

Le juge de l'administration et la régulation des marchés publics au Sénégal

Introduction

La dynamique d'intégration économique en Afrique s'est résolument inscrite dans une perspective de promotion, par le droit, d'une économie de marché à l'échelle sous régionale. En effet, l'économie de marché n'a jamais signifié l'absence de droit, même dans la conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie¹. Elle est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences². C'est pourquoi, l'UEMOA a entrepris un programme régional de réforme visant à instaurer dans le domaine spécifique de la passation des marchés publics, des pratiques de bonne gouvernance économique permettant aux États membres d'assurer l'efficience³ de la dépense publique. Dans ce cadre, des textes communautaires spécifiques au droit des marchés publics ont été adoptés : la directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et délégation de service public.

En application de ces directives, le Sénégal, en tant qu'État membre de l'UEMOA, s'est doté d'une nouvelle législation prévoyant des réformes institutionnelles, de nouveaux modes d'action et de régulation destinés à promouvoir la transparence du processus de passation et l'exercice du contrôle juridictionnel des marchés publics.

Désormais, les exigences de performances et d'efficacité vont constituer le substrat d'un nouveau standard de bonne administration. Avec elles, le respect du droit et la régularité procédurale n'offrent plus à l'administration « une méthode pour se présenter comme un monde à part⁴ », dont le fonctionnement ne serait pas « caractérisé par le souci de performance⁵ ».

A travers ses références à l'efficience et à la performance qui demeurent *a priori* étrangères au

¹. Dans les thèses de Hayek, le droit est le garant de l'absence d'interférence des pouvoirs dans l'exercice individuel des libertés. En cela, certes sous forme négative, le droit demeure nécessaire V. F Hayek, Droit, législation et liberté, 3t, rééd. PUF, coll « Quadrige », 1995, spéc. 4 premier tome, Règles et ordre.

². Descoings Richard, « la nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation » in Frison-Roche Marie Anne, *les régulations : légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 2004, p. 09

³. L'efficience consiste à atteindre des objectifs économiques avec peu de dépenses réalisées. C'est aujourd'hui un des principes au regard duquel on apprécie le fonctionnement des administrations publiques.

⁴. Caillosse Jacques, « le droit administratif contre la performance publique ? » *AJDA*, n° 3, 20 mars 1999, p 197.

⁵. Ibidem

langage ordinaire du droit et des juristes⁶, le droit des marchés publics repose sur une nouvelle axiologie⁷ qui « doit sa promotion et sa fortune aux logiques managériales, aussi qu'aux activités de communication des entreprises »⁸. Dès lors, deux modèles normatifs différents vont sous-tendre l'activité des acheteurs : la rationalité juridique porteuse d'un impératif de régularité des conduites et du respect des règles en matière de passation, et la rationalité managériale porteuse d'un impératif d'efficacité socio-économique.

Le droit devient alors la boussole des marchés publics et, le droit des marchés publics apparaît dès lors comme un droit dont la légitimité dépend de la preuve de l'accompagnement de performances escomptées⁹. La réforme du système des marchés publics décidée par la Commission de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), qui a conduit à l'adoption des directives n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service publics et n°05/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, a été donc une opportunité pour le Sénégal et la Côte d'Ivoire¹⁰ d'ajuster leur réglementation en érigeant la fonction régulation en un nouveau pan de l'action publique.

Au regard de ces considérations et, en application de la directive de l'UEMOA du 09 décembre 2005¹¹, des pays de ladite organisation ont été amenés à créer des organismes de régulation des marchés publics.

Le Sénégal, en ce qui le concerne, s'est doté d'une autorité de régulation des marchés publics¹², laquelle constitue la principale nouveauté du code des marchés publics de 2007¹³. Cette autorité de régulation des marchés publics est une autorité administrative indépendante, différente des administrations classiques qui reposent sur le lien de la hiérarchie. Ce type d'organisme ainsi qualifié se développe de plus en plus dans les économies et, est souvent perçu comme des manifestations de la régulation juridique¹⁴.

L'autorité de régulation des marchés publics comporte, en son sein, un comité de règlement de

⁶. Ibidem,

⁷Chevallier Jacques, « La juridisation des concepts managériaux », in *Revue politique et management public*, vol 11, n° 04, dec. 1999 pp : 111-134.

⁸ Cantillon Guillaume, « L'achat public, un outil au service de l'Etat régulateur », in *RFAP*, 2010 /2 n° 134, p.341

⁹. Ibidem, p. 342

¹⁰. La Côte d'Ivoire s'est alignée sur les exigences de l'UEMOA par l'édition du décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant nouveau Code des marchés publics et du décret n°2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP).

¹¹Directive n° 05/CM /UEMOA de 2005 du 09 décembre 2005.

¹². Décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics, 02 juin 2007 p. 2938 et S

¹³. Gueye Babacar, en phase avec les directives de l'UEMOA, un revue des marchés publics n° 05 novembre 2011, p 24

¹⁴. N Decoopman , « A propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », J. CLAM, G. MARTIN (dir), *Les transformation de la régulation juridique*, LGDJ, « Droit et société, Recherches et travaux », vol 5, 1998, p.249 ?

différends¹⁵, notamment ceux surgissant à l'occasion de la passation des marchés publics. Ainsi, les soumissionnaires qui s'estiment lésés du fait de la non prise en compte du droit des marchés publics dans ses dispositions procédurales, peuvent adresser leur requête au comité de règlement qui joue un rôle para juridictionnel.

Cependant, l'autorité de régulation des marchés publics reste tout de même une autorité administrative, certes, détachée de la tutelle hiérarchique mais qui ne reste pas moins attachée au placenta administratif de l'État.

C'est pourquoi, le contrôle juridictionnel de ses décisions par le juge de l'administration s'impose. Il apparaît comme une garantie du respect des droits des soumissionnaires injustement évincés. Le régulateur n'étant pas une autorité judiciaire, ses décisions doivent être évaluées par les tribunaux¹⁶. La cour suprême, par son contrôle, est amenée à s'intéresser au domaine économique et s'y mouvoir, et par conséquent, à réguler le régulateur.

Le juge de l'administration est défini, du point de vue organique, comme l'institution qui dans l'architecture institutionnelle judiciaire, est chargée de juger les litiges opposant l'administration aux administrés ; du point de vue matériel, il est le juge qui, comme nous l'avons dit plus haut, a vocation à trancher les contentieux administratifs conformément au droit administratif, droit de l'administration et dérogatoire au droit commun¹⁷. Cependant, le juge civil est considéré comme juge de l'administration dans des circonstances particulières où il est amené à trancher des conflits l'administration aux administrés. Dans cette réflexion, nous ne nous intéresserons à l'office du juge civil, mais plutôt à celui du juge naturel de l'administration.

Au Sénégal, du fait de l'unité de juridiction¹⁸ à la base et dualité de contentieux, il existe deux types de juges de l'administration aux compétences différentes : il s'agit du tribunal de grande instance¹⁹ et de la Cour suprême.

Le tribunal de grande instance est considéré comme le juge de droit commun pour l'ensemble des contentieux. De ce fait, il intervient dans tous les contentieux, y compris le contentieux administratif, mais précisément, dans le cadre du plein contentieux encore appelé contentieux des droits et dans le cadre duquel le requérant demande au juge de condamner l'administration à réparer

¹⁵. L'article 18 du décret n° 2007-546 dispose que « le CRD, structure placée, auprès de l'ARMP est chargé du traitement des litiges. »

¹⁶. Coulibaly Adama, *Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali*, Thèse, Dakar, dec. 2013, p. 218. Voir Autin, Jean Louis, « du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP* 1988, p. 1213

¹⁷ Tribunal des Conflits, 13 février 1873, Blanco

¹⁸. ; Kanté Babacar, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse, Université d'Orléans, juillet 1983, p.2. Voir également Alioune Badara 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 1, janvier 1994, p. 243 ; Voir enfin F. P. Benoit, *le droit administratif français*, Dalloz, Paris 1968, p 321

¹⁹ La loi n° 2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi 84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire remplace l'expression tribunal régional par celle de tribunal de grande instance.

le fait dommageable.

Par contre la Cour suprême, conformément à la loi n° 2008-75 du 08 août 2008 peut contrôler la régularité formelle ainsi que la validité juridique des actes unilatéraux pris par l'administration²⁰. Concrètement, il peut être saisi dans le cadre d'un contrôle dénommé recours pour excès de pouvoir, de recours destinés à l'annulation d'une décision administrative. Elle est également compétente pour examiner, en cassation, les décisions rendues par les juges du fond en matière administrative. C'est le lieu de souligner, toutefois, que le contentieux de la réparation ne rentre pas dans notre champ d'analyse et d'investigation. Par conséquent, la réflexion sera essentiellement articulée autour de l'office de juge de l'excès de pouvoir dans le cadre de la régulation des marchés publics en Afrique francophone, en particulier, au Sénégal. Ce qui, vraisemblablement, nous invite à examiner le pouvoir du juge dans le contentieux de la commande publique²¹, de la passation des marchés publics.

Cependant, la définition juridique de la régulation n'a pas été du tout repos²² en ce sens qu'il s'agit d'un concept utilisé dans plusieurs disciplines. Les libéraux y voient un moyen de réduire le rôle de l'État dans l'économie, les socio-démocrates, un moyen moderne d'intervention publique sur les flux économiques dans un contexte de forte libéralisation²³. Entendue à la lumière de cette discipline, le terme régulation se concentre alors sur l'idée de régulation économique²⁴, tant en doctrine universitaire²⁵ qu'en doctrine institutionnelle²⁶. Le terme de régulation devient dans cette optique très étroitement lié à l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement sous monopoles, dans la mesure où les textes de transposition des directives communautaires ont institué pour la première fois des « autorités de régulation²⁷ ».

La régulation est entendue en droit comme une « fonction tendant à réaliser certains équilibres entre

²⁰ Voir CE du Sénégal, 23 janvier 1996, Souleymane Badiane, Bulletin des arrêts du CE

²¹ La commande publique est une notion « *globalisante* ». Elle renvoie littéralement à un ordre de l'administration par lequel il est, entre autres, demandé à un fournisseur la livraison d'une marchandise ou l'exécution d'un service. L'expression « commande publique » a été employée pour la première fois dans une acception juridique à l'article 1^{er} du Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001. Voir sur cette question, Jean-Matthieu Glatt, « La catégorisation des contrats de commande publique : source d'insécurité juridique », note sous CJCE, 10 septembre 2009, Eurawasser, in *Les petites affiches*, 11 février 2010, p. 3 et s., spéc. p. 12. V. Grégory Kalfleche, Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, Thèse, Paris II, 2004, p. 25

²² Il y a autant de définition de la régulation qu'il existe de manuels d'institutions administratives de droit administratif ou de droit public économique : voir à ce sujet Adde Nicinski, S, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien 2010, 2^e ed, pp 11-12 ; Vedel Georges, « le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigueux*, 1981. - t. 2, pp. 767-783

²³ Braconnier Stéphane, « la régulation des services publics », *RFDA*, janvier-février 2001, p. 44

²⁴ Marcou Gérard, « Régulation, service publics et intégration européenne en France », in Gérard Marcou, Frank Moderne (dir), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 1, L'Harmattan, logiques juridiques, 2005, p.29

²⁵ Voir, par de nombreux autres exemples Frison-Roche M.A, « Le droit de la régulation », Pierre Delvolvé, « le Conseil d'Etat régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in juger l'administration, administrer la justice, *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris Dalloz, 2007, p. 260.

²⁶ EDCE (études et documents du conseil d'Etat), Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public, n° 50, Paris, La documentation Française, 1999, pp. 328-332 ; Adde EDCE, les autorités administratives indépendantes.

²⁷ Directive n° 05/2005 de l'UEMOA portant sur le contrôle et la régulation des marchés publics.

concurrence et d'autres impératifs d'intérêt général, à veiller à des équilibres que le marché ne peut pas produire à lui seul »²⁸. Elle suppose donc « que l'on se trouve dans le cadre d'une économie concurrentielle, mais qu'il soit fait place, à côté de la concurrence, à des préoccupations sociales, environnementales ou autres, qui dessinent les contours d'un optimum qu'il s'agit d'atteindre, optimum dont la définition même et la réalisation relèvent par essence du politique c'est-à-dire de la vie de la cité comme communauté politique ». Dans ce cadre, il faut bien sûr distinguer la régulation par le droit et le « droit de la régulation ». Il existe en effet, dans la régulation, une spécificité de la régulation juridique, « caractérisée par l'apparition de certaines règles de conduites dotées d'une puissance normative particulière. (...). Par rapport aux autres modes de régulation sociale (...), le fait du droit dans le dispositif de régulation des comportements peut être plus ou moins étendu. A ce titre, le droit est un outil de la régulation. On peut aussi considérer qu'il existe une régulation par le code des marchés publics des pratiques d'achat des personnes publiques.

