

Le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux en Afrique : le cas du Sénégal

Sidy Alpha NDIAYE

Docteur en droit public

Assistant à la Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP) de l'Université Cheikh Anta Diop

Résumé : Les mutations du droit administratif sont prodromiques de la déliquescence de l'Etat. Ce constat abrupt peut se vérifier dans le régime de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux. En effet, il s'agit d'un domaine dans lequel le souci de préserver la sécurité des situations acquises au profit des administrés est élevé au rang d'exigence. Ce leitmotiv n'est d'ailleurs pas sans rappeler une tendance contemporaine du droit administratif : l'entrisme récurrent des personnes privées dans sa sphère. En tout état de cause, les mutations de la matière doivent être concomitantes à l'évolution des normes qui la sous-tendent. Or, au Sénégal, les normes relatives à la sortie de vigueur des actes créateurs de droits ne sont plus à même de saisir l'histoire de ce droit on ne peut plus complexe par son particularisme exacerbé et sa temporalité fluctuante. Cette histoire, assez récente au Sénégal, est pourtant déjà bien singulière. Entre une cristallisation inachevée, une pusillanimité prétorienne et des normes nationales et transnationales non prises en compte, l'histoire est surtout celle de l'incomplétude du régime de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux. La loi sénégalaise du 6 février 1970 permet-elle toujours d'assurer l'équilibre entre la défense du principe de légalité et la préservation de la sécurité juridique ? Pour cette catégorie particulière d'actes, il n'est guère irrelevante de faire le départ avec le modèle français qui, dans bien des cas, a donné une texture au droit administratif appliqué en Afrique noire francophone et au Sénégal en particulier.

Le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux interpelle car il est au confluent de la tension entre des principes *a priori* antagoniques : le principe de légalité et celui de la sécurité juridique. En effet, lorsque l'acte a créé des droits pour les administrés, sa disparition rétroactive ou seulement pour le futur ne peut se faire que sous réserve de certaines conditions qui visent à trouver un équilibre satisfaisant entre ces deux objectifs potentiellement contradictoires. En réalité, les conditions de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux sont d'autant plus complexes que la typologie des actes administratifs est éclatée. Qu'elle prenne la forme de décisions explicites ou implicites, la décision de sortie de vigueur de l'acte, sous-tendue par les exigences de la légalité administrative, vise pourtant la préservation des droits acquis par les administrés.

Cette complexité du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux, qui fait l'objet de notre étude, est exacerbée, en Afrique, par une construction du droit qui traduit une politique de l'adaptation ou de l'innovation en trompe-l'œil¹. La codification du droit administratif sénégalais illustre cette insuffisance structurelle². Présenté comme une innovation majeure, le Code des obligations de l'administration ne propose finalement qu'une originalité formelle³. Deux raisons expliquent cette incomplétude. D'une part, le Code ne fait que reprendre à son compte la jurisprudence française ; ce qui ne résout en rien la crise de valeurs du droit administratif au Sénégal. D'autre part, il ne contient que des dispositions sur le contrat et la responsabilité ; ce qui laisse des pans entiers du droit administratif en dehors de l'activité législative. Eu égard à la pusillanimité procédurière et à l'absence de culture contentieuse des administrés, la jurisprudence apporte peu de réponses aux problématiques contemporaines qui foisonnent inéluctablement dans les domaines non codifiés du droit administratif. Ainsi, on est en présence de catégories entières du droit administratif qui ne sont ni codifiées intégralement ni sujettes à une évolution jurisprudentielle.

Le cas du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux pose problème en raison d'une absence d'évolution jurisprudentielle rendue pourtant nécessaire par l'usure du temps et l'état fluctuant du droit. Cela est dû à l'absence de dynamisme du juge africain qui ne fait, dans la plupart des cas, que reprendre la jurisprudence française⁴ ou appliquer

¹Au Sénégal, on ne trouve trace d'une véritable innovation que dans l'unité de l'ordre de juridiction. Cf. Ordonnance n° 60-56 du 14 novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Cette unité de juridiction suppose que ce sont les mêmes juges qui connaissent de l'ensemble du contentieux qui leur est présenté. Cependant, la particularité du droit administratif est que des règles spéciales ont été aménagées pour le contentieux administratif. Ce qui fait dire, qu'au Sénégal, le système en vigueur est celui d'une unité de juridiction avec dualité de contentieux. V., P. M. SY, « Entre l'unité et la dualité de juridictions : l'Afrique noire francophone à la quête d'un modèle d'organisation de la justice administrative », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 2, 2011, p. 265.

² V., Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JORS de 1965, pp. 945 et s.

³ S. Diop, « Quelques remarques sur le Code des obligations de l'Administration du Sénégal », *RIPAS*, n° 16, janvier-juin 1987, pp. 95 et s. V. aussi, A.B. Fall, « Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Mélanges Jean du Bois de Gaudusson, Tome II, Droit d'ici*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 225.

⁴ Au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire ou encore au Bénin, le régime de retrait des actes individuels créateurs de droits illégaux est arrimé à l'ancienne jurisprudence française qui conditionne le retrait de cette catégorie d'acte à l'illégalité de la décision et au respect du délai du recours contentieux de deux mois. V. CE, 3 novembre 1922, Cachet, Rec. 790. V., J. M. Nzouankeu, *Les Grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise*, tome 1, contentieux de la légalité, 3^e édition, 1993, 336 p. ; S. Yonaba, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif*, Collection Précis de droit burkinabé, 2^{ème} éd., 2013, pp. 113 et s. ; M. Bleou Djézou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, Centre National de Documentation Juridique (GIZ), 2012, pp. 231 et s et I. D. Salami, *Droit administratif*, CeDAT, 2015, pp. 115 et s. Plus généralement, V., G. Pambou Tchivounda, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, P. Pedone, 1994, 648 p. ou Y. Binyoum, N. P. Ngwese, *Éléments de contentieux camerounais*, Harmattan Cameroun, 2010, 264 p.

scrupuleusement le droit écrit⁵. Et lorsqu'il s'agit de reprendre les décisions des juges du Palais royal, il y a un retard systémique qui interroge sur la faiblesse substantielle d'un droit dont la nature profonde appelle pourtant à l'évolution⁶. Cette absence de rôle créateur, propre en principe à un juge, est prégnante dans le régime juridique de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux⁷. En effet, la jurisprudence ne permet pas d'en dégager un régime qui puisse répondre aux nécessités juridiques et aux évolutions actuelles⁸. Cette incomplétude normative s'inscrit à rebours de l'ontologie du droit administratif né d'un miracle⁹. Construit sur la reliance entre les éléments d'un triptyque – intérêt général, action d'une personne publique et règles exorbitantes du droit commun –, le droit administratif va éclore et, *in fine*, s'exporter¹⁰. Si la force de cette construction résiste mal aux mutations structurelles de la matière, sa charge substantielle dépasse les paradigmes spatio-temporels¹¹. Transporté en Afrique noire francophone par le truchement de la colonisation, le miracle du droit administratif affleure dans l'environnement normatif local à tel point que l'on estime que « ce sont la philosophie libérale du droit administratif et la culture juridique et administrative française qui sont plaquées sur la société sénégalaise »¹². Il s'agit, en effet, de la vitrine de l'« exportation » juridique française¹³. De manière générale, en Afrique, la soumission de l'administration au droit administratif, les techniques d'organisation administrative et de contrôle de l'administration sont de véritables succédanés du droit administratif français¹⁴.

⁵ N. M. F. Diagne, *Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit public, Université Cheikh Anta Diop, soutenue le 29 juillet 1995, p. 312.

⁶ Sur la doctrine relative à l'évolution du droit administratif en Afrique, V., P. Moudoudou, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique francophone », *Revue Juridique et Politique*, n° 1, 2010, p. 52 ; C. K. Tchapgna, « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *Afrilex*, n°1, 2000, pp. 1-22 ; G. J. C. Mebiana, « L'évolution du droit administratif congolais », *RJP*, 2008, n° 2, p. 209 ; D. Sy, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *EDJA*, n° 67, 2005, p. 39.

⁷ Sur le rôle créateur du juge, V. D. Sy, « Le juge sénégalais et la création du droit en Afrique », in *La création du droit en Afrique*, D. Darbon et J. du Bois de Gaudusson. (dir.), Karthala, 1997, pp. 401 et s.

⁸ V., R. Noguellou, « L'imbroglio du régime du retrait des actes administratifs », *DA*, mars 2007, p. 3.

⁹ P. Weil, *Le droit administratif*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1966, p. 3.

¹⁰ Pour la naissance du droit administratif, T.C. 8 février 1873, Blanco, Rec., 1^{er} suppl. 61, Conclusions David, G.A., p. 1. En Afrique, certains arrêts ont repris la substance de la jurisprudence Blanco. Pour la Côte d'Ivoire, par exemple, V. Rapport sur CS (Côte d'Ivoire) 14 janvier 1970, Société des Centaures routiers, *AJDA* 1970, p. 560 et s. et *Revue ivoirienne de Droit*, n° 3, 1970, pp. 19-21.

¹¹ V., J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279 et s.

¹² D. Sy, *Droit administratif*, CREDILA, 2^{ème} éd., 2014, p. 39.

¹³ Y. Gaudemet, « L'exportation du droit administratif français, brèves remarques en forme de paradoxe », in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 431 et s.

¹⁴ En Afrique, le juge administratif s'inspire très souvent des principes dégagés dans les grandes décisions rendues par le Conseil d'Etat français. V., S. Yonaba, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabé : de l'indépendance à nos jours*, 2^{ème} éd, Presses africaines, 2008, pp. 88 et s. V. aussi, Y. S. Lath, « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, vers un droit administratif africain francophone ? » *RDP*, n° 5, 2011, p. 1255 et M. Ondoua, « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJPIC*, n°3, 2002, p. 287.

Dans le cadre spécifique de notre réflexion, nous verrons que le régime de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux ne s'éloigne pas, dans sa conception, du modèle français. Fondamentalement, ce « macro-mimétisme »¹⁵ interpelle. En effet, phénomène qui s'inscrit dans l'histoire en tant que vecteur de sécrétion des normes juridiques, le droit est à la fois une contingence sociétale et une tentative d'objectiver les réalités ou représentations sociales. Or, l'histoire du droit administratif en Afrique noire francophone est qu'elle n'est pas suffisamment racontée par le législateur ou le juge en raison de sa naissance lointaine. La difficulté d'un droit emprunté, ahistorique, qui aurait pour vocation de régir des situations concrètes précipite l'incomplétude dans laquelle le droit administratif se trouve aujourd'hui. Sans en avoir véritablement le choix, le législateur a préféré l'adaptation à la rupture¹⁶.

Au Sénégal, particulièrement, ce non-choix est révélateur de la nature du droit administratif local qui est celle d'une inféodation juridique au droit administratif français. En effet, le droit administratif sénégalais se résume à une adaptation au contexte local de constructions théoriques fondamentales du droit administratif comme la notion de service public, de personne publique, de contrat, de responsabilité, de recours pour excès de pouvoir ou encore d'actes unilatéraux¹⁷.

Pourtant, il n'aurait pas été irrelevante que le législateur et la jurisprudence sénégalaise investissent davantage le régime sensible de sortie de vigueur des actes créateurs de droits en ce qu'elle porte potentiellement atteinte à la sécurité juridique des administrés, autre préoccupation sanctuarisée du droit administratif. Le principe est que l'autorité de la chose décidée est relative. En effet, les autorités administratives disposent de la capacité de revenir sur leurs décisions par un acte postérieur à celui qui fait l'objet du retrait ou de l'abrogation. Ce pouvoir reconnu à l'administration doit cependant être appréhendé avec parcimonie car, pour le retrait, il emporte la disparition de l'acte tant dans ses effets futurs que dans ses effets

¹⁵ D. Sy, *Droit administratif, op.cit.*, p. 39.

