de recrutement* »²⁵. Ces contractuels « *contractent* » évidemment dans des conditions de travail (salaires, lieu, horaires etc.) exclusivement fixées par l'administration.

Le passage du statut d'agent temporaire à celui d'agent contractuel (du moins pour la catégorie A) ne change donc pas grand-chose aux mesures de protection dont l'agent non titulaire dispose dans le cadre de son emploi. Celui-ci conserve, en effet, bien des chances de perdurer dans la fonction publique (Malgré la limite de 4 ans prévue pour le contractuel de catégorie A), tout en demeurant dans une situation précaire. Ainsi, une allocation viagère est-elle prévue pour l'agent non titulaire âgé de 55 ans au moins et ayant au moins 15 ans de services effectifs²⁶.

Il faut dire que cette précarité attachée au statut d'agent non titulaire de la fonction publique ivoirienne tranche avec l'évolution française en la matière. La jurisprudence française dite Berkani, a, en effet, réalisé un véritable effort afin de réduire l'écart entre les titulaires et les non titulaires de la fonction publique par une soumission de

ministère de la fonction publique ivoirienne attestent du recrutement de ces « contractuels » de catégories B, C et D, tels que les aides-soignantes, les agents d'hygiène, des chauffeurs etc. <http://www.fonctionpublique.ci/documentation/cre.pdf>, consulté le 22 avril 2013.

²³ Selon l'article 21 du dit décret. Notons que dans l'arrêt Berkani, le tribunal des conflits a considéré que les personnels non statutaires travaillant pour le compte du service public sont tous, sans distinction d'emploi, « *des agents contractuels de droit public* ». Arrêt Berkani précité.

²⁴ Décret n°2000-396 du 24 mai 2000 relatif à l'engagement des contractuels op. cit.

²⁵ L'ambiguïté vient ici de l'expression « concours de recrutement ». Le concours de recrutement renvoie en effet au mode principal d'intégration des fonctionnaires, comme l'indique d'ailleurs l'article 33 de la loi de 1992 relative à la fonction publique, alors qu'il s'agit ici de l'engagement de contractuels. Propos recueillis dans le quotidien « L'intelligent d'Abidjan » Publié le mercredi 7 mars 2012.

²⁶ Cette disposition est tirée de la loi n°76-505 du 3 août 1976 qui traite des allocations viagères au bénéfice des agents temporaires. Cette loi reste, en effet, la loi de référence en matière d'allocation viagère pour l'ensemble des agents non titulaires (cadre juridique de la Caisse Générale des Retraités et Agents de l'Etat (CGRAE) remis à jour en mars 2008).

l'ensemble au droit public²⁷. Mieux, l'Etat français a veillé à sécuriser les emplois des agents non titulaires en produisant les lois de juillet 2005 et les décrets de 2007 instituant le contrat à durée indéterminé dans la fonction publique²⁸. Le Gabon a lui aussi opté pour la soumission de l'ensemble des agents au droit public, considérant qu'« *ont la qualité d'agent public non permanent, les personnes recrutées en vertu d'un contrat, à temps complet ou à temps partiel* »²⁹. La République Centrafricaine se distingue elle aussi par sa volonté de sécurisation du personnel non titulaire de la fonction publique, en rendant la titularisation automatique en mi carrière³⁰.

Mais d'autres Etats comme la Côte d'Ivoire, restent désespérément muets sur la question de la sécurisation des emplois temporaires de la fonction publique, tout comme d'ailleurs sur les effectifs exacts de leurs agents, préférant aborder la question en terme de masse salariale³¹. Pourtant, cette masse salariale n'est pas égale devant la loi, car si le statut de droit privé ou de droit public de certaines catégories fixe très clairement les mesures de protection dont ils bénéficient dans le cadre de leur emploi, d'autres doivent attendre l'occasion d'une affaire en justice pour être situées sur la portée de leur statut.

Au-delà, en effet, de la précarité liée aux conditions de recrutement et de fin d'engagement, une forte insécurité découle de l'incertitude entourant les conditions de recours contre les décisions prises à leur encontre dans le cadre de l'emploi. Certes, le décret de 2000 prévoit qu'en matière disciplinaire, les contractuels sont soumis aux dispositions du code du travail, et doivent en conséquence s'adresser au tribunal du travail. Logiquement donc, c'est à ce tribunal que les non titulaires doivent soumettre les mesures litigieuses prises à leur encontre par les autorités administratives. Cependant, cette disposition rentre en concurrence avec l'article 54 de la loi organique de 1994³² relative à la cour suprême qui fait de la chambre administrative la seule compétente pour connaître de la légalité des mesures prises par les autorités administratives.

Dans l'interprétation qu'elle fera de ces dispositions contradictoires, à l'occasion de recours exercés par des agents non titulaires, la chambre administrative décidera de donner la priorité à l'une ou à l'autre selon les cas. Ainsi, décidera-t-elle de faire

²⁷ Le contentieux intervenant dans le cadre de leur travail relève donc du juge administratif. Arrêt Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani), 25 mars 1996, Rec. 535, conclusions Martin.

²⁸ La loi du 26 juillet 2005 instaure le contrat à durée indéterminé (CDI) dans la fonction publique, tandis que les décrets du 12 mars 2007 et du 24 décembre 2007 permettent à ces agents en CDI de bénéficier désormais d'une évaluation et d'un réexamen de leur rémunération au moins tous les trois ans.

²⁹ Loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant statut général de la Fonction publique au Gabon.

³⁰ NEMBOT M., « Le glas de la Fonction publique dans les Etats d'Afrique francophone », 2000, op. cit. p.200

³¹ Ibidem p. 201

³² Loi n°94-440 du 16 août 1994 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême de Côte d'Ivoire

valoir le statut de travailleurs soumis au droit du travail dans les arrêts Kouamé Kouadio³³ et Bakayoko Massoma³⁴, alors même qu'elle se déclarera compétente à connaître des recours exercés par les agents non titulaires Djegbou Lazare³⁵, Decosta Joseph³⁶ ou encore Konan Koffi³⁷. La chambre administrative le fera sans apporter d'éclairage nécessaire pour en faire, s'il le faut, des jurisprudences fiables ; de sorte que les contradictions apparaissant dans ces décisions contribuent à accentuer l'incertitude de la portée juridictionnelle du statut d'agent non titulaire.

L'affaire Bakoyoko Massoma précitée est probablement l'exemple le plus patent de la grande insécurité juridictionnelle dans laquelle se trouvent les agents non titulaires. En effet, alors même que sa requête avait été déclarée irrecevable en recours pour excès de pouvoir et lui-même renvoyé devant les tribunaux judiciaires, il sera débouté en appel puis en cassation après une décision de rejet prise par le tribunal du travail au motif que « *la décision prise par la Direction et Contrôle des Grands Travaux est une mesure administrative et non un licenciement susceptible d'ouvrir droit à des condamnations pécuniaires* »³⁸. Dans l'arrêt Kouamé Kouadio précité, la chambre administrative de la Cour suprême jugera la requête irrecevable au motif que « *les agents temporaires n'ont pas la qualité de fonctionnaires de l'Etat* », nonobstant la qualité des auteurs des actes contestés. Alors même que dans une autre affaire Traoré Abou Salamé, elle s'appuiera, non pas sur la qualité des

³³ Chambre administrative de la Cour suprême (CSCA), arrêt n°3 Kouamé Kouadio contre ministère de la fonction publique, 11 décembre 1970, cité dans WODIE F. et BLEOU M., *La chambre administrative de la cour suprême et sa jurisprudence*, Abidjan, Annales de l'université d'Abidjan, Economica, 1981, p. 174

³⁴ CSCA, arrêt Bakayoko Massoma contre Ministre de la fonction Publique et de l'emploi, 18 décembre 1991. Cité dans DEGNI-SEGUI R. 2002, op. cit. P 486.

³⁵ Dans cet arrêt pour lequel elle se déclarera compétente, la chambre administrative renvoie le requérant (agent temporaire) effectuer un recours préalable afin de régulariser son recours en excès de pouvoir. CSCA, Arrêt Degbou Lazare contre Ministre de la Fonction publique, 10 novembre 1982. BLEOU M., *La chambre administrative de la cour suprême de la Côte d'Ivoire*, 1988, PP 112-146 op. cit.

³⁶ La chambre a considéré comme recevable le recours déposé par M. Decosta Joseph en 1987 contre l'arrêté du ministre de la fonction publique portant liquidation de ses droits. CSCA, arrêt Decosta Joseph contre Ministre de la Fonction publique, 29 avril 1987. DEGNI-SEGUI R. 2002, op. cit. P 486.

³⁷ La chambre administrative confirmera dans l'arrêt Konan Koffi le caractère administratif de la décision de refus de reclassement, même si elle déclarera au final la demande irrecevable en ce qu'elle n'attaque pas l'illégalité de la décision ministérielle mais se présente comme un mémoire visant « *une injonction à l'administration* ». CSCA, arrêt Konan Koffi contre ministre de la fonction publique et de l'emploi, 30 octobre 1991, consultable au CNDJ, CIDCSA 199207310030

³⁸ En réalité il y a deux arrêts pris en compte dans cette étude : un premier arrêt rendu par la chambre administrative saisie dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir, CSCA, arrêt Bakayoko Massoma contre Ministre de la fonction Publique et de l'emploi, 18 décembre 1991. Cité dans DEGNI-SEGUI R. 2002, op. cit. P 486 ; ainsi qu'un 2ème arrêt rendu par la chambre siégeant en cassation : CSCA, Arrêt Bakayoko Massoma contre Direction et Contrôle des Grands Travaux, 1^{er} juin 1994, consultable au Centre National de Documentation Juridique (CNDJ), n°CIDCSA 199502220002

requérants, mais plutôt sur celle de l'auteur de l'acte contesté (autorité non administrative) pour déclarer irrecevable le recours des agents contractuels³⁹.