Le concept de « droit de la régulation » serait quant à lui utilisé « pour synthétiser les aspects nouveaux que prendrait le droit dans les sociétés contemporaines confrontées à des problèmes radicalement nombreux, compte tenu notamment de la crise de l'État providence et du défi de la globalisation²⁹ ». Il serait « un certain type de droit³⁰ » n'ayant plus guère à voir avec le « droit réglementaire » classique ; succédant au droit « abstrait général et désincarné », « droit jupiterien³¹ » exprimant la transcendance étatique, il serait caractérisé « par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés, qu'il prétend régir³² ». Il s'agit d'un droit conçu comme un nouveau paradigme de la production juridique³³.

Ainsi, la notion de régulation est appréhendée comme une manifestation d'un nouveau type de normativité juridique³⁴. Une telle conception de la régulation a été reprise dans le champ de droit économique : le professeur Gérard FARJAT considère aussi la régulation comme le concept caractéristique des évolutions du droit vers un droit empirique, téléologique³⁵. Cette position a par la suite été confirmée par le professeur Laurence BOY, pour qui toutes les autres conceptions de la

²⁸ Lombard Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, n°10, 14 mars 2005, p. 531.

²⁹ Chevallier Jacques, « La régulation en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p.833.

³⁰ *Ibid*, p. 832

³¹ Timsit Gérard, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *op cit*, p. 377

³² Ost François, « Le rôle du droit de la vérité négociée », in Gerard Timsit, Alain Claissé et Nicole Belloubet-Frier (dir), *Les administrations qui changent*, Paris, PUF, 1996, p. 73 et S

³³ Diouf Abdoul Aziz, *Essai sur le régime juridique des normes de domaine*, Thèse, Université d'Orléans, Juillet, 2010, p. 338

³⁴ Timsit Gérard, « Les deux corps de droit. Essai sur la notion de régulation » *op cit*, p. 378

³⁵ Farjat G.érard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, « les voies du droit » 2004, pp. 109-116.

régulation sont datées³⁶. Cet auteur considère dès lors la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État du marché³⁷, caractérisée par le dialogue et la souplesse³⁸.

L'acte de régulation se présente alors comme un acte d'un type totalement nouveau qui « semble être défini comme une invitation adressée à des destinataires, publics ou privés, en vue de l'adoption d'un modèle de comportement défini par son auteur qui ne lie juridiquement aucun de ses participants ». Ainsi, la régulation est pour ces auteurs une normativité nouvelle dans le champ de droit administratif³⁹.

S'agissant des marchés publics, il convient de signaler qu'ils constituent, conformément à l'article 5 du code des obligations de l'administration⁴⁰, des contrats administratifs. Au sens de l'article 2 du décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011⁴¹ portant code des marchés publics, ils constituent alors une convention écrite conclue par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fourniture ou de services⁴².

La notion de marché public⁴³ paraît ainsi reposer, conformément aux prescriptions communautaires⁴⁴, sur un double fondement. Le premier est organique et s'articule autour des contractants auxquels s'applique le droit des marchés publics et se définit à partir des caractéristiques et l'objet des contrats soumis au droit des marchés publics⁴⁵.

Cependant, la régulation des marchés publics par le juge de l'administration, objet d'analyse, dans cette réflexion, nous impose un choix en raison du caractère vaste du contentieux des marchés publics.

Il sera alors question d'examiner la régulation dans le cadre du contentieux de la passation, abstraction faite du contentieux de l'exécution des marchés publics, contentieux dans le cadre duquel il y a très peu de recours.

La réflexion sur les pouvoirs régulateurs des marchés publics par le juge administratif revêt une importance tant du point de vue du droit substantiel que de méthodes et techniques utilisées pour produire ce droit qui, aujourd'hui, est le reflet de la modernité juridique. En effet, le juge doit

³⁶ Boy Laurence, « Régulation et sécurité juridique » in Laurence Boy, Jean-Baptiste Raume, F Sirriainen (coords), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 335-338.

³⁷ Ibidem

³⁸ Ibidem pp. 334-345 et p. 348. Dans le même sens V Mohamed Saleh M « les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ? », in Gérard Farjat (dir), *philosophie du droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, edit, Frison-Roche, 1999, p. 264 et S

³⁹ Rambau Romain, *L'institution juridique de régulation Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Harmattan, Paris, 2012, p. 27

⁴⁰ Le COA est un document élaboré au début des indépendances et qui codifie une bonne partie de la jurisprudence française. A cet égard, il comporte des dispositions encadrant les procédures de conclusion des contrats administratifs

⁴¹ Ce dernier a abrogé et remplacé le décret 2007-546 de 2007

⁴² Cette définition reprend pratiquement celle qui est issue de l'art 1 du code des marchés publics française de 2006

⁴³ Il convient de faire la différence entre marchés publics convention de service public et accord de partenariat.

⁴⁴ Directive n° 04/2005 de l'UEMOA portant passation des marchés publics, op. cit

⁴⁵ Braconnier Stéphane, *Précis du droit des marchés publics*, edit le Moncteur 2012, p. 65

adopter ses techniques, méthodes et sa jurisprudence à l'évolution de l'environnement économique. Par le contrôle et la régulation des marchés publics, le juge prend part à des questions d'enjeu économique et financier important si bien que l'on se pose la question de savoir s'il est véritablement outillé pour trancher le contentieux économique.

Plus précisément, il s'agit de savoir comment le juge sénégalais de l'administration procède à la régulation des marchés publics, notamment, dans le cadre du contrôle juridictionnel des décisions du Comité de règlement des différends de l'ARMP. Par ce contrôle, le juge de l'administration, montre qu'il est aujourd'hui autant qu'hier, déterminé à faire valoir une régulation par le droit, à restituer à la loi toute son autorité et sa dignité. Ce faisant, il apparaît comme un juge protecteur des libertés et, en l'espèce, des libertés économiques. Il montre aussi sa capacité à faire évoluer la pensée juridique, que le droit et l'économie ne sont pas des disciplines hermétiquement fermées l'une à l'autre, mais peuvent s'inscrire dans une relation de complémentarité bénéfique à la fois à la science juridique et à la théorie économique.

En réalité, en intervenant dans le processus de régulation des marchés publics, le juge de l'administration témoigne de sa capacité à réguler le jeu économique par le droit. Et l'on parle de régulation judiciaire par le droit. Par contre, lorsque le juge et, c'est souvent le cas, recherche les règles adaptées aux réalités et pratiques du marché, exerce une tâche qui peut le conduire à la construction d'un droit de finalité, un droit empirique. Dès lors, la régulation est un moyen pour le juge de veiller au respect des règles qui gouvernent le processus de passation des marchés (Première Partie), mais aussi elle est révélatrice de la rénovation de l'office du juge de l'administration (Deuxième Partie).

I/ Le juge de l'administration et le processus de régulation des marchés publics

L'Autorité de régulations des marchés publics qui dispose, par l'intermédiaire de son Comité de règlement des différends (CRD), de la possibilité de sanctionner les soumissionnaires et de régler des litiges, agit en droit et doit mener son action tout en respectant et faisant respecter des garanties procédurales qui s'imposent. Dès lors, elle devient une quasi-juridiction. Or, il est incontestable que la plénitude des pouvoirs juridictionnels relève du juge et que l'octroi de ce pouvoir dans ce domaine à un régulateur ressort de l'exception⁴⁶. Par conséquent, les pouvoirs ainsi attribués à un régulateur sont toujours strictement limités par des textes législatifs, et à chaque fois qu'un texte ne lui donne expressément le pouvoir d'intervenir dans le champ de l'action juridictionnelle, seul le juge peut sanctionner le comportement dénoncé ou régler le litige en cause⁴⁷. Ainsi, l'on constate un contrôle par le juge de l'administration des actes de régulation au regard des règles du procès équitable⁴⁸ (A) mais aussi le rappel par l'autorité judiciaire des critères d'attribution du marché (B).

A) Le contrôle par le juge de l'administration des actes de régulation au regard des règles du procès équitable

L'Autorité de régulation des marchés publics⁴⁹ (ARMP), malgré ses pouvoirs quasi-juridictionnels⁵⁰, demeure une autorité administrative dont les décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge de l'administration, en particulier, la Cour suprême⁵¹. En effet, le régulateur est responsable devant le juge et, aucune de ses décisions ne peut se targuer d'impunité⁵². C'est dans ce cadre qu'est prévu le recours des soumissionnaires évincés⁵³ dans le but de permettre la sanction, par le juge, des atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant que le marché ne soit signé. Le juge de l'administration effectue ainsi un contrôle de conformité légale des décisions de l'ARMP, contrôle dans le cadre duquel il vérifie le respect de règles de concurrence prévues par le code des marchés. Ce faisant, le juge intègre le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative (1).

Par ailleurs, la cour suprême, en tant que juge de la légalité, s'attache à vérifier la régularité

⁴⁶ Dupuis-Toubol Frédérique, « Le juge en complémentarité du régulateur », in Marie Frison-Roche (dir), op. cit, pp.133-138.

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ L'équité du procès, c'est une équité objective, dotée d'une valeur générale qui seule peut rassurer sur le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice. Son respect est un gage de sécurité pour le justiciable et participe de la consolidation de l'Etat de droit.

⁴⁹ Cette Autorité est le fruit des transformations juridiques et institutionnelles induites par les directives n° 04 et 05 du 09 décembre 2005 qui ont imposé un certain nombre d'obligations dans des domaines jusqu'alors peu réglementés.

⁵⁰ Les pouvoirs quasi-juridictionnels renvoient à ceux dont dispose le CRD dans le cadre de la résolution des litiges relatifs à l'application du droit des marchés publics au Sénégal.

⁵¹ Le juge administratif est « le juge naturel des autorités administratives indépendantes », Conclusions de J-D Combreville sur CE, Ass, 03 décembre 1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tres bœuf, *RFDA*, 2000, p.581.

⁵² Marimbert Jean, « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », in Marie Anne Frison-Roche, op. cit. pp.179-183.

⁵³ Ibidem

formelle des procédures de passation des marchés publics (2).

1) L'intégration du droit de la concurrence au bloc de la légalité administrative

L'ordre juridique interne est imprégné de règles de la concurrence d'origine communautaire que des autorités spécialisées comme l'ARMP doivent respecter et dont le juge national contrôle l'application à double titre : en tant que « juge communautaire de droit commun » tout d'abord, en tant qu'autorité de contrôle des dispositions internes largement issues du droit communautaire ensuite. Il en est ainsi du contrôle de l'application de la concurrence relativement à la procédure de passation des marchés publics. L'article 24 du COA comme les directives⁵⁴ de l'UEMOA prévoient l'obligation pour l'autorité contractante d'assurer la publicité de l'offre et de la mise en concurrence des soumissionnaires.

Dès lors, le respect de la mise en concurrence des candidats devient une condition de validité de la procédure de passation des marchés publics. La Cour suprême, en contrôlant la légalité des décisions de l'autorité contractante au regard de l'exigence de mise en concurrence, intègre le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative.

Les arrêts Sarre-CONS c/ ARMP⁵⁵ et Etat du Sénégal c/ Société Africaine Audit⁵⁶ ont marqué le début d'une évolution jurisprudentielle permettant l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité et tendant à mettre à la charge des personnes publiques une obligation de respect de la neutralité, voire de la mise en œuvre de la libre concurrence.

Dans cette affaire, le juge de l'excès de pouvoir considère que, en application des dispositions de l'article 24 et 3 nouveau du code des obligations de l'administration, l'autorité contractante ne peut violer les règles de concurrence et de libre accès aux marchés publics en insérant dans les dossiers d'appel d'offres (DAO) une clause relative à l'autorisation du constructeur à fournir par les candidats au marché de véhicules neufs.

Dans la seconde affaire, le juge rappelle avec insistance la nécessité pour l'administration de respecter l'obligation de mise en concurrence des candidats dans les procédures de passation des marchés publics. L'on voit, à travers ces rappels et précisions jurisprudentiels, que le juge veut soumettre l'administration au respect des règles qui régissent l'exercice de ses pouvoirs, contenir les privilèges dans les limites que leur assigne la règle de droit et de permettre aux candidats d'obtenir l'annulation d'actes détachables⁵⁷, pris dans le cadre de la passation des marchés publics. Il s'agit d'un contrôle dans le cadre duquel, la cour suprême peut assurer, conformément au droit des

⁵⁴ Directive n° 04/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 et celle du n°05 de la même année

⁵⁵ CS, 22/08/2013, Société SARRE-CONS c/ ARMP Bulletin des arrêts de la Cour suprême du Sénégal 2013

⁵⁶ CE, 25 avril 2006 Etat du Sénégal c/ Société Africaine Audit

⁵⁷ Il s'agit d'actes périphériques pris dans la phase préparatoire du contrat et qui, autrefois, ne faisaient pas l'objet de contrôle au nom de la théorie de l'incorporation. Selon cette théorie, l'acte était un élément du contrat que le juge de l'excès de pouvoir ne peut pas annuler pour des raisons tenant au fait que celui-ci est un acte bilatéral, fruit de la volonté des parties.

marchés publics, la régulation d'un secteur où les enjeux économiques et financiers sont importants. A cet effet, elle précise les règles du jeu et détermine aussi les comportements des différents acteurs. Ce faisant, l'office du juge comporte deux vertus essentielles : premièrement, il s'agit de créer un climat de confiance entre les acteurs et, deuxièmement, le renforcement de la légitimité du juge de la cour suprême qui, sans parti pris, exerce son rôle départiteur tout en ayant comme boussole le droit des marchés publics.