¹⁶ V., M. Kamto, « La fonction administrative contentieuse de la Cour Suprême du Cameroun », in G. Conac et Jean du Bois de Gauduson (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique, La jurisprudence administrative*, vol 3, Economica, 1988, pp. 59 et s. Le professeur souligne, en effet, que « toute réflexion faite, il n'y a pas lieu de s'émouvoir parce que le droit national résulterait pratiquement d'emprunts sélectifs faits à des législations étrangères. La question qui devrait interpeller le juriste est de savoir si la norme importée fournit la solution adéquate au problème juridique local. Si c'est le cas, le droit importé devient alors le droit national par réception ou par incorporation. L'emprunt juridictionnel est d'autant plus inévitable en matière de contentieux administratif que le droit administratif lui-même est tout entier un droit nouveau en Afrique, son apparition étant intimement liée à celle de l'Etat moderne d'inspiration européenne ».

¹⁷ D. Sy, *Droit administratif, op.cit.*, p. 39. Sur les particularités du droit administratif sénégalais, V., J. M. Nzouankeu, « Remarques sur quelques particularités du droit administratif sénégalais », *RIPAS*, n° 9, p. 3.

passés. Décision rétroactive, l'acte retiré rétabli dans son état antérieur l'ordonnancement juridique. Ce qui fait dire au doyen Hauriou que le retrait révèle « la lutte engagée entre le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le droit conféré par cette même administration qui entend bien devenir un droit acquis »¹⁸. L'abrogation, en ce qu'elle n'efface que les effets à venir de l'acte, porte moins atteinte à la stabilité des situations acquises.

A l'évidence, les bouleversements que peuvent entraîner le retrait et l'abrogation sont tels que leur régime doit être intégralement légiféré, à défaut d'être encadré par une jurisprudence évolutive. Il s'agit de trouver un difficile alliage entre des principes *a priori* antagoniques. D'une part, on peut soulever la nécessité de trouver un point d'équilibre entre le principe du retrait et celui de la non-rétroactivité des actes administratifs¹⁹. D'autre part, il n'en est pas moins nécessaire de prendre en considération la sécurité juridique lorsqu'une décision administrative, de surcroît créatrice de droits, est rapportée même si c'est en raison d'une illégalité manifeste. D'autres impératifs doivent, au surplus, être poursuivis : le nécessaire respect du principe de légalité, pierre angulaire d'un droit administratif qui trouve dans la verticalité des normes sa justification suprême²⁰, et la préservation des droits acquis, c'est-à-dire la sécurité juridique²¹. Ces difficultés présentées, il n'en reste pas moins que « la nécessité d'une bonne administration capable de s'adapter à des situations changeantes et parfois complexes justifie son pouvoir de retrait »²².

La définition tautologique des actes administratifs unilatéraux n'enlève en rien à la complexité qui caractérise leur identification²³. En effet, le dépassement de l'empire du pouvoir organique atomise les auteurs susceptibles d'être à l'origine de l'acte. Dès lors que l'acte est soumis au régime du droit administratif et au contrôle du juge administratif, il peut être édicté par une personne privée. Il faut souligner aussi que l'acte doit nécessairement avoir pour finalité de

¹⁸ V., note sous CE, 3 novembre 1922, Dame Cachet, Vallois et Inglis, S. 1925.III, p. 9.

¹⁹ CE, 25 juin 1948, Société du journal l'Aurore, Rec., Lebon, p. 289.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 1-3.

²¹ La notion de droits acquis peut être ambivalente. En effet, « certains la considèrent comme un droit au maintien de l'acte, ce qui supposerait une application illimitée dans le temps de l'acte. D'autres la conçoivent comme un droit au maintien des situations créées par l'acte et là, on se retrouve plus près du principe de non-rétroactivité ». V., A. Ba, « Le retrait des actes administratifs illégaux créateurs de droits : la complexité croissante du régime », *RDPA*, 2007, n° 6, p. 1620. V. aussi, P. Auvret, « La notion de droit acquis en droit administratif français », *RDPA*, 1985, pp. 54 et s ; C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1997, p. 71 et C., Santulli, « Les droits acquis », *RFDA*, 2001, p. 87.

²² A. Ba, « Le retrait des actes administratifs illégaux créateurs de droits : la complexité croissante du régime », *op.cit.*, p. 1618.

²³ Un acte administratif unilatéral est avant tout un acte administratif. Par nature, un acte est administratif lorsqu'il émane d'une autorité administrative. V., C.E, Ass., 12 mars 1982, CGT, *RDPA*, 1982, p. 1697, note Auby ou C.E, Ass., 22 décembre 1982, *d'Orcival*, Rec., p. 437. Il peut également émaner d'une personne privée chargée de la gestion d'un service public. V., C.E du Sénégal, 27 avril 1994, ASC Dial Diop, Bulletin des décisions des arrêts du conseil d'Etat, p. 62.

régir le comportement d'une ou de plusieurs personnes qui, à rebours du contrat administratif²⁴, n'en sont pas juridiquement les auteurs. Il est également dit décisoire, c'est-à-dire susceptible de recours pour excès de pouvoir²⁵. C'est en ce sens que la doctrine s'accorde pour dire que c'est un acte « créateur de droits et d'obligations à l'égard des administrés, manifestation de la puissance publique et révélateur de la situation d'inégalité entre l'administration et les particuliers »²⁶. En sus, l'acte doit faire grief, c'est-à-dire que « la décision administrative, donnant à l'administration le privilège du préalable (...), est au sein des actes unilatéraux une décision qui modifie l'ordre juridique existant (...) »²⁷.

Précisément, les actes administratifs non-réglementaires ou individuels, par définition, créent des droits acquis surtout lorsqu'il s'agit de décisions explicites²⁸. Ce sont des actes qui s'inscrivent aux antipodes des actes dits reconnaissifs en ce qu'ils reposent simplement sur la constatation, par l'administration, d'éléments devant commander sa décision. Le régime de leur sortie de vigueur, en cas d'illégalité, pose problème car il y a des antinomies substantielles à corriger, ou, à tout le moins, à concilier. En revanche, si la légalité de l'acte est établie, la sortie de vigueur d'un acte créateur de droits est impossible. Naturellement, la problématique est toute autre en cas d'irrégularité de l'acte.

Peut-on dire, en matière de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux, que l'incomplétude normative réside essentiellement dans la construction inachevée du régime et dans la complexité des règles applicables ?

La réponse positive que nous apporterons à cette interrogation est motivée par la croyance que le législateur doit davantage s'inviter dans ce domaine ou que le juge africain ne s'essaye à l'audace et retrouve sa qualité originelle de « faiseur de systèmes »²⁹. Le dynamisme de ces

²⁴ A la différence des actes unilatéraux, les contrats administratifs ne peuvent en principe pas faire l'objet de recours pour excès de pouvoir (C.E, Ass., 16 avril 1986, *Cie Luxembourgeoise de télédiffusion*, Rec., p. 97). En revanche, certaines clauses réglementaires d'un contrat échappent à cette règle (C.E, Ass., 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536, Rec. Lebon). Le juge sénégalais retient également l'exception des dispositions réglementaires du contrat pouvant faire l'objet de recours pour excès de pouvoir (C.S., 23 mars 1966, *Babacar Lo et Abdou Salam Diallo c/ Etat du Sénégal*, RLJ, 1966, pp. 92 et s.).

²⁵ Pour être susceptible de recours pour excès de pouvoir, l'acte doit obligatoirement faire grief, c'est-à-dire modifier l'ordonnement juridique. *A contrario*, les actes ne modifiant pas l'ordonnement juridique échappent au recours : C.E, 24 octobre 1984, *Centre hospitalier de Decazeville*, Rec., p. 697. V. aussi, C.S., 18 juillet 1962, *Amadou Alpha Kane c/ Ministre des postes et télécommunications*, RLJ, 1^{er} semestre 1962, p. 73 ; C.E du Sénégal, 25 août 1993, *Pr Iba Der Thiam c/ Etat du Sénégal*, in D. SY (dir.), *Répertoire de jurisprudence*, droit administratif, CREDILA, Dakar, 1993, 1994, 1995, p. 36.

²⁶ J. M. Deviller, *Droit administratif*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2009, p. 372.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Lorsque l'acte est créateur de droits, la condition de l'illégalité est indispensable à sa sortie de l'ordonnement juridique en raison du principe de l'intangibilité presque absolue des actes créateurs de droits réguliers insusceptibles de retrait. V., CE 9 avril 1999 *Saunier*, RFDA, 1999, p. 683.

²⁹ « Tout juriste est faiseur de systèmes » disait le professeur Jean Rivero. V., J. Rivero, « Apologie pour les " faiseurs de systèmes " »: D., 1951, chrono XXIII, p. 99.

deux autorités, législative et juridictionnelle, pourrait pallier l'incomplétude normative constatée aussi bien dans la construction inachevée du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux (I) qu'en matière de complexité des règles applicables (II).

I. Une incomplétude normative du fait de la construction inachevée du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux

Le régime de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux souffre de son anachronisme systémique. Il n'a pas su se renouveler en conciliant les impératifs de légalité et de sécurité juridique (A) et en intégrant les normes constitutionnelles et communautaires dérogoires au pouvoir d'action de l'administration (B).

A. Les difficultés de conciliation entre les principes de légalité et de sécurité juridique

L'enjeu du régime de sortie de vigueur des actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux réside dans la construction d'un équilibre peu ou prou convenable entre la protection des administrés qui jouissent de leurs droits conférés par l'administration et les nécessités d'une légalité administrative. Rétif aux évolutions de toute nature, le régime sénégalais rend cette conciliation improbable (1). Ce qui, au demeurant, justifie l'urgence de réinventer un alliage plus équilibré (2).

1. Une conciliation improbable

Le droit administratif repose sur un principe intangible : le respect du principe de légalité³⁰. L'idée est, en effet, que la puissance hypertrophique de l'administration ne doit pas peser arbitrairement sur les droits conférés aux administrés. En vérité, l'encadrement juridique du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits correspond à cette nécessité holistique d'Etat de droit ou de « gouvernement des sages » car c'est la structure de fonctionnement même de l'Etat qui en est la toile de fond³¹. Pourtant, l'incomplétude du système sénégalais

³⁰ J., Rivero, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité », in *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, p. 701.

³¹ Pour le professeur Jacques Chevalier, « l'objectif est d'établir la soumission de l'État au droit, en en faisant une réalité distincte et supérieure à lui [...]. Cette refondation du droit public doit conférer au droit administratif lui-même une nouvelle légitimité en en faisant, non plus un privilège pour l'administration, mais une garantie de son assujettissement ». V., J. Chevalier, « Le service public : regards sur une évolution », *Actualités juridiques – Droit administratif*, 1997, numéro spécial *Le service public – unité et diversité*, p. 9.

caractérisée par la déshérence d'un domaine oublié dans ses réformes par le législateur et le juge interroge sur l'effectivité même de la hiérarchie des normes.

L'évolution de la matière en France rend compte de l'existence d'un pouvoir de retrait devant satisfaire les exigences légales ou réglementaires³². Outre l'ambition de respecter la hiérarchie des normes, avec l'exception des dispositions législatives et réglementaires précisées, l'idée est aussi de clarifier le régime de cette catégorie particulière d'actes³³.

En Afrique, la question de la clarification se pose d'autant plus que le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits n'est qu'une transposition de la vieille jurisprudence française couplant le délai pour la sortie de vigueur de l'acte administratif au délai du recours contentieux³⁴. Dès lors, s'ensuit une incertitude liée au caractère non définitif des décisions administratives créatrices de droits du moment où le délai de recours contentieux continue à courir tant que le juge administratif peut prononcer l'annulation des actes illégaux³⁵. Par conséquent, l'administration dispose d'un pouvoir anormalement étendu en ce qu'elle peut rapporter ses actes créateurs de droits illégaux pendant toute la période où l'annulation peut avoir lieu. Cette insécurité juridique latente pour les administrés est inscrite dans les conséquences mêmes du couplage entre délai de retrait et délai de recours contentieux³⁶.

³² Le Conseil d'Etat décide que « sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ». V., CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon, n° 197018, Rec. Lebon.

³³F. Chaltiel, « Une nouvelle étape dans le régime du retrait de l'acte administratif unilatéral créateur de droits (À propos de l'arrêt Ternon du Conseil d'État du 26 octobre 2001) », *LPA*, 12 février 2002, p. 7.