Dans les différents cas, la chambre administrative fera valoir la compétence duale dont elle dispose dans le cadre de l'unité juridictionnelle⁴⁰. Elle se déclarera compétente, en effet, soit en recours pour excès de pouvoir comme pour l'affaire Decosta précitée, soit en cassation comme elle l'affirma dans l'arrêt Kouamé kouadio.

Ce cadre restreint de l'unité juridictionnelle adoptée par la Côte d'Ivoire tranche avec la dualité française pour des raisons tenant selon Bléou M. « ...à la pénurie des cadres, au souci de la simplification de la procédure contentieuse, à l'importance encore limitée des affaires à traiter et à ceci que les raisons justifiant le système français de dualité de juridictions sont étrangères à la côte d'Ivoire... »⁴¹. Pourtant, la pertinence de l'unité juridictionnelle est bien souvent mise à mal par le caractère confus et ambigu des décisions rendues par la chambre administrative qui applique tantôt le droit administratif, tantôt le droit privé, sur la base d'un raisonnement pour le moins discutable. Ainsi, en déclarant l'action contre l'illégalité de mesures prises par les autorités administratives recevable non pas dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir, mais plutôt à l'occasion d'un pourvoi en cassation⁴², la chambre déroge très clairement aux règles de compétences établies par l'article 54 de la loi de 1994 précitée. Ce faisant, elle fait abstraction du principe de la hiérarchie des normes⁴³ puisqu'elle soumet la loi organique de 1994 relative à la Cour suprême⁴⁴ à une loi ordinaire portant droit du travail.

Une telle option, qui exprime la grande liberté que s'accordent les juges vis-à-vis des directives légales, amène nécessairement à s'interroger sur la réalité des protections dont dispose l'agent non titulaire dans le cadre de ses relations avec ses supérieurs hiérarchiques.

³⁹ Dans l'arrêt Traoré Abou Salamé, la chambre administrative estimera que « *les recours en annulation pour excès de pouvoirs [sont] formés contre les décisions des autorités administratives...* ». CSCA, arrêt Traoré Abou Salamé contre Ministre de la communication, 29 septembre 1997, consultable au CNDJ, n°CIACSA 1999052612

⁴⁰ En réalité, la chambre administrative a une compétence triple : elle connaît à la fois des recours en excès de pouvoir, de recours en cassation pour le contentieux de pleine juridiction et du contentieux électoral selon les articles 54 et 16 de loi relative à la cour suprême. Mais dans le cas des agents non titulaires, seules les compétences en annulation et en cassation sont concernées.

⁴¹ BLEOU M., La chambre administrative de la cour suprême de la Côte d'Ivoire, 1988, PP 112-146 op cit.

⁴² Après des décisions rendues par le tribunal du travail ou la cour d'appel.

⁴³ Principe théorisé par Hans Kelsen, il est réaffirmé par le conseil d'Etat français en 1998 dans l'arrêt Sarran Levacher. Arrêt Sarran Levacher et autres du 30 octobre 1998, le conseil d'Etat français affirme de nouveau l'obligation du respect de la hiérarchie des normes. Rec. 369, concl. Maugué.

⁴⁴ Dans l'arrêt Traoré Abou Salamé, la chambre administrative réaffirmera d'ailleurs le caractère organique de la loi relative à la cour suprême (revoir note de bas de page n° 38).

Nous limitant ici à la seule fonction publique administrative, il s'agit de mener une réflexion sur les conséquences professionnelles et juridictionnelles qu'emporte un statut⁴⁵ de droit privé dans le cadre de l'emploi public⁴⁶. Autrement dit, quelle est la portée de la situation juridique de l'agent non titulaire de la fonction publique ivoirienne?

Si une telle préoccupation appelle à considérer les conséquences professionnelles qu'implique une situation de droit privé dans le cadre de l'emploi public administratif (I), il s'avère, au vu notamment des jurisprudences contradictoires, qu'en réalité, la portée juridictionnelle du statut d'agent non titulaire dépend essentiellement des interprétations aléatoires de la chambre (II).

I/ Les effets incertains d'une situation de droit privé dans le cadre de l'emploi⁴⁷

A l'instar de l'agent temporaire du décret de 1965, le contractuel du décret de 2000 est censé avoir le statut de « travailleur ». Toutefois, ce statut s'avère approximatif (1) en raison notamment d'une soumission au droit privé quelque peu illusoire (B).

A/Un statut approximatif de travailleur

Bien qu'il ne soit pas certain que l'agent non titulaire soit l'un des destinataires du code du travail (2), son statut de « travailleur » est déduit de son mode de recrutement à priori distinct de celui des fonctionnaires (1).

⁴⁵ La notion de statut appliquée à l'agent non titulaire est prise dans sa définition juridique généraliste, soit « *la condition juridique qui résulte pour une personne d'un ensemble de règles établies par la loi* ». Elle est donc à différencier du statut particulier de la fonction publique ou encore de la situation « statutaire » des fonctionnaires. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 979

⁴⁶ L'emploi correspond en droit de la fonction publique à un poste de travail prévu au budget et doté des crédits nécessaires à la rémunération de celui qui l'occupe. Le droit ivoirien prévoit des emplois temporaires (article 1^{er} de la loi de 1965 précitée) et des emplois contractuels (article 3 du décret de 2000 précité).

⁴⁷ L'emploi, concerné ici, est limité à la seule fonction publique administrative.

1/ Un mode de recrutement à priori distinct de celui des fonctionnaires

Les agents non titulaires de Côte d'Ivoire, qui sont recrutés par contrat ou par acte d'engagement, sont censés se distinguer des fonctionnaires par leur mode d'intégration dans la fonction publique.

Recrutés par voie de concours selon l'article 33 de la loi de 1992 (sauf dérogations prévues par décret)⁴⁸, les candidats au statut de fonctionnaire doivent justifier de certains diplômes, titres, ou niveau d'étude. Ils doivent répondre aussi à des conditions d'âge dont la limite varie d'un concours à un autre, jouir de leurs droits civiques, d'une bonne moralité et remplir les conditions d'aptitude physique et mentale exigées pour occuper l'emploi. Si ces deux dernières conditions (la bonne moralité et l'aptitude mentale) sont des critères subjectifs, difficiles à établir, les candidats doivent, en revanche, être en mesure de prouver leur bonne santé et leur régularité au regard des lois sur le recrutement militaire ; tout comme ils devraient pouvoir apporter la preuve de leur citoyenneté.

En effet, si le principe est l'égalité en matière d'accès à la fonction publique, une discrimination objective existe par contre entre les nationaux et les non-nationaux. Cette exigence de la nationalité que l'on retrouve aussi en France est expliquée dans son aspect culturel par Jean Domat dès le 17^{ème} siècle. Selon lui, « *On exclut les étrangers des charges publiques parce qu'ils ne sont pas du corps de la société qui compose l'Etat d'une nation et parce que ces charges demandent une fidélité et une affection au prince et aux lois de l'Etat qu'on ne présume pas dans un étranger* »⁴⁹. Cette explication qui en appelle donc au sens du patriotisme du citoyen par rapport au non citoyen semble se limiter aux seuls fonctionnaires, puisque le personnel non titulaire de la fonction publique n'est pas soumis à la condition de nationalité. C'est le conseil d'Etat français qui en pose le principe dans un avis du 17 mai 1973 : « *considérant que sans préjudice de l'application des dispositions réglementant l'emploi des étrangers, aucune disposition législative actuellement en vigueur ni aucun principe du droit public n'interdisent de façon générale de recruter un étranger comme agent de l'Etat en qualité de contractuel ou d'auxiliaire* ». Ainsi, les personnes étrangères vivant en France peuvent intégrer la machine administrative.

⁴⁸ Le concours, qu'il soit sur épreuve ou sur titres et travaux, constitue, en effet, la voie d'accès de droit commun à la Fonction publique en qualité de fonctionnaire, même si la loi prévoit la possibilité de dérogations par décret. En France, les dérogations à la voie du concours sont précisées par l'article 24 du statut de la Fonction publique qui prévoit par exception au recrutement par concours, l'accès direct de fonctionnaires de la catégorie A ou de fonctionnaires internationaux à la hiérarchie de certains corps figurant dans une liste établie par le décret du 18 mars 1985. Décret n°85-344 du 18 mars 1985 modifiant celui du 10 avril 1963.

⁴⁹ Cité par DIDIER JP, *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles françaises*, LGDJ, 1999, p.239

C'est aussi le cas en Côte d'Ivoire, puisque le décret de 1965 ne fait pas obligation aux agents temporaires d'avoir la nationalité ivoirienne⁵⁰. En revanche, le décret de 2000⁵¹ privilégie le citoyen ivoirien et n'envisage le recrutement d'experts non nationaux de catégorie A qu'en l'absence de nationaux qualifiés⁵². Dans les deux cas, seuls les agents non titulaires de nationalité ivoirienne pourront espérer une nomination en qualité de fonctionnaire, soit par voie de concours interne, soit par voie d'inscription sur une liste d'aptitude après avis d'une commission ad hoc.

A l'instar des fonctionnaires, les candidats à un emploi temporaire sont tenus de jouir de leurs droits civiques et d'une bonne moralité, d'être en position régulière au regard des lois sur le recrutement de l'armée et de remplir les conditions physiques, intellectuelles et de santé.