La commande publique se doit de respecter tout d'abord la liberté d'accès qui consiste à permettre à toutes les personnes remplissant les conditions nécessaires pour se porter candidates à un marché public. Dès lors, toute discrimination injustifiée dans le choix des candidats doit être sanctionnée. Cette liberté d'accès des offreurs correspond, en réalité, à l'application particulière de la liberté de concurrence dans le cadre des marchés publics. L'acheteur public devient, par conséquent, débiteur d'une obligation de respecter l'effectivité de la concurrence dont la promotion apparaît comme un moyen de faire respecter la légalité dans le traitement des candidatures, bref le principe d'égalité qui, pourtant, est un principe constitutionnel.

C'est la démarche du professeur Linotte qui estime effectivement que le principe de concurrence a valeur constitutionnelle puisqu'il « n'est rien d'autre qu'un avatar de la combinaison des principes de liberté et d'égalité tous deux reconnus et appliqués aux entreprises par le Conseil constitutionnel »⁵⁸. On peut considérer que les procédés de mise en concurrence ont pour objet d'assortir de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique⁵⁹. L'on voit dans cette configuration que la notion de concurrence irrigue le raisonnement du juge administratif et devient un élément d'appréciation de la légalité des actes de l'administration.

Cette évolution remarquable que l'on doit mettre au crédit du législateur communautaire et de la reconfiguration de l'action publique a singulièrement marqué le contentieux administratif français d'abord, et, ensuite celui du Sénégal. Entre le juge de l'administration et l'économie⁶⁰, la frontière n'a jamais été étanche. Le juge a toujours opéré un travail discret d'annexion des activités économiques, comme le soulignait déjà le doyen Maurice Hauriou dans les années vingt⁶¹.

La jurisprudence *Sté Million et Marais* est apparue comme une illustration des propos du doyen Maurice Hauriou en ce sens qu'elle fait application des règles de concurrence aux procédures de passation des marchés publics. Jacques-Henry Stahl a bien mis en lumière cette idée dans ses conclusions : « *nous souhaitons que vous puissiez continuer de jouer votre rôle dans l'élaboration*

⁵⁸ Linotte Didier., « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence » ?, *AJDA*, 2005, p.1549.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Bréchon-Moulenes Christine, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p.679.

⁶¹ Hauriou Maurice, commentaire sous CE 05 novembre 1926, Trilleret Delpin, la jurisprudence administrative, tome 1.

du droit des services publics. Les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marchés, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons nous, à repenser les relations du service public et de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre choix. Pour cela, encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre conception traditionnelle du service public, centrée sur l'utilisateur, une autre dimension, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence »⁶². Ainsi, le champ d'application rationae personae du principe de concurrence est très vaste. C'est donc tout le champ organique du service public qui est aujourd'hui couvert⁶³. Les contrats par exemple sont attirés dans le champ d'application du principe de concurrence : marchés publics, naturellement, mais aussi délégations de service public⁶⁴. Par conséquent, l'économie est devenue le « patrimoine juridique commun » de tous les juges⁶⁵, y compris du juge administratif qui apparaît, de prime abord, peu concerné par ce domaine modelé par les relations privées⁶⁶. En effet, la promotion du libéralisme économique s'est parallèlement accompagnée de l'accroissement considérable des voies de droit destinées à assurer le respect des principes du libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures⁶⁷. Dans cette nouvelle donne, le juge de l'administration, au Sénégal comme en France, voit son domaine de compétence s'étendre à des questions⁶⁸ qui jadis, relèvent de la compétence du juge de droit commun. D'ailleurs, le Conseil d'Etat français, pour sa part, a aujourd'hui considéré que « les normes de référence sur lesquelles repose son contrôle de la légalité des actes administratifs » intègre le droit de la concurrence⁶⁹.

2) Le contrôle de la régularité formelle des procédures

Le fonctionnement des autorités administratives indépendantes, en particulier, de l'ARMP a pu poser des problèmes spécifiques et susciter quelques critiques⁷⁰. C'est donc dans le domaine procédural que le contrôle juridictionnel s'est révélé particulièrement utile en vue d'assurer la

⁶² Concl. Sur CE sect. 03 novembre 1997, Sté Million et Marais.

⁶³ CE Sect 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *RFDA* 1997, p.1229, conclusion Jacques Henri Stahl : *AJDA*, 1999, p.611, note Michel Bazex Bernard Thiry.

⁶⁴ Respectivement, par exemple, CE, 8 novembre 2000, Avis Sté Jean-Louis Bernard Consultant et CE, Sect 03 novembre 1997, Sté Million et Marais, *RDP* 1998, pp. 256-265

⁶⁵ Caillosse Jacques, « le droit administratif français saisi par la concurrence » ?, *AJDA* 2000, p.99.

⁶⁶ Morpion A, « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie? », *AJDA*, 2008, p.232.

⁶⁷ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2012, spéc, p.102

⁶⁸ Cette extension de compétence du juge administratif se justifie par le fait que l'économie est un des aspects de la vie sociale. Or le droit parvient à pénétrer tous les compartiments de la vie en société.

⁶⁹ Rapport public 2001 du Conseil d'Etat, p.33. Il est précisé (p.34) qu'il appartient au juge administratif et à lui seul de contrôler la légalité d'un acte administratif ou la validité d'un contrôle administratif par rapport aux règles nationales ou communautaires du droit de la concurrence.

⁷⁰ La création des autorités administratives indépendantes a suscité beaucoup d'espoirs, notamment, celui de voir une administration débarrassée de l'emprise du pouvoir politique, administratif, impartiale et efficace. Mais, leur fonctionnement a fait naître des critiques assez importantes par rapport aux pouvoirs dont elles disposent et qui en font une institution exécutive, judiciaire et même législative.

protection de l'intégrité des textes juridiques. En effet, c'est au juge qu'il appartient de préciser et de rappeler le cadre juridique nécessaire à l'équilibre du marché et à la régulation des marchés publics. Dès lors, l'on peut dire que le contrôle juridictionnel de l'ARMP participe d'une forme d'implantation de l'Etat de droit⁷¹. En contrôlant la légalité des décisions rendues par l'ARMP et, en particulier, son CRD, la Cour suprême, juge du contentieux de la passation des marchés publics, ne fait que renforcer l'emprise juridictionnelle sur l'activité de régulation. Ce qui répond à des exigences contemporaines d'enracinement du droit dans la réalité sociale. Sous ce rapport, elle veille avec l'attention la plus scrupuleuse au respect par l'administration des règles de droit qui déterminent sa conduite et pouvoirs d'action. Par exemple, dans l'affaire qui a opposé la Cellule Nationale de Traitement des informations financières (CENTIF) à l'ARMP⁷², la jurisprudence a estimé que les textes⁷³ instituant et organisant les fonctions de cette institution ne l'ont pas dotée de la personnalité morale. Elle déclarait, en effet, « considérant ainsi que la CENTIF dépourvue de la personnalité morale n'a pas la qualité d'autorité contractante et ne peut en conséquence mettre en place sa propre commission des marchés en dehors de celle du Ministère de l'Economie et des Finances, autorité de tutelle, que c'est donc à bon droit que l'ARMP a retenue comme nul et de nullité absolue les actes pris par la Commission des marchés mise en place irrégulièrement par la CENTIF »⁷⁴.

Cette décision révélatrice d'une certaine convergence de vue entre l'ARMP et son juge revêt une portée pédagogique et didactique certaine. Elle permet aux acteurs de la procédure de passation des marchés de s'approprier les règles qui gouvernent ce secteur et, d'en assurer, l'exécution. Ce faisant, le juge contribue à la régulation des marchés publics mais aussi à diminuer, grâce à la dimension informative de ses décisions, les recours relatifs à la passation des marchés publics.

Par ailleurs, la Cour suprême du Sénégal, a pu, à la faveur de l'affaire « Port autonome de Dakar contre CRD⁷⁵, réaffirmer deux principes essentiels dans le cadre de la procédure contentieuse entamée devant le Comité de règlement des différends de l'ARMP.

⁷¹ La validité de l'acte administratif s'apprécie par rapport à la norme immédiatement supérieure. C'est pourquoi, le contrôle de légalité a deux vertus cardinales à la lumière desquelles on peut reconnaître un Etat de droit : il s'agit de la soumission de l'administration au droit et du respect de la hiérarchie des normes.

⁷² Cour suprême, 10 mai 2012, Cellule Nationale de Traitement des Informations Financières (CENTIF) c/ Comité de Règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics Bulletin des arrêts de la Cour suprême 2013.

⁷³ La CENTIF a été instituée par l'article 16 de la loi uniforme n°2004-09 du 06 février 2004 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux que l'article 2 du décret n°2004-1150 du 30 juillet 2004.

⁷⁴ Dans cette affaire, le juge sénégalais de l'administration a retenu la définition de l'autorité contractante prévue par la directive 04/2005/ CM/ UEMOA Selon ce texte, l'autorité contractante est une personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Cette définition est contraire à celle prévue par l'article 2.1.a qui entend par autorité contractante l'Etat, en tant que personne morale et les organismes non dotés de la personnalité morale et placés sous son autorité.

⁷⁵ CS, 22/03/2012, Port autonome de Dakar c/ Comité de règlement des différends de l'ARMP.

Sur le premier moyen tenant à l'irrégularité de la composition du CRD au motif que celui-ci s'est adjoint aux personnes qui n'ont aucune qualité pour siéger à l'occasion des auditions dudit comité, la Cour a estimé que la présence de ces personnes, en qualité d'observateurs, ne saurait affecter la régularité de la composition du comité, alors surtout qu'il n'est pas établi qu'ils ont participé et voté lors de la prise de décision.

Examinant le second moyen, elle estima que les dispositions du code des marchés ne prévoient nullement que l'avis favorable de la Direction de Contrôle des Marchés Publics⁷⁶ emporte régularité de la procédure et lie le CRD. Ce qui veut dire que le CRD saisi d'un recours, est tenu de vérifier la conformité du dossier d'appel à la concurrence suivant les dispositions légales et réglementaires.

Dès lors, le juge de l'administration témoigne, de par son pouvoir d'interpréter les textes et d'éclairer les acteurs de la commande publique, de sa contribution à la régulation des marchés publics. Il s'agit d'une tâche dont s'acquitte le juge administratif en se faisant passer pour un juge d'application des lois, la « bouche de la loi » et, donc, un juge davantage enclin à répondre à des contributions concrètes qu'à construire des théories nouvelles⁷⁷.

Loin de susciter l'application des règles totalement nouvelles, cette fonction de régulation se voit appliquer des règles traditionnelles⁷⁸ au regard de la détermination des types de recours pouvant être mis en œuvre par les soumissionnaires. En effet, la régulation est inhérente en droit, lequel a vocation à la stabilité et à la promotion d'un équilibre⁷⁹.

En tout état de cause, la fonction essentielle du juge dans l'application du droit de marchés publics au contentieux de la passation est de veiller à la cohérence d'ensemble du système juridique. Ce type de régulation, par recours au tiers qui est le juge, n'a pas vocation à remettre en cause l'architecture juridique⁸⁰. Il s'applique, donc il s'interprète, dans la hiérarchie des normes qui s'en trouve réaffirmée et consolidée⁸¹.

Toutefois, même si le juge sénégalais de l'administration reste, pour l'essentiel, cantonné à l'application des règles du code des marchés publics, il devra renforcer ses outils méthodologiques

⁷⁶ Dans l'architecture institutionnelle des marchés publics, telle qu'elle est prévue par le décret 2007-545 du 25 avril 2007, c'est la Direction du contrôle des marchés publics qui effectue un contrôle a priori relativement à la procédure de passation des marchés publics. En effet, l'article 140 du code des marchés publics, la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics, en remettant un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés, compétente. La DCMP peut également donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes (article 140 in fine du CMP), le CRD n'étant pas habilité à donner l'avis sollicité.

⁷⁷ Par théorie nouvelle, nous faisons allusion à la régulation économique entendue comme un nouveau champ investi par le droit. Voir à ce sujet Marie-Anne Frison Roche, op. cit ; Calandri Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008, 733 pages

⁷⁸ Calandri Laurence, op.cit, , p.558.

⁷⁹ Lafaix Jean François, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », in *RFDA*, nov-déc 2010, p.1089.

