

« Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire ».

Introduction

I) L'indifférence du statut de la puissance publique dans l'applicabilité du droit communautaire

A) La prépondérance du critère matériel d'application du droit communautaire

- 1) *Le critère de commercialité dans la législation OHADA*
- 2) *L'entreprise dans la législation UEMOA*

B) Le maintien exceptionnel du critère organique pour l'application du droit communautaire

- 1) *Une immunité d'exécution conférée aux organismes publics*
- 2) *L'élargissement par la CCJA du spectre des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution*

II) Une restriction du champ d'application du droit administratif

A) L'expansion du droit communautaire dans les secteurs d'activité de la puissance publique

- 1) *La soumission du service public aux règles concurrentielles*
- 2) *L'immixtion du droit privé dans le domaine des contrats administratifs*

B) Le contournement du juge de l'administration

- 1) *Le droit pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage*
- 2) *La renonciation par l'administration à son privilège de juridiction*

Conclusion

Abdou Aziz Daba KEBE
Maître assistant associé,
Université Cheikh Anta DIOP de Dakar

Introduction

Nonobstant la diversité des conceptions¹, le caractère spécial ou exorbitant du droit administratif n'est souvent pas contestable². Il est un droit d'exception, dérogoratoire au droit commun, qu'on ne trouve pas dans les rapports de particulier à particulier selon les termes du célèbre arrêt Blanco³. A ce titre, le législateur sénégalais⁴, codifiant la jurisprudence administrative française⁵, considère que l'exorbitance du droit administratif se manifeste par une « *utilisation de procédés de gestion publique* ». Dans le domaine contractuel, par exemple, il est clairement indiqué à l'article 14 du COA : « *Est exorbitante du droit commun la clause inspirée par les nécessités particulières qu'impose la réalisation de l'intérêt général poursuivi par le service public* ».

L'exorbitance du droit administratif peut revêtir de ce fait deux sens. D'une part, elle évoque les privilèges, les prérogatives dont bénéficient les autorités administratives, marquant « *l'inégalité foncière de situation* » qui existe entre la puissance publique et les particuliers⁶. L'exorbitance s'analyse ainsi en des faveurs accordées à la puissance publique dans la satisfaction des besoins d'intérêt général : privilège de juridiction pour l'administration ; impossibilité de lui appliquer des voies d'exécution forcée, présomption de légalité donnée aux actes qu'elle prend⁷ ; pouvoir de modifier, de résilier les contrats administratifs ; possibilité pour les personnes publiques d'étendre leur patrimoine foncier par le procédé de l'expropriation ou encore de refuser le paiement par compensation. D'autre part, l'exorbitance du droit administratif peut signifier des sujétions⁸, des contraintes particulières qui pèsent sur les collectivités publiques : interdiction faite à l'administration de recourir à des arbitres en cas de litige⁹, d'être jugée par les tribunaux ordinaires ; obligation pesant sur elle d'assurer la continuité, l'égalité et la mutabilité dans le fonctionnement des services publics, d'organiser un concours pour recruter ses agents, etc.¹⁰

¹En effet, en première approche, le droit administratif ne fait pas l'objet d'une conceptualisation unanime. Sa définition étant controversée et discutée. Dans la pensée de Léon Duguit, le droit administratif doit être appréhendé en fonction de ses buts, notamment, la recherche de l'intérêt général (*In Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1930, T 3, pp. 677-678.). Avec la doctrine de la puissance publique de Maurice Hauriou (*Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1925, Préface, p. 13), les moyens utilisés par l'administration doivent être pris en compte dans toute définition du droit administratif. Ainsi, la discipline désigne des règles propres à l'administration avec des procédés de puissance publique. A une époque moins lointaine, le Doyen Georges Vedel (*in* « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 54, p. 21) considérait, contrairement à Charles Eisenmann (*in* « " La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif " », *RDP* 1972, pp. 1345-1441), que ce qui fonde le « régime administratif » ou la particularité des règles applicables à l'administration est la Constitution. V. dans le même sens : J. F. Lachaume, « La présentation du droit des services publics à l'épreuve du temps », *Espaces du service public, Mélanges Jean du Bois de Gaudusson*, Tome II, *Droit d'ici*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 1097-1117.

²A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1962, p. 14.

³TC, 8 février 1873, D.1873.3.20, concl. David.

⁴Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, *JORS* de 1965, pp. 945 et s.

⁵S. Diop, « Quelques remarques sur le Code des obligations de l'Administration du Sénégal », *RIPAS* n° 16, janvier-juin 1987, pp. 95 et s.

⁶J. Chevallier « Le droit administratif, droit de privilèges ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57 ; dans le même sens : F. Moderne, *Recherches sur la Puissance publique et ses prérogatives*, Thèse, Bordeaux 1960.

⁷G. Jèze : « Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP* 1923, p. 230 ; p. 796.

⁸J. Rivero « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » *RDP* 1953, pp. 279 et s.

⁹J. M Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, TI, Paris, LGDJ, 1962, p.18.

¹⁰Cf. : V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 39-41.

Relativement au droit communautaire, il est souvent abordé sous l'angle institutionnel et matériel. Dans la première hypothèse, il désigne les règles applicables aux structures et aux organes de la communauté. Dans la seconde hypothèse, il renvoie au contenu des règles applicables aux activités régies par les instances communautaires¹¹.

Le droit communautaire est donc défini comme un ensemble de « *règles obligatoires (...), de normes de conduites (...), un droit secrété dans le cadre des processus d'intégration régionale conduisant à la mise en place d'une organisation supranationale* »¹². Les règles communautaires se subdivisent en droit primaire (ou originaire) et en droit dérivé (subsidaire). Le premier est composé des Traités constitutifs et des protocoles additionnels alors que le second est produit par les organes institués par le droit primaire. C'est un droit unilatéral ou conventionnel qui résulte des actes pris par les institutions de la communauté en application des Traités fondateurs : règlements, actes uniformes, directives, décisions, avis, recommandations, etc.¹³

Avant d'aller plus loin dans le cadre de cette étude, il importe de faire deux précisions. En premier lieu, on s'intéresse aux normes communautaires produites par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)¹⁴. A travers elle, les Etats matérialisent une sorte de transfert du droit privé interne à un organisme supranational. Le champ d'application du droit OHADA couvre « *le monde des affaires et des entreprises* »¹⁵ : activités commerciales, de transport, le statut des commerçants, régime juridique des sociétés, le recouvrement des créances, le règlement des différends contractuels, le redressement des entreprises en difficulté, etc.¹⁶

Les huit Actes uniformes adoptés, à la suite du Traité de Port-Louis, traduisent la diversité des secteurs régis par ces derniers et qui concernent directement ou indirectement l'activité des personnes publiques¹⁷.

En second lieu, les normes communautaires exerçant une influence sur le droit administratif national peuvent être identifiées dans les textes produits par l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)¹⁸.

L'UEMOA se limite à harmoniser les législations nationales. La souveraineté des Etats reste le principe avec une part importante des règles de droit public¹⁹. On peut signaler, à ce titre, les directives relatives aux matières financières qui reposent bien sur des principes de droit public²⁰ ou les emprunts par le juge communautaire de techniques du contentieux

¹¹G. Isaac et M. Blanque, *Droit communautaire général*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd, 2001, p. V ; L. Dubois et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2004, pp. 5-6.

¹²L. M. IBriga, *Droit communautaire ouest-africain*, Université Ouaga II, UFR de Sciences Juridiques et Politiques, 2012, pp. 27-28.

¹³*Ibid*, pp. 38-40.

¹⁴Le Traité de l'OHADA a été signé à Port-Louis le 10 octobre 1993. Il est entré en vigueur le 18 septembre 1995. L'organisation compte seize Etats notamment tous les huit pays membres de l'UEMOA cités ci-dessous auxquels il faut ajouter le Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée Conakry, la Guinée Equatoriale, la République Centrafricaine, le Tchad). L'OHADA vise à promouvoir la suppression de la disparité des droits nationaux, la création d'un droit uniforme et la recherche de la sécurité juridique des investissements en Afrique (V. Préambule et article 1 du Traité).

¹⁵F. M. Sawadogo, « Les Actes uniformes de l'OHADA : aspects techniques généraux », *Revue burkinabée de droit*, numéro spécial, 20^{ème} anniversaire, *Intégration régionale et droit*, 2001, p. 42.

¹⁶Article 2 du Traité.

¹⁷Ces Actes uniformes sont des composantes du droit dérivé OHADA et permettent l'« *adoption de règles communes* » (art.5 du Traité), *supra* I.

¹⁸Le Traité de l'UEMOA a été signé le 10 janvier 1994 à Dakar. Il est entré en vigueur le 1^{er} août de la même année. L'Union comprenait sept membres au départ (le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo), avant l'adhésion de la Guinée-Bissau en 1997.

¹⁹Cf : article 5 du Traité de l'UEMOA.

²⁰V. Directive n° 06/2009/CM/UEMOA portant lois de finances au sein de L'UEMOA.

administratif²¹. Cependant, il ne faudrait pas négliger la teneur des règles de droit privé dans la législation de l'UEMOA parce que l'institution a aussi pour vocation de régir le cadre d'exercice des activités économiques. C'est ainsi que la compétition entre les unités économiques est réglementée par le droit de la concurrence.

En fait, il y a un trait d'union entre les deux instances d'intégration. L'UEMOA et l'OHADA développent, toutes, une politique juridique communautaire dans laquelle l'objectif recherché est la création d'un environnement favorable à l'entreprise d'où l'ampleur des règles de droit privé dans le champ administratif. Il arrive même qu'il existe des concurrences normatives entre les deux types d'organisations²².

On se limitera à ces deux espaces d'intégration qui partagent, largement avec le Sénégal, la même tradition juridique francophone à l'exclusion du Traité de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) du fait de la diversité des cultures normatives des Etats qu'il regroupe²³. De façon plus précise, c'est le droit privé communautaire (ou les aspects privés du droit communautaire) qui va attirer notre attention notamment dans les relations qu'il entretient avec le droit administratif national²⁴. A juste titre, on évoque que la « culture juridique communautaire constitue » une « menace » au « principe fondateur » du droit administratif : son autonomie²⁵. La réglementation communautaire va « dans le sens du refoulement maximal des services publics »²⁶. Elle « fait subir » au droit administratif « l'influence de normes et standards externes »²⁷.

Il est question de voir si la construction d'une communauté de droit n'entraîne pas un rejet de l'idée d'un droit particulièrement conçu pour la puissance publique. La recherche de règles « communes »²⁸ dans un marché ouvert, concurrentiel et compétitif²⁹ n'est pas forcément compatible à l'existence, dans les Etats membres, de droit d'exception élaboré spécifiquement pour les collectivités publiques.

En termes plus précis, peut-on parler de déclin ou de recul de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire ? Le droit communautaire

²¹D. Sy, « L'activité de la Cour de Justice de l'UEMOA », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 236-238.

²²F. M. Sawadogo, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs » in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Actes du colloque du 28 septembre 2009, Universités Montesquieu- Bordeaux IV et Cheikh Anta DIOP de Dakar, Bordeaux, 2009, pp. 8-12 ; A. T. Ndiaye « Le principe de l'irrévocabilité des transferts interbancaires dans l'espace UEMOA fragilisé par les dispositions de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, p. 140 ; D. Cossi Cossa, « Les concurrences de compétences entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'Ouest : réalités et approches de solutions », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué, CREDIJ*, avril 2014, p. 685 et s. L'UEMOA considère ainsi que le paiement par compensation est interdit parce qu'il s'analyse en une voie d'exécution contre la puissance publique alors que le droit OHADA admet un tel principe (*Infra* B 1).

²³Ce Traité a été adopté le 28 mai 1975 à Lagos. V. S. Diouf, « Contribution à l'analyse historique de l'intégration africaine », *Nouvelle Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 35-37 ; A. Sall, « Les débuts des Cours de Justice de la CEDEAO et de l'UEMOA : propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'Ouest », *Nouvelles Annales Africaines* n° 1, 2010, pp. 5-12.

²⁴Les textes communautaires utilisés dans le cadre de ce travail demeurent accessibles sur les sites de l'OHADA (www.ohada.org) et de l'UEMOA (<http://www.uemoa.int>).

²⁵L. Dubois, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? », *Mélanges Philippe Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 445 ; J.-C. Venézia, « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges Epaminondas Spiliotopoulos*, Athènes, Sakkoulas et Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 453- 459.