Toutefois, à la différence des fonctionnaires qui sont dans une situation statutaire, les agents non titulaires sont censés être dans une situation contractuelle, c'est-à-dire issue d'un accord de volontés des parties. Leurs conditions de travail sont censées être négociées, et les clauses du contrat s'imposent aux deux parties. La personne publique devient un employeur comme tout autre et s'engage à respecter le contrat de recrutement. Le contractuel est, pour ainsi dire, dans la situation du « *vêtement sur mesure tandis que l'agent nommé serait dans un vêtement de prêt-à-porter* »⁵³.

Et pourtant, la situation des agents non titulaires de Côte d'Ivoire est loin d'être aussi tranchée. Leur processus de recrutement semble aussi confus que leur régime juridique.

Obligatoirement subordonné à l'existence d'une vacance d'emploi, le recrutement de ces agents se fait sur titre, même s'ils peuvent, dans certains cas, accéder aux emplois en réussissant les épreuves d'un examen de sélection. En effet, comme les fonctionnaires, les contractuels sont souvent recrutés à l'occasion de concours de la fonction publique, même s'il s'agit de « concours exceptionnels »⁵⁴. A l'issue de la sélection de leur dossier par l'autorité administrative, les candidats sont recrutés d'une manière générale par un « *acte d'engagement* »⁵⁵ dont on se demande

⁵⁰ Un décret de 1967 prévoit explicitement d'ailleurs, de faire appel à des agents temporaires non ivoiriens âgés de moins de soixante ans pour pourvoir à certains emplois, « *à raison de la technicité ou spécialisation particulière qu'ils requièrent* ».

⁵¹ Décret n° 2000-396 du 24 mai 2000 fixant les modalités d'engagement des contractuels op. cit.

⁵² Article 1^{er} du décret n° 67-540 du 7 décembre 1967 fixant le régime particulier applicable aux agents temporaires des Administrations et Etablissements publics administratifs de l'Etat engagés par contrat.

⁵³ MELLERAY F., *Droit de la Fonction publique*, 2010, op. cit. p.134

⁵⁴ Comme l'attestent les propos du ministre de l'éducation nationale précités et comme l'atteste l'organisation de « concours exceptionnels » en vue de recruter des contractuels mentionnés sur le site officiel du ministère de la fonction publique consulté le 22 avril 2013 : <https://www.fonctionpublique.egouv.ci/documentation/cre.pdf>

⁵⁵ Article 20 du décret de 1965 relatif aux agents temporaires de la Fonction publique en Côte d'Ivoire.

comment il peut conférer son caractère contractuel au lien existant entre l'administration et l'agent non titulaire!

Cet acte d'engagement a tout lieu, en effet, d'être un acte administratif unilatéral dans sa forme et dans ses dispositions. Il en est d'ailleurs de même pour les contrats de ceux qui sont engagés sur titre, dont les clauses sont censées être déterminées à la fois par le code du travail et par le régime spécial prévu par les dispositions du décret.

Emis, en effet, par le ministre de la fonction publique, le « contrat », à l'instar de « l'acte d'engagement », se limite à établir des relations de travail entre le « contractuel » et la personne publique, dans des conditions essentiellement fixées par cette dernière.

C'est là une procédure qui est loin de ressembler à la définition du contrat donnée par l'article 1101 du code civil français : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose* ». Une telle définition suppose, en effet, au moins deux auteurs du document, contrairement à l'acte émis par le seul ministre de la fonction publique.

Certes, il existe des contrats d'adhésion en droit administratif dans lesquels la partie privée n'a pas participé à l'élaboration de l'acte contractuel, mais y a consenti, comme dans le cas de l'abonnement au téléphone ou à l'eau⁵⁶. Toutefois, ces contrats d'adhésion sont pour le moment, limités (en matière de droit administratif), aux contrats liant les services publics industriels et commerciaux (SPIC) aux usagers⁵⁷. L'acte d'engagement d'un agent non titulaire ivoirien ne peut donc être envisagé sous la forme d'un contrat d'adhésion.

On pourrait aussi prendre l'exemple malien traité par Cissoko D. qui fait une différence entre les agents liés par contrat public qui seraient des agents publics tandis que ceux liés par contrats privé seraient des agents de droit privé. Pour lui, la différence entre ces deux sortes de contrat résiderait essentiellement sur le niveau plutôt élevé des agents de droit public (techniciens soumis à des dispositions à la fois légales et réglementaires) et subalterne des agents de droit privé (dont les contrats ne comportent pas de clauses exorbitantes de droit commun)⁵⁸.

Cependant, en Côte d'Ivoire, les contrats tout comme les actes de recrutement des agents non titulaires sont soumis à des dispositions réglementaires comme l'attestent les décrets de 2000 et de 1965. Ils sont donc comparables au contrat de droit public décrit par Cissoko. Mais surtout, l'acte d'engagement rappelle fortement l'acte de recrutement d'un auxiliaire de la fonction publique française. C'est-à-dire un acte

⁵⁶ Dans une décision du 11 juillet 2001, société des eaux du nord, le Conseil d'Etat a reconnu le caractère contractuel de l'abonnement à l'eau courante.

⁵⁷ Voir CHAPUS R., *Droit administratif général*, 2001, op. cit. p.493

⁵⁸ CISSOKO D., « La fonction publique en Afrique noire : le cas du Mali », Rouen, PUR, 1995, p. 17

administratif unilatéral par lequel l'auxiliaire est intégré à la Fonction publique et bénéficie d'un « *quasi statut* »⁵⁹.

Pourtant, ces actes de recrutement sont censés placer le lien existant entre l'agent non titulaire et la personne publique sous un régime de droit privé. C'est une contradiction des termes qui laisse à croire que le décret de 1965, tout comme celui de 2000, visent avant tout à protéger l'Etat, en conférant à l'agent non titulaire un statut de « travailleur » pour le moins douteux.

2/ Un destinataire improbable du code du travail

En tant que travailleur, l'agent non titulaire est censé être soumis à la loi de 1995⁶⁰ qui définit le travailleur, et qui fixe le cadre du contrat de travail (les conditions de signature, de déroulement et de cessation du contrat).

Il faut remarquer de prime abord que la loi semble ne prendre en compte que les contractuels puisqu'elle n'envisage que les travailleurs bénéficiant d'un contrat.

Or, rappelons-le, si tous les agents non titulaires de Côte d'Ivoire sont censés être dans une « *situation contractuelle* », ils ne sont pas pour autant, tous recrutés par contrat. Certains ont été recrutés par un acte d'engagement qui n'est autre qu'un acte administratif unilatéral.

Il n'y a donc pas de « *contrat de travail* » stricto sensu pour ces agents non titulaires. Par ailleurs, et cela est aussi valable pour les contractuels de catégorie A, s'il est vrai que la loi ne prend pas en compte la qualité de l'employeur, elle prévoit, toutefois, que les travailleurs employés au service de l'Etat « *et qui relèvent d'un statut particulier échappent, dans la limite de ce statut et de celle des principes généraux du droit administratif, à l'application du présent code* »⁶¹. Ces travailleurs, précisons-le, ne sont pas les fonctionnaires, puisque ceux-ci sont déjà omis de la liste des destinataires du code du travail, en qualité de « *personnes nommées dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique* »⁶².

Or, si l'on s'en tient à l'explication donnée par Melleray de ces statuts particuliers qui « *précisent le classement du corps (catégorie A, B ou C), décrit à grands traits les emplois auxquels ont vocation les membres du corps, détaille sa structuration interne (nombre de grade, classes, échelons) ainsi que les modalités de recrutement,*

⁵⁹ AUBIN E., « Droit de la Fonction publique », 2004, op. cit. P. 52

⁶⁰ Cette loi « *régit les relations entre employeurs et travailleurs résultant de contrats conclus pour être exécutés sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire* » selon l'article 1^{er} de la loi n° 95-15 du 12 janvier 1995 portant code du travail

⁶¹ Article 2 du code du travail de 1995

⁶² Ibidem

d'avancement et de détachement »⁶³, on comprend bien que les agents non titulaires sont concernés par l'article 2 du code du travail.

Certes, les fonctionnaires sont les agents statutaires par excellence, cependant, les agents non titulaires n'en sont pas moins soumis aux statuts de la fonction publique, puisqu'ils sont classés dans une catégorie et dans un grade⁶⁴ et que les modalités de recrutement et de traitements sont fixées par décret. Les agents non titulaires peuvent donc parfaitement correspondre aux personnes visées par l'article 2 de la loi de 1995.

Cela rend d'autant plus incompréhensible l'interprétation faite par la chambre administrative de la Cour Suprême dans l'affaire Kouamé Kouadio. Celle-ci a, en effet, préféré se limiter à l'article 7 du décret de 1965, selon lequel « *les agents temporaires n'ont pas la qualité de fonctionnaire* », réduisant, par la même occasion, la catégorie de personnel échappant au code du travail aux seuls fonctionnaires.

De même, dans cet arrêt, comme dans l'arrêt Bakayoko Massoma, la chambre administrative a considéré comme un argument confirmatif de la soumission de l'agent non titulaire au code du travail, le caractère indifférent (privé ou public) de l'employeur. Cependant, la chambre administrative semble oublier qu'ici, le caractère public a peut-être été envisagé essentiellement pour les Services Publics à caractère Industriel ou Commercial (SPIC).

En effet, le personnel d'un SPIC étant composé dans sa base et pour l'essentiel d'employés recrutés au moyen d'un contrat de travail, et le service fonctionnant ici comme une personne privée, le droit privé régit les conditions de travail. La personne publique devient un employeur comme un autre qui recrute, licencie, organise le travail sur la base du code du travail et est tout autant déférable devant les tribunaux judiciaires⁶⁵.