⁸⁰ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », in Marie-Anne Frison-Roche (dir) op. cit , pp.190-193

⁸¹ De Malbert R. Carré, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey 1931, rééd Economica 1984, p.334.

en terme de contrôle⁸². L'exercice de cette tâche lui permettra de jouer son rôle de contre-pouvoir, de « chien de garde du pouvoir administratif » mais aussi et surtout, son rôle de protecteur des administrés d'une manière générale et, en particulier, des libertés économiques des candidats à l'attribution des marchés publics.

Le renforcement des droits des candidats aux marchés publics devra s'opérer et se consolider avec l'institution du référé précontractuel⁸³, technique existant en France, qui comporte des vertus considérables. Evidemment, il existe au Sénégal la procédure de demande de sursis à exécution de la décision d'attribution du marché à un soumissionnaire.

B) L'érection de la transparence un pilier fondamental de la procédure de passation

Le droit de la passation des marchés publics sert, actuellement, de laboratoire pour l'ensemble du droit des contrats et, surtout du droit administratif, compris dans sa généralité. L'ensemble des acteurs incontournables du droit public sont présents : les personnes publiques, les entreprises des secteurs privés et publics, les puissances normatives, les juges, les citoyens et leurs représentants. Toutes les notions d'importance fondamentale en droit public s'y retrouvent : l'égalité de traitement, liberté d'accès à un secteur donné, l'efficacité du dispositif procédural, responsabilisation des acteurs et transparence⁸⁴.

Le juge de l'administration veille au respect de ces règles dans la phase procédurale de conclusion des marchés publics en rappelant deux exigences fondamentales : d'abord l'obligation, pour l'autorité contractante comme le soumissionnaire, de respecter les critères indiqués dans la déclaration d'appel d'offres (1), ensuite celle consistant à assurer la publicité de l'offre (2).

1) Le rappel par le juge de l'exigence de respecter les critères contenus dans la déclaration d'appel d'offre

Technique, le droit des marchés publics pose un singulier problème d'orientation et est encore à bien des égards, surtout dans ses rapports avec les autres contrats publics d'affaires, conventions de délégation de service public notamment, un labyrinthe procédural⁸⁵. En effet, c'est la passation des

⁸² Coulibaly D., Baba Kane, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? disponible sur le site <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/>

⁸³ Parfois appelé « référé publicité-concurrence » ou « référé-contrat », ce référé vise à empêcher la conclusion d'un contrat en violation des règles ou publicité et de mise en concurrence. Il s'agissait, à l'origine, d'un recours objectif pouvant être exercé par toute entreprise candidate à l'obtention d'un marché même si le manquement aux règles qui structurent la passation des marchés publics, n'était pas soumis à son détriment. Le juge en a progressivement fait un recours plus subjectif, ouvert aux seuls opérateurs économiques ayant intérêt à conclure le contrat et qui invoquent, à l'appui de leur recours, des manquements qui, eu regard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser, fut-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrentes. Voir sur cette question, Stéphane Braconnier, Procès du droit des marchés publics, Edition du Moniteur, Paris, 2012, p.405 ; J. Gourdon et Ph. Terneyre, « Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence », CJEG, avril 2001, p.135.

⁸⁴ L'exigence de transparence au Sénégal a été élevée au rang de principe constitutionnel. En effet, dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001, le constituant sénégalais affirme son attachement à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques, ainsi qu'au principe de bonne gouvernance.

⁸⁵ Braconnier Stéphane, Précis du droit des marchés publics, op. cit., p.10.

marchés publics, moment où l'administration et les entreprises ne sont pas encore partenaires, qui fait aujourd'hui l'objet des recours les plus fréquents au juge administratif⁸⁶ et, notamment, de la Cour suprême.

Le contentieux de la passation offre à la Cour suprême, l'occasion de redresser, d'appeler à la correction des irrégularités administratives constatées dans le cadre de l'examen des candidatures au regard des critères préalablement indiqués dans la déclaration d'appel d'offre. Ce faisant, le juge précise les règles du système et fait du code des marchés publics l'outil juridique au regard duquel il apprécie la validité de l'action de l'administration publique mais aussi de celles des candidats soumissionnaires. Ainsi, la Cour suprême, dans l'affaire Société générale de surveillance contre Conseil exécutif des Transports Urbains de Dakar (CETUD) – Autorité de Régulation des Marchés publics⁸⁷, a estimé que le soumissionnaire ne peut pas se substituer à l'autorité contractante⁸⁸ pour déterminer en lieu et place les règles d'appel à la concurrence. En conséquence, le juge a rejeté le moyen soulevé par CETUD et tendant à l'annulation de la décision d'attribution du marché pour erreur d'appréciation.

De même, la Cour suprême a, dans les affaires Bureau VERITAS SA⁸⁹ contre ARMP et CERTEC SA contre ARMP⁹⁰, conclu à l'annulation de la décision de l'autorité contractante pour violation de l'obligation de transparence prévue par le code des marchés publics.

Par ailleurs, la Cour suprême a pu admettre que pour des raisons justifiées par la transparence et le respect des règles organisant la procédure de passation des marchés publics, la non-indication du montant de l'offre justifie le rejet d'un soumissionnaire. D'ailleurs, la Cour estime que cette indication du montant de l'offre est une formalité substantielle : c'est l'orientation indiquée par le juge de l'administration dans l'affaire « Complexe industriel Thiare Gueye c/ ARMP tranchée le 09 février 2012⁹¹.

En outre, la Cour suprême dans l'affaire Port autonome de Dakar et ARMP⁹², le juge a estimé que la non indication des modalités de solution nuit aux exigences de transparence et d'égalité des candidats.

Récemment, dans l'affaire « Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP-Agence

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Cour suprême, Société Générale de Surveillance (SGS) contre Conseil Exécutif des Transports Urbains de Dakar (CETUD)-Autorité de Régulation des Marchés Publics, Arrêt n°11 du 31/03/2011.

⁸⁸ Définition de la notion d'autorité contractante conformément aux directives de l'UEMOA et de la jurisprudence. Dans l'affaire CENTIF contre ARMP tranchée le 10/05/2012, la Cour suprême du Sénégal a estimé que l'autorité contractante est une personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Le code des marchés publics, en son article 2.1-e fait des organisations ou agences non dotées de la personnalité morale placées sous l'autorité de l'Etat, des autorités contractantes. Ce qui est en contradiction avec la Directive n°04/2005/CM/UEMOA, norme supérieure qui rend tributaire la finalité d'autorité contractante de ces organisations ou agences à l'octroi de la personnalité morale.

⁸⁹ CS, 07/04/2011 Bureau VERITAS SA contre ARMP in *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2012

⁹⁰ CS, 03/06/2011 CERTEC SA contre ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* 2012

⁹¹ CS, 09 février 2012 arrêt n°01 Thiare Gueye c/ ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* de 2013

⁹² CS, 22 mars 2012, Port autonome de Dakar c/ ARMP *Bulletin des arrêts de la Cour suprême* 2013

sénégalaise d'électrification rurale (ASER) tranchée le 24 octobre 2013⁹³, le juge de la Cour suprême a affirmé que les critères comme du reste les sous-critères doivent être justifiés par l'objet du marché, avoir la précision nécessaire de manière à ne laisser aucun pouvoir d'appréciation à la commission des marchés.

En rappelant aux autorités contractantes l'obligation de respecter les critères contenus dans le dossier d'appel d'offre, le juge de la cour suprême participe à la concrétisation d'une gouvernance économique et institutionnelle, la transparence étant un moyen de réalisation de celle-ci. Il détient un pouvoir « normatif » par délégation législative ou réglementaire, lequel s'exprime par sa capacité à édicter des règles générales, des décisions ayant force obligatoire et opposables erga omnes. Ainsi, la cour suprême, en tant qu'organe régulateur, veille à l'application par l'ARMP des règles organisant la passation des marchés. En effet, là où l'entreprise est vouée à l'examen constant de ses performances, la bureaucratie publique doit démontrer une aptitude à s'approprier les règles dont elle est d'ailleurs plus ou moins la source.

Ce constat offre au juge de l'administration l'occasion de rappeler et conforter une vérité d'évidence, à savoir, que le droit est un instrument au service de la conquête des marchés, mais aussi un moyen efficace de résolution des conflits opposant la toute puissante administration aux opérateurs économiques faisant valoir leurs libertés économiques. Ce qui, du reste, permet de générer un climat de confiance entre les acteurs du système, autorité contractante, organisme de contrôle administratif et juridictionnel. En effet, en Afrique et particulièrement au Sénégal, les affinités politiques et le clientélisme peuvent être source de violation des règles encadrant la procédure de passation des marchés publics où les enjeux financiers et économiques sont parfois énormes.

Dès lors, on comprend pourquoi il convient de restituer à la Cour suprême son véritable rôle départiteur des droits des parties en présence, aussi bien dans la perspective de sanctionner les illégalités⁹⁴ que de protéger l'intérêt général.

Sous ce rapport, l'administration et l'opérateur économique voient en le juge un rempart, un protecteur des droits et libertés prévus et reconnus par le droit des marchés publics. D'ailleurs, conformément à une évolution qui touche l'ensemble du droit administratif depuis la fin des années soixante-dix, l'heure est à la défense et à la promotion des droits subjectifs des administrés⁹⁵. Ce phénomène consistant à promouvoir un droit administratif de plus en plus libéral⁹⁶, par opposition

⁹³ CS, 24/10/2013, la Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP-ASER

⁹⁴ Dans les affaires Bureau VERITAS SA contre ARMP et CERTEC SA contre ARMP (03/06/2011) tranchées par la Cour suprême, le juge a annulé la décision du Comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics pour non respect des exigences en l'occurrence, le respect des critères de solution et le principe d'égalité des candidats.

⁹⁵ Melleray Fabrice, « Déclaration de droits et Recours pour excès de pouvoir », in *RDP* n°04-1998, p.1038

⁹⁶ Les constitutions post-conférences nationales ont apparu comme un catalogue de droits et libertés placés sous l'autorité et le contrôle du juge. Ce qui a permis d'une part la naissance et le développement du libéralisme politique qui

au droit administratif de la puissance publique des premières années d'indépendance, doit sa fortune au changement de méthodes et techniques du juge de l'administration, en Afrique⁹⁷.

Toutefois, l'exigence juridique et même judiciaire de promotion de la transparence dans la passation des marchés publics a conduit le juge administratif à soumettre l'administration au respect des règles de publicité desdits marchés.

2) La publicité des marchés publics, un vecteur de transparence à la charge de l'autorité contractante

Tout marché public doit faire l'objet d'une publicité qui permet à tout candidat potentiel d'avoir connaissance de la passation du marché⁹⁸. Cela permet de susciter une diversité des offres, et donc d'accroître les chances de l'acheteur public d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette notion de publicité a donné une énorme résonance au droit des marchés publics.

Au Sénégal, les marchés publics sont soumis au principe de la publicité et de mise en concurrence conformément à la charte de transparence et d'éthique en matière des marchés publics⁹⁹, à la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, au décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 portant code des marchés publics et au code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA¹⁰⁰. En effet, la commande publique est une nébuleuse et l'énormité des enjeux financiers et économiques qui entourent la passation des marchés peut amener l'administration à se soustraire aux règles organisant la conduite candidats dans la passation. C'est ainsi que des voies de droit juridictionnelles, notamment le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables au contrat, sont prévues pour permettre au juge administratif d'apparaître comme le régulateur du système.

En réalité, il s'agit là d'une mission dont le juge s'acquitte comme organe chargé du contrôle de la légalité procédurale de la passation des marchés publics. L'analyse des décisions rendues par la Cour suprême du Sénégal atteste singulièrement de la permanence de l'office du juge en la matière.

a permis de diminuer l'emprise de l'administration sur les administrés et, d'autre du libéralisme économique ayant favorisé l'éclosion et la mise en œuvre des libertés économiques. Dans cet environnement, le juge administratif, juge protecteur à la fois des privilèges de l'administration et des libertés des administrés, est amené à produire un droit de plus en plus libéral, répondant aux exigences contemporaines de socialisation des droits et libertés.

⁹⁷ Diagne Ndèye Madjiguène, *Les méthodes et techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1995, 532 pages.

⁹⁸ Braconnier Stéphane, *Précis de droit des marchés publics*, op. cit., p.282.

⁹⁹ Décret n°2005-576 du 22 juin 2005 portant Charte de transparence et d'éthique en matière de marchés publics, p.2, www.finances.gouv.sn

¹⁰⁰ Directive n°01/2009/CM/UEMOA, du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques.

Dans les affaires Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP¹⁰¹ et Bureau VERITAS contre ARMP tranchées par la Cour suprême, le juge considère qu'à partir du moment où les critères et sous critères n'ont pas été portés à la connaissance des candidats, il y a violation de l'obligation de publicité et des principes fondamentaux de transparence, d'égalité des candidats et de non discrimination.