²⁶P. Moudoudou, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », *Revue Juridique et Politique*, n° 1, 2010, p. 52.

²⁷J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 20 novembre 2001, pp. 912-926.

²⁸Art. 1^{er} du Traité de l'OHADA.

²⁹V. Préambule du Traité UEMOA.

n'amenuise-t-il pas le caractère particulier des règles applicables à l'administration ? N'existe-t-il pas une forme de privatisation partielle ou totale du droit administratif dans un contexte de crise du service public ?³⁰

Les questions évoquées sont intéressantes à plus d'un titre. Elles permettent de rendre compte des transformations qui bouleversent aujourd'hui les droits administratifs nationaux du fait de l'intégration économique. La montée en puissance du droit communautaire « perturbe » les ordres juridiques classiques. La conception pyramidale de l'ordonnement juridique³¹ est remise en cause par un système de « réseau », de « désordre » de « hiérarchies enchevêtrées »³² et de « labyrinthe » normatifs³³. Paul Amselek se demande si la hiérarchie des normes n'est pas « une fausse idée claire »³⁴. Le droit administratif n'est pas indifférent à l'influence de ce nouvel environnement juridique sous-tendu par l'idéologie libérale de l'ouverture des économies à la concurrence et à la compétition.

En outre, le sujet est aussi un prétexte pour tenter de renouveler la réflexion sur l'avenir et l'autonomie du droit administratif africain. En effet, contrairement en France où le débat s'est abondamment posé³⁵, l'incidence des normes communautaires sur le droit administratif national est peu abordée dans les recherches de doctrine africaine. Cependant, il est signalé que l'impact des directives communautaires sur l'ordre juridique interne figure parmi « *Les grands thèmes du droit administratif* » africain³⁶. La thématique des rapports entre intégration juridique et droit national mérite, en effet, une « appropriation » par les « milieux universitaires et le monde judiciaire »³⁷ comme l'illustre le thème : « *L'application des règles communautaires par le juge sénégalais* », consacré à l'Audience solennelle de Rentrée des Cours et Tribunaux du 22 janvier 2015³⁸. De même, des travaux savants existent sur la question chez les auteurs de droit public comme de droit privé. Il en est ainsi des lumineux commentaires de Maurice Kamto, de Babacar Gueye et de Seydou Nourou Tall à propos du Traité de l'OHADA qui, en filigrane, ouvrent des pistes de réflexion sur l'impact de la norme communautaire sur le droit public interne des Etats³⁹. L'on s'est penché sur les innovations introduites par les Codes sénégalais des marchés publics de 2002⁴⁰ et de 2007 à la suite, dans

³⁰ J. du B. de Gaudusson, « Crise de l'Etat interventionniste et libéralisation de l'économie en Afrique », *RJPIC*, janvier 1984, p. 1.

³¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 1-3.

³² F. Ost et M. Van de Kerchove : *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, *Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis*, 1988, p. 205.

³³ J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* n° 3, 1998, pp. 662-665.

³⁴ P. Amselek : « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983-1014.

³⁵ V. *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen : les données du débat contemporain*. *AJDA* du 20 juin 1996, numéro spécial.

³⁶ D. K. Kokoroko, *Les grands thèmes du droit administratif*, Presses Universitaires de Lomé, 1^{ère} éd, avril 2014, p. 24.

³⁷ F. M. Djedjro « L'appropriation des normes communautaires par les milieux universitaires et le monde judiciaire », Troisième rencontre inter-juridictionnelle des Cours communautaires de l'UEMOA, de la CEMAC, de la CEDEAO et de l'OHADA, Dakar, mai 2010, p. 3.

³⁸ M. B. Camara, « L'application des règles communautaires par le juge sénégalais », in *Audience solennelle de Rentrée des Cours et Tribunaux*, 22 janvier 2015, *Année Judiciaire 2014-2015*, inédit.

³⁹ V. B. Gueye, S. N. Tall et M. Kamto, « Commentaire du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des Affaires en Afrique », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2014, pp. 19-74.

⁴⁰ A. Dioukhané, « Sur quelques aspects du nouveau Code des marchés publics sénégalais », *Revue EDJA* n° 57, avril-mai-juin 2003, pp. 27-43.

ce dernier cas, des directives de l'UEMOA intervenues en 2005⁴¹ ; les « nouvelles tendances du droit des contrats administratifs⁴² » ou simplement du « droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone » ont été étudiées⁴³ ; l'insertion des techniques du management privé dans les activités de service public a été soulevée⁴⁴ et, inversement, l'emprunt par le juge de l'intégration des techniques du contentieux administratif⁴⁵. La littérature sur les rapports entre droit communautaire et le droit administratif est relativement fréquente chez les auteurs privatistes. Il est ainsi relaté la désétatisation qui a amplifié les règles de droit privé dans le paysage administratif durant les années 1990⁴⁶. Pour certains, le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques avec le droit OHADA devrait être atténué⁴⁷. D'autres affirment que le droit OHADA est le droit commun des entreprises publiques⁴⁸, tandis que la « situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution » laisse bien des incertitudes juridiques⁴⁹.

L'angle de traitement choisi dans le cadre de cette réflexion a permis de dégager deux dynamiques majeures d'analyse. Il s'agit bien de tendances, d'esquisses de réponses. Les textes de l'intégration ne prennent pas toujours position tranchée sur l'étendue et les limites de l'exorbitance du droit administratif sénégalais lorsque les personnes publiques agissent dans l'espace du marché. Dans les droits UEMOA et OHADA, l'idée est que les administrations publiques ne doivent pas faire obstacle à la compétition par les mérites en se dotant de faveur que les entreprises ordinaires ne disposeraient pas. Le droit communautaire défend un ordre public économique dans lequel l'administration doit être traitée, avec des réserves, comme un simple particulier. Ce qui implique, en première approche, l'application de règles uniformes aux opérateurs publics comme privés. Le critère d'applicabilité du droit communautaire à l'administration est d'ordre matériel, fonctionnel lié à la nature de l'activité qu'elle exerce. La puissance publique, intervenant dans l'économie, indépendamment de son statut, est soumise au droit communautaire privé. A ce niveau, avec une tonalité variable, il y a une certaine convergence des législations OHADA et UEMOA.

Toutefois, la personnalité « publique » des opérateurs limite l'assujettissement de l'administration aux règles communautaires. Même s'il y a des tempéraments, on ne peut déclencher, par exemple, des voies d'exécution contre la puissance publique.

⁴¹B. Gueye, « Le nouveau Code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », in *Droit sénégalais* n° 7, *La codification juridique dans les pays francophones*, 2008, pp. 257-280.

⁴²M. Diagne, « Les nouvelles tendances du droit des contrats administratifs au Sénégal », *Revue EDJA* n° 80, janvier-février-mars 2009, pp. 13-36 ; M. Ngaidé, « La loi n° 2006-16 modifiant le Code des Obligations de l'Administration ou le renouveau du droit des contrats administratifs au Sénégal ? », *Revue Droit Sénégalais*, n° 6, novembre 2007, pp. 105-118.

⁴³P. Moudoudou, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone » *op.cit.*, pp. 43-97.

⁴⁴D. Sy, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA* n° 67, octobre-novembre-décembre 2005, p. 52 et s.

⁴⁵D. Sy, « L'activité de la Cour de Justice de l'UEMOA », *op. cit.*, pp. 236-238.

⁴⁶A. Kanté : *L'ordre public économique dans un pays en développement : l'exemple du Sénégal*, Thèse, U.C.A.D 1998, pp. 138-247.

⁴⁷F. M. Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 305 et s. ; A. -D. Wandji Kamga : *Le droit à l'exécution forcée : Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, Université de Yaoundé II-Université de Limoges, 2009, p. 416.

⁴⁸E. M. Kamta Fendop, *Droit OHADA et entreprises publiques*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2014 ; C. A. Aquereburu, « L'Etat justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA », in *Revue Penant*, n° 832, janvier- avril 2000, p. 48 et s. ; R. Assontsa, *Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA*, Thèse, Université de Strasbourg-Université de Dschang, 2009.

⁴⁹Y. Bodian, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012.

De surcroît, l'expansion du droit communautaire dans des secteurs traditionnellement régis par le droit administratif national est remarquable. Il existe une pénétration forte du droit privé dans les missions de service public (notamment les règles concurrentielles) mais aussi dans les relations contractuelles entre l'administration et les tiers. Le législateur communautaire a été d'ailleurs plus révolutionnaire en ce qui concerne le contentieux engendré par les activités exercées par la puissance publique. Il consacre le droit de recours général des personnes publiques à l'arbitrage. Mode alternatif de règlement des différends, l'arbitrage est prohibé en droit public parce que des litiges qui, normalement, ressortissent de la compétence du juge administratif demeurent réglés, de façon conventionnelle, par des arbitres librement choisis. Malgré les nuances imposées par les impératifs de service public, le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet des droits OHADA et UEMOA devient donc réel. Les normes communautaires régissent l'action de l'administration de façon indifférenciée, que celle-ci agisse pour le compte d'une personne publique ou d'une personne privée (I). Il en résulte forcément une restriction du champ d'application du droit administratif (II).

I) L'indifférence du statut de la puissance publique dans l'applicabilité du droit communautaire

Le droit communautaire africain promeut « *la création d'un environnement juridique favorable à l'entreprise* »⁵⁰ dans un contexte de mondialisation et d'ouverture des économies des Etats à la concurrence. Il tend, de ce fait, à « *dépubliciser* » les règles applicables à la puissance publique⁵¹. Les droits OHADA et UEMOA s'appliquent à la puissance publique quel que soit son statut. L'objet de l'activité que celle-ci exerce détermine le droit applicable. Il y a un critère d'applicabilité largement matériel des normes communautaires aux activités administratives (A) tempéré par la nature de personne morale de droit public de l'Etat ou de ses démembrements (B).

A) La prépondérance du critère matériel d'application du droit communautaire

La prééminence du critère matériel d'application du droit communautaire à la puissance publique est liée aux objectifs qui fondent l'intégration. Ces derniers se déclinent en des politiques de protection de la liberté au sens générique⁵², d'élimination des barrières douanières ainsi qu'une volonté d'assurer l'égale concurrence entre les entreprises publiques et privées⁵³. Dans ces conditions, les législateurs communautaires appréhendent l'administration comme une unité économique au sein du marché. Quand elle se livre à des activités de production, de distribution et de consommation de richesse, l'application du droit communautaire devient automatique. La présence de la personne publique importe peu. Les textes de l'OHADA retiennent le critère de commercialité (1) tandis que la législation UEMOA fonde l'applicabilité du droit communautaire sur la notion d'entreprise (2).

1) Le critère de commercialité dans le droit OHADA

On s'intéresse ici aux exigences normatives d'applicabilité du droit privé à la puissance publique. En d'autres termes, à partir de quelle base le droit OHADA considère-t-il que la

⁵⁰V. Elh. M. Mboup, *Contribution à l'étude des aspects juridiques et financiers des politiques d'ajustement structurel en Afrique : l'exemple du Sénégal*, Thèse, Université Jean Moulin, 2002, p. 181 ; Préambule Traité OHADA ; Préambule Traité UEMOA.

⁵¹V. A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, PUF, 1994, p. 473.

⁵²Liberté de circulation des personnes, des biens et des capitaux. V. article 4 du Traité de l'UEMOA et le Préambule du Traité de l'OHADA.

⁵³*Ibid.*

puissance publique devrait être soumise au droit privé ? Doit-on prendre en compte, dans la recherche du droit applicable, la nature publique ou privée de la personne morale ? Il est question de voir si la collectivité publique⁵⁴ doit se doter d'un régime juridique de faveur ou agir dans les mêmes conditions que les entreprises privées lorsqu'elle intervient dans le domaine économique. Une telle problématique n'est pas inconnue en droit administratif. Celui-ci a toujours laissé une large place au droit privé même dans le système français de dualité de juridiction⁵⁵. Si le droit public et le droit privé demeurent distincts, ils ne se sont pas pour autant séparés⁵⁶. Le droit OHADA s'inscrit donc, quelque part, dans une logique antérieure à sa création⁵⁷. On y assiste cependant, avec plus de prégnance,⁵⁸ à un renouvellement de la théorie de la gestion privée⁵⁹. Les auteurs du Traité de Port-Louis ont été péremptoires d'ailleurs sur l'applicabilité des Actes uniformes. La création d'un droit uniforme par essence est une technique d'intégration juridique « brutale », d'une « rudesse » plus poussée, comparée à l'harmonisation⁶⁰.