Rappelons, en effet, que depuis 1921, une distinction a été faite par le tribunal des conflits entre les Services Publics Administratifs (SPA) et les SPIC⁶⁶. Cet arrêt français dit du Bac d'Eloka ayant opposé la société commerciale de l'ouest africain à la colonie de Côte d'Ivoire à l'époque de l'Afrique occidentale française (AOF), a permis au tribunal des conflits de soumettre les SPIC à un régime de droit privé. Ricci dira à ce propos que le tribunal des Conflits, en prenant un tel arrêt, voulait « *punir l'administration de s'être mise en civil pour gérer l'intérêt général* »⁶⁷. Un autre arrêt du Conseil d'Etat (Level) viendra confirmer le statut de droit privé du personnel des SPIC, en insistant toutefois sur la différence avec le personnel administratif⁶⁸. Uniquement réservé aux agents nommés dans les SPIC, le statut de

⁶³ MELLERAY F., *Droit de la Fonction publique*, 2010, op. cit.p. 160

⁶⁴ Article 1^{er} de l'annexe au décret n°2000-396 du 24 mai 2000, article 12 du décret de 1965.

⁶⁵ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, société commerciale de l'Ouest africain (bac d'Eloka), rec.91, conclusion Matter.

⁶⁶ Arrêt bac d'Eloka op. cit.

⁶⁷ RICCI JC., *Mémento de la jurisprudence administrative*, 7^{ème} édition, Paris, Hachette, 2008, p.34

⁶⁸ Conseil d'Etat du 15 décembre 1967, Level, Rec. 501-v. n°39.2

personnel administratif donne, en effet, droit à invoquer la compétence du juge administratif ; c'est le cas notamment pour les personnes investies d'une fonction de direction et pour le chef comptable s'il a la qualité de comptable public⁶⁹.

A l'inverse, dans un SPA, la règle est le droit administratif, et l'exception, le droit privé. Ce principe s'est généralisé en France, au point de soumettre l'ensemble des agents non titulaires des SPA au Droit public⁷⁰. C'est là une décision du Conseil d'Etat français qui trouverait à se justifier aussi en Côte d'Ivoire, où les agents non titulaires des SPA évoluent dans un environnement de droit public. En effet, en plus d'être rattaché à un statut réglementaire défini par décret, ils obéissent à un employeur qui conserve, dans son fonctionnement comme dans ses relations avec son personnel, toutes les caractéristiques d'une personne publique.

Assurément, l'Administration ne se met pas « *en civil* » dans les SPA, quand elle recrute des agents non titulaires. Elle conserve au contraire son armure de droit public qui rend largement illusoire, le contrat de travail et le statut de droit privé qui en découle.

B/ Une soumission illusoire au droit privé

S'il est juste et cohérent d'assimiler l'agent non titulaire à un agent public de fait (2), c'est notamment en raison de la situation principalement réglementaire dans laquelle il évolue (1).

1) Derrière les contrats, les règlements

Alors qu'Yves Saint-jours s'interrogeait sur la cohérence d'un « *contrat de travail de droit public* »⁷¹, Yves Gaudemet y apportait une réponse, qui pour être tranchée, n'en est pas moins juste. Il considère, en effet, que « *comme tous les agents publics, les contractuels sont pour l'essentiel, dans une situation légale et réglementaire à l'égard du service qui les emploie...(car) ...le contrat signé au moment de l'entrée en fonction n'est guère qu'un acte-référence, déclenchant l'application d'un régime*

⁶⁹ Conseil d'Etat 26 janvier 1923, Robert Lafreygière et Conseil d'Etat, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. 158

⁷⁰ C'est l'arrêt Berkani, rappelons-le qui soumet les agents contractuels au droit public.

⁷¹ Cité par MELLERAY F., Yves saint-jours, « Existe-t-il un contrat de travail de droit public ? », Droit Social, p.187-195

statutaire prédéfini. »⁷². Le contrat n'est donc, ici, que le moyen utilisé pour permettre l'application d'un régime global et prédéfini à un nouvel employé.

Le conseil d'Etat français du 25 mai 1979 confirmera cette réponse en précisant que « *L'aspect contractuel est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par les dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine.* »⁷³. Ainsi, le contractuel de catégorie A de la fonction publique ivoirienne obtiendra un traitement financier pouvant aller, selon son grade, de 600 000 FCFA à 1 080 000, sans possibilité de négociation⁷⁴.

Nonobstant donc ses prétentions personnelles, le futur agent contractuel adhère à un contrat qui n'est autre qu'un consentement à une réglementation régissant les agents des services publics administratifs⁷⁵. Le conseil d'Etat français expliquera à ce propos dans l'affaire Babin, que « *c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre l'administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation etc.* »⁷⁶. Les dispositions du contrat sont donc soumises aux règles organisant le fonctionnement du service public administratif, qui peuvent d'ailleurs être modifiées, avant et pendant l'exécution du contrat.

L'agent contractuel se trouve ainsi dans une situation d'hétérogénéité qui paraît très clairement favorable au droit administratif. Ainsi, dans un avis du 30 janvier 1997, la section des finances du conseil d'Etat ne reconnaîtra au contrat de travail qu'une simple vocation supplétive, accordant au dispositif réglementaire le droit de définir le régime juridique des agents contractuels : « *La circonstance que le régime juridique applicable à certaines catégories d'agents publics est défini par des textes de caractère réglementaire ne fait pas obstacle à ce que, dans le silence de ces textes, certains éléments de la situation de ces agents soient fixées par les stipulations de leurs contrats.* »⁷⁷.

Mais si l'agent recruté par contrat est, en fait, régi par le droit administratif et que le contrat de travail n'est qu'un succédané de l'acte unilatéral de recrutement, que dire alors du reste des agents non titulaires : ceux qui sont recrutés par « concours

⁷² Cité par MELLERAY F, Yves Gaudemet, Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'Administration ? (sur le degré d'originalité de recrutement par contrat dans la fonction publique) AJDA, 1977, p. 614-618

⁷³ Conseil d'Etat, 25 mai 1979, Rabut, Rec. 231, concl. Genevois

⁷⁴ Annexe au décret de 2000 précité.

⁷⁵ DELANNAY, A., « Non titulaires ; vers un vrai statut », La lettre du cadre territorial, 1er février 2008, n°352, pp.29-30

⁷⁶ Conseil d'Etat, 4 mai 1906, Babin, Rec. 362, concl. Romieu

⁷⁷ ECDC, 1998, n°49, p.185

exceptionnels » ou ceux qui sont regroupés par le décret de 1965 sous le terme générique d'agents temporaires ?

Intégré à la fonction publique par un acte administratif unilatéral, nommé à un emploi temporaire et parfois permanent⁷⁸, l'agent non titulaire est recruté dans une catégorie, une échelle et un échelon qui détermineront sa rémunération, à l'instar des fonctionnaires. Engagé au service de l'Etat, il peut être affecté (comme les fonctionnaires) en tout lieu autre que celui éventuellement indiqué sur l'acte d'engagement. Noté sur le même mode que les fonctionnaires, l'avancement de l'agent temporaire dépend de sa notation, et une allocation viagère comparable à celle des fonctionnaires lui est acquise s'il peut justifier d'au moins quinze ans de service et de cinquante cinq ans d'âge⁷⁹.

Ce sont là quelques éléments témoignant de la situation statutaire des agents non titulaires de la fonction publique ivoirienne, car, alors même que leurs conditions de travail aurait dû normalement être définies par les clauses d'un contrat de travail, elles sont décidées par avance, et de manière réglementaire.

La soumission de l'agent non titulaire de la fonction publique ivoirienne au code du travail s'avère donc illusoire, en plus d'être injustifiée, puisque que celui-ci se révèle un agent public de fait.

2) L'agent non titulaire, un agent public de fait

La notion d'agent public n'est utilisée ni dans les décrets de 1965 et de 2000 fixant respectivement le régime des agents temporaires et celui des agents contractuels, ni dans le code du travail de 1995 ou encore dans la loi ivoirienne de 1992 relative à la fonction publique. C'est donc une notion qui reste à ce jour, étrangère à la législation ivoirienne, ainsi qu'à la jurisprudence qui préfère se limiter à la notion d'agent de la fonction publique.

Ces agents des services publics administratifs qui sont permanents ou non permanents (décret de 1965), titulaires ou non titulaires (loi de 1992) connaissent une distinction plus tranchée lorsqu'ils sont abordés en termes de fonctionnaires et non fonctionnaires. Pourtant, si l'on s'en tient aux critères jurisprudentiels d'identification de l'agent public, les fonctionnaires, comme les agents non titulaires

⁷⁸ Selon l'article 6 du décret de 1965, la nomination d'agents temporaires dans un emploi permanent ne peut avoir lieu que dans les cas suivants :

- Occupation d'emploi comportant un service journalier en temps incomplet
- Exécution de travaux exceptionnels justifiant le recours à un personnel d'appoint pour une durée limitée
- Occupation d'emplois vacants en cas d'impossibilité reconnue d'y pourvoir par des fonctionnaires

⁷⁹ Loi n°76-505 du 3 août 1976 relative aux allocations viagères précitée.

présentent des caractéristiques communes aussi bien à l'égard de l'Administration que de l'administré.

A l'égard de l'Administration, les agents de la fonction publique administrative, qu'ils soient fonctionnaires ou non fonctionnaires, réunissent deux critères objectifs : l'un organique et l'autre matériel.