Par conséquent, conformément à l'exigence de transparence, on peut considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux potentiels prestataires d'en être informés et ont abouti à une diversité des offres. En effet, l'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché.

Un avis de publicité insuffisant comme le non respect d'une procédure dont le formalisme est défini par le code¹⁰² est susceptible d'entraîner l'annulation du marché pour violation des principes fondamentaux que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, et la transparence des procédures de passation. De même, une contradiction dans les documents de la consultation, susceptible d'induire en erreur les candidats, est de nature à fonder l'annulation de l'ensemble de la procédure. L'on s'aperçoit que ce principe de transparence fait obligation à l'autorité contractante de communiquer dans les meilleurs délais, toutes les informations utiles. Il renforce la confiance de toutes les parties intéressées dans l'efficacité et l'indépendance du comité de règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et accroît ainsi la légitimité. Par conséquent, toutes les règles et politiques réglementaires, tous les principes régissant l'établissement de réglementations futures et toutes les décisions et accords réglementaires devraient être rendus publics¹⁰³.

En France, la jurisprudence est allée beaucoup plus loin dans le contrôle de l'obligation de publicité des marchés, sans doute, pour mieux faire respecter les droits des potentiels candidats. En effet, la jurisprudence administrative a pu apparaître, s'agissant des mentions devant figurer dans les avis d'appel public à la concurrence, particulièrement exigeante, voire excessivement formaliste. Ainsi, le fait pour un pouvoir adjudicateur d'omettre d'indiquer dans l'acte de publicité la langue de la procédure¹⁰⁴ ou les « modalités essentielles de financement et de paiement » et l'origine précise des financements mobilisés¹⁰⁵ a pu entraîner la nullité des marchés y afférents.

¹⁰¹ CS, 24/10/2013 Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP

¹⁰² CE, 23 novembre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, contrats des marchés publics 2012, comm. n°26, obs. Piétri ; BJCP 2012, p.63, Concl. Dacosta.

¹⁰³ Coulibaly Adama, Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal et du Mali, op. cit, p.213.

¹⁰⁴ CE, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, BJCP, 20/2002, p.21, Concl. M. Piveteau et obs. R.S, Dr adm., 2001 n°224, obs. D.O.

¹⁰⁵ CE, 2 juin 2004, ville de Paris et Sté polyurbaine, contrat et marchés publics, 2004, comm. n°167, note G. Eckert,

Dans la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat français, le juge paraît, marquer une légère inflexion, le juge interprétant de plus en plus les exigences procédurales et leur violation à l'aune de leur impact sur des principes de transparence, d'égalité entre les candidats et de bonne utilisation des deniers publics. Ainsi, si la mention, dans l'appel à candidature, des pièces exigées des candidats demeure impérative¹⁰⁶. Un renvoi aux formulaires a été jugé suffisant pour informer les candidats sur les renseignements à fournir¹⁰⁷.

Le juge de l'administration demeure très attaché à une information suffisante des candidats. Ainsi, si la publication obligatoire des critères de sélection n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à indiquer dans l'avis les conditions de mise en œuvre de ces critères, celui-ci doit, en revanche, indiquer les documents et renseignements au vu desquels il entend procéder, sur la base de ces critères là, à la sélection des candidatures¹⁰⁸. De manière générale, les éléments contenus dans l'avis doivent être suffisamment précis¹⁰⁹.

A la lumière de ces décisions rendues au Sénégal, comme en France, l'on peut dire que le juge de l'administration chargé de vérifier la régularité de la décision de l'ARMP, procède, au regard de l'impératif du respect de la publicité, à l'examen critique de l'ensemble du mécanisme qui y a conduit, de la saisine de l'autorité jusqu'à la formalisation de ce qui est imposé aux opérateurs. Le respect de l'exigence de publicité dépasse les considérations procédurales pour s'imposer comme une méthode de raisonnement.

Ce point est primordial parce que la légitimité de la décision de justice est de ne pas exprimer une vérité qui soit celle du juge¹¹⁰, mais qui résulte de la confrontation de l'action administrative aux textes juridiques qui en réglementent, en déterminent les modalités. En effet, c'est en procédant au contrôle des décisions du régulateur attitré, en l'occurrence, l'ARMP, que le juge donne crédit à son pouvoir. Dès lors, le juge de l'administration devient l'artisan d'une bonne justice, d'une justice équitable respectueuse des garanties procédurales en matière de passation des marchés publics. Sous ce rapport, le juge, dans l'exercice de son pouvoir de régulation des marchés publics, agit comme s'il était un agent de l'administration au sens large en ce sens qu'il doit veiller à la bonne application et au respect des règles juridiques organisant les rapports entre les acteurs de la procédure de passation. Le Professeur Yves Gaudemet dira, dans ce sens, que « *le contentieux de*

AJDA 2004, p.1723.

¹⁰⁶ CE, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, contrats et marchés publics, 2008, Comm. n°125, obs. J-Piétri.

¹⁰⁷ CE, 21 novembre 2007, Département du Var, JCPA, 2007, 1026.

¹⁰⁸ CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Onclave des Papes, contrats et marchés publics 2010, Comm. n°131, note W. Zimmer.

¹⁰⁹ CE, 8 juillet 2009, Ministre de la justice c/ Société CS Système d'information, contrats et marchés publics ; 2009, Comm. n°276 et 294, obs. F. Llorens.

¹¹⁰ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges, in Marie Anne Frison-Roche (dir), op.cit, p.193.

l'excès de pouvoir prolonge et fortifie les fonctions administratives du juge »¹¹¹.

¹¹¹ Gaudemet Yves, « La preuve et la conviction du juge en droit administratif français », *RFDA*, 2010, p.715.

II : La rénovation de l'office du juge de l'administration: juge régulateur

L'exercice par l'autorité de régulation des marchés publics de ses compétences n'empêche pas le juge administratif d'exercer les siennes. En effet, la rénovation des structures étatiques dans le contexte de la régulation a été consolidée et sécurisée grâce au contrôle juridictionnel approfondi de la cour suprême. On est entré dans une période qui est celle de la régulation économique où les modes de jugement deviennent raisonnement économique, alors même que l'administration qu'il convient de contrôler ne s'effectue pas en forme d'entreprise, mais en forme d'action juridique. L'office du juge ne peut que s'en trouver transformé. Il lui faut s'approprier les procédures intellectuelles qui n'appartiennent pas d'emblée à son univers mental. Ce contrôle que le juge administratif exerce avec beaucoup de timidité du fait de sa propension à demeurer un juge de la légalité, implique pour lui une substitution totale de son appréciation à celle délivrée par l'ARMP dans le cadre de l'examen des recours dont il est saisi (A).

Cependant, le domaine des marchés publics est un domaine économique. Or, ce juge n'est pas formé à la connaissance des réalités économiques dont il doit tout de même tenir compte dans l'examen des recours portés à son appréciation. Du coup, sa formation initiale ainsi que le peu d'expérience dans ce domaine relativement nouveau rendent difficile l'exercice de son office (B).

A) La substitution de l'appréciation du juge à celle de l'ARMP, un moyen d'améliorer la régulation

On sent des difficultés rencontrées par le juge de l'administration pour contrôler l'autorité publique¹¹². D'où traditionnellement, une jurisprudence administrative prudente, privilégiant le contrôle formel sur le contrôle de fond, s'abritant largement sous la bannière de intérêt général pour présumer les décisions administratives légales¹¹³.

Aujourd'hui, le contrôle de la régulation a permis au juge de l'administration d'avoir une nouvelle approche des rapports entre l'administration et les administrés et de pouvoir arbitrer les conflits y relatifs. C'est ainsi que le juge sénégalais de l'administration a dégagé sa conception de l'intérêt général dans le cadre duquel les considérations économiques sont très présentes (1). Dans la foulée, il a permis, par son office, l'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics (2).

1. La conception judiciaire de l'intérêt général dans la passation des marchés publics:

Le contentieux économique a offert au juge sénégalais de l'administration l'occasion de s'intéresser à un secteur d'activités de l'administration: la commande publique au travers des marchés publics.

¹¹² Debbasch Charles, Déclin du contentieux ? op. cit p89.

¹¹³ Ibidem

Désormais, la Cour suprême et notamment la chambre administrative est amenée à jouer un rôle en matière économique, en veillant au respect des droits et libertés économiques et à exercer un contrôle direct sur l'action de l'Autorité de régulation des marchés publics en charge, théoriquement, de la régulation. De cette manière, il est possible d'affirmer que « *juger la régulation, c'est encore réguler* »¹¹⁴. Il s'agit d'un contrôle juridictionnel dans le cadre duquel elle s'évertue à assurer l'application des règles traditionnelles, mais avec une déviance sensible de celles-ci au contact de l'économie. L'on note des ruptures épistémologiques et conceptuelles sous l'influence du juge de l'administration, lesquelles sont révélatrices de l'adaptation du juge à l'environnement économique qui connaît des fluctuations en permanence.

Les notions de « régulation » et d'intérêt général sont considérées comme faisant partie intégrante du droit administratif. Dès lors, l'analyse du juge de l'administration, s'en trouve profondément transformée parce qu'intégrant les considérations économiques dans la résolution des affaires dont il est saisi. Par exemple, au Sénégal, la Cour suprême dans l'affaire « Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux, ASHIR » contre ARMP¹¹⁵ a dégagé une conception de l'intérêt général qui semble mettre en avant la teneur économique. Dans cette affaire, la cour suprême a estimé que l'intérêt général est une condition de légalité de l'acte administratif; position jurisprudentielle classique. Le plus important dans cette affaire c'est que le juge considère que l'attribution du marché à Carrefour médical rendant plus accessible les médicaments à un moindre coût, le but de l'intérêt général est aussi réalisé. Ce qui l'amène à conclure que le moyen développé par (ASHIR) et tenant à la violation de la loi n'est pas fondé. Par cette décision, elle a cherché à concilier protection de l'intérêt général et celle des intérêts économiques particuliers¹¹⁶.

Ce faisant, le juge montre que le procédé régulateur, en dépit de sa souplesse, poursuit une finalité d'intérêt général¹¹⁷. A ce titre, le besoin de régulation apparaît dans des différents domaines où l'application de la norme juridique est particulièrement complexe.

Recourir à la régulation et à l'intérêt général entendu dans sa teneur économique, est souvent pour le juge le seul moyen de reconnaître à l'administration les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour mener sa politique économique, tout en exerçant sur ces pouvoirs un certain contrôle. Dans cette configuration, on constate l'inadaptation du contrôle juridictionnel aux techniques classiques, inadaptation due à la grande rigueur et à l'extrême finesse de ses méthodes. En effet, c'est une tâche

¹¹⁴ CE, sect, 25 février 2005, France Telecom note P. Idoux

¹¹⁵ CS ; 12/04/2012 Association sénégalaise des hémodialysés et insuffisants rénaux (ASHIR) contre l'ARMP.

¹¹⁶ Morpion Anne, « le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté de commerce et de l'industrie *AJDA* 2008, p323. Voir également, Savy René, « la notion de droit économique en droit français », *AJDA*, 1971, pp132-138.

¹¹⁷ Calandri Laurence, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit. , p424

malaisée que de soumettre l'économie aux règles du droit administratif classique, la matière y étant largement rebelle. Inévitablement, elles subissent des infléchissements sensibles: l'originalité de la matière enduit une originalité du droit, plus subie que voulue par le juge. On le voit, la plus haute juridiction administrative est déjà prête pour jouer pleinement son rôle de contrôle du régulateur, donc de régulateur des marchés publics, pour une meilleure efficacité de l'action administrative et singulièrement une efficience de la commande publique.

La juridicisation et la juridiciarisation des marchés publics montrent que le juge de l'administration ne peut pas, moins que jamais, s'enfermer dans une analyse abstraite et indifférente aux enjeux économiques et financiers des décisions qu'il constate. Il doit non seulement les comprendre, mais aussi déterminer in concreto leur place dans l'équilibre parfois subtil entre les différentes composantes de l'intérêt général protégées par la loi telles que la concurrence, mais aussi la protection des consommateurs, la garantie d'un service universel accessible à tous, l'égalité d'accès aux services et bien sûr la protection des libertés fondamentales. L'on comprend pourquoi le juge de l'administration, dans l'affaire Hémodialyse, considère que l'existence de l'intérêt général est avérée en raison de l'accessibilité des patients aux médicaments à un moindre coût. En raisonnant ainsi, la Cour suprême s'est située sur le terrain de l'appréciation des faits alors que rien ne l'empêchait de se placer sur l'application stricte de la règle de droit. Le juge exprime sa volonté d'aller au delà de l'aspect normatif et prescriptif du droit pour intégrer dans son raisonnement des considérations économiques. Ce qui montre que le juge, même s'il le fait avec beaucoup de timidité, œuvre de plus en plus pour un droit de la régulation dont il intègre les paradigmes dans le droit administratif. Ce droit de la régulation qui présente une indéniable singularité juridique, appelle à la prise en charge des exigences persistantes du marché, du service public et de l'intérêt général.