L'article 1^{er} de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) en date du 30 janvier 2014⁶¹ régit « toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de public est associé ». Des commentateurs autorisés de ce texte communautaire notent : « La lecture de cet article invite désormais à avoir une compréhension stricte des entreprises publiques. La présence de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans l'une des formes de sociétés commerciales n'affecte en rien la nature commerciale de la société qui, pour cela est régie par l'Acte uniforme. Peu importe que l'Etat soit associé unique ou associé avec d'autres »⁶². Dans le même sens, l'article 1^{er} de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général (AUDCG)⁶³ intègre dans son champ d'application « tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un Etat

⁵⁴La puissance publique désigne strictement les personnes morales de droit public qui assurent les besoins de service public sous un régime de droit public. Au sens large, qui correspond d'ailleurs à la réalité communautaire, la puissance publique renvoie aux personnes morales de droit public ou de droit privé gérant des activités d'intérêt général. Ce sont les hypothèses dans lesquelles l'administration assume des missions économiques c'est-à-dire, des activités qui peuvent être exercées par les entreprises privées. La puissance publique ne désigne pas ici (sauf exception comme en matière fiscale : *infra* B 1 de cette première partie) les fonctions d'autorité ou les missions régaliennes de l'Etat. V. L. Dubois, « Le droit administratif a-t-il un impact sur la définition du droit administratif ? », *AJDA* 20 juin 1996, pp. 107-108 ; D. Berlin, « Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA* du 20 avril 1995, pp. 259-273.

⁵⁵J. Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse, Paris, 1962.

⁵⁶Le juge administratif peut s'inspirer du droit privé pour régler les litiges auxquels la puissance publique est partie. Inversement, le juge judiciaire peut appliquer le droit administratif aux litiges entre personnes privées. V. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, Paris, *LGDJ*, 1954. ; P. Weil « A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public ou les surprises de la jurisprudence *Giry* », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 379 et s.

⁵⁷Le Commissaire du Gouvernement David avait déjà posé dans l'arrêt Blanco précité que dans la recherche du droit applicable, il est important de distinguer « l'Etat puissance publique » de « l'Etat personne civile ».

⁵⁸Du fait de la supériorité du droit communautaire sur le droit national.

⁵⁹La théorie de la gestion privée signifie que lorsque l'Etat s'immisce dans les affaires économiques, elle perd ses prérogatives de puissance publique. V. B. Kanté : *Unité de juridiction et droit administratif*, Thèse, dactylogr., Orléans, 1983, p. 128 et s ; N. M. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse, UCAD, 1995, pp. 65-93.

⁶⁰J. I-Sayegh, « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc », (Deuxième partie), *Penant*, 1997, n° 824, p. 125.

⁶¹In *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op.cit.*, pp. 1495-1752.

⁶²P.-G. Pougoué, J. Ng.-Toukam et F. Anoukaha, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, op.cit.*, pp. 379-380.

⁶³Journal Officiel OHADA du 15 février 2011, p. 1 et s.

ou toute autre personne de droit public est associé (...) ». Ces dispositions sont attractives pour les investisseurs. Elles introduisent des souplesses de gestion que les règles exorbitantes du droit administratif n'auraient pas facilitées. La présence « publique » de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans une société commerciale n'est pas un frein, un obstacle à ce que le droit privé s'applique. On peut ranger dans les mêmes termes les dispositions des Actes uniformes relatives au droit d'arbitrage⁶⁴, à la comptabilité des entreprises⁶⁵ ou aux contrats de transport de marchandises par route⁶⁶.

La doctrine parle de « critère de commercialité »⁶⁷ qui est lié, non pas au statut de la puissance publique, mais, à la nature des activités assumées par elle. Pour le législateur OHADA, la distinction entre les secteurs publics et privés est une dichotomie qui est difficilement compatible avec la construction de règles communes, la création d'un droit uniforme. Comme on a pu l'écrire à propos de l'intégration européenne, « il semble ressortir (...) une certaine indifférence de principe du droit communautaire à l'égard de l'existence dans les ordres juridiques nationaux de régimes exorbitants : en effet, les droits nationaux sont pris comme des ensembles, sans qu'il ait lieu de distinguer entre droit privé, droit public, droit commun ou droit exorbitant »⁶⁸.

Ce critère de commercialité concerne fondamentalement les entreprises publiques eu égard à leur vocation. Celles-ci permettent à l'Etat d'intervenir dans le domaine économique tout en maintenant les spécificités inhérentes aux activités d'intérêt général. La notion d'entreprise publique est difficilement saisissable en droit positif⁶⁹ en raison de son caractère hétérogène, de la diversité des secteurs qu'elle peut concerner et des formes qu'elle peut revêtir⁷⁰. Cependant, dans la systématisation doctrinale, les entreprises publiques sont appréhendées comme des organismes dotés de la personnalité morale exerçant une activité industrielle et commerciale sous le contrôle des organes publics⁷¹. C'est ce qui ressort d'ailleurs de la loi 90-07 du 26 juin 1990 précitée. Elle distingue deux types d'entreprises publiques. Il y a, d'une part, les entreprises constituées sous forme de société⁷² et, d'autre part, celles qui empruntent

⁶⁴Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage (AUA) : *Journal Officiel OHADA* du 15 mai 1999, p. 2 et s.

⁶⁵Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHC) : *Journal Officiel OHADA* n° 10 du 20 novembre 2000, p. 1 et s. L'article 2 mentionne que les « entreprises publiques, parapubliques (...) dans la mesure où elles exercent (...) des activités économiques » demeurent « astreintes » aux règles de la comptabilité privée.

⁶⁶Cf. Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR) : *Journal Officiel OHADA* du 31 juillet 2003. L'article premier précise que ce texte s'applique « à tout contrat de transport de marchandise par route ».

⁶⁷E. M. Kamta Fendop, *Droit OHADA et entreprises publiques*, op.cit., p. 57 ; G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, Thèse, Strasbourg III, 1994.

⁶⁸D. Berlin, « Droit communautaire et régimes exorbitants de droit commun », *AJDA* du 20 juin 1996, op. cit., p. 40.

⁶⁹La loi n° 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique (JORS du 7 juillet 1999), en son article 2, se limite à fixer les entités qui composent le secteur parapublic sans donner une définition préalable à l'entreprise.

⁷⁰J. du B. de Gaudusson, « Identification des entreprises publiques », *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Tome 7, NEA 1982, pp. 201 et s.

⁷¹J. Dufau, « Remarques sur la notion d'entreprise publique », *AJDA*, 1956, p. 89 et s.

⁷²Au titre de ces catégories juridiques, on peut noter les sociétés nationales. L'article 4 de la 90-07 pose qu'elles sont « des sociétés par actions de droit privé dont le capital est intégralement souscrit par l'Etat et, le cas échéant, par d'autres personnes morales de droit public ». Dans une société nationale, l'Etat détient la totalité du capital. On les qualifie aussi pour cette raison de société d'Etat. Par contre, « les sociétés anonymes à participation publique majoritaire (...) sont des sociétés dans lesquelles une ou plusieurs personnes publiques possèdent directement ou indirectement au moins 50% du capital social » (article 6 de la loi 90-07).

la forme de l'établissement public⁷³. A titre comparatif, les efforts des législateurs burkinabé, togolais et camerounais, par rapport au contenu à donner à la notion d'entreprise publique, sont beaucoup plus nets⁷⁴. Ces disharmonies juridiques sur la définition de la notion d'entreprise publique dans l'espace OHADA créent des disparités dans l'application d'un droit uniforme. Au Sénégal, les EPIC sont toujours classés dans la catégorie des entreprises publiques alors que l'esprit des auteurs du Traité de Port-Louis était d'établir une unité de la typologie des entreprises publiques en leur dotant, toutes, du statut de société.⁷⁵ Le droit OHADA encourage la catégorie juridique sociétale comme modèle d'expression économique de l'entreprise. Ce qui facilite l'application des règles du droit privé.

Il faut retenir que les entreprises publiques ont une finalité économique parce qu'elles assument des activités industrielles et commerciales au sens de production de biens et de service moyennant le paiement d'un prix. Elles ne peuvent, de ce fait, échapper au droit OHADA qui devient leur « *droit commun* »⁷⁶. Pour les entreprises sous forme de société⁷⁷, leur soumission au droit privé est aisément perceptible. Elles ont la qualité de commerçant eu égard à leur forme juridique, au sens de l'article de 6 l'AUSCGIE. S'agissant des EPIC, ils devraient être exclus du champ d'application du droit des sociétés commerciales. Cependant, de par leur objet, ils accomplissent des actes de commerce, ce qui les soumet à la législation commerciale⁷⁸.

Le droit OHADA a bien pour rôle de réglementer les activités économiques au chapitre desquelles, celles exercées par les entreprises publiques. Toute mesure nationale, notamment exorbitante, susceptible de procurer des privilèges à la puissance publique dans l'espace du marché est interdite. Avec une tonalité moins forte, la législation UEMOA s'inscrit dans la même dynamique.

2) La notion d'entreprise dans la législation UEMOA

Le législateur UEMOA ne fait pas de distinction entre la puissance publique et les personnes privées dans l'application des règles du droit privé issues de l'harmonisation des normes juridiques. Le critère d'applicabilité du droit communautaire UEMOA demeure similaire à celui retenu par les auteurs du Traité de l'OHADA. La nature de l'activité exercée, en l'occurrence la recherche de profit, détermine le droit applicable. Cependant, l'effort de précision du champ d'application du droit communautaire aux activités publiques est plus visible dans la législation UEMOA.

C'est en effet autour de la notion d'*entreprise* que les textes communautaires fondent, comme dans le cadre de l'intégration européenne⁷⁹, l'applicabilité du droit de la concurrence et l'anéantissement des règles exorbitantes conçues en faveur de l'Etat. Ainsi, dans « *l'application de la législation communautaire de la concurrence, la notion d'entreprise se définit comme une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de*

⁷³Il s'agit des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC). Aux termes de l'article 3 de la loi 90-07 précitée, ils « *sont des personnes morales de droit public spécialisées, dotées d'un patrimoine propre et de l'autonomie financière et ne bénéficiant d'aucun apport privé à leurs fonds de dotation* ».

⁷⁴Ici, les entreprises publiques y portent la couleur d'une société d'Etat ou d'une société d'économie mixte : V. F. M. Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *op.cit.*, pp. 327-329 ; E. M. Kamta Fendop, *Droit OHADA et entreprises publiques, op.cit.*, pp. 66-69.

⁷⁵F. M. Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *op.cit.*, p. 327.

⁷⁶V. E. M. Kamta Fendop, *Droit OHADA et entreprises publiques, op.cit.*, p. 58.

⁷⁷Article 6 AUSCGIE.

⁷⁸Articles 2 et 3 de l'AUDCG.

⁷⁹G. Eckert, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Liber amicorum J. Waline, Gouverner, administrer, juger, Dalloz*, 2002, pp. 216-218.

son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision. Ainsi, au sens des règles de concurrence de l'Union, les entreprises peuvent être des personnes physiques, des sociétés civiles ou commerciales ou encore des entités juridiques ne revêtant pas la forme d'une société »⁸⁰. Cette définition qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt Höfner⁸¹, dégage une conception extensive de la notion d'entreprise. Le statut et la forme adoptés par l'entité n'ont pas d'incidence sur les activités pouvant être qualifiées d'entreprise. Il peut s'agir de personnes physiques ou morales ; de droit privé comme de droit public ; de services gérés en régie ou par le procédé de l'établissement public ; de fondation, d'association ou de groupement d'intérêt économique. Il en est de même du mode de financement parce que l'origine des ressources de fonctionnement n'est pas prise en compte dans la définition de l'entreprise. L'activité peut ne pas être donc marchande, non rémunérée par un prix mais supportée par une subvention publique⁸². Toute activité économique de la puissance publique susceptible, « *ne serait-ce qu'en principe* », d'être exercée par une personne privée tombe dans la définition de la notion d'entreprise et justifie l'applicabilité du droit communautaire⁸³. Le contenu large donné à la notion d'entreprise amplifie certes la teneur privée des règles applicables aux administrations publiques. Paradoxalement, comparées à celles de l'OHADA, les règles communautaires UEMOA sont moins catégoriques sur l'application du droit privé à la puissance publique. Le droit UEMOA est, en effet, moins impératif parce qu'il repose sur une harmonisation des droits nationaux, la « *forme la plus prudente et la plus douce d'intégration juridique, apparemment respectueuse de la souveraineté des Etats et de la spécificité de leur législation* »⁸⁴. C'est le sens de l'article 5 du Traité UEMOA⁸⁵. Cela ne signifie aucunement que l'autorité attachée à la norme UEMOA reste faible comme le pose la Cour de Justice de l'institution⁸⁶.