L'élément organique concerne l'employeur de l'agent de droit public, qui doit être une personne publique. C'est un critère qui a été confirmé par plusieurs arrêts du conseil d'Etat français qui refuse de soumettre au droit administratif toute relation de travail n'impliquant pas un employeur de droit public. Ainsi, dans un arrêt Fraysse, une fonctionnaire détachée auprès d'une structure privée exerçant une mission de service public s'est vu renvoyée devant les tribunaux judiciaires⁸⁰.

Cependant, ce seul critère ne suffit pas à faire des agents non titulaires des agents publics. Un second critère matériel exige, en effet, que la personne publique assure une mission de service public à caractère administratif. Cette seconde exigence vient faire la différence entre les agents contractuels concernés par le décret de 2000 qui peuvent aussi bien être ceux d'Etablissements Publics Administratifs (EPA) ou ceux d'Etablissements Publics Industriels et Commerciaux (EPIC)⁸¹. Il faut bien comprendre donc que seuls les agents contractuels des EPA sont assimilables à des agents publics du fait de leur mission⁸².

Appliquée à la Côte d'Ivoire, cette définition de l'agent public concerne donc tous les agents non titulaires de la fonction publique administrative, et paraît d'autant plus logique que vis-à-vis des administrés, ils représentent l'Administration, au même titre que les fonctionnaires.

En effet, les agents non titulaires, à l'instar des fonctionnaires, sont la figure de l'Administration. Ils ont des obligations communes vis-à-vis de l'Administration et des administrés qui ne sont pas sans risques. Ainsi, en cas de faute commise à son encontre, l'administré ne fera pas la différence entre le fonctionnaire et le non fonctionnaire, mais engagera la responsabilité de l'agent ou, plus souvent, de l'Administration. Il faut rappeler, en effet, qu'en cas de faute de service, l'agent,

⁸⁰ Le tribunal des conflits a décidé que « *Considérant d'une part, que Mme Fraysse, institutrice de l'enseignement public a été détachée auprès de l'association pour l'éducationmême si elle est investie d'une mission de service publique et bénéficie des financements publics, constitue une personne morale de droit privé ; que les rapports entre Mme Fraysse et cette association ne peuvent être que des rapports de droit privé* » Tribunal des conflits du 24 juin 1996, Fraysse/AEIH

⁸¹ Le décret de 2000 envisage outre l'administration ivoirienne, les Etablissements Publics Nationaux (EPN) qui peuvent aussi bien être des EPA que des EPIC. Bien que le critère de distinction ne soit pas tranché dans l'absolu, les EPA sont censés réaliser des SPA tandis que les EPIC exercent des SPIC. DEGNI-SEGUI R., « Droit administratif général, L'action administrative » 2003 op cit., p. 396. Ils sont régis par la loi n°98-388 du 2 juillet 1998 fixant les règles générales relatives aux établissements publics nationaux et portant création de catégorie d'établissements publics et abrogeant la loi n°80-1070 du 13 septembre 1980.

⁸² C'est l'arrêt Berkani précité, qui décidera pour le cas français que toutes les personnes non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents publics.

auteur de la faute, qu'il soit titulaire ou non, est personnellement irresponsable. Seule la responsabilité de la personne publique qui l'emploie est engagée par la faute de service. Ce principe est posé en France depuis 1873 par l'arrêt Pelletier⁸³ et confirmé en Côte d'Ivoire en 1972 par l'arrêt Satmaci contre Krikpa Amino qui a admis la différence entre la faute de service et la faute personnelle⁸⁴. La faute de service est ainsi définie comme celle commise pendant le temps du service (lien temporel)⁸⁵ ou commise en dehors du service, mais ayant un lien avec celui-ci (lien instrumental)⁸⁶, tandis que la faute personnelle est celle commise en dehors et sans aucun lien avec le service⁸⁷.

Ce lien étroit entre l'agent non titulaire, et l'Administration en matière de responsabilité, combiné à la définition jurisprudentielle de l'agent public (même s'il s'agit de la jurisprudence française), témoigne en faveur d'une application du droit public à l'agent non titulaire de la fonction publique ivoirienne.

En effet, agent public de fait, son identification au travailleur de droit privé est aussi injustifiée que dangereuse puisque la situation duale qu'elle engendre ne l'éclaire pas suffisamment sur les recours juridictionnels dont il dispose en cas de litige⁸⁸.

Pire, cette situation provoque une ambiguïté favorable aux interprétations fluctuantes de la chambre administrative, notamment en matière de recours en annulation exercé par l'agent contre les mesures prises à son encontre.

⁸³ Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier, Rec.1^{er} suppl 117, concl. David. Selon la solution de l'arrêt Pelletier, la faute personnelle est celle qui se détache suffisamment du service pour que le juge judiciaire puisse en faire la constatation sans porter pour autant une appréciation sur la marche même de l'administration, tandis que la faute de service, au contraire, est le fait de l'agent qui est tellement lié au service que son appréciation par le juge judiciaire implique nécessairement une appréciation sur le fonctionnement du service. En 1911, l'arrêt Anguet viendra confirmer la décision du tribunal des conflits : Conseil d'Etat, 3 février 1911, Anguet, Rec. 146, note Hauriou.

⁸⁴ « *Qu'ainsi...c'était à l'occasion de l'exercice de ses fonctions qu'il avait embarqué la victime ; Attendu en effet que le véhicule était bien entre les mains du prévenu à l'occasion de sa mission et que l'accident n'est pas indépendant du lien de préposition.* » : CACS, 21 janvier 1972, SATMACI contre Krikpa Amino, arrêt n°7, Revue Ivoirienne de Droit 1974 n° 34, p. 19-20, conseiller rapporteur : M. Creppy.

⁸⁵ Conseil d'Etat, 26 juillet 1918, époux Lemonnier, Rec. 761, concl. Blum

⁸⁶ Conseil d'Etat, 18 novembre 1949, demoiselle Mimeur, Rec. 492 – v. n° 33.5

⁸⁷ Toutefois, et exceptionnellement, certaines fautes d'une particulière gravité, commises à l'occasion du service ou ayant un lien avec lui, sont considérées comme des fautes personnelles : Conseil d'Etat, 11 mai 1953, arrêt Oumar Samba Niang (Rec. 218), ou plus récemment, Conseil d'Etat du 28 décembre 2001, arrêt Valette (Rec. 680, concl. Schwartz)

⁸⁸ L'affaire Bakayoko Massoma expliquée précédemment en témoigne largement.

II/ Une portée juridictionnelle subordonnée aux interprétations fluctuantes du juge

La recevabilité des recours en annulation présentés par les agents non titulaires sera fonction, non seulement de l'interprétation sur mesure des actes dénoncés (A), mais aussi de la compétence variable de la chambre administrative de la Cour Suprême (B).

A/ De l'interprétation sur mesure des actes pris à l'encontre des agents non titulaires

Pour apprécier les recours en annulation des agents non titulaires, la chambre administrative prendra en compte la qualification juridique des actes contestés, selon qu'il s'agisse d'actes administratifs unilatéraux (1) ou de décisions relevant du droit privé (2).

1/ Des actes administratifs susceptibles d'un recours en excès de pouvoir

Constituant l'une des prérogatives de puissance publique reconnues à l'Administration, l'acte administratif émane de sa seule volonté et s'impose à son destinataire.

Il réunit donc un critère organique et un critère matériel.

Le critère organique qui implique qu'une autorité administrative soit l'émettrice de l'acte ne souffre que de peu d'exception⁸⁹. Il exclut donc, en principe, les actes des personnes privées⁹⁰. Ainsi, dans l'arrêt Traoré Abou Salamé précité, le directeur général de la Radio Télévision Ivoirienne (société d'économie mixte) n'ayant pas la qualité d'autorité administrative, le recours des agents contractuels sera déclaré irrecevable.

Les autorités législatives n'émettent pas non plus d'actes administratifs⁹¹, tout comme d'ailleurs les autorités judiciaires puisque les actes émis dans l'exercice de leurs fonctions sont des actes juridictionnels⁹². En revanche, comme la chambre administrative l'a affirmé dans l'arrêt Zunon Séri Stanislas, les actes organisant le service public de la justice sont des actes administratifs : « *Lorsque la cour d'appel*

⁸⁹ Le conseil d'Etat français a considéré, en effet, qu'exceptionnellement, une autorité privée investie d'une mission de service public comportant l'usage de puissance publique, pouvait émettre un acte administratif. Conseil d'Etat 13 janvier 1961, arrêt Magnier, Rec. 33, concl. Fournier

⁹⁰ DEGNI-SEGUI R., Le contrôle sur l'Administration ivoirienne par la voie du recours pour excès de pouvoir, in « Les cours suprêmes en Afrique », Paris, Economica, 1988, pp 147-1991

⁹¹ Dans l'arrêt Vouters du 26 mai 1950, le Conseil d'Etat a considéré que le refus d'accès d'un candidat à un concours ayant été fondé sur des règlements intérieurs établis par le bureau de l'Assemblée nationale, le recours ne pouvait être porté devant le Conseil d'Etat.

⁹² La chambre administrative de la Cour suprême en a ainsi décidé en 1976 dans l'affaire Santucci. CSCA, 28 avril 1976, arrêt Santucci cité dans WODIE et BLEOU, *La Chambre Administrative de la Cour Suprême et sa jurisprudence*, 1981, op. cit. p. 158 ;

siège en assemblée générale, pour la désignation du président et des conseillers de la chambre d'accusation, elle prend des décisions à caractère administratif »⁹³.