³⁴ CE, 3 novembre 1922, Cachet, Rec. 790 ; *RD* 1922.552, concl. Rivet. En Afrique, V., par exemple, CSCA, Côte d'Ivoire, req. n° 96-655 *Bis* du 14 novembre 1996, Dame Zarour Sayed Kamela Ahmed c/ Ministère du logement, du Cadre de vie et de l'environnement. Le juge considère, en effet, que « les actes administratifs individuels ayant eu pour effet de créer des droits à leur titulaire ne peuvent faire l'objet d'un retrait que dans le délai du recours contentieux ou s'ils ont été obtenus frauduleusement ». Le juge béninois estime également que le retrait intervenu en dehors de la période de recours contentieux est illégal. V., CACS, arrêt n° 31/CA, 15 juin 2000, Ogoubiyi Donatien c/ Préfet de l'Atlantique et Batossi Léonard.

³⁵ Il faut souligner que l'existence d'un recours administratif préalable proroge le délai de retrait. V., CSCA, Côte d'Ivoire, 18 décembre 1991, Djo Moïse c/ Ministère de l'environnement, de la Construction et de l'Urbanisme. De même, lorsqu'un recours a été introduit contre un acte administratif, le retrait reste possible aussi longtemps que le juge n'a pas statué au fond.

³⁶Ainsi, dans l'arrêt Dame Anne-Marie Kouassi et Autres du 31 mai 2006, le juge ivoirien déclare « que l'auteur d'un acte administratif créateur de droits ne peut procéder au retrait dudit acte qu'à condition, d'une part, que celui-ci soit entaché d'illégalité, d'autre part, que le retrait intervienne dans le délai de recours contentieux de deux mois à compter de sa notification ou de sa publication ». V., CSCA, 31 mai 2006, Dame Anne Marie Kouassi et autres c/ Ministère de la construction et de l'urbanisme, arrêt n°21 inédit.

L'association actuelle des deux délais au Sénégal³⁷ et, plus généralement dans certains Etats en Afrique³⁸, est porteuse d'insécurité juridique. En effet, la difficulté principale de ce couplage des délais est de trouver un équilibre entre les préoccupations liées à la sécurité juridique et les impératifs du principe de légalité. Au Sénégal notamment, le problème résulte de la loi du 6 février 1970 qui, dans son article 5, dispose : « sauf exception prévue par la loi et sous réserve de dispositions contraires, les actes administratifs à caractère individuel, quelles qu'en soient la forme et l'origine, deviennent exécutoires dès leur notification. Ils ne sont opposables aux tiers que du jour où ceux-ci en ont officiellement connaissance. Ils ne peuvent être retirés lorsqu'ils ont créé des droits qu'avant l'expiration du délai de recours pour excès de pouvoir ouvert à tout intéressé ou avant l'intervention de la décision juridictionnelle sur ce recours »³⁹. C'est un truisme que de dire que ce texte ne suffit plus à encadrer le régime de sortie de vigueur des actes individuels créateurs de droits illégaux. La complexité de celui-ci tranche avec le caractère suranné de la disposition. En effet, ce texte, à l'instar des régimes qui proposent une association des délais de disparition de l'acte et de recours contentieux, introduit un schisme entre les destinataires de la décision en question et les tiers selon que le délai de recours, expiré pour les premiers, n'a pas encore été déclenché pour les seconds faute d'une publicité⁴⁰. S'ensuit la précarité de la situation des bénéficiaires de l'acte en question en ce que des droits qu'ils pensent acquis sont susceptibles de disparaître à n'importe quel moment. Ainsi, « l'auteur de la décision non publiée dispose du pouvoir redoutable de mettre en cause la

³⁷ Au Sénégal, ce couplage est prévu par la jurisprudence et la loi. V., CS, 19 avril 1967, Samba Cor Sarr, *Annales africaines*, 1974, p. 287 et la loi n° 70-14 du 6 février 1970 qui fixe les règles d'applicabilité des lois, des actes administratifs à caractère réglementaire et des actes administratifs à caractère individuel. V. aussi, CS, arrêt n° 61 du 23 septembre 2015, Bouré Diouf et autres c/ Etat du Sénégal.

³⁸ La jurisprudence Dame Cachet est abondamment appliquée en Afrique noire francophone. Pour le Burkina Faso, Dame Traoré née Compaoré Félicité, 23 janvier 1987. V., S. Yonaba, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif, op.cit.*, p. 110. Pour le Bénin, V. CACS, n° 05/CA du 8 juin 1995, Cocker Ismaila Siaka contre Préfet de l'Atlantique ou Arrêt n° 31/CA du 15 juin 2000, Ogoubiyi Donatien contre Préfet de l'Atlantique et Batossi Léonard. Pour la Côte d'Ivoire, V. CSCA, 22 juillet 1981, EL Hadj Bakary Koné C/Ministère des Travaux Publics, des transports, de la construction et de l'urbanisme, arrêt n°2, note DEGNI-SEGUI, *RID*, 1981, n°1-2, pp.135 et s. Le juge ivoirien déclare que le retrait de l'acte individuel créateur de droits « n'est possible que s'il est illégal et intervienne dans le délai du recours contentieux, c'est-à-dire dans le délai de deux mois après l'édition de l'acte ». V., CSCA, arrêt n° 154 du 24 juin 2015, Société séchage de Côte d'Ivoire c/ Ministre de la Construction, de l'Assainissement et de l'Urbanisme.

³⁹ Loi n° 70-14 du 6 février 1970.

⁴⁰ CS, 23 mars 1966, Samba Ndoucoumane Gueye, affaire n° 38/J/64. Pour originale qu'elle puisse l'être, cette jurisprudence a été reprise par le Conseil d'Etat français rompant ainsi avec la tradition d'une transposition unilatérale des décisions du juge administratif français par son homologue sénégalais. En effet, le Conseil d'Etat a repris la jurisprudence Samba Ndoucoumane Gueye quelques semaines plus tard. V., CE, Ass., 6 mai 1966, Ville de Bagneux, Lebon 303, *AJDA*, 1966. 485, chron. Puissochet et Lecat, *RDP*, 1967. 339, concl. Braibant et CE, Ass., 29 mars 1968, Sté du lotissement de la plage de Pampelonne, Lebon 211, concl. Vught, *AJDA*, 1968. 335.

situation, peut-être pas trop régulière, dans laquelle se trouve un particulier »⁴¹. Autre effet néfaste, l'ouverture très large du recours pour excès de pouvoir « a pour conséquence inattendue de prolonger de façon indéterminée l'instabilité de certaines situations individuelles que l'on subordonne finalement à la discrétion de l'administration, et celle-ci n'en usera pas toujours conformément à l'intérêt général »⁴². La solution pourrait survenir, pour le juge administratif, dans le refus que l'administration se prévale de sa propre turpitude, en négligeant de mentionner les délais et voies de recours dans la notification, pour procéder à une possibilité indéfinie de sortie de vigueur de l'acte⁴³. La formulation de la loi de 1970 selon laquelle les actes individuels « deviennent exécutoires dès leur notification » permet-elle toujours l'évitement d'un pouvoir illimité de disparition de l'acte par une inertie voulue ou une erreur de l'administration ? Rien n'est moins sûr.

En sus, les atteintes à la sécurité juridique du fait de l'association des délais posent un problème eu égard à l'effectivité de la loi fondamentale. En effet, par une interprétation téléologique, le principe de sécurité juridique revêt une valeur constitutionnelle. A tout le moins, il s'agirait d'un principe au prurit constitutionnel. Si le principe ne figure pas dans le texte de la Constitution sénégalaise, ni dans son préambule, il se rapproche, à défaut d'une assimilation intégrale, des notions de sûreté et de garantie des droits. La valeur constitutionnelle de ces deux notions est acquise en ce qu'elles sont prévues par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁴ qui fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité⁴⁵. Ce renvoi finaliste à un principe constitutionnel se consolide d'autant plus que le juge constitutionnel, sans le consacrer explicitement, utilise la notion comme une référence dans son contrôle de constitutionnalité des lois⁴⁶. C'est le cas lorsqu'il s'agit de limiter les possibilités de rétroactivité de la loi ou

⁴¹ A. Bockel, « La Cour suprême et le problème du retrait des actes administratifs », *Annales africaines*, 1970, p. 39.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CE, Ass., 24 oct. 1997, Mme de Laubier, Lebon 371, *LPA*, 20 févr. 1998, n° 22, p. 6. En cas de négligence de l'administration, le droit de retrait ne pouvait s'exercer que dans les deux mois de la notification incomplète ou ultérieurement mais sur demande d'un tiers.

⁴⁴ La sûreté est prévue par l'article 2 de la DDHC qui la considère comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Quant à la notion de garantie des droits, elle figure à l'article 16 de la même déclaration.

⁴⁵ Le Conseil constitutionnel du Sénégal, dans le cadre d'une affaire relative à l'exception d'inconstitutionnalité, considère implicitement que le préambule fait partie intégrante de la Constitution. V. CC, décision n° 11/1993. Il a, en outre, considéré, cette fois ci explicitement, que le préambule faisait partie intégrante de la Constitution. V., CC, décision n° 12/1993 du 16 décembre 1993 relative à l'interprétation du traité sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Par ailleurs, cette position a été confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat du Sénégal dans l'affaire Prosper Guéna Nitchen du 31 août 1994, Bulletin des arrêts du Conseil d'Etat, n° 1, p. 83. Dans la Constitution adoptée le 7 janvier 2001, il est précisé que le préambule fait partie intégrante de la Constitution. V., sur le même thème, Conseil constitutionnel français, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁴⁶ B. Mathieu, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 1999, p. 301.

lorsqu'il est question de sauvegarder la qualité de la loi⁴⁷. La réticence du Conseil constitutionnel de consacrer expressément cette exigence en principe constitutionnel tranche, d'une part, avec l'utilisation qu'il en fait dans la pratique⁴⁸ et, d'autre part, avec la reconnaissance du principe par le juge communautaire⁴⁹. Dans ces conditions, on ne peut que conclure sur l'urgence d'adapter le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux aux impératifs de sécurité juridique.

A l'inverse, un arbitrage démesuré en faveur de la sécurité juridique n'est pas non plus neutre. En effet, les droits nés des décisions illégales deviennent intangibles à l'expiration du délai de recours contentieux. La situation est telle que des droits pourtant acquis illégalement demeurent. D'ailleurs, la disparition de la décision créant ces droits risquerait l'annulation contentieuse⁵⁰. Ainsi, on retrouve dans l'environnement juridique, une cohabitation paradoxale entre des droits acquis illégalement et d'autres acquis de manière légale. Cet alliage hétérogène de situations fondées sur des paradigmes opposés crée un trouble dans l'ordonnement juridique. Le couplage des délais proposé par la loi de 1970 et par une abondante jurisprudence africaine entraîne irréversiblement ces conséquences que les mesures de correction n'ont pas pu intégralement effacer. En outre, on peut parler du régime de retrait des décisions implicites d'acceptation qui accorde très peu de crédit au principe de légalité rendant improbable la conciliation entre les deux exigences susmentionnées. En effet, la jurisprudence admettait l'impossibilité du retrait même pendant la durée du recours contentieux⁵¹. Le caractère excessif de cette jurisprudence relance, s'il en est, l'urgence de replacer le curseur de l'équilibre entre la sécurité juridique et la légalité.

2. Une conciliation à réinventer

En raison des incertitudes soulevées, la loi du 6 février 1970 peine à donner corps à l'une des missions principales du droit administratif : l'équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique. En effet, elle ne protège pas suffisamment les sujets de l'action

⁴⁷ V., F. Tulkens, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, p. 25.

⁴⁸ V., Décision du Conseil constitutionnel français, n° 84-184 DC du 29 décembre 1984.

⁴⁹ CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c/ Haute autorité de la CECA*, Rec. p. 319 et CJCE, 3 mai 1978, *Töpfler c/ Commission*, Rec. p. 1019.

⁵⁰ CE, 7 févr. 1973, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Nguyen van Nang*, Lebon 886.

⁵¹ CS du Sénégal, 27 décembre 1978, *Barka Diaw*, *GDJAS*, n° XXVII. V. aussi, CE, 14 novembre 1969, *Sieur Eve*, Rec. CE, p. 498 et CE, 1^{er} avril 1992, *Clinique des Maussins*, Lebon 144. En l'espèce, la jurisprudence *Eve* excluait le retrait d'une autorisation tacite illégale puisqu'aucune publicité n'était intervenue.

administrative. Cela est d'autant plus paradoxal que l'histoire même du droit administratif marque une évolution substantielle de la matière qui se privatise à la confrontation avec les opérateurs économiques ou des partenaires agissant avec une logique peu ou prou commerciale et industrielle. Ce mouvement de reflux de l'importance de la personne publique est apparent dans deux domaines.