En réalité, cette conception extensive de la notion d'entreprise a des fondements constitutionnels. Le droit matériel UEMOA consacre un renouveau des principes classiques de la doctrine du libéralisme énoncés dans la Déclaration de 1789 et visés d'ailleurs par le Traité fondateur⁸⁷. La liberté, dans sa version économique, celle de commerce et d'industrie, serait à la base de la construction d'un marché commun. Elle implique l'égalité des sujets de droit et la protection de la propriété privée. La liberté d'entreprendre, contrairement en France, est consacrée dans les Constitutions africaines en général⁸⁸ et sénégalaise⁸⁹ en particulier. L'UEMOA considère que « *le libre jeu de la concurrence est le cadre idéal pour*

⁸⁰ Annexe n° 1 au Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine : notes interprétatives de certaines notions.

⁸¹ CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, Rec. I, p. 1979.

⁸² V. G. Eckert, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Liber amicorum J. Waline, Gouverner, administrer, juger, op.cit.*, pp. 216-219.

⁸³ J.-M. Belorgey, « Service public et droit communautaire », *op.cit.*, p. 35.

⁸⁴ J. I-Sayegh, « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc » (Première partie), *Penant*, 1997, n° 823, p. 13.

⁸⁵ Aux termes de cet article, « *dans l'exercice des pouvoirs normatifs que le présent Traité leur attribue (...), les organes de l'Union favorisent l'édiction de prescriptions minimales et de réglementations-cadres qu'il appartient aux Etats membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives* ».

⁸⁶ Avis n° 003/2000, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice de l'UEMOA*, n° 01, 2002, p. 131.

⁸⁷ V. Préambule du Traité.

⁸⁸ A. Gadji, « L'économie dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè, Editions L'Harmattan, 2014, p. 772.

⁸⁹ V. articles 8 et 12.

l'épanouissement des entreprises »⁹⁰. L'idée est de limiter les interventions des personnes publiques dans l'économie.

Il apparaît nettement que les textes communautaires mettent en avant un critère fonctionnel ou matériel pour régir l'activité des organismes publics intervenant dans l'économie. Les conséquences ne sont pas négligeables. Le critère organique est prépondérant dans la recherche du droit applicable à l'administration chez le juge sénégalais. La présence ou non d'une personne publique est déterminante pour mesurer l'étendue et la consistance des règles de droit public. Cette « *dimension organique est privilégiée* » dans la recherche du droit applicable au service public ; il en découle, un élargissement « *du champ d'application du droit administratif, ce droit étant conçu comme le droit des personnes publiques* »⁹¹. Cette méthode du juge devrait être désormais renversée, ou à tout le moins, atténuée, du fait de la législation communautaire. Lorsque l'action publique épouse en effet les lois du marché, le droit privé s'applique de façon spontanée. La prise en compte du statut de la puissance publique n'intervient qu'à titre exceptionnel.

B) La survivance du critère organique pour l'application du droit communautaire.

Dans certaines hypothèses, le régime exorbitant du droit administratif est maintenu par une limitation du critère matériel d'application des normes communautaires. Ce dernier est substitué par un critère d'ordre organique qui intègre la nature publique ou privée des opérateurs économiques. Le simple fait que ceux-ci puissent être constitués sous forme de personnes morales de droit public les met à l'abri des voies d'exécution de droit commun. La puissance publique bénéficie d'une immunité d'exécution (1) entendue, organiquement au sens large, selon la jurisprudence de la CCJA (2).

1) Une immunité d'exécution conférée aux organismes publics

En droit public, des intérêts particuliers s'attachent à la notion de personne publique notamment dans les relations qu'elle entretient avec les tiers. Elle jouit d'un régime de faveur. De façon positive, elle dispose de prérogatives régaliennes pour contraindre les particuliers à respecter ses décisions. Les privilèges du préalable et de l'exécution forcée décidée d'office en constituent des illustrations⁹². A l'inverse, la puissance publique est protégée contre les voies d'exécution de droit commun. C'est en ce sens qu'il faudrait comprendre les dispositions de l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRV : « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

L'immunité d'exécution signifie qu'il n'est pas possible de brandir contre les personnes publiques des mesures d'exécution forcée et conservatoires à l'égard des biens qu'elles possèdent ; elle les soustrait au droit commun des voies d'exécution ordinaires comme la

⁹⁰Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique Et Monétaire Ouest Africaine.

⁹¹D. Sy, *Droit administratif*, CREDILA-L'Harmattan, 2^{ème} éd. revue, corrigée et augmentée, 2014, p. 96 ; TPI de Dakar, 6 mars 1965, Druo-Ferron, *RJAS*, 1960-1974, p. 86 ; N. M. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, op.cit., p. 42.

⁹²Le privilège du préalable signifie que l'acte administratif unilatéral est présumé être légal. Il tire sa force obligatoire de lui-même. Même s'il y a un doute sur sa validité, les administrés doivent s'y conformer. Il s'exécute par provision. Le privilège de l'exécution d'office autorise la puissance publique à employer immédiatement les voies d'exécution de droit commun sans un recours préalable au juge. Cf. : F. Bellanger : « Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs », *RDP* 1968, pp. 543-664 ; G. Darcy, « La décision exécutoire », *AJDA*, 1994, p. 670.

vente ou la saisie du patrimoine d'un débiteur⁹³. L'usage de la force ne peut être déclenché contre la puissance publique. La saisie des biens des organismes publics aurait pour effet de rompre les exigences de continuité du service public. Il n'y a pas d'intérêt à porter atteinte à cette règle cardinale du droit public. L'on considère, en effet, que l'Etat est toujours solvable ; il faut protéger ses biens et ses ressources. Il est illusoire de vouloir retourner la puissance publique contre elle-même puisqu'elle détient de façon exclusive le monopole de la contrainte. Ce principe est ancien en droit administratif notamment dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits⁹⁴. Au niveau des relations internationales, l'immunité a pour fondement la courtoisie devant exister entre les Etats et le respect de la souveraineté étrangère⁹⁵. Dans ce cadre, « *un État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État, sous réserve des dispositions de la présente Convention* »⁹⁶. L'immunité d'exécution a pour conséquence l'impossibilité d'ouvrir des procédures collectives contre les personnes morales de droit public notamment les EPIC⁹⁷. Toutefois, l'absence de voie d'exécution est tempérée par le paiement par compensation dans la mesure où la puissance publique est contrainte à solder ses dettes. Ce dernier n'implique pas l'usage de la force. Concrètement, le problème est de savoir si pour obtenir le paiement de leur créance vis-à-vis de l'administration, les particuliers peuvent utiliser les voies d'exécution de droit commun. Les dispositions de l'article 30, alinéa 2 montrent clairement une atténuation du principe de l'immunité d'exécution conféré aux personnes publiques⁹⁸. Le législateur OHADA donne la possibilité aux créanciers de droit commun d'opposer le paiement par compensation à la puissance publique. Sur ce fondement, le juge sénégalais du contentieux de pleine juridiction a débouté l'administration de ses prétentions dans l'affaire *Holding KEBE*. Il a ordonné, en effet, la compensation d'une dette de l'Etat et celle d'une société au titre de paiement d'impôt⁹⁹. En réalité, la question n'est pas juridiquement aussi tranchée. L'UEMOA pose formellement l'interdiction de compenser les dettes publiques¹⁰⁰. Il faut rappeler que le principe de l'universalité budgétaire, les impératifs de continuité du service public et la thèse de la solvabilité de l'Etat interdisent la compensation entre recettes et dépenses corrélatives qui doivent toutes être inscrites dans leur montant brut au budget des organismes publics¹⁰¹.

⁹³Y. Bodian, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, op.cit., p. 149. F. M. Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », op.cit., p. 305 et s. ; A.-D. Wandji Kamga, *Le droit à l'exécution forcée : Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, op.cit., p. 416.

⁹⁴TC, 8 décembre 1899, Canal de Gignac, *Sirey*, 1900, 3, p. 49, note Hauriou.

⁹⁵A.-D. Wandji Kamga, *Le droit à l'exécution forcée : Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, op.cit., 416-420. ; F. M. Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », op.cit., pp. 312-313.

⁹⁶V. article 5 de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

⁹⁷V. article 2 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il faut toutefois signaler que le législateur sénégalais avait prévu des dispositions spéciales pour la liquidation de cette catégorie d'entreprise publique à travers la loi 84-64 du 16 août 1984 (JORS du 1^{er} septembre 1984 p. 584) ; F.M Sawadogo, « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op.cit., p. 1136.

⁹⁸Ce texte indique que « *les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles* ».

⁹⁹Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé du 29 juillet 2009 : *Société Holding KEBE SA / DGID*, inédit.

¹⁰⁰V. article 41 de la Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

¹⁰¹Y. Bodian, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, op.cit., pp. 135-146.

Si le principe de l'immunité d'exécution n'est pas contestable, le législateur communautaire de l'OHADA n'a cependant pas déterminé le champ des « personnes » qui échappent à l'« exécution forcée » et aux « mesures conservatoires ». Il n'est pas inutile dans ce cas de se référer au droit national. La protection immunitaire couvre seulement les personnes morales de droit public énoncé l'article 1^{er} de la loi n° 2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales relatives à l'immunité d'exécution¹⁰².

Ainsi, le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar a jugé qu'on ne peut saisir les comptes d'un démembrement de l'Etat, comme l'Agence Autonome des Travaux Routiers (A.A.T.R.) qui dispose de l'immunité d'exécution¹⁰³ ; que « la loi 66-23 du 1^{er} février 1966 a institué le Centre des Œuvres Universitaires en établissement public, doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière ; qu'un tel statut le met ainsi à l'abri de toutes mesures d'exécution »¹⁰⁴. Néanmoins, précise le juge dans une autre ordonnance, lorsqu'un établissement public est transformé en « une société anonyme à participation publique majoritaire », celle-ci « est mal fondée à invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution prévu » pour les personnes publiques notamment par les dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE¹⁰⁵. La Cour d'Appel de Saint-Louis ajoute qu'une astreinte « en tant que telle, n'est pas une mesure d'exécution forcée, mais une pénalité infligée au débiteur récalcitrant ; qu'en conséquence elle peut être prononcée même si le débiteur est une société nationale ; qu'ainsi, c'est à tort que la SENELEC se prévaut de l'immunité d'exécution prévue par l'article 194 du Code des Obligations Civiles et Commerciales »¹⁰⁶.

Il apparaît une conception stricte de l'immunité d'exécution à l'examen des textes sénégalais et de la jurisprudence. Les entreprises publiques constituées sous forme de personne privée ne sont pas concernées par l'immunité d'exécution puisque l'article 25 de la loi 90-07¹⁰⁷ sur le secteur parapublic précité est abrogé par la loi 2002-12 du 15 avril 2002¹⁰⁸. Cette interprétation par le législateur sénégalais du contenu de l'article 30 AUPSRVE, n'est pas conforme à la jurisprudence de la CCJA. Pour la haute juridiction, l'immunité d'exécution doit être entendue au sens large.

2) L'élargissement par la CCJA du spectre des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution

La jurisprudence de la CCJA relative à l'immunité d'exécution est riche en enseignements. Elle confirme le caractère opérationnel du critère organique d'application du droit communautaire à la puissance publique et anéantit la volonté du législateur sénégalais qui a voulu limiter la liste des personnes détentrices de l'immunité d'exécution. On sait que l'article 30 renvoie, en réalité, à la loi nationale pour la détermination des personnes qui jouissent du régime exorbitant que confère l'insaisissabilité des biens publics. Pour le législateur sénégalais, l'immunité d'exécution constitue « une entorse à la concurrence, un encouragement à la mauvaise gestion des entreprises protégées et érigées en citadelles

¹⁰²JORS n° 6047 du samedi 18 mai 2002.