Parmi ces actes unilatéraux de l'Administration, seuls seront appelés « actes administratifs »,⁹⁴ ceux qui ont un caractère décisoire en ce qu'ils affectent « l'ordonnement juridique, avec ou sans modification unilatérale des situations juridiques existantes »⁹⁵.

En revanche, la nature d'acte administratif ne dépend pas de son destinataire. C'est du moins ce que l'on peut déduire des nombreux arrêts portant sur des recours en excès de pouvoir exercés aussi bien par des agents de l'administration⁹⁶ que par des administrés⁹⁷ ou encore par des cocontractants⁹⁸.

Que l'acte administratif s'adresse au fonctionnaire ou à l'agent non titulaire ne change donc rien à sa nature, comme l'exprimera la chambre administrative en 1991 en considérant le refus de reclassement d'un agent temporaire comme une décision administrative⁹⁹. Logiquement donc, les actes de licenciement produits par l'autorité administrative qu'est le ministre de la fonction publique et faisant grief en ce qu'ils excluent les destinataires des effectifs de la fonction publique sont assimilables à des actes administratifs. Pourtant, la chambre refusera à plusieurs reprises de statuer sur le recours en annulation de ces actes.

Il faut dire que la seule qualification de l'acte administratif ne suffit pas à garantir la recevabilité du recours. Encore faut-il que le requérant ait la capacité pour agir¹⁰⁰,

⁹³ CSCA, Arrêt Zunon Séri Stanislas contre Assemblée générale de la cour d'Appel, 26 juillet 2006 cité dans KOBO P.-C., Note sur l'arrêt Zunon Séri Alain Stanislas contre Assemblée générale de la cour d'appel, in « Revue ivoirienne de droit » n° 39, 2008, pp. 61-76. Le principe a été posé en France par l'arrêt Falco et Vidillac, Conseil d'Etat, 17 avril 1953, Rec. 175, note Eisenmann

⁹⁴ Chambre administrative de la Cour Suprême, cité par DEGNI-SEGUI R., « Droit administratif général », tome 2, Abidjan, 3^{ème} édition CEDA, 2002, p. 491.

⁹⁵ Par opposition aux actes non décisiores que sont les mesures d'ordre intérieur ou d'accompagnement (CSCA, Société Nado Koutoua contre Ministre de l'emploi et de la fonction publique, 29 janvier 1992 ou encore CSCA, arrêt Comaran/Africaline contre ministère de la marine, 26 mars 1980 cité par), DEGNI-SEGUI R., « Droit administratif général », tome 2, Abidjan, 3^{ème} édition CEDA, 2002, p.490

⁹⁶ Ainsi, le recours en excès de pouvoir présenté par le fonctionnaire Yao kouadio sera jugé recevable. CSCA, arrêt Yao Kouadio contre Ministère de la fonction publique, 7 septembre 1992, consultable au CNDJ, n° 199307210009

⁹⁷ Dans un arrêt inédit de 2010 concernant le retrait d'une lettre d'attribution sur un lot litigieux, la chambre administrative a considéré que la lettre d'attribution étant « *un acte administratif créateur de droit* », la demande du sieur Amouya Agro était recevable et fondée. Arrêt n°14 du 31 mars 2010, Amouya Agro Julien, SIPIM, ABRI 2000 c/ Ministre de la Construction, de l'Urbanisme et de l'Habitat. Consulté sur le site de la CSCA : http://www.consetat.ci/decisions_4.html

⁹⁸ Le recours en excès de pouvoir concernant une décision de retrait d'une concession provisoire présenté par Roger Abinader contre l'Etat de Côte d'Ivoire sera jugée recevable et fondée. DEGNI-SEGUI R., « Droit administratif général », tome 2, 2002, p.848 op. cit.

⁹⁹ Arrêt Konan Koffi précité.

¹⁰⁰ La capacité qui n'est autre que l'aptitude à participer au commerce juridique, tient à la personnalité juridique, à l'âge (majeur ou émancipé) et à la possession des facultés mentales. Le wharf de Sassandra en Côte d'Ivoire, s'est vu ainsi dénié la qualité pour agir en justice au motif que la

qu'il puisse justifier d'un intérêt pour le faire¹⁰¹ et qu'il ait respecté le recours administratif préalable. Concernant le recours administratif préalable qui permet à l'administration de revenir sur sa décision initiale ou de la confirmer, il doit avoir été engagé dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'acte litigieux¹⁰². L'administration dispose d'un délai de quatre mois¹⁰³ à compter de l'introduction du recours préalable pour accepter ou rejeter le recours préalable. Depuis la loi de 1978, la rigidité des délais s'est atténuée, permettant au juge d'impartir un nouveau délai pour exercer le recours administratif, dès lors que le délai de quatre mois prévu pour le recours préalable n'a pas encore expiré¹⁰⁴. La chambre administrative fera valoir ce nouvel assouplissement des délais en 1982 dans l'affaire Degbou Yao Lazare, en accordant au requérant (agent temporaire) un délai pour lui permettre d'exercer un recours préalable afin de régulariser son recours en excès de pouvoir¹⁰⁵.

Quoi qu'il en soit, l'absence de l'une de ces conditions de recevabilité, qui est un réel motif d'irrecevabilité, n'a pas été soulevée dans le cas des arrêts Kouamé Kouadio ou encore Bakayoko Massoma.

L'irrecevabilité dans ces arrêts a été prononcée en raison d'éléments tenant à la compétence de la Chambre administrative. En effet, le rejet dans leur cas est bien plus une question d'incompétence que d'irrecevabilité, puisque la chambre administrative va se déclarer incompétente à annuler une décision qu'elle considère comme relevant du droit privé¹⁰⁶. Ce faisant, elle accorde une primauté au caractère privé du statut de l'agent non titulaire qui l'emporte sur toute autre considération, y compris sur le principe de la hiérarchie des normes.

loi ne lui confère pas la personnalité juridique : arrêt Warf de Sassandra/Compagnie des chargeurs réunis, 25 février 1976.

¹⁰¹ Conseil d'Etat, 29 mars 1901, arrêt Casanova, Rec. 333, note Hauriou, Conseil d'Etat 14 février 1958, arrêt Abisset, Rec. 98, concl. Long.

¹⁰² Ou de la publication pour les actes réglementaires ou collectifs à l'encontre des tiers.

¹⁰³ Depuis la loi française du 12 avril 2000, le rejet tacite de l'Administration est déduit après un silence de 2 mois et non de 4, comme c'est encore le cas en Côte d'Ivoire.

¹⁰⁴ Bien des années avant, la cour suprême du Sénégal avait affirmé elle aussi le caractère aléatoire du recours administratif. Elle avait considéré dans l'affaire Babacar Lo que le requérant pouvait, s'il le désire, saisir directement le juge de l'excès de pouvoir sans avoir formé un recours préalable. Babacar Lo et Abdou Salam contre Etat du Sénégal, CS., 23 mars 1966, RJS, P. 122, cité par NGOM B., *L'arbitrage d'une démocratie en Afrique : la cour suprême du Sénégal*, Paris, Dakar, Présence Africaine, 1989, 190 p.

¹⁰⁵ Arrêt Degbou Lazare précité. Dans une réaction par contre plus rigide vis-à-vis de l'administration, la Chambre administrative de la cour suprême a considéré en 2010 que le rejet implicite induit par le silence de l'autorité administrative, l'empêchait de faire droit au recours administratif préalable à l'expiration des délais du recours contentieux. CSCA, 30 juin 2010, CNPS c/ Ministre de la Fonction Publique et de l'emploi, arrêt n°59 (site de la CSCA, http://www.consetat.ci/decisions_1.html.)

¹⁰⁶ Rappelons que dans l'arrêt Bakayoko Massoma, la chambre administrative se dessaisira une première fois en recours pour excès de pouvoir au motif de son incompétence avant de renvoyer l'affaire devant les tribunaux judiciaires.

2/ Des décisions de droit privé extérieures au principe de la hiérarchie des normes

Il est vrai que dans l'exercice de leurs fonctions, les autorités administratives peuvent prendre des actes non administratifs. Il en est ainsi des actes de gouvernement¹⁰⁷ ou encore des décisions non réglementaires relatives à la gestion du domaine privé¹⁰⁸.

De même, la décision de licenciement du personnel des SPIC (exception faite de l'agent comptable et de la direction) n'est pas un acte administratif comme l'a estimé la chambre administrative de la Cour Suprême dans l'affaire Kacou Kassi Joseph¹⁰⁹.

Ce faisant, la chambre administrative vient confirmer que les rapports entre un employeur privé et son personnel sont comparables à ceux qui lient l'employeur public (qu'il s'agisse d'un SPA ou d'un SPIC) à son personnel de droit privé, car la nature des décisions prises dans le cadre de ces rapports est d'ordre privé.

Pourtant, elle se contredira en jugeant recevable la demande d'annulation d'un arrêté portant liquidation des droits d'un agent temporaire¹¹⁰, ou encore en considérant la décision de refus de reclassement d'un agent temporaire comme un acte administratif susceptible d'un recours pour excès de pouvoir¹¹¹.

Il ressort de ces décisions jurisprudentielles pour le moins contradictoires, deux constantes. Premièrement, si l'acte de licenciement des agents non titulaires est considéré comme un acte d'ordre privé, les décisions prises par les autorités administratives, et conséquentes à cet acte (comme les mesures de liquidation des droits), sont, en revanche, des actes administratifs. Il apparaît ensuite, qu'outre l'acte de licenciement en lui-même, d'autres mesures prises dans le cadre des relations de travail entre l'autorité administrative et l'agent non titulaire (comme le refus de reclassement), sont considérées comme des actes administratifs.