D'une part, en matière de service public, on assiste à une crise systémique qui rend compte de la fin du monopole de l'Etat depuis l'avènement de la jurisprudence du *Bac d'Eloka*⁵². D'autre part, les prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration dans l'exécution du contrat s'amenuisent considérablement du fait de la densification du secteur privé. Cette tendance trouve un écho très favorable dans les litiges relatifs à l'exécution d'un contrat de travaux publics conclu entre une société concessionnaire d'autoroute et une autre personne privée⁵³. La nouvelle compétence du juge judiciaire en la matière relève de l'état actuel du droit administratif traversé par des bouleversements avant-gardistes et des tendances décentralisatrices au détriment de la puissance publique. La mondialisation de l'économie et la libéralisation des échanges, avec comme point d'orgue, la montée de l'initiative privée déstructurent une matière dont les substrats fondamentaux sont en reconstruction : la puissance publique et le service public. Ce sont donc les linéaments même de la jurisprudence *Blanco* qui échouent à fonder le droit administratif nouveau. L'érosion des paradigmes classiques, concomitante à l'apparition d'autres préoccupations, a retiré son originalité et sa texture au droit administratif.

Cette évolution, dans le sens d'un encadrement de l'action de la personne publique, constatée dans les domaines du service public et du contrat administratif, essaime également, avec force, en matière de sortie de vigueur des actes créateurs de droits. L'urgence pour le juge ou le législateur de saisir le temps de l'histoire se fait grande afin de réinventer un équilibre entre la nécessaire défense du principe de légalité et la protection de la sécurité juridique. Déployer un

⁵² TC, 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, n° 00706, Rec. Lebon.

⁵³ Ce contentieux relève du juge judiciaire depuis la décision du Tribunal des conflits en date du 9 mars 2015 qui rompt avec la vieille jurisprudence *Société entreprise Peyrot* (TC, 8 juillet 1963, n° 01804, Lebon 787). A la question portant sur la qualification des contrats de travaux conclus entre une société concessionnaire d'autoroute et une personne privée, la jurisprudence *Peyrot* prévoyait que ce type de contrat relevait « par nature » de la compétence du juge administratif. Depuis la décision du 9 mars 2015, « une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ». Conséquemment, « les litiges nés de l'exécution de ce contrat relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire ». V., TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France*, n° 3984.

cadre normatif de sauvegarde de la sécurité juridique amenuiserait d'autant les larges pouvoirs dévolus à l'autorité administrative.

Très clairement, le Sénégal ne peut pas faire l'économie des nouvelles tendances du droit administratif.

Concrètement, il s'agirait de mettre fin aux effets pervers du régime de sortie de vigueur, plus spécifiquement, de retrait des actes n'ayant pas fait l'objet de publicité⁵⁴. Le déclenchement du délai à la notification de la décision et à la mention, dans cette notification, des voies et délais de recours pourrait lever les incertitudes constatées. Lorsque l'administration ne procède pas à une notification correcte de la décision, celle-ci demeure retirable indéfiniment. Cela offre à l'administration un pouvoir abusif qui s'inscrit aux antipodes de l'esprit originel de limitation de ses pouvoirs. Il est ici envisageable de prévoir que si l'administration n'a pas mentionné les voies et délais de recours dans la notification ou si elle a manqué à son obligation de notification, elle ne peut pas se prévaloir de cette erreur pour retirer indéfiniment l'acte. L'administration ne pourra retirer spontanément l'acte en question. Lequel n'est retirable qu'à l'initiative des tiers et du destinataire car ils ne sont pas responsables du défaut de notification et, pour eux, le délai n'a pas commencé à courir. Ils peuvent donc demander indéfiniment le retrait de la décision. La seule hypothèse de retrait spontané possible, c'est quand il y a notification et seulement dans le délai de deux mois après la notification, alors même que cette décision est illégale⁵⁵.

Sur le plan jurisprudentiel, la fin du couplage des délais au Sénégal et dans la plupart des Etats de l'Afrique noire francophone, pourrait augurer d'une meilleure prise en considération des droits des administrés. Il en est ainsi de la dissociation entre le délai du recours contentieux dont disposent les tiers et le délai de retrait par l'administration ; le délai courant à compter de l'édition de l'acte et non pas de sa notification au destinataire⁵⁶. On ne se préoccupe plus de

⁵⁴ C'est le problème que pose, au demeurant, la jurisprudence de la Cour suprême, Samba Ndoucoumane Gueye, *op.cit.*, n° 38/J/64.

⁵⁵ V., pour une comparaison avec la France, Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers. Emboitant le pas au décret de 1983, la Haute juridiction prévoit désormais que le délai de recours contre une décision individuelle créatrice de droits court à compter de la notification à condition que les délais et voies de recours y soient précisés : CE, Ass., 24 oct. 1997, Mme de Laubier, *op.cit.*, Lebon 371. Il faut aussi rajouter que la loi du 12 avril 2000 a été adoptée pour juguler les incertitudes inhérentes aux décisions implicites d'acceptation insusceptibles de retrait en cas d'illégalité. V. CE, 14 novembre 1969, Sieur Eve, *op.cit.*, p. 498. Elle met fin à la jurisprudence antérieure excessive en matière de décisions implicites. Elle prévoit, dans son article 23, qu'une décision implicite d'acceptation peut être retirée par l'administration, si elle est illégale, pendant un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle est intervenue, lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre. Si, au contraire, l'information à l'égard des tiers a été faite, le délai est celui du recours contentieux.

⁵⁶ CE, Sect., 19 décembre 1952, Delle Mattéi, Rec. p. 594.

savoir si le délai de recours a couru à l'égard des tiers, et en conséquence, si l'acte est devenu définitif.

Sans faire figure de panacée⁵⁷, la fin du couplage entre délai de retrait et délai de recours contentieux permettrait, résolument, de trouver un point d'équilibre plus satisfaisant entre les deux préoccupations à concilier. En effet, l'allongement du délai de sortie de vigueur des décisions créatrice de droits qui est actuellement de deux mois permettra d'aménager un temps relativement confortable à l'administration pour réparer son erreur. En même temps, il maintient toujours une frontière temporelle au-delà de laquelle l'administration ne pourrait agir. Il appert ainsi que le couplage des délais est porteur d'un équilibre à redéfinir. Toute chose qui peut être transposée à la prise en compte inaboutie des dispositions normatives supérieures garantes d'un meilleur respect de la hiérarchie des normes.

B. L'exclusion des normes constitutionnelles et communautaires

Les règles applicables à la sortie de vigueur des actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux doivent normalement être conciliées avec les normes supérieures qui s'imposent au juge administratif et qui peuvent neutraliser son action. Le régime actuel gagnerait en clarté si le législateur ou le juge érigeait les normes constitutionnelles (1) et communautaires (2) au rang de dispositions pouvant déroger à l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de retrait ou d'abrogation.

1. Les normes constitutionnelles

La loi du 6 février 1970 ne rend pas compte de la neutralisation du régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux par une disposition constitutionnelle. Cette précision n'aurait pourtant pas été inutile dans le contexte des Etats africains qui ont rompu avec la mystique de la loi et le légicentrisme poussé à son extrême. Au surplus, si le délai de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux est prévu par des dispositions législatives ou jurisprudentielles, il est évident que des dispositions d'obédience constitutionnelle peuvent déroger au régime établi. L'imprévision de ce cas de figure accrédite encore plus la pusillanimité du législateur et du juge peu enclins à l'évolution normative.

⁵⁷ V., Y. Gaudemet, « *Faut-il retirer l'arrêt Ternon ?* », *AJDA*, 2002. p. 738.

Il aurait pourtant été logique de tirer toutes les conséquences du constitutionnalisme triomphant en faisant évoluer les dispositions dérogatoires à la disparition des actes créateurs de droits illégaux⁵⁸. L'hypothèse de sortie de vigueur d'une décision administrative qui vise une fonction sanctuarisée par la Constitution pose avec acuité la nécessité d'ériger explicitement un paravent constitutionnel à l'étendue de l'action administrative.

Ainsi, une interrogation dont la portée pénètre parfaitement le droit africain mérite réflexion : l'autorité administrative peut-elle toujours légalement retirer ou abroger une décision individuelle créatrice de droits illégaux dans le délai imparti alors même que des dispositions à caractère constitutionnel se dressent en obstacles dirimants? C'est le cas, par exemple, lorsqu'une décision administrative de nomination d'un magistrat est sous le coup d'un acte de retrait ou d'abrogation.

Pour le Sénégal, qui fait partie des Etats qui ont constitutionnalisé la fonction, le chef de l'Etat, pourvu du pouvoir de nomination⁵⁹, ne peut pas rapporter, même en cas d'illégalité et dans le délai imparti⁶⁰, un acte individuel conférant à son bénéficiaire le statut d'un magistrat de l'ordre judiciaire. En effet, la décision de retrait ou d'abrogation d'un acte de nomination contrevient aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire⁶¹. Ces principes « imposent des garanties particulières » à la qualité de magistrat⁶². Sous ce prisme, les magistrats de l'ordre judiciaire ne peuvent voir disparaître cette qualité et les garanties particulières qui s'y attachent qu'au regard de dispositions expresses de leur statut et dans les

⁵⁸ V., à ce titre, l'apport de la décision du Conseil d'Etat français : CE, Sect., 1er octobre 2010, Nadège T., *op.cit.*, n° 311938.

⁵⁹ Le magistrat est nommé par décret du président de la République sur proposition du ministre de la Justice et après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature. V., au Sénégal, ordonnance n° 60-16 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature modifiée par la loi organique du 92-26 du 30 mai 1992. Cependant, le président de la République est quand même obligé de respecter les modalités procédurales de la nomination d'un magistrat telles que définies par les textes en vigueur. Cette absence de pouvoir discrétionnaire est rappelée dans la décision *M. Golsenne* (CE, 3 décembre 2003, *M. Golsenne*, n° 223569, aux *tables*, p. 848) dans laquelle il est déclaré que « l'autorité de nomination est liée quant au principe même de la nomination, à l'issue de leur scolarité à l'Ecole nationale de la magistrature, des candidats reçus au concours (...) ».

⁶⁰ Ce délai est de quatre mois en France par l'effet de la jurisprudence *Ternon* de 2001 et au Sénégal, la loi de 1970 le fixe à deux mois.

⁶¹ Au Sénégal, la Constitution dispose que « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif » (article 80). Ainsi, « les juges ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi » (article 80 *ter*). De plus, « le pouvoir judiciaire est le gardien des droits et libertés définis par la Constitution et les lois » (article 81). En dehors des dispositions constitutionnelles, la loi organique n° 92-27 du 30 mai 1992 (JORS du 30 mai 1992) détermine le statut du juge. Cette garantie est fortement inspirée du droit français. Spécifiquement, ce sont les articles 64 de la Constitution et 16 de la DDHC qui prévoient des garanties à la fonction de magistrat. Pour une analyse doctrinale, V., D. Sy, « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », *Afrilex*, juin 2003, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-condition-du-juge-en-afrique-l.html>, article consulté le 1^{er} octobre 2015.

⁶² Le Conseil constitutionnel n'a de cesse de le rappeler dans sa jurisprudence. V., CC, n° 70-40 DC du 9 juillet 1970 ; n° 92-305 DC du 21 février 1992, cons. 98 et s. et CC, n° 2007-551 DC du 1er mars 2007, cons. 10.

conditions prévues par ces dernières. Ce souci de protection d'une fonction « constitutionnalisée » a été rappelé par le juge administratif burkinabé à propos d'une mesure remettant en cause une garantie fondamentale du statut du juge, l'inamovibilité en l'occurrence. La consultation du Conseil supérieur de la magistrature est, en effet, une précaution obligatoire avant l'édiction d'une mesure administrative de nomination ou d'affectation de magistrats⁶³. Le juge constitutionnel béninois lui emboîte le pas en développant une jurisprudence constante sur les garanties constitutionnelles qui entourent la fonction de magistrat⁶⁴.