¹⁰³Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance n° 4513 du 05.05.08, *Société Agence Autonome des Travaux Routiers dite A.A.T.R / Entreprise Jean Lefevre*, inédit.

¹⁰⁴Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance n° 5290 du 02/10/2009, *COUD C/PAMECAS*, inédit.

¹⁰⁵Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance du 13/11/2013, *Centre Expérimental de Recherche et d'Etude pour l'Équipement dit CEREEQ*, inédit.

¹⁰⁶Arrêt n° 45 du 18 décembre 2012, *SENELEC C/ Gora Ndome et Oumar Niasse*, inédit.

¹⁰⁷Le texte pose qu'il n'existe « pas d'exécution forcée contre les établissements publics, les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire ayant pour objet exclusif l'exploitation d'une concession de service public ».

¹⁰⁸Article 2.

imprenables pour les créanciers poursuivant légitimement l'exécution de ce qui leur est dû ». Il ajoute que « *désormais seuls l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics bénéficient de l'immunité d'exécution, celle-ci ne pouvant cependant, en aucune manière, tempérer l'obligation, générale et absolue, qu'ont ces personnes d'exécuter les décisions de justice* »¹⁰⁹.

La CCJA s'oppose fermement à cette interprétation de l'immunité d'exécution. Dans un litige opposant la Société TOGO TELECOM et Les sieurs Aziablévi Yovo et autres, la haute juridiction de droit privé souligne que « *l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, audit alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences audit alinéa 2 à travers le procédé de la compensation, qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui leur bénéficie en vertu de l'alinéa 1^{er} dudit texte* »¹¹⁰. Pourtant, la position de la CCJA en l'espèce n'allait pas de soi.

D'une part, les requérants estimaient, entre autres, que les dispositions de l'article 2 de la loi togolaise n° 90/26 du 04 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques, entendaient exclure ces dernières de la protection immunitaire. L'article 2 les soumet même aux règles de la faillite impliquant ainsi la possibilité de pratiquer contre elles des saisies et des voies d'exécution¹¹¹.

D'autre part, la tendance des Actes uniformes est de soumettre la puissance publique, dans les matières qu'ils régissent, au droit privé. La CCJA, malgré les critiques de la doctrine privatiste qui considère que cette jurisprudence remet en cause la stabilité et la sécurité juridiques, dans l'espace OHADA¹¹², renouvelle l'exorbitance du droit administratif.

L'application du critère matériel aurait conduit normalement à ce que l'on puisse saisir et aliéner les biens des personnes publiques pour sécuriser les créanciers de l'Etat. En vertu de la théorie de la gestion privée, les règles exorbitantes du droit administratif ne doivent pas fausser le fonctionnement normal du marché. Le législateur et le juge communautaires en ont décidé autrement. L'immunité est même conférée, *es qualité, intuitu personae* ; elle est d'ordre organique. Elle est liée à la qualification de « *personne morale de droit public* » ou tout simplement au statut « *public* » des entreprises intervenant dans l'économie. La saisie-attribution de créances, pratiquée sur les comptes de la Société TOGO TELECOM, personne morale de droit privé, est donc irrégulière estime la CCJA. Les entreprises (comme la Société TOGO TELECOM) publiques « *quelles qu'en soient la forme et la mission* » ne peuvent être astreintes à des voies d'exécution. Dans le cas sénégalais, il s'agit des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire et des EPIC.

Sous ce rapport, la loi 2002-12 du 15 avril 2002 demeure contraire à l'article 336 de l'AUPSRVE qui « *abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties* ». Les normes OHADA ont un caractère d'ordre public ; elles sont contraignantes¹¹³ et limitent « *la marge de manœuvre législative et judiciaire* » de la puissance publique.¹¹⁴ De même, les décisions de la CCJA ont une portée supranationale. La juridiction assure en effet « *l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des*

¹⁰⁹Exposé des motifs de la loi 2002-12 du 15 avril 2002.

¹¹⁰CCJA, 1^{ère} ch., n° 043/2005 du 07 juillet 2005, *AZIABLEVI YOVO et autres c/ Société Togo Telecom*, Juriscope.org. 2006.

¹¹¹V. F. M. Sawadogo, *in* « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *op.cit.*, pp. 318-319.

¹¹²*Ibid*, pp. 333-335.

¹¹³Article 10 du Traité OHADA.

¹¹⁴P. Ng. Kante, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD Com*, 2010, p. 7.

règlements pris pour son application, des Actes uniformes et des décisions »¹¹⁵ ; ses arrêts « *ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire* »¹¹⁶.

L'approche extensive des entités publiques pouvant se prévaloir de l'immunité d'exécution, qui se dégage des termes de l'arrêt Société TOGO TELECOM, sera donc retenue du fait de la primauté du droit communautaire sur le droit national. On peut douter de la longévité de cette jurisprudence de la CCJA dans un contexte où le législateur OHADA a voulu sécuriser la créance des investisseurs ; ce qui implique la possibilité de saisir les biens de la puissance publique afin de la contraindre à respecter ses engagements financiers.

En tous les cas, le critère matériel d'application du droit communautaire à l'administration est ici écarté. Certaines personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution poursuivent incontestablement des activités économiques, en l'occurrence les entreprises publiques. Les exigences de l'intérêt général, cependant, l'emportent. Sans doute les auteurs du Traité OHADA ont eu conscience de l'importance de la taille du secteur parapublic dans les pays en voie de développement malgré les vagues de privatisation. Au Sénégal, par exemple, le chiffre d'affaires des entreprises publiques s'élevait en 2012 à 394,3 milliards¹¹⁷.

L'exorbitance du droit administratif face aux normes communautaire est sauvegardée parce qu'elle ne disparaît pas totalement eu égard au caractère exceptionnel du critère organique. Il ne faudrait pas surestimer néanmoins la portée d'une telle dérogation. La législation communautaire envahit le droit public intérieur des Etats même dans les matières dites de souveraineté. Il y a, dès lors, une restriction du champ d'application du droit administratif.

II. Une restriction du champ d'application du droit administratif

Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais est également perceptible lorsqu'on envisage d'identifier l'application, proprement dite, du droit privé à la puissance publique sous l'effet des normes communautaires. Le champ d'application du droit administratif se trouve comprimé et réduit. Il y a une diminution progressive des règles exorbitantes et leur substitution par celles du droit privé. En premier lieu, l'expansion du droit privé dans des secteurs traditionnellement réglementés, de façon souveraine, par le droit administratif interne des Etats est visible (A). En second lieu, on peut signaler un contournement de l'office du juge de l'administration parce que les litiges provoqués par l'action administrative peuvent lui échapper par le procédé de l'arbitrage (B).

A) L'expansion du droit communautaire dans les secteurs d'activité de la puissance publique

Le droit administratif est saisi par le droit communautaire grâce notamment à une forte pénétration de ce dernier dans les activités de l'administration. Les normes secrétées dans le cadre de l'intégration économique assimilent l'administration à une entreprise privée. Il est possible de donner deux domaines dans lesquels cette « *vision marchande* »¹¹⁸ du droit communautaire reste concrète. Le régime dérogatoire du service public demeure affecté par les règles concurrentielles (1) tandis que le droit privé pénètre les contrats de l'administration (2).

¹¹⁵Article 14 du Traité.

¹¹⁶Article 20 du Traité de l'OHADA.

¹¹⁷S. Fall, Chef du Bureau des Etudes et de la Statistique, (Direction du Secteur parapublic) : « Pour une gestion active des participations de l'Etat et un renforcement de la gouvernance des organismes publics dotés de la personnalité morale et de l'autonomie de gestion », *Le Trésor public*, n° 00, mars 2015, p. 50.

¹¹⁸V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, op. cit., p. 106.

1) L'assujettissement du service public aux règles concurrentielles

Le droit communautaire s'intéresse aux organismes gestionnaires de service public et les soumet fortement au droit privé.

Formellement, les textes UEMOA et OHADA leur confèrent le statut d'entreprise dans les mêmes conditions que les personnes privées. Ainsi, les règles de constitution des sociétés anonymes à participation publique majoritaire¹¹⁹ ou, globalement, le régime juridique des entreprises publiques relèvent du droit privé¹²⁰. En ce qui concerne les EPIC, on a vu plus haut qu'ils sont des commerçants par leur objet d'où leur soumission aux règles commerciales¹²¹. Il n'y a pas d'intérêt particulier à reprendre en détail le régime juridique des entreprises publiques. Il est bien établi, dans la législation sénégalaise, qu'elles étaient toutes soumises, antérieurement au droit OHADA, au droit privé et exceptionnellement au droit administratif. Il convient d'insister ici sur les aspects qui amplifient le phénomène d'expansion des règles du droit privé dans le secteur administratif.

En effet, matériellement, le déclin de l'exorbitance du droit administratif se manifeste surtout au niveau des rapports entre les organismes gestionnaires de service public et les tiers. En premier lieu, les missions de service public sont désormais soumises au droit de la concurrence, résultat de la libéralisation des secteurs monopolisés¹²². Le droit de la concurrence désigne les règles visant à réglementer les rapports de rivalités entre les entreprises dans la conquête et la préservation de la clientèle ; il reflète une idéologie puisant ses racines dans le discours libéral¹²³. La concurrence évoque donc la réglementation de la compétition dans l'espace du marché¹²⁴ c'est-à-dire, les normes de production, de vente, de distribution et de consommation des biens et services.

Le droit communautaire UEMOA de la concurrence repose sur l'égalité de traitement¹²⁵ juridique entre les opérateurs économiques publics et privés partageant l'espace des échanges ; une volonté inavouée de la part des instances communautaires de pousser la puissance publique à extraire, du champ des services publics traditionnels, des activités qui étaient, jusque-là, assumées par elle. Il en dérive un recul de l'exorbitance du droit administratif. Le principe de l'égalité de concurrence est consacré par l'article 3 du Règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine. Cet article déclare « *incompatibles avec le marché commun* », « *tous accords entre entreprises, décisions d'associations*

¹¹⁹Les dispositions de l'article 7 de la loi 90-07 montrent que « *les règles de création, d'organisation et de fonctionnement des sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont conformes au droit commun des sociétés commerciales, sous réserve des dispositions particulières prévues par la présente loi* ».

¹²⁰L'article 6 de la loi de 1990 indique qu'elles sont « *régies par le Code des obligations civiles et commerciales* ». De même, « *le personnel des entreprises du secteur parapublic, à l'exception des fonctionnaires détachés, est régi par le Code du travail sous réserve des exceptions prévues par la loi* » (Cf. Article 23 de la loi 90-07).

¹²¹Les moyens humains (le personnel, article 23 de la loi 90-07), matériels (les actes, article 8 de la loi 90-07) et financiers (la comptabilité, article 20) des EPIC sont régis par le droit privé.

¹²²V. article 4 du Traité de l'UEMOA ; article 6 du Règlement n° 02 /2002/CM/UEMOA précité.

¹²³V. A. Kanté, « *Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : exemple du Sénégal* », *Nouvelles Annales Africaines* n° 1, 2009, p. 273 ; L. Zevounou, *Le concept de concurrence en droit*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, décembre 2010, p. 127.

¹²⁴V. Loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, JORS du 27 août 1994.

¹²⁵V. article 88 du Traité de L'UEMOA. L'OHADA ne se désintéresse pas aux règles concurrentielles puisqu'elle est censée mettre en place un environnement juridique favorable à l'épanouissement des entreprises et des affaires en Afrique. Il n'existe cependant pas une réglementation spécifique à la concurrence dans l'espace OHADA.

d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ».

L'égalité entre entreprises publiques et entreprises privées postule des conditions de concurrence identiques. Mbissane Ngom fait remarquer que « *dans la mesure où l'objectif visé par l'Union est celui d'une concurrence non faussée dans le marché unique, privilégier les entreprises publiques du fait de leurs liens avec l'Etat serait manifestement contraire à l'objectif précité. L'interdiction faite aux Etats membres de remettre en cause l'égalité entre entreprises participe de cette idée* »¹²⁶.

L'égalité de concurrence prohibe tout procédé visant à remettre en cause le libre jeu de la compétition, à instituer des pratiques anticoncurrentielles¹²⁷, des ententes ou des abus de position dominante¹²⁸. Les interventions de la puissance publique limitant le fonctionnement normal du marché sont interdites de « *plein droit* »¹²⁹. Il en est ainsi des aides publiques quelles que soient leur forme, nature et origine¹³⁰. L'UEMOA exige, pour rendre effective l'égalité de concurrence, une transparence dans les relations financières entre l'Etat et ses entreprises publiques. L'objectif visé est d'obtenir toute information sous formes d'avantages financiers d'origine interne ou externe (subvention, exonération fiscale, etc.), susceptible d'être en contrariété avec les lois du marché¹³¹.