Outre les techniques du droit, ce sont des mécanismes d'appréhension ou d'appropriation juridique de la réalité qui changent¹¹⁸. On cesse de raisonner avec les méthodes habituelles de juge, par confrontation à l'intérieur d'un système des normes hiérarchisées pour se référer à un calcul effectué en forme de bilan coûts-avantages devenir expression d'un contrôle de légalité¹¹⁹. La représentation juridique des faits dont participe l'intérêt général perd de son autonomie pour se structurer autour du modèle dominant qu'offre la pensée économique¹²⁰.

Les évolutions que subit l'intérêt général révèlent la nouvelle sensibilité économique d'un droit dont la teneur classique fut d'abord fondamentalement politique¹²¹. Poursuivant son contrôle dans le

¹¹⁸ Cette situation est révélatrice d'une dynamique rendant compte du processus d'endogénéisation du droit dans les activités économiques. Voir sur cette question Christian Bessy, Thierry Delpuech et Jérôme Pélisse, *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, LGDJ, Paris, 2011, 360p..

¹¹⁹ Caillousse Jacques « le droit administratif contre la performance publique » op. cit, p.999

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ De cette perception politique du droit administratif, le Doyen Maurice Hauriou a donné jadis un exemple fameux : voir son commentaire sous tribunal des conflits, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S 1900.3.49

cadre de la régulation, le juge de l'administration a pu mettre l'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics.

2. L'extension de l'erreur manifeste d'appréciation au contentieux de la passation des marchés publics

Rendue possible par la juridiciarisation¹²² de la commande publique, la régulation des marchés publics est révélatrice de l'extension du champ d'intervention du juge administratif ainsi que de son rôle départiteur des acteurs du système, en l'occurrence, l'administration et les candidats aux marchés. En effet, l'étendue exacte du contrôle juridictionnel effectué sur l'action de régulation permet de déterminer quelle liberté d'action est laissée à l'instance de régulation. D'ailleurs, dans cette hypothèse, le juge contrôle, d'une part, « l'équation de la qualification juridique aux faits, proprement dite, qui consiste à mettre en rapport les données de la situation, les faits avérés avec la condition posée par le droit » et, d'autre part, « si la condition légale est remplie (...), si la mesure prise, si la décision est satisfaisante au regard de la condition, si elle est proportionnée à la situation. Autrement dit, c'est le choix de la décision qui est en cause et l'adéquation de son contenu aux motifs ».

Divers degrés de contrôle peuvent alors être distingués. Ainsi que le relève le Professeur Bernard Pacteau, « le juge n'examine qu'un contrôle variable sur l'ajustement des motifs de faits aux motifs de droit »¹²³: Par exemple, le juge peut n'exercer aucun contrôle sur les choix opérés par l'administration¹²⁴. Dans d'autres cas, le juge exerce un contrôle normal¹²⁵. Enfin, il peut effectuer un contrôle « maximal ». Ce dernier se concrétise soit par un contrôle dit de « pleine proportionnalité¹²⁶ », soit par un bilan « coût-avantage¹²⁷ ».

L'exercice dans un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, par ailleurs conforme aux attentes doctrinales¹²⁸, dans le domaine du contentieux de la régulation des marchés publics, permet de susciter et de conforter la confiance des acteurs du système.

¹²² On constate un recours de plus en plus important dans les pays membres de l'UEMOA, au juge administratif relativement au contentieux de passation des marchés publics. Le volume du contentieux est plus développé au Burkina Faso (avec 1080 recours) au Sénégal à 211 et en Côte d'Ivoire avec 10. Ce volume de contentieux est révélateur d'une mal appropriation du droit des marchés publics par les auteurs. En effet, le contentieux suppose un dysfonctionnement et exprime la volonté de lutter contre l'arbitraire

¹²³ Pacteau Bernard, « le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol 30, no 3, 1978, p. 200

¹²⁴ Il s'agit du contrôle dit « infra minimum » voir, par exemple le contrôle opéré par le juge administratif sur les appréciations des juges d'examen et le concours, cf. not. CE, 20 mars 1987 Gambris ; Rec, p100 ; *AJDA* 1987, obs. X.Prelot

¹²⁵ Il s'agit 'un contrôle entré de la qualification juridique des faits qui sanctionne toute erreur commise par l'administration sur ce point CF not. les arrêts de principe CE 4 avril 1914, Gomel, Rec, P 488, CE, 19 mai 1933, Benjamin, Rec., p. 541

¹²⁶ Voir note, CE 19 mai 1933, Benjamin, Rec., p. 541

¹²⁷ Voir note, CE Ass, 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est », Rec., p. 409

¹²⁸ Voir note, Gérard Timsit, « La régulation : naissance d'une notion » In *L'archipel de la norme*, PUF, coll « les voies du droit » 1997, p. 217.

Le juge de l'administration ne censure ainsi que la seule erreur grossière, évidente et flagrante. Telles ont été les caractéristiques de la décision administrative susceptible d'être frappée d'annulation pour erreur manifeste d'appréciation selon le juge sénégalais de l'administration dans l'arrêt CICR rendu le 28 octobre 1993 par le Conseil d'Etat¹²⁹. Cette technique étendue, aujourd'hui, au contentieux de la régulation des marchés publics, garde toute sa pertinence. En effet, elle est apparue pour s'adapter aux « nouvelles modalités de l'action administrative » qui se sont développées dans les années 60 et 70¹³⁰ en France et 90 et 2010¹³¹, au Sénégal, et qui, comme l'explique le Professeur Bernard Pacteau, ne pouvaient durablement échapper à l'emprise du juge administratif sans que son autorité de censeur du pouvoir exécutif ne finisse pas elle-même par être remise en cause.

Le professeur Pacteau précise que face à cette « administration nouvelle » l'erreur manifeste étant un moyen d'adapter son contrôle aux formes plus complexes de l'action administrative contemporaine. Si ces formes se prêtent en effet à un contrôle total de l'appréciation administrative, du moins l'erreur manifeste lui permet-elle d'en censurer les débordements les plus évidents¹³². C'est particulièrement le cas de la nouvelle forme de l'action administrative apparue au début des années 2000 et qui se développe, l'action de régulation. Cette technique à défaut d'être propre à l'action de régulation, lui est particulièrement adaptée.

Dès lors, l'instance de régulation en l'occurrence l'ARMP ne doit pas excéder certaines limites. C'est tout le sens de la décision rendue, le 29 novembre 2012 par la Cour suprême du Sénégal dans l'affaire « Société Angélique International Limited » (A.I.L) à l'ARMP. Selon le juge, la mise à l'écart de la société A.I.L au motif que l'attestation de service fait que l'ASER lui a délivrée est donnée avec le terme des travaux (attestation nécessaire pour prouver que l'on remplit les critères contenus dans l'appel d'offre, à savoir, la capacité technique et l'expérience), par le Comité de règlement des différends de l'ARMP est entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

En conséquence, la Cour suprême annule la décision rendue par le comité de règlement des différends de l'ARMP au motif que l'instance de régulation n'a pas fait un travail d'investigation pour savoir que comment l'opération est exécutée par A.I.L d'abord et ensuite par ENCO, la société sous-traitante¹³³. Le pouvoir d'interprétation du CRD, estime le juge, est poussé à son maximum

¹²⁹ CE, 27 octobre 1993, CICR. Dans cet arrêt, le juge n'a certes pas annulé la décision pour erreur manifeste d'appréciation, mais a tout de même défini l'erreur manifeste comme une erreur grossière, évidente pouvant être décelée par n'importe qui.

¹³⁰ La jurisprudence de l'erreur manifeste d'appréciation est née en France avec l'arrêt Lagrange, rendu en 1961 par le Conseil d'Etat

¹³¹ Le juge sénégalais est inspiré de son homologue français

¹³² Pacteau Bernard, « le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif », op.cit p. 239

¹³³ Ce raisonnement est révélateur de la volonté du juge de promouvoir une administration efficace, dynamique qui fait de l'examen des circonstances de fait une condition préalable à l'édition d'actes administratifs valables.

comme s'il s'agissait d'une interprétation contra legem. En effet, l'ARMP par l'intermédiaire de son CRD aurait dû dégager la part de responsabilité qui incombe à la société ENCO, attributaire de la part du marché non exécutée. L'introduction de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation dans le contentieux des marchés publics constitue une illustration du renforcement du contrôle juridictionnel de l'administration. Le juge a accompli dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration en vue de faire respecter la légalité mais aussi de protéger les droits et libertés des citoyens¹³⁴. En toute hypothèse, il devrait pouvoir se livrer à une application correcte de la règle de droit et participer de manière plus satisfaisante au processus de démocratisation et, in fine, à l'édification d'un réel État de droit¹³⁵.

De même, dans l'affaire *Al Firdaws Services c/ARMP*¹³⁶, la Cour suprême estime que le marché similaire n'est pas, contrairement à ce qui est retenu par l'Autorité en charge de la régulation, un marché identique. Cela veut dire concrètement que si dans le dossier d'appel d'offre on prévoit par exemple qu'il faut nettoyer un immeuble de six étages alors que l'on a nettoyé un immeuble de quatre étages, on peut se faire attribuer le marché. Cette interprétation des conditions d'attribution du marché montre la volonté du juge administratif sénégalais de ne pas écarter de la compétition les candidats qui sont intervenus dans le secteur d'activité concerné. Il s'agit là de faire comprendre à l'ARMP qu'elle a procédé à une interprétation assez rigoureuse des critères contenus dans le dossier d'appel d'offre.

L'exercice par le juge de l'administration d'un contrôle de l'erreur manifeste, tant sur le principe même de la mise en œuvre d'une action de régulation que sur le choix d'adopter un acte de régulation en lieu et place d'actes décisifs, permet de préserver la logique de proportionnalité qui anime l'exercice concret de ces divers pouvoirs. Le lien étroit entre l'action de régulation et le principe de proportionnalité a pu être relevé par la doctrine. Ainsi, le professeur Marie Anne Frison-Roche considère le principe de proportionnalité comme un des fondements de l'action de régulation¹³⁷. De façon générale, la référence à la proportionnalité est sous-jacente aux analyses qui font de l'efficacité le cœur de l'activité de régulation¹³⁸. Comme l'affirme Guy Braibant, « *la proportionnalité résulte en effet de la combinaison de l'économie, de l'utilité et de l'efficacité*¹³⁹ ». Or, l'erreur manifeste d'appréciation constitue bien une application implicite aux

¹³⁴ Sy Demba, « L'évolution du droit administratif sénégalais », in *Revue EDJA* n° 67, oct-nov-déc 2005, pp. 39-68

¹³⁵ Fall Alioune Badara, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Revue électronique AFRILEX*, n° 03, juin 2003

¹³⁶ CS, 13/12/2012 *Al Firdaws Services c/ARMP*

¹³⁷ Frison-Roche M.A, *Droit de la régulation* Dalloz., Paris, 2001, p. 2000

¹³⁸ La promotion de l'efficacité dans l'autorité de régulation montre qu'il s'agit d'un domaine où, pour reprendre les propos de Gérard Farjat, la normativité juridique de l'Etat côtoie la normativité du marché.

¹³⁹ Cité par Guibal Michel, « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 486

motifs de la décision administrative du principe de proportionnalité. C'est en réalité la disproportion entre les motifs de fait de la décision et le contenu de celle-ci. Mais simplement pour que le juge puisse utilement la relever, la disproportion doit être manifeste, c'est-à-dire encore une fois évidente et grave tout ensemble.

Toutefois, l'attitude du juge sénégalais de l'administration face aux contentieux économiques, en particulier le contentieux de la régulation économique, témoigne des difficultés qu'il rencontre pour intégrer les paradigmes du droit de la régulation dans son raisonnement d'où les limites du juge administratif dans l'exercice de son pouvoir de régulation des marchés publics.

B) les limites du juge de l'administration en tant que régulateur des marchés publics

Entendue dans sa teneur purement économique, la régulation suscite des questions non seulement par rapport à l'attitude du juge administratif mais aussi et surtout à la nature des règles juridiques applicables. Dans ce domaine, les considérations économiques bref extra juridiques sont très fortes et amènent le juge à devoir se pencher sur les rapports entre droit et économie de manière à pouvoir vider les affaires dont il est souvent saisi. Or, le juge africain de l'administration et sénégalais en particulier, n'a pas reçu une formation sur les paradigmes du droit de la régulation qui fait partie intégrante du droit économique, un droit nouveau et complexe. L'on comprend aisément la difficulté pour le juge administratif, d'intégrer dans sa jurisprudence des données du marché et des impératifs de régulation (1). Ce qui explique la faiblesse du pouvoir régulateur du juge de l'administration (2).