Au-delà de ces deux constats, une hérésie apparaît qu'il convient de relever.

¹⁰⁷ Cette catégorie d'actes composée des actes relatifs aux relations entre le gouvernement et le Parlement, des actes pris en application des pouvoirs exceptionnels ainsi que ceux pris dans le cadre des rapports internationaux échappent à tout contrôle juridictionnel (Conseil d'Etat du 19 février 1875, arrêt Prince Napoléon, rec. 155, concl. David).

¹⁰⁸ Ainsi, sont considérés comme des actes privés rattachés à la gestion du domaine privé, l'autorisation ou le refus d'utiliser le domaine privé Conseil d'Etat du 23 juillet 1931, arrêt Dame Gaud d'Esnon, rec. Lebon, p. 837

¹⁰⁹ La chambre a décidé que la décision de licenciement prise par la CNPS n'était pas une décision administrative. Arrêt cité par DEGNI-SEGUI R., 2002, op. cit. p. 485 : Chambre administrative de la Cour suprême, 27 novembre 1991, arrêt Kacou Kassi Joseph contre CNPS

¹¹⁰ CSCA, arrêt Decosta Joseph précité

¹¹¹ CSCA, arrêt Konan Koffi précité. Nous pourrions évoquer, dans le même registre, les affaires Degbou Yao Lazare et Traoré Abou Salamé précités. Il est intéressant de savoir aussi que bien qu'un délégué de personnel dans le cadre d'une société privée soit soumis au code du travail, la chambre administrative considère l'acte pris par l'inspecteur du travail autorisant ou refusant son licenciement comme un acte administratif en ce qu'il provient d'une autorité administrative. 28 janvier 2009, arrêt n°10 Bureau Veritas contre Ministre de la fonction Publique et de l'emploi ; 29 juillet 2009, arrêt Société PALMCI contre ministre de la fonction publique. Arrêts publiés sur le site de la Chambre administrative de la cour suprême : http://www.consetat.ci/decisions_1.html.)

En décidant, en effet, que les actes de licenciement émis par les autorités administratives ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir, la chambre administrative rentre en contradiction avec le principe de la hiérarchie des normes qui est pourtant un principe fondamental de l'organisation juridique d'inspiration française¹¹².

Cette structuration pyramidale de l'ordre juridique interne qui implique que la norme supérieure s'impose à la norme inférieure, soumet le règlement à la loi, qui elle-même doit se conformer à la loi organique et ainsi de suite¹¹³. En conséquence, la loi organique de 1994 relative à la cour suprême prévaut sur le code du travail.

Or, la chambre administrative en décide autrement. En considérant les actes de licenciement comme des actes insusceptibles de recours en excès de pouvoir du fait de la qualité des agents non titulaires, elle fait valoir le code du travail sur la loi organique relative à la cour suprême. Pire, elle soumet la loi organique au décret de 2000 pour les agents contractuels et celui de 1965 pour les agents temporaires, puisque ce sont ces deux décrets qui permettent d'établir le lien des agents non titulaires avec le code du travail. Ce faisant, la chambre administrative assujettit l'article 54 de la loi de 1994, directement concerné par les actes mis en cause, à des décrets permettant d'établir un lien approximatif entre les actes et une loi ordinaire. Il n'y a donc pas ici de concurrence entre deux normes de niveau égal, mais bien la subordination d'une loi organique non seulement à une loi ordinaire mais aussi à un règlement.

Cette application du droit, pour le moins originale fit dire à Bléou M. en 1988 que la chambre administrative était le « *parent pauvre* » de la Cour suprême ivoirienne, en raison notamment d'« *un style et un raisonnement piteux* »¹¹⁴.

En réalité, cette insuffisance trouve probablement son origine dans la compétence variable de la chambre administrative de la Cour suprême.

B/ De la compétence variable de la chambre pour apprécier les requêtes des agents non titulaires

Face aux requêtes des agents non titulaires, la chambre administrative se déclarera compétente soit en droit administratif dans le cadre d'un recours en annulation (1), soit en droit privé dans le cadre d'un recours en cassation (2).

¹¹² Pour Hans Kelsen, le droit dans son ensemble ne peut être cohérent que s'il fonctionne comme un système de normes hiérarchisées dans lequel chaque norme est conforme à la norme qui lui est supérieure. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ / Montchrestien, 1999, 367 p.

¹¹³ Selon l'article 102 de la Constitution ivoirienne de 2000, la loi relative à l'organisation et au fonctionnement de la cour suprême est une loi organique. Ce caractère organique a été réaffirmé à l'occasion de l'arrêt précité Traoré Abou Salamé.

¹¹⁴ BLEOU M., *La chambre administrative de la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire*, 1988, pp 113-146 op. cit.

1/ Une compétence en annulation pour les litiges relevant du droit administratif

La chambre administrative de la cour suprême de Côte d'Ivoire, comme sa dénomination l'indique, est compétente en matière administrative. Elle constitue, avec la chambre judiciaire et la chambre des comptes, les trois subdivisions de la Cour Suprême ivoirienne¹¹⁵. En tant que juridiction administrative, elle aurait pu connaître des quatre sortes de contentieux admis en droit administratif¹¹⁶ et avoir une compétence très étendue, comme il en est du conseil d'Etat français¹¹⁷.

Pourtant, les attributions de la chambre administrative ivoirienne se limitent au recours pour excès de pouvoir, au contentieux de pleine juridiction (si une personne publique est partie au conflit) et au contentieux électoral non attribué au conseil constitutionnel¹¹⁸. Cependant, cette dernière compétence ne concernant pas particulièrement la situation des agents non titulaires, elle ne sera pas approfondie dans le cadre de cette étude.

Concernant le recours pour excès de pouvoir, il est indiqué à l'article 54 de la loi de 1994 que la chambre administrative est compétente « *en premier et dernier ressort, des recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions émanant des autorités administratives* »¹¹⁹.

C'est donc par extrapolation, et en violation de cette disposition que la chambre administrative a considéré dans l'arrêt Kacou Kassi Joseph que la « *décision administrative [est] la seule susceptible d'être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir* »¹²⁰. Evidemment, si la « *décision administrative* » en question, ne désigne pas « *l'acte administratif* », mais plutôt la décision prise par une autorité administrative au-delà de tout autre critère, il n'y aurait aucune extrapolation et l'article 54 serait alors respecté. Cependant, la position de la chambre administrative dans l'affaire Kouamé Kouadio montre bien que le seul critère organique ne lui suffit pas et que la « *décision administrative* » correspond non seulement à « *l'acte*

¹¹⁵ L'article 2 de la loi de 1994 ne reconnaît que trois chambres à la cour suprême. La chambre constitutionnelle qui constituait avant cette loi la quatrième chambre a été supprimée pour donner lieu au conseil constitutionnel.

¹¹⁶ En tant que juridiction administrative, la chambre administrative aurait pu connaître des quatre types de contentieux administratif admis en droit, c'est-à-dire le recours pour excès de pouvoir; le contentieux de pleine juridiction qui recouvre une grande variété de contentieux; le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité qui consiste en un simple constat de la légalité d'une décision administrative; enfin le contentieux de la répression qui permet au juge administratif d'agir comme un juge pénal en sanctionnant les contraventions de voieries notamment.

¹¹⁷ C'est du moins l'entendement français des attributions reconnues au conseil d'Etat par l'article L.111-1 du code de justice administrative.

¹¹⁸ Loi de 1994 modifiée par la loi n°97-243 du 25 avril 1997 relative à la cour suprême. Dans l'arrêt Zunon Séri Stanislas précité, la chambre administrative se déclarera compétente non pas en recours pour excès de pouvoir mais plutôt dans le cadre du contentieux électoral.

¹¹⁹ Article 54 alinéa 2 de la loi N° 94-440 du 16 AOUT 1994 modifiée et complétée par la loi n° 97-243 du 25 avril 1997 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême.

¹²⁰ Arrêt Kacou Kassi Joseph contre CNPS (27 novembre 1991) précité.

administratif », qui, par ailleurs, ne peut correspondre à un acte de licenciement d'un agent non titulaire.

Il y a à l'évidence ici, une violation de la règle de droit qui ne saurait être justifiée par la fonction supplétive ou interprétative du juge. Il est vrai que celui-ci joue un rôle fondamental en droit administratif, si l'on considère que la plupart des grandes notions comme la responsabilité administrative¹²¹, le service public¹²², le domaine public¹²³ ou, dans les cas étudiés, l'acte administratif¹²⁴, ont été posées par les arrêts du Conseil d'Etat français ou du Tribunal des conflits. Toutefois, le juge n'a pas vocation, selon l'article 5 du code civil français à « *se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». En effet, explique Jean-Marc Sauvé, « *Si large qu'ait été [...] l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif* »¹²⁵. Ainsi, la chambre administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire doit se contenter d'interpréter les normes existantes et de suppléer (dans la limite du cas traité) à l'absence de loi. Or, l'existence de l'article 54 n'appelle pas à suppléance, et sa formulation claire et précise ne donne pas lieu à interprétation, ou, du moins, à une interprétation insuffisamment justifiée.

En décidant donc qu'elle ne pouvait être saisie par voie de recours en excès de pouvoir de certaines mesures prises par les autorités administratives à l'encontre d'agents non titulaires, le juge fait donc une interprétation erronée (ou en tout cas pas suffisamment justifiée pour paraître pertinente) de l'article 54 de la loi relative à la cour suprême.