Des exceptions sont cependant prévues à la soumission du service public au droit de la concurrence. L'exorbitance du droit administratif est ainsi préservée. S'agissant des privilèges, l'assimilation de l'administration à une entreprise privée n'est pas totale. On peut lire à l'article 916 de l'AUSCGIE que la réglementation des entreprises publiques peut déroger au droit commun des sociétés commerciales¹³². Au Sénégal, par exemple, les sociétés nationales sont créées par la loi¹³³, les EPIC par voie réglementaire¹³⁴ et leurs *statuts* respectifs régis par décret¹³⁵. En outre, les règles égalitaires de la concurrence sont infléchies à chaque fois qu'elles font « *échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière* » impartie aux entreprises de service public¹³⁶. L'enjeu est de procurer des avantages aux entreprises chargées de la gestion d'un « *service d'intérêt économique*

¹²⁶Mb. Ngom, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : Le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse, UGB de Saint-Louis, juin 2007, p. 223.

¹²⁷Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

¹²⁸Règlement n° 3/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

¹²⁹Article 88 Traité UEMOA.

¹³⁰Règlement n° 4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article de l'article 88 (c) du Traité.

¹³¹V. article 2 de la Directive n° 01/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relative à la transparence des relations financières d'une part entre les Etats membres et les entreprises publiques et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères.

¹³²Les sociétés d'Etat peuvent se doter d'un régime particulier.

¹³³Article 4 de la loi 90-07.

¹³⁴V. articles 67 et 76 et de la Constitution sénégalaise.

¹³⁵L'article 5 de la loi 90-07 précise que « *les règles d'organisation et de fonctionnement des sociétés nationales sont conformes à des statuts types fixés par décret* ». Il en est de même des EPIC (article 3 de la loi 90-07).

¹³⁶Article 6.2 du Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA.

général »¹³⁷ tels que les droits exclusifs¹³⁸. Il faut ajouter que certaines aides, compatibles avec le Traité de l'UEMOA, sont exceptionnellement admises¹³⁹.

Relativement aux sujétions, une obligation est faite aux entreprises d'assurer aux citoyens un minimum de prestation à travers le service universel¹⁴⁰. Il arrive même que le droit communautaire durcisse les sujétions administratives en imposant, par exemple, aux autorités plus de transparence dans la gestion du service public. Paradoxalement, l'exorbitance du droit administratif augmente car de nouvelles contraintes inspirées de la culture de performance ou managériale viennent se greffer au service public. L'étude des contrats publics démontre encore cette pénétration du droit privé dans le paysage administratif.

2) La pénétration croissante du droit privé dans le domaine des contrats administratifs

Pour Jean-Bernard Auby, le « *droit contractuel administratif ne cesse de laisser apparaître l'intrusion de questions, voire de modèles, appartenant au droit privé* »¹⁴¹. Incontestablement, l'accroissement du droit privé dans les activités administratives s'est renforcé par une forme de contractualisation des rapports entre la puissance publique et les tiers¹⁴². Il est important de rappeler que dans la période contemporaine, « *on assiste à une conception toute différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité (...). Corrélativement, le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau (...)* »¹⁴³. La puissance publique est devenue moins impérative. Elle cherche des collaborateurs dans l'exécution des missions de service public dans un contexte de pénurie des ressources financières et de massification de la demande sociale. Les pouvoirs publics sont presque dans l'obligation d'associer le secteur privé aux missions de développement. L'avènement des contrats administratifs de partenariats publics privés démontre cette évolution¹⁴⁴.

¹³⁷ *Ibid.* Sur le service d'intérêt économique général, voir note ci-dessous.

¹³⁸ L'article 1^{er} de la Directive n° 01/2006/CM/UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications indique que les droits exclusifs sont des « *droits accordés par un Etat membre à une seule entreprise, au moyen d'un texte législatif, réglementaire ou administratif qui lui réserve le droit de fournir un service de télécommunications ou d'entreprendre une activité sur un territoire donné* ».

¹³⁹ On peut donner les exemples des « *aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits* » ; celles « *destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires* » ; les aides qui ont pour objet l'amélioration des activités de recherche, etc. V. article 3 du Règlement n° 4/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité précité.

¹⁴⁰ Le service universel est appréhendé comme « *ensemble minimal des services définis de bonne qualité, qui, indépendamment de la localisation géographique, est accessible à l'ensemble de la population dans des conditions tarifaires abordables* ». V. article 1^{er} de la Directive n° 04/2006/CM/UEMOA relative au service universel et aux obligations de performance du réseau. Le service universel tempère le libéralisme économique. Il est en fait un corollaire du service d'intérêt économique général qui « *génère des obligations ou des charges telles que si l'entreprise considérait son propre et seul intérêt commercial, elle ne les assumerait pas* ». Cf. M. Debène et O. Raymundie, « Sur le service universel : renouveau du service public et nouvelles mystifications », *AJDA* du 20 mars 1996, p. 186 ; D. Simon, « Les mutations des services publics du fait des contraintes communautaires », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, T. 1 : Introduction et approche sectorielle, La documentation française*, 1998, p. 78-79.

¹⁴¹ J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op.cit.*, p. 917.

¹⁴² V. L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 19 mai 2003, p. 973.

¹⁴³ J. Chevallier « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* n° 3, 1998, pp. 677-678.

¹⁴⁴ Ils traduisent un mécanisme « *de financement qui soulage le budget de l'Etat* » aux termes de l'exposé des motifs de la loi 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat (JORS du mardi 25 mars 2014,

En fait, le renouveau de la formule contractuelle avec l'intégration économique est perceptible doublement. D'une part, avec l'avènement des directives de 2005, le droit communautaire est devenu une source formelle importante du droit des contrats administratifs, notamment les marchés publics et les contrats de délégation de service public¹⁴⁵. D'autre part, substantiellement, les règles exorbitantes du droit administratif sont réduites. Il faut noter que le droit communautaire des contrats administratifs est dominé, depuis quelques années, par la reprise des modèles issus du secteur privé. La Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre précitée postule « *que toute réglementation en matière de marchés publics et de délégations de service public doit concourir à la réalisation des objectifs visant à mettre en œuvre un dispositif institutionnel performant, à favoriser la déconcentration et la décentralisation des procédures de passation et d'exécution, à encourager la professionnalisation des acteurs de la commande publique, à renforcer l'efficacité de la lutte contre la corruption et à garantir des voies de recours efficaces* ».

Le Code des marchés publics est réformé constamment dans le sens d'intégrer les préoccupations du secteur privé en termes de transparence et d'exigence de publicité¹⁴⁶. Les principes du droit de la concurrence viennent alors circonscrire le droit exorbitant des contrats administratifs¹⁴⁷.

La violation de tels principes est sanctionnée par le juge administratif¹⁴⁸. Ainsi, la Cour suprême du Sénégal indique, dans une décision de 2013, que les actes administratifs ne doivent pas altérer le libre jeu de la concurrence consacré par les instances d'intégration économique. En l'espèce, le juge souligne la violation du Règlement N° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux pratiques anticoncurrentielles en ces termes : « *l'autorité contractante ne peut violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appels d'offres (DAO) une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché...* »¹⁴⁹.

Dans le litige opposant l'Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) et le Comité de Règlement des différends (CRD) de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), la violation de l'article 28, alinéa 2 de la Directive n° 4/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant *procédures de passation d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique*

pp. 293-306). L'article premier de la loi définit le contrat de partenariat comme « *un contrat par lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique, personne morale de droit privé, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante à la charge ainsi que tout ou partie de leur financement* ».

¹⁴⁵ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique monétaire ouest africaine ; Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.

¹⁴⁶ B. Gueye, « Le nouveau Code sénégalais des marchés publics : entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », in *Droit sénégalais, op.cit.*, pp. 257-260.

¹⁴⁷ M. Dreifuss, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », *AJDA* 9 décembre 2002, pp. 1773-1377 ; P. Moudoudou, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », *op.cit.*, pp. 50-54 ; A. G. Salifou, *Droit et pratique des marchés publics en Afrique de l'ouest francophone : cas de la République du Bénin*, Thèse, Université de Lomé, 2013, pp. 108-109.

¹⁴⁸ B. Bâ, « Le contentieux de l'excès de pouvoir des marchés publics devant la Cour suprême du Sénégal (A partir des arrêts rendus entre 2008 et 2013) », *Annales Africaines*, Nouvelle série, Volume 1, avril 2015, pp. 163-196.

¹⁴⁹ CS : Décision du 22 août 2013, *Société SARRE-CONS/ ARMP, inédit* ; dans le même sens : Cour Suprême 29 janvier 1975, *Sega Seck Fall, Penant* 1976 n° 754, 415 note Ch. LAPEYRE ; CE sénégalais, 31 août 1994, *Prosper Guena Ntichen c/ Université Cheikh Anta DIOP Bulletin des Arrêts du Conseil d'Etat* 1993-1997, n° 38, p. 85.

et Monétaire Ouest Africaine est soulevée. Le juge souligne que dans la directive précitée l'appel d'offres ouvert est la règle et que « *le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par la DCOMP dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur* »¹⁵⁰.

L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs est aussi réelle au moment de leur exécution. Au niveau de certaines catégories de contrat, notamment dans les conventions minières, le principe d'égalité absolue entre les parties reste la règle. Le pouvoir de modification unilatérale est quasiment ruiné par la réglementation communautaire¹⁵¹. Ici, sont même annihilés les pouvoirs d'expropriation de l'administration. Le Traité communautaire garantit la protection « *contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition* » à l'égard des entreprises minières. Elles ont le droit « *de disposer librement de leurs biens mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels (...)* »¹⁵².

Il peut paraître étonnant que l'administration ne puisse pas revenir sur les avantages fiscaux consentis aux titulaires des titres miniers quand des exigences d'intérêt général l'imposent. La matière fiscale est par excellence, un domaine d'expression culminante de la souveraineté, de l'exorbitance du droit administratif.

Bien des limites pèsent sur l'avenir et l'autonomie du droit administratif sénégalais. L'inquiétude aurait été moins grande si le droit communautaire n'avait pas prévu des cas dans lesquels le juge administratif est concurrencé dans ses titres de compétence.

B) Le contournement du juge de l'administration

L'autonomie du droit administratif n'a jamais empêché au juge judiciaire de connaître le contentieux dans lequel la puissance publique est partie. Le dessaisissement de la juridiction administrative est devenu cependant plus sérieux avec l'émergence d'une justice non étatique menée par des personnes physiques. Le juge devant statuer sur la matière administrative est concurrencé par des arbitres qui connaissent de litiges relevant normalement de ses titres de compétence. Il peut être contourné. La législation communautaire consacre, en effet, la faculté pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage (1). Dans ce cas, la puissance publique renonce à son privilège de juridiction (2).

1) Le droit pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage

Le contournement de l'office du juge administratif est justifié par la possibilité donnée aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage.

En principe, dans les textes communautaires, l'organisation de la justice administrative, du fait de la souveraineté, est de la compétence des Etats. Le droit communautaire n'est pas cependant indifférent à l'office du juge administratif. Au contraire, il érode progressivement son caractère exorbitant et le rapproche du procès de droit civil. Dans ce cadre, exigence est faite au juge, lorsqu'il annule un acte administratif, de statuer sur tous les moyens pour renforcer l'information des justiciables. On ajoute que des injonctions sont prévues contre la

¹⁵⁰CS, Arrêt du 12 avril 2012.

¹⁵¹Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de L'UEMOA. L'article 17 du Règlement instaure, de façon péremptoire, un système de verrouillage des dispositions du contrat qui lie l'Etat et les entreprises : « *La stabilité du régime fiscal et douanier prévu dans la réglementation en vigueur au sein de l'Union est garantie aux titulaires de titres miniers pendant la période de validité de leurs titres. Pendant la période de validité de ces titres miniers, les règles d'assiette et de liquidation des impôts, droits et taxes prévus par la réglementation en vigueur demeurent telles qu'elles existent à la date de délivrance desdits titres miniers et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit n'est applicable au titulaire ou bénéficiaire pendant cette période* ».