Au demeurant, le raisonnement allant dans le sens d'une paralysie du pouvoir de retrait ou d'abrogation de l'autorité administrative ne peut que s'étendre aux autres catégories de fonctionnaires qui, même indirectement, jouissent du principe constitutionnel d'indépendance et d'inamovibilité. C'est évidemment le cas des enseignants-chercheurs⁶⁵ et des magistrats administratifs⁶⁶.

Prenant une position innovante et fondamentalement respectueuse de la consécration des normes dans la hiérarchie de Hans Kelsen, les juges du Palais royal ont également pu décider que le président de la République « ne pouvait pas rapporter le décret, fût-il illégal, du 18 juillet 2007 et ainsi priver Mme A, en dehors de toute procédure disciplinaire, de la qualité de magistrat de l'ordre judiciaire que ce décret lui avait conférée »⁶⁷. Ils apportent ainsi une nouvelle exception à l'application de la jurisprudence de principe quant au régime du retrait des actes explicites créateurs de droits illégaux⁶⁸. Ce faisant, le juge administratif limite à nouveau une jurisprudence qui avait pour ambition initiale de clôturer les tergiversations

⁶³ Syndicat burkinabé des magistrats (SBM) et sept autres, décisions des 14 septembre 2001 et 25 janvier 2005. V., S. Yonaba, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabé : Droit administratif, op.cit.*, p. 285.

⁶⁴ La Cour constitutionnelle du Bénin a rendu plusieurs arrêts consacrant le principe constitutionnel de l'inamovibilité des magistrats. V., Décision DCC 02-057 du 04 juin 2002, DOSSOU-KOKO Stanislas ; Décision DCC 01-033 du 13 juin 2001 Dako Fortuné Kakpo Damien. L'acte administratif portant remise à disposition d'un magistrat ne remplissant pas l'exigence constitutionnelle de demande d'avis au Conseil supérieur de la magistrature, doit être déclaré illégal. V., Décision DCC 01-034 du 13 juin 2001 David Charlemagne Rock Coffi Mathias.

⁶⁵ CC, n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, loi « Savary », cons. 20 ; CC, n° 2010-20/21 QPC du 06 août 2010. Le Conseil a en effet jugé que « par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables ». Pour les « les professeurs (...), la garantie de l'indépendance résulte (...) d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (cons. 20). En plus, la loi du 10 août 2007 rappelle l'existence du principe d'indépendance et de liberté des enseignants-chercheurs (art. L. 952-2 du code de l'éducation). Il en est de même du Conseil d'Etat. V., CE, 29 mai 1992, Association des professeurs titulaires du Muséum national d'histoire naturelle, n° 67622 ; CE, 22 juin 2009, Université de Picardie Jules Verne, n° 328756.

Le Conseil constitutionnel étendra, par la suite, sa jurisprudence aux maîtres de conférences. V., Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

⁶⁶ CC, n° 80-119 du 22 juillet 1980.

⁶⁷ CE, Sect., 1er octobre 2010, Nadège T., *op.cit.*, n° 311938.

⁶⁸ *Ibidem*.

prétoriennes sur le régime de cette catégorie spécifique d'actes administratifs⁶⁹. En effet, l'affaire ayant donné lieu à cette prise de position novatrice est relative à la nomination d'un magistrat qui exerçait préalablement les fonctions d'auditrice de justice. Après l'aveu de la réalisation d'achats par correspondance en utilisant frauduleusement le numéro de carte de crédit d'un magistrat auprès duquel elle avait effectué un stage alors qu'elle était encore auditrice de justice, la requérante s'est vue infliger des décisions de sanction. La requérante a saisi le Conseil d'Etat d'une requête en annulation de ces décisions pour violation des dispositions constitutionnelles conférant des garanties particulières à la fonction de magistrat⁷⁰. A l'évidence, le cœur de cette affaire se situe dans le retrait de la décision de nomination à une fonction protégée par le texte suprême. Concrètement, en France, la décision de retrait ne peut donc concerner le décret de nomination d'un magistrat pris en application de l'article 26 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le statut de la magistrature. Ainsi, cette solution remet une nouvelle fois en cause les ressorts déjà fragiles de la jurisprudence sur le régime de retrait des actes explicites individuels créateurs de droits illégaux. Cette remise en cause résulte du fait que la Haute juridiction opère un raisonnement nouveau par rapport à sa jurisprudence antérieure. Dans cette décision du 1^{er} octobre 2010, c'est l'absence de tout texte autorisant le retrait de la décision de nomination d'un magistrat qui rend celui-ci impossible alors que la solution de l'arrêt *Ternon* ne vaut qu'en l'absence de texte contraire.

Ainsi, outre les exceptions traditionnelles apportées au régime de retrait ou d'abrogation d'une décision individuelle créatrice de droit illégale dans le délai de quatre mois dans l'hypothèse de la présence de dispositions législatives ou réglementaires contraires, surgit la limitation liée aux dispositions constitutionnelles.

La non prise en compte explicite des dispositions constitutionnelles dérogatoires au régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits interroge donc sur l'insuffisance du régime qui découle de la loi du 6 février 1970. Une telle prévision aurait conforté le rôle de défenseur de l'autorité juridictionnelle du juge administratif en ce qu'il a également pour mission de consolider l'indépendance des magistrats vis-à-vis de l'organe compétent pour procéder à leur nomination.

Toujours est-il que l'autorité relative de la chose décidée ne peut concerner qu'une catégorie d'actes : celle qui peut être rapportée sans constituer une violation d'une disposition

⁶⁹ CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon, *op.cit.*, p. 497.

⁷⁰ Dans l'affaire Nadège T., le Garde des Sceaux a d'abord prononcé, le 11 octobre 2007, une sanction d'exclusion définitive de l'ENM. Ensuite, le garde des Sceaux a pris un arrêté mettant fin à ses fonctions d'auditeur de justice à compter du 30 septembre 2007. Enfin, la requérante s'est vue retirer sa qualité de magistrat par un décret du président de la République du 16 novembre 2007.

constitutionnelle. Naturellement, le même constat s'impose pour les dispositions émanées du droit communautaire.

2. Les normes communautaires

La tendance girondine du droit administratif se mesure essentiellement à l'aune de la crise systémique du critère organique dans les domaines traditionnels du service public, du contrat administratif et de la clause exorbitante de droit commun⁷¹. Cette décentralisation matérielle, fondée sur le primat de la substance de l'acte, coïncide avec la décentralisation normative qui se décline doublement. D'une part, elle se matérialise par la fin du monopole détenu par l'administration pour édicter des actes administratifs⁷². D'autre part, elle renvoie au mouvement de pénétration du droit communautaire⁷³ dans l'ordre juridique interne, plus spécifiquement, « dans ses sources qui deviennent de plus en plus communautaires »⁷⁴. En

⁷¹ La déconstruction par le juge de la notion de clause exorbitante de droit commun en est la preuve. Précisément, le terme « droit commun » n'est plus à même de définir cette clause car l'anormalité de celle-ci en droit privé ne préjuge pas de la nature administrative du contrat. Ainsi, on ne peut plus conclure que la clause exorbitante soit tout simplement celle qui serait inusuelle ou illicite dans les rapports de droit privé. Quand même bien on serait en présence d'une personne publique, il y a une condition relative à l'intérêt général qui doit être remplie pour qualifier la clause d'exorbitante. C'est ainsi que le Tribunal des conflits a pu reconnaître la compétence du juge judiciaire car « le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». TC 15 octobre 2014 SA AXA France IARD, req. n° 3963. V. aussi J. Lessi et L. D. de Lamothe, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA*, 2014, p. 2180.

⁷² Les personnes privées sont ainsi habilitées à prendre des actes administratifs dans le cadre de la mission de service public dont elles sont investies et si ces actes sont la manifestation des prérogatives de puissance publique qui leurs sont confiées. V., en France, les arrêts Monpeurt (CE, Ass., 31 juillet 1942, p. 239) et Bouguen (CE, 2 avril 1943, Bouguen, Rec. Lebon p. 86). Dans la même optique, il a été reconnu aux personnes privées gérant un service public industriel et commercial de prendre des actes réglementaires (TC 15 janvier 1968 Compagnie Air France c/ époux Barbier, GAJA n° 91). La tendance est la même au Sénégal avec l'arrêt du 27 avril 1994 ASC Dial Diop municipalité Club c/ Etat du Sénégal, Bulletin des décisions des arrêts du conseil d'Etat, p. 62. Trois conditions président à l'application de cette jurisprudence :

- La compétence des personnes privées pour prendre un acte administratif unilatéral doit être prévue par les textes
- La jurisprudence exige la présence d'un service public et d'une prérogative de puissance publique
- A la faveur de circonstances exceptionnelles, la jurisprudence peut considérer certains actes pris par des personnes privées sans compétence administrative comme des administratifs.

⁷³ V., L. M. Ibriga, *Droit communautaire ouest-africain*, Université Ouaga II, UFR de Sciences Juridiques et Politiques, 2012, pp. 27 et s.

⁷⁴ D. Sy, « Droit administratif et communicabilité en Afrique », *Afrilex*, 2013, p. 3. V. aussi, A. A. D. Kébé, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *AFRILEX*, 2015, p. 28.

raison du rang supra-législatif du droit communautaire dans la hiérarchie des normes⁷⁵, le juge administratif se doit ainsi de remplir son office communautaire⁷⁶.

En matière de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux, la nécessité d'un encadrement du régime juridique est d'autant plus criante que l'incomplétude des textes ou de la jurisprudence sénégalaise contraste avec l'ancrage progressif d'un droit transnational en raison du foisonnement, très souvent conflictuel, des pôles d'allégeance communautaires⁷⁷.

L'intégration du droit communautaire dans le champ prétorien du juge administratif n'est plus une chose discutée. L'espace UEMOA, par exemple, est topique de l'influence notable des règles communautaires dans la sphère administrative domestique⁷⁸ même si la souveraineté étatique y est manifestement protégée à travers des règles de droit public toujours de vigueur⁷⁹ et des techniques du contentieux administratif qui innervent la jurisprudence communautaire⁸⁰. En dehors de ces cas, ce sont bien des « standards externes »⁸¹ qui affleurent dans le droit interne. Le domaine du retrait ou de l'abrogation des décisions illégales créatrices de droits ne saurait échapper pas à ce *dictum*. C'est ainsi qu'il est envisageable que la sortie de vigueur

⁷⁵ Par rapport à la pyramide des normes et aux difficultés qu'elle pose, V., en général, P. Amssek : « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 983-1014.

⁷⁶ V., M. Karpenschif, « Le juge national doit-il obligatoirement prescrire la récupération d'aides illégales déclarées compatibles ? À propos de l'arrêt CE, 29 mars 2006, n° 274923, Centre d'exploitation du livre français, ministre de la Culture et de la Communication », *La semaine juridique*, Edition administrations et collectivités territoriales, n° 20, 15 mai 2006, p. 637.

⁷⁷ En Afrique, le pullulement des organisations d'intégration crée une fragmentation de l'espace régional. En effet, les Etats sont liés à des groupements d'intégration économique régionale dont les fonctions ou les missions se chevauchent et parfois même se contredisent. Prométhée s'est véritablement déchainé en Afrique, créant ainsi une « pactomanie débridée ». V., A. MAHIOU, « La coopération Sud-Sud : limites du discours unitaire », *Revue Tiers-Monde*, n° 96, octobre-décembre 1983, p.762.

En Afrique de l'ouest, par exemple, les rapports entre l'UEMOA et la C.E.D.E.A.O. d'une part et l'U.E.M.O.A. et l'O.H.A.D.A. d'autre part sont topiques des effets pervers de cette « pactomanie ». Cette diversité des pôles d'allégeance est source potentielle de conflits normatifs à l'intérieur d'un même espace régional. V., à ce titre, F. M. Sawadogo, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Actes du colloque du 28 septembre 2009, Universités Montesquieu-Bordeaux IV et Cheikh Anta DIOP de Dakar, Bordeaux, 2009, pp. 8-12 et D. Cossi Cossa, « Les concurrences de compétences entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'Ouest : réalités et approches de solutions », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, CREDIJ, avril 2014, pp. 685 et s.