Cependant, en considérant que ces différents « *ne peuvent être déférés à la chambre administrative que par la voie du pourvoi en cassation après décision rendue en dernier ressort par les tribunaux du travail ou les cours d'appel...* »¹²⁶, il met en lumière la compétence de droit privé de la Chambre administrative de la Cour Suprême.

¹²¹ L'arrêt Blanco en est l'arrêt de principe (Tribunal de conflit, 8 février 1873, rec.1^{er} supplt 61, concl. David). Il est confirmé en Côte d'Ivoire par l'arrêt Société des Centaures Routiers contre Etat de Côte d'Ivoire, CSCA, 3 mai 1967.

¹²² On peut citer l'arrêt Terrier qui va accélérer, après l'arrêt Blanco, le processus de construction autour du service public (Conseil d'Etat, 6 février 1903, rec. 94, concl. Romieu).

¹²³ On peut citer l'arrêt Piccioli qui établit dès 1923 l'existence d'un droit de propriété en faveur des personnes publiques (Conseil d'Etat, 17 janvier 1923, rec. 44).

¹²⁴ Dès 1923, le tribunal des conflits se prononce dans l'arrêt Septfonds sur l'interprétation de l'acte administratif : Tribunal des conflits du 16 juin 1923, rec. 498, concl. Matter).

¹²⁵ Exposé de synthèse de Jean-Marc Sauvé lors de la Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne le 1er avril 2011

¹²⁶ Arrêt Bakayoko Massoma précité.

2/ Une compétence en cassation pour les affaires relevant du droit privé

La compétence en cassation de la Chambre administrative de la Cour suprême n'est pas en soit une anomalie.

Le pourvoi en cassation existe en effet en droit administratif et n'est autre que le recours exercé devant la juridiction suprême de l'ordre administratif contre les décisions rendues par les juridictions administratives. Comparable au pourvoi en cassation en matière civile, il tend à faire rejuger en droit une affaire tranchée par les juges du fond¹²⁷. En Côte d'Ivoire, la Chambre administrative connaît « *des pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort dans les procédures où une personne morale de droit public est partie.* »¹²⁸

Ainsi, peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant la Chambre administrative, toutes les décisions rendues en dernier ressort par des juridictions autres que pénales¹²⁹, dès lors qu'une personne morale de droit public est partie. Les affaires relevant du droit privé, peuvent donc, par le truchement d'un pourvoi en cassation, échoir à la chambre administrative de la Cour suprême comme ce fut le cas pour l'affaire GFA¹³⁰.

En France aussi, il arrive que le Conseil d'Etat fasse appel au droit privé, mais il le fait alors par le biais des principes généraux de droit. Ainsi, le conseil d'Etat, dans l'affaire Peynet va décider que « *le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1er du Code du travail, selon lequel, aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics* »¹³¹.

Cependant, et contrairement au cas ivoirien, cette référence au code du travail où à toute autre législation de droit privé ne transforme pas pour autant le Conseil d'Etat français en une juridiction de droit privé. Celui-ci, en effet, reste une juridiction de droit public compétente uniquement dans les matières de droit administratif.

¹²⁷ En France, cet ultime recours s'exerce, en matière administrative devant le Conseil d'Etat. Article L 821-1 du code de justice administrative.

¹²⁸ Article 54 alinéa 1 de la loi de 1994 relative à la cour suprême précitée.

¹²⁹ L'article 54 précité exclut en effet le tribunal pénal. Il s'agit donc des arrêts prononcés en dernier ressort, non seulement par la section administrative de la Cour d'Appel, mais aussi par toutes les autres sections ainsi que par le tribunal du travail.

¹³⁰ La chambre administrative reconduit intégralement la solution donnée par la Cour d'appel. Ce faisant, alors même qu'elle rejuge l'affaire au fond, elle fait une application directe du code civil. Chambre administrative de la Cour Suprême, 20 mars 1968, arrêt GFA contre Etat de Côte d'Ivoire, cité par BLEOU M., 1988, p. 135

¹³¹ De même, dans l'affaire Aragnou, le Conseil d'Etat fut conduit à formuler un nouveau principe général directement inspiré par le Code du travail. Selon ce principe, un agent communal non titulaire « *a droit, en vertu d'un principe général du droit, applicable à tout salarié et dont s'inspire l'article L 141-2 du Code du travail, à un minimum de rémunération qui... ne saurait être inférieure au salaire minimum de croissance de l'article L 141-2* » : Conseil d'Etat, 8 juin 1973, arrêt Dame Peynet, rec. 406, concl. Grévisse ; Conseil d'Etat, 23 avril 1982, arrêt Ville de Toulouse contre Mme Aragnou, rec. 152, concl. Labetouille.

Dans le cas ivoirien, la chambre administrative est compétente pour connaître, en cassation, des décisions autres que de droit administratif, dès lors qu'une personne morale de droit public est partie.

La « *personne morale de droit public* » devient donc fondamentale en cassation, alors qu'elle ne l'est pas en recours pour excès de pouvoir. Le critère organique devient, en effet, le seul critère pris en compte par la Chambre administrative, indifféremment de la nature publique ou privée de l'affaire. Ainsi, dans le recours en cassation déposé par le sieur Bakayoko Massoma¹³², la chambre administrative qui s'était récusée en recours pour excès de pouvoir¹³³, se reconnaissait compétente au regard des parties en présence, même si la requête fut jugée irrecevable parce qu'incomplète¹³⁴. La chambre semble même avoir une interprétation stricte de ce critère organique comme elle le fit dans l'affaire du port autonome d'Abidjan en 2009¹³⁵.

Cependant, cette interprétation conforme de l'alinéa 1 de l'article 54 contribue à dénoncer l'interprétation extrapolative de l'alinéa 2 du même article. En effet, si le critère organique est seul valable en matière de cassation, il n'y a pas de raison objective qui justifie qu'il ne le soit pas en matière de recours pour excès de pouvoir, alors que la loi l'établit ainsi et que cette loi ne connaît nulle exception.

Evidemment, l'on pourrait éventuellement évoquer l'article 56 de la loi relative à la cour suprême qui rend le recours en annulation irrecevable lorsque les intéressés disposent, pour faire valoir leurs droits, du recours ordinaire de pleine juridiction. Mais dispose-t-on d'un autre recours pour faire annuler un acte administratif intervenu dans le cadre des rapports entre l'agent titulaire et son employeur?

La réponse au regard des lois est négative puisque le juge judiciaire est incompétent à annuler un acte administratif¹³⁶ et que le juge de l'élection n'intervient que dans le cadre d'un contentieux électoral¹³⁷.

¹³² Arrêt Bakayoko Massoma du 1^{er} juin 1994 précité.

¹³³ Arrêt Bakayoko Massoma du 18 décembre 1991 précité.

¹³⁴ La chambre a considéré, en effet, que la requête ne contenait ni les mentions nécessaires ni les moyens précis de cassation.

¹³⁵ La chambre administrative s'est déclarée incompétente, « *en application de l'article 54¹³⁵ de la loi sur la Cour Suprême, pour connaître des pourvois en cassation impliquant une société d'Etat, en l'espèce le Port Autonome d'Abidjan, personne morale de droit privé* ». CSCA, 17 juin 2009, Société GETMA-CI contre SICPRO et PAA arrêt n° 49, site CSCA http://www.consetat.ci/decisions_1.html

¹³⁶ Dans les arrêts Bakayoko Massoma précités, le tribunal du travail puis la cour d'appel rappelleront qu'ils sont incompétents à annuler un acte administratif.

¹³⁷ Dans le commentaire qu'il fait de l'arrêt Zunon précité, Kobo fait ironiquement remarquer qu'il aurait été de mauvais aloi que la chambre administrative invoque la présence d'un recours parallèle pour se déclarer compétente non pas dans le cadre du recours en excès de pouvoir mais plutôt dans le cadre du contentieux électoral. Il faut savoir en effet que l'article 16 de la loi relative à la cour suprême qui traite du contentieux électoral renvoie à la procédure du recours en excès de pouvoir.

Pourtant, la chambre administrative y apportera une réponse pour le moins ambiguë en isolant certaines mesures considérées d'ordre privé à l'intérieur d'un faisceau d'autres décisions jugées à caractère administratif.

*

En se déclarant incompétente pour connaître des recours en annulation portés contre certaines décisions prises à l'encontre de l'agent non titulaire de la fonction publique, alors qu'elle accepte d'en connaître d'autres, la chambre administrative de la cour suprême vient accentuer le flou caractérisant la situation juridique de ce dernier.

Elle fait alors preuve de ce que Bléou qualifiera de « *timidité détestable du juge face à l'administration* » puisqu'elle n'est plus en mesure de « *freiner, du moins tempérer les impulsions naturelles qui portent ici le supérieur hiérarchique à s'abriter derrière des fautes professionnelles légères pour régler ses comptes* »¹³⁸.

Mais peut-être que la « *timidité* » de la chambre administrative est-elle comparable à celle dont firent preuve les chambres constitutionnelles Africaines¹³⁹, et que de l'indépendance structurelle de la justice administrative dépend l'audace des décisions.

¹³⁸ BLEOU, 1988, op. cit., p. 147

¹³⁹ FALL explique comment le passage de la chambre constitutionnelle à la cour ou au conseil constitutionnel (selon les Etats) a « ressuscité » la justice constitutionnelle en Afrique. A. B. FALL, Le juge Constitutionnel, artisan de la démocratie en Afrique ?, in « Actes du 6ème congrès français de droit constitutionnel », Montpellier, juin 2005, document en ligne consulté le 20 avril 2013 sur : <http://www.droitConstitutionnel.org/congresmtp/accongres.html>