¹⁵²Article 13 du Règlement.

puissance publique en vue de pallier les retards notés dans l'exécution des décisions de justice.¹⁵³ Il y a une sorte de « *subjectivisation* » du contentieux administratif qui va dans le sens de la protection des droits des administrés¹⁵⁴.

L'arbitrabilité des litiges administratifs trouve, en réalité, ses fondements dans les faiblesses qui pèsent sur la justice administrative classique. En droit africain, le procès qu'on lui a dressé est peu enthousiaste. Il a été, de façon constante, souligné que dans le contentieux administratif africain, le juge, en raison de sa non spécialisation, s'inspire largement des règles du droit privé dans des litiges où un problème administratif se pose. Certains auteurs s'inquiétaient déjà de la privatisation du droit applicable à l'administration notamment en matière de contrats et de responsabilité. D'autres nient l'existence d'un droit administratif africain qui ne peut être fécond dans un système d'unité de juridictions. Celui-ci ne favorise pas une application rigoureuse du droit administratif¹⁵⁵. La fonction prétorienne du juge administratif reste étroite : le formalisme est sélectif dans la recevabilité des recours ; la lenteur dans le traitement des litiges est réelle ; les tribunaux sont éloignés des justiciables ; la saisine et le nombre de décisions rendues quantitativement faibles¹⁵⁶ ; le contexte socio-économique limite son impartialité ; la culture du contentieux, de la part du citoyen, est quasi inexistante etc.¹⁵⁷

Dans ces conditions, le choix du contentieux administratif comme modèle unique de règlement des litiges administratifs peut laisser l'observateur perplexe parce qu'il ne garantit pas une protection fiable des droits des administrés. Alioune Badara Fall explique que le recours à des procédés non juridictionnels de règlement des litiges en Afrique est nécessaire ; il reflète la vision relationnelle de la société et traduit l'appropriation timorée de la justice administrative importée de la matrice juridique¹⁵⁸.

Les tares de la justice administrative n'ont pas laissé indifférents les auteurs des Traités d'intégration. L'article 2, alinéa 2, de l'AUA précise que « *toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre la validité de la convention d'arbitrage* »¹⁵⁹. Il convient de souligner que dans « *son sens traditionnel auquel se réfère notamment le Code de Procédure civile (...), l'arbitrage constitue une procédure par laquelle les parties en litige conviennent de soumettre leur différend à un arbitre et s'engagent à*

¹⁵³J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 920 ; G. Le Chatelier, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *AJDA* du 20 juin 1996, *op.cit.*, pp. 99-100.

¹⁵⁴J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op. cit.*, p. 917.

¹⁵⁵F. P. Benoît, *Droit administratif*, Dalloz, 1968, p. 321 ; « Des conditions de développement d'un droit administratif autonome dans les Etats nouvellement indépendants », *Annales Africaines*, 1962, pp. 129 et s. ; B. Kanté, *Unité de juridiction et droit administratif*, *op.cit.*, pp. 375-387 ; A. B. Fall, *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal : essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique noire francophone*, Thèse, Université de Bordeaux, 2 tomes, 1994, pp. 190-208.

¹⁵⁶D. Sy, « Le juge sénégalais et la création du droit en Afrique », *In La création du droit en Afrique*, D. Darbon et J. du Bois de Gaudusson. (dir.), *Karthala*, 1997, pp. 397-403.

¹⁵⁷P. Lampué, « La justice administrative dans les États d'Afrique Francophone », *RJPIC* p. 3 et s. A. Bockel, « Le contrôle juridictionnel de l'administration » in G. Conac (dir.), *Les institutions administratives des États francophones d'Afrique noire, Economica*, Paris, 1979, p. 197 et s. ; S. Bilong « La crise du droit administratif camerounais », *Revue juridique et politique*, n°1, 2011, pp. 45-75.

¹⁵⁸A. B. Fall « Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs », *in La création du droit en Afrique*, *op.cit.*, pp. 424-429.

¹⁵⁹L'article 1^{er} du Traité fondateur de l'OHADA encourage nettement le « *recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ».

*accepter la sentence arbitrale et à la considérer comme obligatoire »*¹⁶⁰.

Les dispositions de l'article 2.2 de l'AUA sont novatrices à bien des égards. Elles permettent de faire trois séries d'observations. D'abord, elles consacrent un droit de recours général des personnes publiques à l'arbitrage. Jusque là, la prohibition de compromettre était la règle en raison de l'exorbitance du droit administratif. L'arbitrage ne pouvait résulter que d'une dérogation législative expresse comme l'a rappelé la Cour suprême sénégalaise dans l'arrêt EXPRESS NAVIGATION précité. En droit public, en effet, l'arbitrage est honni¹⁶¹, parce qu'il reflète un désaveu vis-à-vis de la justice étatique¹⁶². Pour Edouard Laferrière « *l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitrages, tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi* »¹⁶³. On craint que les collectivités publiques ne « *négligent (...) la défense des intérêts publics qu'elles ont en charge* » selon les termes du commissaire du gouvernement Gazier¹⁶⁴ d'autant plus que, théoriquement, la cause compromissaire n'est régulière qu'en matière commerciale. En droit français, cette prohibition de compromettre, même si elle est tempérée¹⁶⁵, demeure encore le principe¹⁶⁶.

Ensuite, parmi les Etats signataires du Traité de l'OHADA, seul le législateur sénégalais avait posé des dérogations à ce principe¹⁶⁷. La Cour suprême avait jugé d'ailleurs implicitement que l'Etat pouvait compromettre « *tant que l'ordre public n'est pas violé* »¹⁶⁸. Désormais, l'interdiction est devenue caduque¹⁶⁹. L'AUA s'applique à « *tout arbitrage* », interne et international, *ad hoc* ou institutionnel¹⁷⁰.

Enfin, il est important de se demander dans quelle mesure un droit est d'une « *libre disposition* » parce que cette dernière, suivant l'article 2 précité, est le critère de l'arbitrabilité des litiges administratifs. Le commentateur de l'AUA fait remarquer qu'un « *droit est disponible lorsqu'il est sous l'absolue maîtrise de son titulaire qui peut dès lors l'aliéner et même y renoncer (...)* ». Selon, l'auteur, « *plus un droit sera envisagé comme un instrument de protection d'une personne, plus il sera indisponible et, inversement, plus il sera tenu comme l'expression juridique de la volonté, plus il sera disponible* ».¹⁷¹

¹⁶⁰J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *op.cit.*, p. 18.

¹⁶¹E. Langelier, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2012, p. 606.

¹⁶²V. J. Rivero, « Personne morale de droit public et arbitrage », *Rev. Arbitrage*, 1973, p. 263.

¹⁶³E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, T. 2, p. 152.

¹⁶⁴Auteur cité par : Ch. Jarrosson in « L'arbitrage en droit public », *AJDA* 20 janvier 1997, p. 16.

¹⁶⁵Le juge administratif français n'est pas totalement réticent face à cette justice privée. Pour le Conseil d'Etat, les litiges administratifs doivent pouvoir être tranchés autrement, en dehors des voies juridictionnelles habituelles. V. Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

¹⁶⁶E. Langelier, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, *op.cit.*, p. 606 ; D. Labetoulle, « Offrir une facilité nouvelle aux personnes publiques et à leurs cocontractants pour régler leurs litiges », *AJDA*, 2007, pp. 772-773.

¹⁶⁷Décret n° 64572 du 30 Juillet 1964, (JORS n° 3.705 du 28 septembre 1964, p. 1289) ; E. M. Kamta Fendop, *Droit OHADA et entreprises publiques*, *op.cit.*, p. 158.

¹⁶⁸V. A. Sakho et Nd. Diouf, « Etude sur l'ordre public et l'arbitrage : Aspects de Droit économique et de Procédure civile (A propos de l'arrêt de la Cour suprême du 3 juillet 1985 : Etat du Sénégal c /EXPRESS NAVIGATION) », *op. cit.* p. 3.

¹⁶⁹M. Kamto « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Actes de colloque, Yaoundé, 1999, Université internationale de langue française d'Alexandrie, Bruxelles, 2000, p. 89.

¹⁷⁰B. Gueye, S. N. Tall et M. Kamto, « Commentaire du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *op.cit.*, pp. 46- 47 et 142-143.

¹⁷¹P. Meyer « Commentaire de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'Arbitrage » in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *op.cit.* p. 143.

La détermination de la disponibilité des droits susceptibles d'être jugés par des arbitres est donc renvoyée à la loi nationale¹⁷². Le Traité de l'OHADA indique juste que tout « *différend d'ordre contractuel* » peut être soumis à un tribunal arbitral¹⁷³. Doit-on conclure que les contentieux provoqués par l'exercice des prérogatives de puissance publique peuvent être connus des arbitres ? La législation OHADA ne le pose pas expressément.

A priori, les textes de l'UEMOA relatifs aux contrats publics ne permettent pas également de trouver une réponse tranchée. Les directives 04 et 05 n'évoquent *pas express verbis* le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends¹⁷⁴. Toutefois, en matière de conventions minières, le Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 22 décembre 2003 portant adoption du Code minier communautaire de L'UEMOA, prévoit la possibilité de compromettre en tant que faculté mise à la disposition des parties au contrat. On retrouve cette forme de justice privée non étatique aux articles 37 de la loi 2014-09 relative aux contrats de partenariat¹⁷⁵ et 139 du Code des Marchés publics¹⁷⁶. Le contentieux administratif des contrats, domaine traditionnel de l'unilatéralité, fait partie donc des litiges arbitrables échappant de ce fait à la compétence du juge de l'administration.

Les critères matériels d'arbitrabilité des litiges administratifs sont finalement extensifs. S'il ya « *libre disposition* » des droits et l'existence d'un « *différend d'ordre contractuel* », le recours à un tribunal arbitral est ouvert pour les personnes publiques.

Au total, si la puissance publique accepte que les litiges dans lesquels elle est partie soient réglés par une justice de célérité, compatible probablement avec les fluctuations économiques, l'exorbitance du droit administratif sera altérée. Elle renoncerait en effet, du coup, à son privilège de juridiction, deuxième facteur de contournement de l'office du juge administratif.

2) La renonciation par l'administration à son privilège de juridiction

Lorsque les personnes publiques décident de se soumettre à une sentence arbitrale, elles renoncent à leur privilège de juridiction. L'administration abandonne le régime contentieux conçu et élaboré exclusivement pour elle en raison de ses missions d'intérêt général. La définition du contentieux administratif différencie foncièrement celui-ci d'un procès de droit civil parce qu'il « *comprend l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit un acte de puissance publique émané de l'administration, soit un acte de gestion des services publics déferé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales* »¹⁷⁷. Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire proclamé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 est garanti par la dualité de juridictions¹⁷⁸. Que le contentieux soit objectif ou subjectif¹⁷⁹, les juridictions judiciaires ne

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ V. aussi article 21 du Traité de l'OHADA.

¹⁷⁴ Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique Monétaire Ouest Africaine ; Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine, déjà citées.

¹⁷⁵ Déjà citée.

¹⁷⁶ Le Code vise d'ailleurs formellement les normes OHADA relatives au droit de l'arbitrage.

¹⁷⁷ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, TI, p. 9.

¹⁷⁸ J. Chevallier « Du principe de la séparation au principe de dualité », *RFDA* sep. oct. 1990, pp. 27-33.

¹⁷⁹ M. Waline, « Vers un classement des recours contentieux », *RDP* 1935, p. 305 ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Librairie E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1928, TII, p. 435 et s. ; G. Jèze, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'Etat sur la classification des recours en annulation et des recours de pleine juridiction », *RDP*, 1909, p. 667.

peuvent connaître des actes d'administration. La puissance publique est dans une situation privilégiée puisque de toute façon, juger l'administration, c'est encore administrer¹⁸⁰.

Le privilège de juridiction démontre que les règles de fond établies pour juger l'administration n'ont pas d'équivalence dans les rapports de droit civil. Ainsi, malgré ses limites¹⁸¹, le législateur sénégalais a mis en place une procédure spéciale dans le contentieux de pleine juridiction par l'obligation d'un recours administratif préalable. Les voies de droit sont spécifiques pour assigner l'administration en justice. Le respect des conditions rigoureuses de recevabilité du recours pour excès de pouvoir est impératif pour l'examen des requêtes des administrés. Le procès administratif s'écarte aussi des principes de la procédure civile. L'instruction et le jugement des recours y obéissent à une logique d'*impérium*. La procédure administrative contentieuse, contrairement à la procédure civile, est inquisitoire (le juge intervient largement dans le déroulement de l'instance)¹⁸², écrite (en raison du formalisme administratif) non suspensive (une décision de l'administration continue de produire ses effets sauf sursis à exécution)¹⁸³. Les procédures civile et administrative demeurent donc théoriquement autonomes¹⁸⁴. Le système d'unité de juridictions ne fait pas ainsi disparaître l'exorbitance du droit administratif.