1) Les difficultés du juge d'intégrer dans sa jurisprudence des données du marché et des impératifs de régulation

Le contentieux de la régulation des marchés publics reste principalement marqué par sa teneur économique du fait précisément des enjeux économiques et financiers qui entourent ces types de contrats. Or, face à l'action économique des pouvoirs publics, le juge de l'administration a éprouvé longtemps un réflexe de recul, soit en déclinant sa compétence, soit en abandonnant volontiers cette question au juge de droit commun. On dit que l'économie « intimidait » ou « ennuyait » le juge¹⁴⁰. L'économie n'est pas une matière simplement technique : elle entretient avec le droit des relations différentes de celles que connaît le savoir technique. Les mécanismes économiques sont des mécanismes vivants. Or, le juge de l'administration, tant par sa formation que par la composition de son tribunal, ne connaît que le droit

Cette nouvelle dimension donnée à l'autorité juridictionnelle amène le juge à sortir de son rôle

¹⁴⁰ Vedel Georges, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux*, 1981 p. 778

traditionnel et de ses modes habituels de raisonnement puisque cette fonction de régulation suppose non seulement d'avoir en permanence à l'esprit l'intérêt général, mais également très souvent de faire œuvre de création et d'innovation. Le raisonnement juridique classique se trouve ainsi mis en mal, dans la mesure où le droit économique « exige de réfléchir plus en termes d'effets que de sources »¹⁴¹. Or, traditionnellement, le juriste cherche à qualifier une situation ou un comportement pour déterminer le régime qui lui est applicable. Dès lors, surgissent des difficultés pour le juge de la Cour suprême de traiter efficacement le contentieux économique, en particulier, celui de marchés publics.

La complexité de l'analyse économique des faits est en effet alors renforcée par les difficultés de confronter les faits à d'autres¹⁴², puis de déterminer le point d'équilibre des différents éléments soumis à l'appréciation. L'on voit alors que cette mission nouvelle conduit le juge à devenir de moins en moins en juge enfermé dans un conservatisme caractérisé par l'exercice de contrôle de légalité pour intégrer les considérations de régulation économique dans son raisonnement. L'analyse de la jurisprudence administrative du Sénégal, relativement au contentieux, montre que le juge s'en tient fondamentalement à son office de gardien de la légalité, donc à rester « la bouche de la loi ». Ainsi, dans l'affaire de la Société Angélique International Limited (A.I.L) contre ARMP, le Comité de règlement des différends de l'ARMP dit CRD a ordonné l'attribution du marché¹⁴³ à la société Lucky Exports alors que l'ARMP a constaté que l'offre du candidat repêché n'est pas conforme à l'exigence de capacité financière qu'il faut prouver en justifiant pour chacune des trois dernières années, un chiffre d'affaire annuel minimal de 90.000.000 de dollars US.

L'ARMP a jugé en toute incompétence que cette exigence du cahier des charges est disproportionnée avant de l'écarter au profit de Lucky Exports au motif que l'accord de financement du 21 avril 2011 liant le Sénégal à Eximbank INDIA sera caduc le 30 avril 2013 si le marché n'est pas attribué à Lucky Exports.

La Cour suprême a estimé que ce raisonnement de l'ARMP qui, il faut le préciser, apparait comme solution d'opportunité¹⁴⁴, est juridiquement inconcevable. Selon le juge, l'administration ne peut pas de soustraire volontairement aux dispositions des articles 44¹⁴⁵ et 59 du code des marchés

¹⁴¹ Brechon-Moulenes Christine, op. cit, p. 679 et s.

¹⁴² Fruchs Olivier, « Conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence », *AJDA*, 2006, p. 747

¹⁴³ L'entreprise évincée, auteur du recours, a estimé que l'ARMP n'a pas respecté les conditions prévues dans l'appel d'offre et le juge lui a donné raison en estimant que l'imminence de la date prévue pour l'utilisation du financement indien ne saurait justifier une atteinte au code

¹⁴⁴ Le contrôle d'opportunité renvoie au pragmatisme procédural qui permettrait de pouvoir utiliser l'argent prévu au titre du financement indien avant la date butoir, soit le 30 avril 2011.

¹⁴⁵ Aux termes de ces deux articles du code des marchés publics du Sénégal, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous les documents et attestations énumérés par le dossier d'appel à la concurrence et que la qualification du candidat qui a présenté l'offre évaluée la moins disante au regard des capacités juridiques, techniques et financières requises, est

publics.

Cette décision du juge de la Cour Suprême est révélatrice des limites qui s'imposent à l'administration dans la passation des marchés publics. L'administration doit pouvoir diligenter la procédure et agir à temps requis pour éviter de « créer des urgences »¹⁴⁶.

Ce qui nous renvoie aux conditions au regard desquelles l'urgence est appréciée et même acceptée par le juge. La première condition correspond à la dimension événementielle de l'urgence, laquelle n'existe que du fait d'une nécessité de réaction rapide face à un événement inattendu. On ne peut soulever l'urgence du fait d'un événement dont on pouvait, plus ou moins raisonnablement avoir une représentation psychique antérieurement aux faits. La seconde consiste à considérer que l'urgence à ceci de commun avec la turpitude juridique, que nul ne peut l'invoquer lorsqu'elle lui est propre¹⁴⁷.

A la lumière de cette décision, il apparait que le juge de l'administration ne sait pas que le contentieux des marchés publics est aujourd'hui très éloigné du contentieux classique de la légalité, entendu au sens classique du terme. C'est un contentieux d'espèce, sous-tendu par un grand pragmatisme, qui révèle le caractère purement économique du droit des marchés publics¹⁴⁸.

Et le juge ne peut plus ignorer que sa mission est évaluée en termes de performance sociale. Il ne lui est plus simplement demandé de dire le droit¹⁴⁹, il doit se faire l'administrateur de ses propres décisions¹⁵⁰. Cette conception d'une justice pratique faisant de l'efficacité une caractéristique principale de sa décision, n'est pas dans la tradition sénégalaise dont procède et participe la juridiction administrative. C'est pourquoi, le juge de la cour suprême doit pouvoir apprécier les arguments des parties et être pénétré des méthodes du droit économique¹⁵¹ pour apprécier le débat qui se déroule devant lui et y répondre. En effet, il s'agit d'une tâche qui lui permet de participer à la correction des imperfections du marché par le biais de la régulation par l'établissement des

examinée indépendamment du contenu de son offre, au vu des justifications qu'il a soumises

¹⁴⁶ De Baecke Pierre, *Comprendre simplement les marchés publics*, éditions le Monteur, Paris, 2013, p. 09

¹⁴⁷ Pour une analyse complète de la notion et de ses utilisations, voir également G. Pambou Tchivounda, « Recherches sur l'urgence en droit administratif français », *RDP*, 1983, p. 81.

¹⁴⁸ Les prérogatives de l'ARMP le conduisant très souvent à trancher entre différents intérêts en présence en faveur de l'administration pour lui permettre d'attendre les objectifs de développement que l'Etat s'est fixé. Ce qui, en l'espèce, a amené l'ARMP à accélérer la procédure et à ne pas respecter les autres critères contenus dans la dossier d'appel d'offre pour ne pas perdre le financement. Le juge administratif sénégalais a dans cette affaire manifesté sa volonté de s'en tenir davantage à un contrôle de légalité qui fait de lui un juge soucieux du respect de la hiérarchie des normes juridiques, qu'un contrôle de régulation. C'est pourquoi sans doute, le Président de la République a réagi à cette situation, par la signature du décret du mois de septembre 2014 portant adoption d'un nouveau code des marchés publics, prévoyant singulièrement, de simplifier les procédures et faire jouer aux marchés publics leur rôle de moteur de la croissance économique d'un pays.

¹⁴⁹ Le droit que le juge administratif, dans cette nouvelle configuration des rapports entre l'administration et les soumissionnaires, doit dire n'est pas le droit entendu au sens formel, mais un droit intégrant des considérations économiques, des politiques de régulation économique, bref un droit empirique.

¹⁵⁰ Gaudemet Yves, « Le juge administratif futur administrateur ? », in *Le juge administratif à l'aube du XXIème siècle*, Presses Universitaires de Grenoble, 1955, p. 179 et s.

¹⁵¹ Chérot Jean-Yves, « les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, p. 693

conditions adéquates en matière de concurrence¹⁵².

Ce contentieux le place au cœur de l'élaboration de droit de la régulation économique, et en particulier de la concurrence¹⁵³. Ainsi, plus le juge a des connaissances techniques, plus il peut avancer dans le contrôle d'opportunité des décisions de l'autorité de régulation sectorielle¹⁵⁴.

Il s'agit, pour le juge, d'appliquer un droit qui l'invite à chausser des lunettes d'économistes pour aborder les faits. Sur le plan pratique, le défi est avant tout celui de la formation des juges, à la fois au droit communautaire¹⁵⁵ et à l'économie¹⁵⁶.

Cependant, l'application par le juge d'un droit aussi imprégné d'économie soulève également des interrogations d'ordre plus théorique. Le droit économique¹⁵⁷ réveille chez le juriste la crainte que l'économie ne porte « atteinte à l'intégrité du droit »¹⁵⁸. Cette crainte n'est pas nouvelle et elle concerne directement le rôle du juge dans la réalisation du droit. Par exemple, en France, des auteurs qui avaient, dans les années 1970, annoncé la naissance d'un droit économique pensaient que la « déjuridiciarisation du droit » était inéluctable¹⁵⁹. C'est précisément la perméabilité de la norme juridique aux considérations économiques qui était censée entraîner une dégradation des sources formelles du droit¹⁶⁰.

En clair, le droit aurait perdu au contact de l'économie les qualités nécessaires à l'application judiciaire de la norme¹⁶¹. Pour appliquer un nouveau droit pénétré d'économie, il faudrait inventer

¹⁵² L'appareil judiciaire traditionnel n'étant pas idéalement conçu pour contrôler les décisions prises en matière de concurrence. En effet, le juge administratif, notamment de l'excès de pouvoir saisi des actes (confrontation entre des actes et les normes immédiatement supérieures) et non des comportements, alors que le droit économique, en particulier, le droit de la concurrence, doit s'intéresser aux comportements. Voir sur ce sujet Laurent Richer, « Le juge économiste », *AJDA*, 2000, p. 703.

¹⁵³ Sibony Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, voir 2008, p. 2

¹⁵⁴ Canivet Guy, « Propos généraux sur les régulateurs et les juges », op. cit, p.192

¹⁵⁵ La perméabilité du droit administratif aux normes communautaires, dont la teneur économique est très forte, contribue à repenser le droit et ses règles autrement. La prise en considération des données du marché et des impératifs de régulation économique contribue à atténuer et même altérer l'exorbitance du droit administratif. D'ailleurs, on a toujours dit que le droit administratif est réputé inadapté à l'économie, l'activité économique offrant moins de prise que d'autres activités au contrôle contentieux. Avec ce changement de paradigme juridique du à l'intégration de la régulation dans le droit administratif et dont le juge africain est tenu, se pose la question de l'évolution du contenu du droit administratif lui-même. Voir à ce sujet : Jacques Caillose, « Le droit administratif français saisi par la concurrence », *AJDA*, pp.99-105 ; Voir également, Jean Yves Chérot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 2000, pp. 687-701.

¹⁵⁶ Armand-Prevost, « Quel profit pour un juge économique en France ? », in *Mélanges Pierre Bezar*, LPA et Montchrestien, 2002, pp.33-40 ; voir également Laurent Richer, « le juge économiste », *AJDA*, 2000, pp. 704.-708.

¹⁵⁷ Dans cette discipline, le droit n'est pas une source première et le fondement de la règle juridique, c'est une technique subordonnée à la réalisation d'un but économique. Dans cette conception, l'économie n'est plus un outil pour le droit, c'est le droit qui devient un instrument de l'économie. Voir sur cette question Jacquemin A, « Le droit économique », *RTD*, com. 1972 ; pp.283-295 ; Voyel. L « L'économie serviteur ou maître du droit », *Mélanges André Decocq*, Litec 2004, pp. 605-614

¹⁵⁸¹⁵⁸ Tamin C, « Economie et droit » in Dénys. Alland et J. Riels (dir), Dictionnaire de la culture juridique PUF et Lamy, 2003, pp. 578-581

¹⁵⁹ Farjat Gérard, *droit économique*, PUF, coll. « themis » 1^{ère} édition. 1971 p.392

¹⁶⁰ Ibidem p.393

¹⁶¹ Boulouis Jean, « Droit économique » in *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p.175

des « magistratures économiques »¹⁶². Ce qui leur permettra d'intégrer les enjeux et impératifs de la régulation économique dans leur raisonnement et de comprendre que dans certaines situations l'application du droit dans toute sa rigueur et son autorité peut être contreproductive d'un point de vue économique.

Toutefois, il importe de souligner que le juge sénégalais de l'administration n'est pas aussi outillé que le juge français. En effet, il ne dispose ni du pouvoir d'enjoindre à l'administration d'agir dans un sens ou dans un autre, ni de prononcer une astreinte. Or, l'efficacité du contrôle juridictionnel de la régulation justifie le renforcement des pouvoirs du juge.