⁷⁸ V., les directives UEMOA sur les marchés publics appliquées dans les Etats de l'Afrique de l'ouest. Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégation de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

⁷⁹ V., l'article 5 du Traité de l'UEMOA qui exhorte l'Union à des « prescriptions minimales ».

⁸⁰ D. Sy, « L'activité de la Cour de Justice de l'UEMOA », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, pp. 236 et s.

⁸¹ J.-B. Auby, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 20 novembre 2001, p. 2.

d'une décision administrative créatrice de droits puisse être imposée pour assurer la pleine efficacité du droit communautaire.

Dans ce cas, l'adaptation du droit sénégalais matériel et immatériel en matière de sortie de vigueur des actes créateurs de droits est rendu nécessaire non seulement en raison de l'objectif de trouver un point d'équilibre entre les principes de sécurité juridique et de légalité mais également afin de se conformer aux exigences générées par la verticalité normative⁸². La fonction essentielle du juge administratif n'est-elle d'ailleurs pas de veiller au respect de cette verticalité pour ce qui est des normes qui relèvent de son autorité ? C'est à ce titre que le doyen Chapus place la juridiction administrative à un étage infra-législatif⁸³ en ce qu'elle est soumise aux dispositions légales lorsqu'elles ne sont pas en conflit avec les normes internationales ou communautaires⁸⁴.

Le dépassement du régime actuel de sortie de vigueur des actes administratifs créateurs de droits illégaux au Sénégal vise, avant tout, à réduire l'étendue de la toute-puissance de l'administration qui, par un régime avantageux, peut disproportionnellement porter atteinte à la sécurité des situations acquises. L'illégalité ne peut ainsi être un paravent suffisant pour revenir sans conditions temporelles sur un acte lorsque les mesures de publicité n'ont pas été respectées. D'ailleurs, le régime exorbitant de sortie de vigueur actuellement appliqué au Sénégal ne va pas dans le sens du déclin de l'imperium de l'administration dans ses rapports avec les administrés. Un imperium que le droit communautaire tend manifestement à édulcorer quel que soit, par ailleurs, le droit étatique convoqué⁸⁵. C'est ainsi que l'on a assisté, par le truchement de directives communautaires, à une évolution du droit en matière de transparence des données publiques et de participation des citoyens à l'élaboration des politiques publiques⁸⁶.

⁸² Comment ne pas penser ici à l'amenuisement du pouvoir de retrait, en raison du paradigme communautaire, avec l'interminable contentieux du *Centre d'exportation du livre français* ? Fondamentalement, ce virage s'inscrit dans le *continuum* de la jurisprudence *Ternon*. En prévoyant que le retrait pouvait être opéré après un délai de quatre mois sur la base d'une disposition législative ou réglementaire contraire, il est pertinent qu'une disposition communautaire puisse neutraliser le régime prétorien établi. Concrètement, dans un arrêt dès le 5 octobre 2004, la Cour administrative d'appel de Paris écartait l'application de la décision *Ternon* car elle se heurtait au droit communautaire. V., CAA Paris, 5 octobre 2004, *Centre d'exportation du livre français*, *DA*, 2005, commentaire n° 2 ; note Bazex et S. Blazy. V. aussi, CE 29 mars 2006, *Centre d'exportation du livre français et ministre de la culture et de la communication*, n° 274923, Rec., Lebon.

⁸³ R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *D.* 1966, chron, p. 100.

⁸⁴ CE, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p 190, concl. P. Frydman. Le juge administratif s'est reconnu la possibilité de déclarer, par voie d'exception, une loi incompatible avec un texte de droit communautaire qui lui est antérieur.

⁸⁵ J.-B. Auby et L. Azoulai, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *Mission de recherche Droit et Justice*, 2009, pp. 2 et s.

⁸⁶ En matière environnementale notamment, les directives du 28 janvier et du 26 mai 2003 ont exigé l'ouverture de l'accès aux informations publiques et le développement des procédures de concertation et de participation.

La même tendance se constate en Afrique noire francophone par le biais de directives communautaires qui impactent l'ordre juridique interne⁸⁷. Il en est ainsi, également, en matière contractuelle avec l'élargissement de la notion de marché⁸⁸. Le champ contractuel ouvert à la concurrence s'est, par exemple, élargi⁸⁹. De surcroît, sous l'influence communautaire les règles relatives aux achats publics ne sont plus exclusivement mues par des logiques de préservation des deniers publics mais surtout par des logiques de marché, notamment l'efficacité des offreurs privés,⁹⁰ et des logiques sociales ou environnementales. De manière tout aussi abrupte, le domaine du contentieux administratif s'est transformé, sous les coups de boutoirs communautaires, en terreau de délitement de l'institution étatique. En effet, le juge administratif a le droit d'adresser d'office des injonctions à l'administration pour qu'elle tire des conséquences, sur les situations individuelles, de l'annulation d'actes réglementaires⁹¹. En sus, c'est bien le substratum communautaire qui offre au juge administratif la latitude de moduler les effets dans le temps des annulations qu'il prononce⁹². Le mouvement d'influence du droit communautaire se vérifie aussi pleinement en matière de responsabilité administrative⁹³.

Très clairement, le droit communautaire bouleverse profondément les catégories juridiques internes dans le sens d'une évolution faisant de l'individu la cheville ouvrière de l'action étatique. En revanche, le problème que pose son intégration dans la matière administrative est celui du choix de l'ontologie du système de droit public selon qu'il est expurgé de toute immixtion transnormative ou selon qu'il s'insère dans un ordre juridique plus holistique. Dans le premier cas, on a un système normatif stato-centré ou un système de repli normatif avec pour point d'orgue la sauvegarde de traditions juridiques. Dans le second cas, le droit public renouvelle ses appareils et se modernise par rapport aux grands systèmes juridiques. Ainsi, la

⁸⁷ D. K. Kokoroko, *Les grands thèmes du droit administratif*, Presses Universitaires de Lomé, 1^{ère} éd, avril 2014, p. 24.

⁸⁸ A. A. D. Kébé, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op.cit.*, p. 16.

⁸⁹ A ce titre, sont dorénavant soumis aux règles de mise en compétition, les contrats entre personnes publiques, les contrats entre personnes publiques et associations, les contrats d'aménagement, les contrats de mandat, et les contrats passés par des organismes de droit public au sens communautaire, mais qui n'ont pas le caractère de personnes morales de droit public au sens du droit français.

⁹⁰ V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 106.

⁹¹ CE, 20 juin 2001, Vassilikiotis, Rec., p. 303.

⁹² CE, 11 mai 2004, Association AC !, Rec., p. 197.

⁹³ Pour ce qui est de la responsabilité du fait des lois, le curseur s'est déplacé d'une responsabilité objective liée au caractère anormal et spécial du préjudice (CE, Ass., 14 janvier 1938, La Fleurette, n° 51704) à une responsabilité pour faute du législateur (CE, 8 février 2007, Gardedieu, DA, 2007, Etude n° 7, F.Melleray et M. Gautier). Pour ce qui est de la responsabilité du fait des juges, l'évolution a consisté à la déclencher lorsque le contenu même des décisions viole de manière manifeste les règles communautaires ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers (CE, 18 juin 2008, Robert G., DA, 2008, commentaire n° 120, note M. Gautier).

déstructuration du droit administratif est consommée non seulement par le phénomène de globalisation mais également par la désétatisation de la société et la décentralisation du pouvoir⁹⁴.

Selon l'hypothèse considérée, il s'agirait, pour ainsi dire, d'un choix de système de valeurs juridiques à mettre en place. En réalité, les termes du choix sont idéologiques. Les mutations structurelles de la matière n'offre qu'une alternative unique : l'adaptation normative de certaines branches du système actuel. Dans le cas du retrait ou de l'abrogation justement, la nécessité est celle de s'arrimer à la tendance actuelle du droit administratif, c'est-à-dire l'atrophie de l'administration au profit de l'individu. Une gageure eu égard à la complexité actuelle des régimes applicables.

II. Une incomplétude normative du fait de la complexité des règles applicables à la sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux

Pour une même catégorie d'actes, celle des décisions individuelles créatrices de droits illégaux, il existe une disparité incongrue des règles applicables. Cette hétérogénéité des règles, source manifeste de complexité, se vérifie lorsque l'on envisage les décisions explicites et implicites (A). Il est aussi judicieux de se demander si l'existence de règles différenciées en matière de retrait et d'abrogation n'est pas une source de complexité (B).

A. L'hétérogénéité des règles applicables aux décisions explicites et implicites

Les conséquences sur la sécurité juridique des décisions de sortie de vigueur des actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux ne sont pas nécessairement corrélées à la nature même de l'acte rapporté. L'existence d'un régime dual pose problème en raison de l'hétérogénéité des règles applicables. Cette complexité transparaît aussi bien lorsque l'on envisage les décisions explicites (1) que lorsqu'il s'agit d'aborder les décisions implicites (2).

⁹⁴ J.-B. Auby, « *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif* », *op.cit.*, p. 1.

1. Les décisions explicites

Si elle s'origine dans l'absence d'évolution des règles au Sénégal, la complexité, s'agissant des décisions explicites, peut également s'expliquer par une surproduction normative⁹⁵. Dans les deux cas, le régime de sortie de vigueur des décisions explicites exige une clarification. D'une part, parce que le couplage traditionnel entre délai de sortie de vigueur et délai de recours contentieux et la non-intégration législative ou jurisprudentielle de paradigmes normatifs dérogatoires du régime établi ne rendent plus compte de la mutation structurelle de la matière administrative. D'autre part, parce que le découplage des deux délais a créé un pullulement de régimes pour une catégorie pourtant identique d'actes.

De ce fait, l'équilibre ne concerne plus seulement les exigences de sécurité juridique et de légalité à concilier. Il doit également permettre de satisfaire les nécessités d'une adaptation normative sans verser dans une logique de logorrhée textuelle.

Cet équilibre est de plus en plus difficile à trouver en raison des limitations ou des dérogations qui neutralisent l'application du régime général de sortie de vigueur des actes créateurs de droits explicites et illégaux. En effet, à côté du régime général qui consacre un délai de deux mois dans la plupart des Etats de l'Afrique noire francophone ou un délai de quatre mois pour la France, il existe un régime spécial dérogatoire.

C'est le cas, en matière d'urbanisme, où l'existence d'un régime spécial pénètre le domaine de la disparition des décisions administratives. En Côte d'Ivoire, par exemple, il y a un régime spécial de retrait qui s'applique dans le domaine de l'urbanisme. En effet, à la condition traditionnelle de l'illégalité, vient s'ajouter une condition liée au défaut d'effectivité de l'acte, c'est-à-dire que le bénéficiaire n'aura de droits acquis que s'il met en valeur les terrains⁹⁶. Cependant, l'absence ou l'insuffisance de mise en valeur du terrain ne pourra être invoquée par l'autorité administrative que si un délai avait été prévu à cet effet⁹⁷. En sus, l'administration, avant toute décision de sortie de vigueur de l'acte, devra mettre en demeure le concessionnaire

⁹⁵ V., A. Ba, « Le retrait des actes administratifs illégaux créateurs de droits : la complexité croissante du régime », *op.cit.*, p. 1617.

⁹⁶ M. Bleou Djézou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, *op.cit.*, pp. 252 et s. Le juge administratif ivoirien fixe les conditions du retrait dans ce cas de figure. Ainsi, l'administration ne pourra procéder au retrait que si un délai a été imparti pour la mise en valeur du terrain et après une mise en demeure restée infructueuse.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 253.

du terrain⁹⁸. Naturellement, l'inobservation de ces conditions entraîne l'illégalité de l'action administrative.

Dans l'affaire M'bandama Kouamé du 29 juin 2005⁹⁹, le juge administratif ivoirien a ainsi annulé, en matière d'urbanisme, une décision administrative qui ne s'inscrit pas dans le cadre du régime spécial. Précisément, il a considéré qu'il « ne résulte pas du dossier que l'arrêté attaqué s'est conformé aux prescriptions de l'article 11 de l'arrêté n°2164 du 09 Juillet 1936 ». L'article 11 dispose, en effet, que « le retrait du titre de concession provisoire est prononcé si après une mise en demeure régulièrement notifiée, le concessionnaire ne s'est pas conformé, dans le nouveau délai qui lui est imparti, aux injonctions de l'administration et n'a pas exécuté son contrat ».