Le droit de l'OHADA ignore ces deux facettes organiques et fonctionnelles du privilège de juridiction. La voie arbitrale élimine les règles dérogatoires de la procédure administrative contentieuse. L'autonomie de la volonté guide toute la justice arbitrale. En effet, la clause compromissoire et la convention d'arbitrage éloignent l'administration de son environnement naturel, le juge administratif assisté classiquement des prestigieux conseils du commissaire du gouvernement. L'enjeu n'est pas des moindres, le contentieux administratif ne garantit pas le procès juste et équitable exigé par l'article 6-1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme; le juge considère que « *le seul fait que certaines personnes exercent successivement (...) la fonction consultative et la fonction juridictionnelle est de nature à remettre en cause l'impartialité* » de la juridiction administrative¹⁸⁵. Pour ces raisons, durant la sentence arbitrale, « *les parties doivent être traités sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits* »¹⁸⁶. La constitution du tribunal arbitral n'est pas empreinte de formalisme particulier; les « *arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties* »¹⁸⁷. La saisine du tribunal rend incompétentes les juridictions étatiques si l'une des parties en formule la demande¹⁸⁸.

Des énigmes juridiques subsistent, cependant, s'agissant du droit applicable pour trancher le litige à l'origine de l'arbitrage. La question se pose de savoir si un différend relevant normalement du droit administratif (cas du contentieux des contrats ou de la responsabilité) ne perd pas ce caractère lorsque la personne publique est dans une procédure d'arbitrage. Les

¹⁸⁰J. Chevallier « Du principe de la séparation au principe de dualité », *op.cit.*, pp. 27 ; p. 36.

¹⁸¹B. Kanté, *Unité de juridiction et droit administratif*, *op.cit.*, p. 125 et s.; J. M. Nzouankeu : « Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais », *R.I.P.A.S.* n° 9, 1984, p. 1 et s.; A. B. Fall : *La responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique au Sénégal : essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique noire francophone*, Thèse, *op. cit.*, p. 229 ; M. Ngaïde : « La notion de matière administrative au Sénégal : évolution de la jurisprudence », *Revue sénégalaise de droit pénal*, 1997-1998, n° 5-6-7-8, p. 165 et s.

¹⁸²Nd. M. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse, *op. cit.*, p. 193 et s.

¹⁸³D. Sy, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 150-157.

¹⁸⁴V. Ch. Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Contribution à l'étude de l'instance*, Thèse, 1960, p. 5.

¹⁸⁵CEDH, 27 septembre 1995, Procola c / Luxembourg, *Dalloz*, 1996, p. 301.

¹⁸⁶Article 9 de l'AUA.

¹⁸⁷Art. 5 de l'AUA.

¹⁸⁸Article 13 de l'AUA.

personnes morales de droit public peuvent-elles se soustraire aux règles du droit administratif ? En d'autres termes, le fond suit-il ici la compétence ?

Les réponses fournies par le législateur OHADA ne sont pas d'une clarté certaine. D'une part, les « arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou à défaut » agir en « aimable compositeur »¹⁸⁹ c'est-à-dire, en équité¹⁹⁰. La norme applicable au litige n'est pas forcément d'origine étatique en raison du consensualisme qui permet aux parties d'en déterminer le contenu librement. Elle peut être de droit public comme de droit privé suivant les dispositions de l'AUA. D'autre part, aux termes de l'article 25 de l'AUA, le recours en annulation contre l'acte arbitral est du ressort « du juge compétent dans l'Etat Partie » ; la décision qu'il rend « n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de Justice et d'Arbitrage ». Le droit et le juge administratifs sont donc dévoyés par le schéma arbitral.

Le droit positif français est plus protecteur des prérogatives de puissance publique. Pour le Tribunal des Conflits, l'arbitrage « n'a ni pour objet, ni pour effet de modifier la nature des litiges, qui demeurent ce qu'ils sont et ne cessent pas d'être régis par les règles juridiques qui leur sont applicables »¹⁹¹. Le tribunal arbitral n'est pas une troisième catégorie de juridiction. La doctrine signale qu'en cas d'arbitrage, « le fond du droit applicable tout comme l'exercice des voies de recours demeurent dans la sphère du droit public »¹⁹². Ainsi, quand une « sentence est rendue dans le cadre d'un litige administratif au vu des règles administratives, le juge la considère rendue par une juridiction administrative spéciale »¹⁹³. Les recours contre la sentence arbitrale devront être exercés en fonction du dualisme juridictionnel, selon que le litige qui a provoqué l'arbitrage relevait du juge judiciaire ou administratif. Dans ce dernier cas, explique un ancien membre du Palais Royal, « le Conseil d'Etat est compétent pour connaître d'un recours contre une sentence arbitrale : comme juge d'appel si cette voie est ouverte et que les parties n'y aient pas renoncé, comme juge de cassation dans les autres hypothèses »¹⁹⁴. La hiérarchie juridictionnelle administrative conserve ses blocs de compétences.

Il est vrai que la question du juge compétent pour connaître des recours en annulation contre la sentence arbitrale se pose, dans des proportions moindres, dans le système sénégalais de l'unité de juridictions. Nous avons cependant souligné, plus haut, que l'autonomie du droit administratif y est toutefois maintenue. L'interrogation n'est pas superflue surtout dans les Etats parties au Traité de l'OHADA ayant opté pour un système de dualité de juridictions¹⁹⁵.

Au demeurant, l'arbitrage est une dérogation aux règles de compétence par voie conventionnelle¹⁹⁶. Le juge devant statuer normalement sur les litiges entre personnes publiques et les particuliers est contourné. Il est « extirpé » du droit processuel arbitral. L'enjeu pour les arbitres est de vider le litige alors que la mission du juge administratif est, a

¹⁸⁹ Article 15.

¹⁹⁰ P. Meyer « Commentaire de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'Arbitrage » in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op.cit. pp. 165-167.

¹⁹¹ TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, RFDA, 2007, p. 285.

¹⁹² D. Labetoulle, « Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, op.cit., p. 674 ; G. Vedel, « Rapport au congrès international de l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 1961, p. 123.

¹⁹³ E. Langelier, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, op.cit., p. 606.

¹⁹⁴ D. Labetoulle, « Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, op.cit., 675.

¹⁹⁵ On peut donner les exemples du Gabon, du Mali, du Burkina, etc. V. P. M. Sy, « Entre l'unité et la dualité de juridictions : L'Afrique noire francophone à la quête d'un modèle d'organisation de la justice administrative », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, pp. 296-319.

¹⁹⁶ L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, AJDA 20 janvier 1997, p. 7.

priori, de « dire le droit »¹⁹⁷. C'est pour échapper à la solennité des règles du contentieux administratif classique que la justice arbitrale, mode alternatif de règlement des différends, est valorisée par les promoteurs du droit OHADA. Ceux-ci étant animés d'une volonté certaine d'attirer les investisseurs en sécurisant les créances qu'ils possèdent vis-à-vis de la puissance publique¹⁹⁸. Les personnes publiques éprouvent aussi le besoin d'intervenir dans le domaine économique sans se munir des règles exorbitantes du droit administratif et, le cas échéant, se soumettent à l'arbitrage. L'État est bien un « justiciable de droit commun dans le traité de l'OHADA »¹⁹⁹. L'intervention des collectivités publiques dans le domaine économique fait d'elles des sujets du droit des affaires au même titre que les entreprises privées. Pour autant, la renonciation par la personne publique à son privilège de juridiction ne lui fait pas perdre son immunité d'exécution.

Conclusion

Le système romano-germanique dans lequel prévaut la conception moniste de la diffusion du droit²⁰⁰ « *a horreur du pluriel* »²⁰¹ entendu au sens de diversification des espaces de production de la norme²⁰². L'intégration juridique affecte l'unilatéralité du droit public, les privilèges et les sujétions administratifs. Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet des normes communautaires le prouve parfaitement. Deux facteurs ont contribué au rejet des règles dérogatoires du droit administratif dans les droits OHADA et UEMOA.

Le premier est lié au critère matériel d'application du droit communautaire à la puissance publique. L'objet de l'activité détermine le droit applicable. Les collectivités publiques et les personnes privées, intervenant dans le marché, sont astreintes au respect des mêmes règles juridiques. Quel que soit le statut de la puissance publique, le droit communautaire s'applique dès qu'elle s'adonne à des activités économiques. La prédominance du critère matériel d'application du droit communautaire est toutefois limitée. Ainsi, la nature « publique » de certains opérateurs économiques (EPIC, société nationale, société anonyme à participation publique majoritaire) justifie l'immunité d'exécution que les textes communautaires leur confèrent.

Le second facteur d'amenuisement de l'exorbitance du droit administratif sénégalais est une conséquence du critère fonctionnel évoqué plus haut. Du fait de la prépondérance du critère matériel, l'application proprement dite des normes communautaires réduit progressivement le champ d'application du droit administratif. Il y a, en effet, une expansion du droit communautaire dans des secteurs réglementés traditionnellement de façon unilatérale par le droit administratif national. Les services publics demeurent encadrés, avec des dérogations, par les règles concurrentielles tandis que le droit des contrats administratifs subit l'influence des modèles de droit privé. Dans ces conditions, il est logique que les litiges engendrés par l'action administrative puissent être connus par une justice de célérité basée sur des modes

¹⁹⁷F. Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, janvier-février 1996, p. 86.

¹⁹⁸ P. T. Fall, « Normes communautaires et sécurité juridique », *Nouvelles Annales africaines*, n° 1, 2007, pp. 199-230.

¹⁹⁹C. A. Aquereburu, « L'Etat justiciable de droit commun dans le Traité de l'OHADA », *op.cit.*, p. 48.

²⁰⁰E. Millard, *Théorie générale de droit*, Dalloz, 2006, pp. 71-75.

²⁰¹M. D.- Marty, « Le processus de mondialisation du droit », *Le droit saisi par la mondialisation*, Ch. A. Morand (dir.), Ed. Bruylant, 2001, pp. 64-65.

²⁰²J.-C. Gautron et M. R.-Baville : *Droit public du Sénégal*, Paris, Pedone, 2^{ème} éd., 1977, p. 8 et s. ; E. Millard, *Théorie générale de droit*, *op.cit.*, pp. 71-75.

alternatifs de règlement des différends. L'office du juge du contentieux administratif de pleine juridiction est alors contourné par le procédé de l'arbitrage.

Au demeurant, le vent du droit communautaire qui souffle n'a pas laissé indemnes le printemps et la splendeur du droit administratif. Pourtant, le crépuscule et la décadence du droit administratif n'équivalent pas forcément à une disparition du régime exorbitant. Les normes communautaires reconnaissent au contraire les spécificités de l'action administrative. Elles permettent un renouvellement des concepts et théories du droit administratif. Ainsi, le « *service universel* » (ou « *service d'intérêt économique général* ») consacré dans la législation UEMOA, se substitue progressivement au service public classique. Il est possible de se demander si ce n'est pas le droit administratif, loin d'un déclin aussi annoncé, qui s'adapte aux transformations de l'Etat. La cohabitation entre droit communautaire et droit administratif semble être inéluctable. Elle est facilitée ou imposée par la constitutionnalisation des différentes matières juridiques²⁰³ et du droit administratif en particulier²⁰⁴. C'est sans doute par des « *habits neufs* »²⁰⁵ que le droit administratif sénégalais pourra s'adapter face au mouvement de modernisation des administrations publiques.

²⁰³L. Favoreu indique que la constitutionnalisation du droit entraîne une unité de l'ordre juridique et relativise la distinction droit public-droit privé ; "La constitutionnalisation du droit" in *Mélanges en hommage à Roland Drago : l'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 39.

²⁰⁴L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit administratif » in *Mélanges Epaminondas Spiliotopoulos, op. cit.*, pp. 97-113.

²⁰⁵J. Lessi et L. D. de Lamothe, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA* 2014, p. 2180.