2 : La faiblesse de la régulation due aux pouvoirs limités du juge de l'administration

Les raisons de douter de l'efficacité du contrôle juridictionnel des décisions de l'ARMP demeurent malheureusement nombreuses en dépit des efforts¹⁶³ d'analyse et de construction juridique constatés chez le juge de la Cour Suprême. Des difficultés actuelles ressortissent au moins trois ordres de préoccupations.

Il y a d'abord l'absence des dispositions réglant de manière satisfaisante le problème des procédures d'urgence relativement au contentieux de la passation des marchés publics. En effet, la réforme du droit des marchés publics impulsée par le droit communautaire¹⁶⁴ devrait induire de nouvelles méthodes de gestion du contentieux y relatif. Il en est ainsi de l'institution du référé précontractuel à l'image de ce qui se passe en France¹⁶⁵. Ce type de recours est un recours singulier en ce qu'il se situe à mi-chemin entre les procédures classiques et le contentieux de pleine juridiction. A cet égard,

¹⁶² Jacquemin Alexis, *la magistrature économique*, oyez et Bruylant, 1976, « Eléments structurels d'une magistrature économique » RTD com 1977, pp. 421-434

¹⁶³ Parmi les efforts révélateurs de la volonté du juge sénégalais de l'administration de se départir du COA jugé dépassé sur certains points, on note le renversement de la charge de la preuve (CS, 7 mars 1963, Amadou Alpha Kane) et l'erreur manifeste d'appréciation (CE du Sénégal 27 octobre 1999 CICR)

¹⁶⁴ Les marchés publics n'ont pas échappé à la communautarisation des politiques étatiques en ce sens que leur ouverture à la concurrence constituait l'un des éléments clés de la réalisation du marché commun. Afin d'instaurer des conditions de mise en concurrence effective, l'UEMOA a mis en place un triple rideau législatif portant respectivement sur la publicité des appels d'offre, l'harmonisation des conditions de passation des marchés publics et enfin les voies de recours pour les concurrents non retenus. Voir à ce sujet Alexandra Langlais, « l'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat », *RDP*, no 6, 2006, pp.1600-1614.

¹⁶⁵ V. Brenet François, « Succession d'un référé précontractuel et d'un référé contractuel », note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *Droit administratif*, janvier 2011, p. 38 et s., spéc. p. 38. Le Professeur Jean-David DREYFUS remarquait une « mosaïque de recours ». V. Dreyfus Jean-David, « Référé précontractuel et référé contractuel : l'ignorance prémunit contre l'irrecevabilité », note sous CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, in *AJDA*, 2011, p. 51. et s., spéc. p. 52. Le Professeur Philippe Cossalter qualifiait le contenu du contentieux administratif des contrats publics de « feu d'artifice ». V. en ce sens : Cossalter Philippe, « Vingt ans de contentieux administratif des contrats publics : permanence et innovations », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Boivin*, IDPA, 2012, p. 231 et s., spéc. p. 250. Le Professeur Stéphane Braconnier soulignait la « concurrence fratricide entre les actions post-contractuelles ouvertes aux concurrents évincés » ; Marino-Philippe Clémence, « Les nouvelles règles de la commande publique : bilan autour d'un contentieux en perpétuelle évolution », in *RDP*, 2011, p. 113 et s., spéc. p. 114

nombreux sont les acteurs qui qualifient le « juge des référés précontractuels de juge de pleine juridiction statuant en la forme des référés ».

Dans ce nouveau système, la Cour suprême qui, faut-il le rappeler, est compétente pour le contentieux de la passation des marchés et, notamment, des actes détachables¹⁶⁶ du contrat, pourra bénéficier des avantages du contentieux de pleine juridiction et des procédures d'urgence classique¹⁶⁷. Il aura à ses dispositions une large palette de pouvoirs et sera prêt pour statuer rapidement au terme d'une procédure contentieuse allégée. Aussi bien la doctrine que la jurisprudence admet que les pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels sont ceux du juge de pleine juridiction¹⁶⁸. Cette assimilation est symptomatique de l'étendue des pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels qui peut ordonner à l'administration, auteur de manquement, de se conformer à ses obligations¹⁶⁹. Cependant, il peut enjoindre à l'administration de reprendre l'ensemble de la procédure de passation du contrat¹⁷⁰ ou seulement une partie de cette procédure à partir d'un stade fixé par lui en fonction du moment où a été commise la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ou de procéder à un nouvel appel d'offres¹⁷¹.

Toutefois, il convient de souligner que des réformes sont nécessaires, qu'elles se produisent par voie législative ou réglementaire, pour permettre au juge sénégalais de l'administration d'assurer, à l'image de son homologue français l'efficacité de la régulation des marchés publics. En effet, les libertés économiques des soumissionnaires et les enjeux économiques et financiers de ses marchés sont à ce prix.

L'efficacité de contrôle juridictionnel est, en second lieu gravement affectée au Sénégal, par l'interdiction que se fait à lui-même, le juge de la Cour suprême d'adresser des injonctions à

¹⁶⁶ Article 19 de la loi n° du 7 août 2008, JORS n°6420 du 8 août 2008, p759. L'article 140 du code des obligations de l'administration qui, faut-il le rappeler, codifie une bonne partie de la jurisprudence administrative française, considère comme actes détachables les actes suivants : l'autorisation de contracter, la décision de contracter ou de ne pas contracter, l'opération d'adjudication, l'approbation du contrat, l'acte de conclusion du contrat ou le refus de conclure.

¹⁶⁷ Les procédures d'urgence classiques renvoient, ici au sursis à exécution des décisions administratives dont le prononcé est subordonné à la réunion de deux conditions : l'existence de moyens qui paraissent sérieux en l'état de l'instruction et un préjudice irréparable. La cour suprême dans les affaires Etat du Sénégal c/ARMP et Société Angélique International Limited (A.I.L) tranchées respectivement le 25/09/2008 et le 23/08/2012, a ordonné le sursis à exécution des décisions d'attribution des marchés publics en cause. Voir sur cette question du sursis, Moustapha Ngaïde et Momar Tall Sock, Code des marchés publics annoté, édition Judiscare, 2015, p. 176 ; Voir sur la jurisprudence relative au sursis à exécution, Alioune .Sall, « le sursis à exécution des décisions administratives dans la jurisprudence sénégalaise », Revue juridique et politique des Etats francophones, n°04, vol 59, 2005, pp.499-543

¹⁶⁸ Lafaix Jean François, « le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA*, novembre-décembre 2010, pp.1089-1113

¹⁶⁹ En France par exemple, il est à noter que le juge des référés précontractuels des contrats passés par les entités adjudicatrices dispose d'un pouvoir d'injonction auquel est assortie une obligation d'information de l'auteur du manquement du délai qui lui est imparti pour y remédier. Voir sur cette question Laura Preud'homme, *L'articulation des voies de recours dans le contentieux de la commande à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, Université Paris, Panthéon Sorbonne, 2013, 458 pages

¹⁷⁰ V. par ex. : CE, ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, req. n° 141633, Rec. p. 300 ; CE, 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse, req. n° 169706, Rec. p. 488

¹⁷¹ V. par ex. : CE, 6 novembre 1998, Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, req. n° 194960

l'administration. On ne peut lui trouver aucune justification théorique véritablement satisfaisante puisque « ordonner à l'administration de faire ce que le droit lui impose ne constitue pas une méconnaissance de la séparation des pouvoirs ou des fonctions »¹⁷², et qu'elle n'est posée par aucun texte. D'ailleurs, cette attitude du juge africain de l'administration, et particulièrement sénégalais, peut être perçue par les justiciables comme un déni de justice. En réalité, l'inexistence de cette règle en droit sénégalais constitue un obstacle insurmontable à la modernisation de la juridiction administrative.

Cependant, la structure est relativement différente en France en ce sens que la loi du 16 juillet 1980 et celle du 8 février 1980 prévoyant respectivement la possibilité de condamner l'administration sous astreinte et lui enjoindre d'exécuter une décision de justice. La jurisprudence française a même été très loin dans cette voie l'arrêt Bour du 26 février 2003¹⁷³ dans lequel on voit le Conseil d'Etat, après avoir annulé une décision de préemption, dicter à l'administration la conduite qu'elle doit adopter pour revenir dans la légalité et le faire en lui donnant de véritables instructions sur la façon de procéder à la revente de l'immeuble irrégulièrement préempté, à la fixation du prix.

Cette extension des pouvoirs d'exécution du juge a conduit bon nombre d'individus à se demander s'il ne convenait pas d'envisager de nouvelles extensions des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoirs pouvant conforter, par exemple, un pouvoir de réformation ou, comme en Allemagne, celui de procéder à une déclaration des droits de l'administré¹⁷⁴.

Dans un souci de renforcement de l'Etat de droit et du contrôle juridictionnel de l'Administration, le législateur devrait pouvoir introduire ces techniques juridiques dans notre droit positif. Il ne faut pas attendre du juge de l'administration qu'il le fasse parce que davantage cantonné à ses fonctions d'application de la loi que de créer de nouvelles règles..

En réalité, c'est une évidence de dire que le juge a une lecture littérale de ses attributions. Ce qui fait de lui un juge qui met davantage en œuvre son pouvoir juridictionnel que celui dit jurisprudentiel. Or, grâce à ses techniques, le juge pourra s'intéresser de plus en plus étroitement aux conséquences de ses décisions et faire entrer dans son office la responsabilité de veiller à l'après jugement, œuvrant ainsi pour une grande effectivité de la justice administrative. Ce qui lui permettrait, après avoir annulé une décision d'attribution d'un marché public en raison de la

¹⁷² Debbasch Charles, *Déclin du contentieux administratif*, op. cit, p.97

¹⁷³ *AJDA* 2003, 732, chr. Donnet et Casas, *AJDA* note Fatôme

¹⁷⁴ Cette procédure permet au juge, après avoir conclu à l'illégalité de l'acte administratif, de constater que le requérant est juridiquement fondé à demander à l'administration compétente de prendre un acte administratif individuel en sa faveur. En d'autres termes, dans le cadre de cette, le juge administratif déclarait que l'administration à l'obligation légale d'émettre un tel acte. Voir sur cette question Fabrice Melleray, « Déclaration de droits et Recours pour excès de pouvoir », *RDP* N°04-1998 pp.1088-1129

violation du code des marchés publics, d'exiger de l'administration de reprendre la procédure le plus rapidement en lui indiquant les orientations qu'il estime appropriées. Concrètement, en l'état actuel du droit positif sénégalais, lorsque le juge annule une décision de l'ARMP, il n'accepte pas de se prononcer sur la question de savoir si le soumissionnaire avait droit à l'attribution du marché. Enfin, si on laisse de côté des problèmes d'ordre juridique qui pèsent lourd sur le pouvoir régulateur du juge de l'administration, il faut s'interroger sur sa capacité au regard de sa formation, à juger efficacement les problèmes afférents au contentieux économique.

Cette interrogation vient à son heure du fait que la mondialisation économique a pu entraîner une reconfiguration de l'action publique et induit une nouvelle manière de penser les rapports droit-économie. Le juge de l'administration, juge naturel de l'action publique, se doit d'être imprégné des réalités juridiques et économiques sans cesse évolutives. De ce fait, il pourra se familiariser avec le droit économique, le droit de la régulation économique, l'intégrer dans le droit administratif et élargir, ainsi, le spectre de la légalité.

Conclusion

Le contentieux économique se développe de façon exponentielle du fait non seulement de l'ouverture de plusieurs secteurs d'activité publique à la concurrence mais aussi de la création et du fonctionnement des autorités de régulation que sont les autorités administratives indépendantes. Cette nouvelle configuration du paysage administratif donne l'occasion au juge d'intervenir soit pour rappeler les règles du jeu économique, auquel cas le juge témoigne de son rôle d'arbitre et de régulateur du système économique, en particulier la passation des marchés publics. Mais, il prend en considération le fait que l'évolution ainsi que la diversification des champs d'action de l'administration doivent l'amener à concevoir son office autrement s'il ne veut être un juge dépassé par les événements. Ses outils doivent être adaptés à la résolution des litiges, en particulier, les contentieux de la passation des marchés publics soumis à son appréciation.

Par conséquent, le juge de l'administration va apprendre à vivre dans un environnement juridique communautaire qui constitue pour lui à la fois une contrainte forte du fait de l'intégration des aspects économiques de régulation sans son raisonnement mais aussi un facteur constant de renforcement de ses pouvoirs et de son rôle.

Ce faisant, on assistera à la perméabilité accrue du droit administratif aux normes communautaires et, aussi, à l'altération de l'exorbitance de ce corps de règles dérogatoires au droit commun. Les techniques et la structure de pensée du juge de l'administration s'en trouveront profondément modifiées au bénéfice des administrés qui, du fait, du libéralisme du juge, verront leurs droits mieux affirmés et protégés.

Dr Mamadou Yaya DIALLO
Enseignant à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de Dakar