La même tendance se vérifie en France avec la dernière étape de l'évolution jurisprudentielle du 1^{er} octobre 2010¹⁰⁰. Ainsi, l'apport paroxystique de la jurisprudence consacrant un délai révolutionnaire de quatre mois accordé à l'administration pour exercer son droit de retrait souffre de limitations de plus en plus nombreuses. En effet, pour les autorisations d'urbanisme comme le permis de construire, le permis d'aménager et le permis de démolir, le législateur a prévu un délai de retrait différent de celui consacré par cette jurisprudence. Ces décisions, expresses ou tacites, peuvent, en effet, être retirées dans un délai de trois mois à partir de leur édicition¹⁰¹. Ce délai unique de trois mois n'a pour point de départ que la date de la décision. Ce faisant, l'exécution des formalités de publicité n'entre pas en compte dans le déclenchement du délai de recours contentieux. Cependant, en voulant apporter une sécurité supplémentaire aux autorisations d'urbanisme¹⁰², le législateur venait de complexifier davantage le régime de retrait par la prévision d'un nouveau délai¹⁰³. En effet, le régime mis en place ne concerne pas toutes les décisions relatives à l'acte de construction. Se crée ainsi une hétérogénéité de régimes on ne peut plus négative quant à la volonté de sécuriser les droits des administrés. En sus, cela accrédite d'autant l'idée d'une course législative et prétorienne effrénée pour réguler le régime de sortie de vigueur des décisions individuelles explicites.

⁹⁸ V., en Côte d'Ivoire, le décret du 15 novembre 1935 portant réglementation des terres domaniales et l'arrêté du 9 juillet 1936 réglementant l'aliénation des terrains domaniaux.

⁹⁹ CSCA, 29 Juin 2005, M'bandama Kouamé C/Ministre de l'urbanisme, arrêt n°43, inédit.

¹⁰⁰ CE, Sect., 1er octobre 2010, Nadège T., *op.cit.*, n° 311938.

¹⁰¹ Loi française n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Plus précisément, l'article 6 de ladite loi.

¹⁰² P. Pelletier, « Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme », *Droit immobilier*, n° 138, janvier 2005, p. 16.

¹⁰³ L. Peironet-Golloc'h, et J.-P. Meng, « La réforme des autorisations d'urbanisme : le volet sécurisation par la loi ENL », *Droit & Patrimoine*, n° 155, janvier 2007, p. 50.

En dehors du domaine de l'urbanisme, on constate également une paralysie du régime général de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux lorsque le délai accordé à l'administration pour revenir sur sa décision est combiné avec l'exercice d'un recours hiérarchique à propos des décisions prises sur les salariés protégés. Une importante jurisprudence a été développée, en Afrique noire francophone, à propos de la combinaison entre le pouvoir de l'administration de rapporter les actes adoptés sous son autorité et l'exercice du recours hiérarchique¹⁰⁴.

Que reste-t-il donc du régime général de sortie de vigueur des actes individuels créateurs de droits illégaux ? La question de sa subsistance se pose surtout lorsque l'on met en lumière la crainte de certains professionnels, notamment en matière d'urbanisme, qu'un acte purgé d'un recours des tiers puisse être retiré dans ce délai¹⁰⁵. De plus, la loi et la jurisprudence l'ont progressivement entouré d'exceptions au point de réduire sa substance à sa portion la plus congrue. Au demeurant, le professeur Fabrice Melleray¹⁰⁶, rend très justement compte du foisonnement des actes administratifs créateurs de droits qui échappent à l'empire du régime général. On pense naturellement à la décision de non-opposition à la déclaration préalable en matière d'urbanisme¹⁰⁷, à la décision expresse de renonciation à l'exercice du droit de préemption¹⁰⁸ et à la décision de nomination d'un magistrat qui peut être étendue à toutes les fonctions jouissant d'une protection constitutionnelle comme les enseignants-chercheurs.

Toujours est-il que l'apparition d'un régime spécial de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux de plus en plus dense oblige le juge administratif à des contorsions qui ont des effets peu ou prou négatifs sur l'homogénéité du régime¹⁰⁹. Celle-ci est également menacée par le régime prévu pour les décisions implicites.

¹⁰⁴ Par rapport au recours hiérarchique, la décision de l'Inspecteur du Travail accordant ou refusant l'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel n'est susceptible que d'un recours devant le Ministre et non pas devant le Directeur du Travail. V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 14 ; Société COGEI-SPA c/ Etat du Sénégal, n° 0029, 24 novembre 1993. V. aussi, CS du Sénégal, arrêt n° 33, 24 mai 2012, Oumar Thiaw c/ Etat du Sénégal. Pour la Côte d'Ivoire, V., CSCA, 30 juillet 1997, Dame Néméhou née Kinda Assiata Opportune c/ Ministère de l'Emploi et de la fonction publique, 96-621/ RE. En France, V., Code du travail, article R. 2422-1 : « Le ministre chargé du travail peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur du travail sur le recours de l'employeur, du salarié ou du syndicat que ce salarié représente ou auquel il a donné mandat à cet effet. Ce recours est introduit dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur. Le silence gardé pendant plus de quatre mois sur ce recours vaut décision de rejet ».

¹⁰⁵ V., Y. Gaudemet, « *Faut-il retirer l'arrêt Ternon ?* », *op.cit.*, p. 738.

¹⁰⁶ F. Melleray, *DA*, n° 12, Décembre 2010, commentaire 153.

¹⁰⁷ Code de l'urbanisme, art. L. 424-5.

¹⁰⁸ CE, 12 novembre 2009, Sté Comilux, Sté Chavest, n° 327451.

¹⁰⁹ V., pour une analyse poussée sur la question, P. Terneyre et J. Gourdou, « Proposition de loi visant à simplifier le régime du retrait des décisions administratives créatrices de droits », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 1036 et s.

2. Les décisions implicites

A priori, le législateur sénégalais n'exclut pas les décisions implicites dans le régime de sortie de vigueur des actes administratifs unilatéraux. En effet, l'article 5 de la loi du 6 février 1970 rend compte de cette intégration, pour le moins timorée, des décisions implicites. Il dispose que « les actes administratifs à caractère individuel, quelles qu'en soient la forme et l'origine, deviennent exécutoires dès leur notification ».

On peut estimer que l'expression « quelles qu'en soient la forme » est parfaitement inclusive de la catégorie des actes administratifs individuels implicites. Si tel est le cas, la mention de la condition relative à la « notification » pour que l'acte soit exécutoire devient superfétatoire en ce que, par définition, l'acte implicite peut échapper à ce formalisme.

Comment, dans ces conditions, rapporter l'acte implicite créateur de droits ? La question mérite d'être posée d'autant plus que le législateur n'apporte pas de réponse claire. De ce fait, les termes de la loi sénégalaise du 6 février 1970, notamment sur les décisions implicites, accentuent l'incomplétude normative en la matière. On peut imaginer que, faute de mesure de publicité, les décisions implicites peuvent être rapportées par l'administration à tout moment car le délai du recours contentieux ne court pas à l'égard des tiers.

Cette solution qui révèle l'oukase d'une administration hypertrophiée n'est pas sans rappeler l'état du droit en France avant la consécration de la jurisprudence *Ternon* et ce, même si elle porte sur les décisions expresses. En effet, cette jurisprudence portait l'ambition de clarifier le régime de retrait des décisions explicites créatrices de droits en découplant le délai de recours contentieux des tiers qui est de deux mois du délai de retrait par l'administration repoussé à quatre mois¹¹⁰. Théoriquement, on imagine que si les deux délais avaient été de même durée, le risque d'un amalgame ou d'une confusion aurait été prégnant.

A ce titre, force est de reconnaître que l'alignement du délai de retrait sur celui du recours contentieux ne fait du retrait qu'un simple pendant de l'annulation contentieuse. Or, cette solution, qui est celle qui résulte de la loi sénégalaise, comporte un vice majeur qui est que pour les actes créateurs de droits qui ne font pas l'objet d'une publicité générale, le délai de recours contentieux ne court pas à l'égard des tiers faute de mesures d'informations pour eux.

¹¹⁰ P. Delvolvé, « Le découplage du retrait et du recours », note sous CE, Ass. 26 octobre 2001, Ternon, *RFDA* 2002, p. 88.

Par ricochet, le délai imparti à l'administration pour rapporter l'acte ne peut dès lors commencer à courir¹¹¹. On note cependant une volonté pour le juge africain de réduire cette surprotection des pouvoirs de l'administration¹¹².

Au Sénégal, la loi échoue à trouver un point qu'équilibre entre les objectifs contradictoires de la sécurité juridique et de la défense de la légalité en accordant un pouvoir conséquent à l'administration en matière de décisions implicites. Sans doute faudra-t-il revenir sur la législation de 1970 en conditionnant le délai de retrait non pas à compter de la notification de l'acte mais à partir de l'intervention de celle-ci. En effet, la condition de la notification accroît profondément les pouvoirs de l'administration et, par ricochet, expose les administrés au manque de volonté ou à l'erreur de celle-ci. De plus, les conséquences qui découlent d'un défaut de notification occultent le glissement vers l'individu du droit administratif reconfiguré. La tendance est celle d'un jacobinisme administratif qui cède de plus en plus le pas face à la reconnaissance d'un nouveau statut à l'individu. Le risque d'atteinte aux droits des administrés, s'agissant des décisions implicites, est d'autant plus criant que ce type d'actes échappe, par nature, à la motivation¹¹³. Il faut tout de même reconnaître que dans ce domaine, le juge administratif sénégalais apporte plus de clarifications que le législateur. En effet, il semble faire courir le délai de recours de certaines décisions implicites non pas à partir de la notification de la décision, ce qui ne peut être le cas, mais à partir du moment où la décision implicite est survenue. Ainsi, « le silence gardé plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet et que le délai de deux mois pour se pourvoir contre un tel rejet court à compter de l'expiration de la période de quatre mois »¹¹⁴.

L'effort déployé par le juge pour réduire l'incertitude normative qui découle des décisions implicites se concrétise également dans le domaine des autorisations administratives de

¹¹¹CE, Ass., 6 mai 1966, Ville de Bagneux, *op.cit.*, Lebon 303 et CS du Sénégal, 23 mars 1966, Samba Ndoucoumane Gueye, *op.cit.*

¹¹² CSCA, arrêt n° 84 du 25 mars 2015, Thierno Lam c/ Ministre de la Construction, du Logement, de l'Assainissement et de l'Urbanisme. Le juge ivoirien déclare qu' « il résulte des articles 59 et 60 de la loi sur la Cour Suprême, que le recours en annulation pour excès de pouvoir devant la Chambre Administrative doit être introduit dans le délai de deux mois à compter, soit de la notification du rejet total ou partiel du recours administratif préalable, soit de l'expiration du délai de quatre mois imparti à l'Administration pour répondre à la demande dont elle est saisie ; qu'en saisissant la Chambre Administrative de la Cour Suprême, le 2 juillet 2014, après le recours gracieux du 30 décembre 2013 resté sans suite, le requérant a méconnu les délais suscités ; qu'en conséquence, sa requête est irrecevable ».

¹¹³ A. Dieye, « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », *Revue EDJA*, n° 81, Avril-Mai-Juin 2009, pp. 11 et s. Pour l'auteur, « une décision implicite intervenue dans les cas où une décision explicite aurait dû être motivée est illégale du seul fait que par nature, elle ne peut être assortie de cette motivation ». *Ibidem.* p. 18. Sur l'obligation de motivation d'un acte administratif de licenciement d'un délégué du personnel, V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 11, SO.TOU.SO c/ Etat du Sénégal, n° 0035, 24 novembre 1993 et CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 20, AFRICAMER c/ Etat du Sénégal, n° 0038, 22 décembre 1993.

¹¹⁴ CS du Sénégal, arrêt n° 36, 27 octobre 2011, Ibrahima Dia c/ Etat du Sénégal

licenciement de délégués du personnel. C'est ainsi qu'il considère que le délai pour introduire un recours hiérarchique contre une décision autorisant un licenciement court à partir de la connaissance de l'acte par son destinataire¹¹⁵. Dans le même contexte, même en cas de décision non notifiée, la production par le requérant d'un document constatant sa radiation prouve qu'il en avait une connaissance suffisante depuis cette date. Dès lors, le recours introduit quatre années plus tard est irrecevable car le requérant ne peut arguer de l'existence d'une décision implicite qui ne ferait pas courir le délai de deux mois requis pour formuler un recours pour excès de pouvoir¹¹⁶. De surcroît, le Conseil d'Etat du Sénégal déclare non fondé le moyen tiré de la méconnaissance de la date de dépôt de la demande de licenciement car les délégués du personnel, dans leur mémoire adressé à l'Inspecteur du Travail, ont fait référence à une note de service « sans formuler aucune réserve quant à son contenu ». En effet, dans ladite note de service figurait la date de dépôt de la demande de licenciement¹¹⁷.

Il convient de souligner que, s'agissant des décisions implicites créatrices de droits, le législateur français¹¹⁸ s'est lui aussi essayé à la clarification mais avec un succès mitigé¹¹⁹. En effet, la loi dispose que le retrait des décisions implicites d'acceptation peut intervenir dans un délai de deux mois à compter de la date de leur édicition. Si l'acte est accompagné d'une mesure d'information des tiers, le délai de retrait sera celui du recours contentieux et le retrait peut intervenir pendant toute la durée de l'instance si un recours a été formé. Pour parer à tout abus de l'administration, les juges précisent que si aucune mesure d'information n'a été adressée

¹¹⁵ V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 9, *Sonagraines c/ Etat du Sénégal*, n° 0013, 27 octobre 1993. En l'espèce, le délai de 15 jours prévu par l'article 188 du Code du travail pour procéder à un recours hiérarchique est respecté par le requérant en ce sens qu'il n'a eu connaissance de la décision de l'Inspecteur du travail que le 24 janvier 1992 alors que le recours hiérarchique a été formulé le 4 février 1992. Le Conseil d'Etat estime que la date de notification de la décision avancée par le Ministre du travail, soit le 17 janvier 1992, n'est « nullement établie ». Si la demande de licenciement est déposée un vendredi, le délai de 15 jours ne court qu'à partir du lundi, V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 16, *Société Industrielle Moderne des Plastiques Africaines dite SIMPA c/ Etat du Sénégal*, n° 0026, 24 novembre 1993. En revanche, le délai est de 30 jours lorsque la demande d'autorisation de licenciement a été formulée après qu'un sursis à statuer fut sollicité pour l'examen de la demande d'autorisation initiale. V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 19, *TRANSCAP c/ Etat du Sénégal*, n° 0039, 22 décembre 1993.

Dans la continuité de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a pu également annuler la décision prise par le Ministre du Travail portant sur le licenciement d'un délégué du personnel pour tardiveté du recours hiérarchique. V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 12, *Société Ibero Sénégal pour la Pêche en Atlantique (SISPA) c/ Etat du Sénégal*, n° 0032, 24 novembre 1993.

¹¹⁶ V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 21, *Madické Ba c/ Etat du Sénégal*, n° 0036, 22 décembre 1993.

¹¹⁷ V., CE du Sénégal, Bulletin des arrêts 1993, n° 13, *Juliette Mbodji et 26 autres c/ Etat du Sénégal*, n° 0030, 24 novembre 1993.

¹¹⁸ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JO 13 avril 2000, p. 5646.

¹¹⁹ B. Delaunay, « La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *RDP*, 2000, p. 1191. V. aussi, J. Arrighi de Casanova, S. Formery, « Une nouvelle étape dans l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens : la loi DCRA du 12 avril 2000 », *RFDA*, 2000, p. 725.

aux tiers, le retrait reste possible pendant la durée de l'instance dès lors qu'un recours a été formé¹²⁰. Contrairement donc à la jurisprudence antérieure qui posait le principe de l'impossibilité de retirer une décision implicite d'acceptation¹²¹, on voit là une amélioration certaine.

Toutefois, à l'analyse, la sécurisation du régime de sortie de vigueur des décisions implicites par le législateur s'avère partielle. En effet, le législateur ne vise, dans la loi du 12 avril 2000, que les décisions implicites d'acceptation, laissant à leur sort d'incomplétude normative, comme au Sénégal, les décisions implicites de rejet. Ces dernières continuent ainsi d'être soumises à l'empire de la jurisprudence *Dame Cachet* en ce que leur disparition continue toujours de s'exercer dans le délai du recours contentieux¹²².

L'insuccès de la clarification du régime résulte également dans la non prise en compte des décisions implicites par la jurisprudence *Ternon*. Le fossé entre les décisions explicites et les décisions implicites a été davantage creusé par cette décision qui exacerbe un régime des décisions explicites de plus en plus régulé et encadré et un régime des décisions implicites qui fait l'objet d'un moins grand intérêt selon qu'il s'agisse de décisions implicites d'acceptation ou de rejet.

Un constat s'impose alors à notre réflexion : le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux ne saurait être durablement fixé sans une codification complète de tous les mécanismes applicables¹²³. L'alternance des règles jurisprudentielles et législatives ou leur combinaison n'a pas abouti à consolider le régime¹²⁴.

L'urgence de cette cristallisation complète rencontre un écho favorable dans la doctrine¹²⁵ et il n'y a plus qu'à espérer une conjonction d'intérêts entre la volonté politique qui tarde à se dessiner et la volonté prétorienne pour l'instant obstinément rétive à toute évolution substantielle de la matière. Lorsque l'acte crée des droits, cet effort d'harmonisation pourrait également concerner les règles régissant le retrait et l'abrogation.

¹²⁰ CE, avis, 12 octobre 2006, Cavallo, *Juris-Data* n° 2006-070842 ; *DA*, 2006, commentaire 180.

¹²¹ CE, 14 novembre 1969, Eve, *op.cit.*, p. 498.

¹²² V., CE, 26 janvier 2007, n° 284605, SAS Kaefer Wanner et CS du Sénégal, Ibrahima Dia c/ Etat du Sénégal, 27 octobre 2011, n° 36.

¹²³ G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, pp. 31 et s.

¹²⁴ Par exemple, on peut regretter, en France, que le projet d'ordonnance de 2004 qui envisageait l'harmonisation de règles de retrait dans un souci de sécurité juridique soit resté lettre morte parce qu'aucune ordonnance n'a pu voir le jour dans le délai d'habilitation. V., Loi n° 2004-1343, art. 2 : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour harmoniser les règles de retrait des actes administratifs, dans un objectif de simplification et de sécurité juridique ».

¹²⁵ P. Terneyre et J. Gourdou, « Proposition de loi visant à simplifier le régime du retrait des décisions administratives créatrices de droits », *op.cit.*, p. 1033.

B. L'hétérogénéité des règles applicables au retrait et à l'abrogation

Pour les actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux, le retrait fait l'objet d'un plus grand intérêt que l'abrogation de la part du juge et du législateur. Dans les deux cas, il s'agit pourtant de ne pas perpétuer l'état d'illégalité tout en tenant compte de la nécessité de préserver les droits acquis par les destinataires de l'acte querellé. Un alignement entre les deux régimes, pour le cas particulier de ces actes, n'aurait rien de surprenant. La question est, dès lors, de réfléchir sur les fondements éventuels de cet alignement (1) et sur les modalités pratiques que celui-ci pourrait prendre (2).

1. Les fondements de l'alignement

Sans conteste, les effets pervers d'un régime anachronique du retrait innervent l'abrogation. Ces deux techniques de sortie de vigueur de l'acte ont pour finalité de trouver un point d'équilibre entre deux préoccupations manifestement contradictoires : la stabilité des situations acquises et le respect du principe de légalité.

Cependant, l'alliage entre ces deux objectifs est plus aisé à réaliser lorsqu'il s'agit d'abroger un acte administratif unilatéral créateur de droits en ce que seule une partie des effets de l'acte sera amputée. L'existence même de l'acte ne sera pas remise en cause ; seuls ses effets à venir feront l'objet d'une réformation.

En somme, l'abrogation résulte d'un acte qui, dans l'exécution d'un autre acte, lui interdit de déployer des effets¹²⁶. Toujours est-il, qu'à l'instar du retrait, les exigences de la sécurité juridique rendent l'encadrement de l'abrogation des actes individuels créateurs de droits acquis nécessaire. Cette protection des droits acquis peut s'inscrire à rebours du respect de la légalité car, quand bien même l'acte serait illégal, il ne saurait être abrogé que sous certaines conditions restrictives lorsqu'il fait naître des droits susceptibles d'être acquis. Entre autres conditions, nous constaterons, tout comme pour le retrait, que l'autorité compétente ne peut rapporter l'acte pour de simples motifs d'opportunité. L'action administrative doit être motivée par un souci

¹²⁶ V., CE, Ass., avis, 10 janvier 2008, *RDP*, 2009.1299, note Chauvaux. Le juge ivoirien définit l'abrogation comme « la suppression, par une nouvelle disposition, d'une règle qui cesse ainsi d'être applicable pour l'avenir ». V., CSCA, arrêt n° 62 du 21 décembre 2011 Siaka Coulibaly c/ Ministre de la Construction, de l'Urbanisme et de l'Habitat.

de cessation de l'état d'illégalité de l'acte. Une autre condition est relative au délai de réformation qu'il s'agisse de l'abrogation ou du retrait. En réalité, cette condition est tributaire de la façon dont l'acte en question déploie ses effets.

A l'évidence, on peut fonder l'alignement du régime de retrait et de l'abrogation sur l'existence de risques similaires encourus, en cas de disparition, par les administrés bénéficiaires d'actes individuels créateurs de droits illégaux. C'est, en effet, un lieu commun de dire que les atteintes potentielles à la sécurité juridique sont telles que les imperfections qui découlent de la loi sénégalaise de 1970, codifiant tout simplement la jurisprudence *Cachet*, se répercutent dans le domaine de l'abrogation alors même que celle-ci ne vaut que pour les effets futurs de l'acte.

De surcroît, les régimes du retrait et de l'abrogation révèlent une certaine appétence pour l'administration de moduler son action pour tenir compte des évolutions de l'intérêt général. En effet, elle doit pouvoir s'adapter aux besoins changeants de l'intérêt général et ne pas voir son action bloquée. La difficulté réside dans le contenu assez malléable et élastique de l'intérêt général. Ainsi, sous prétexte d'adapter son action aux évolutions de l'intérêt général, le risque est d'ouvrir une boîte de Pandore qui offrirait une capacité d'action insoupçonnée à l'administration. Au demeurant, la question s'est posée au sortir de la première guerre mondiale lorsque la notion s'est élargie pour répondre à l'urgence d'une prise en main par l'Etat du fonctionnement de la société et d'une organisation des services sociaux. Il faut aussi rajouter que l'évolution de la notion d'intérêt général n'est pas neutre en ce qu'elle précipite l'élargissement de la notion de service public¹²⁷. Concrètement, on est passé d'une conception classique de l'intérêt général qui se confondait aux activités de transports, de fournitures d'énergie ou de protection de la santé publique à une conception moderne intégrant les activités culturelles, voire ludiques¹²⁸.

Par ailleurs, l'alignement entre les régimes du retrait et de l'abrogation peut être également fondé sur une concomitance d'objectifs. Dans les deux cas, il s'agit, en effet, de faire évoluer

¹²⁷ V., sur la qualification du service public, CE Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, Rec., p. 401 et CE, Sect. 22 février 2007, 264541, Rec. Lebon.

¹²⁸ A l'origine, l'activité théâtrale n'était pas érigée en service public. Le doyen Hauriou disait même à ce propos que « ce ne serait peut-être pas le moment d'ériger en services publics les entreprises de spectacle et de théâtre, qui ne présentent aucune nécessité, même financière, dont l'inconvénient même est d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse, et d'exciter les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance. Il est déjà très discutable que les administrations publiques subventionnent des entreprises de cette nature, et certes il vaudrait mieux s'orienter vers la suppression des subventions que vers l'érection en services publics ». V., Note sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. ville de Paris*, S. 1916.3.41. Dorénavant, pour une commune, un théâtre, même de distraction, est un service public (CE Sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, Rec. 363). Le même raisonnement vaut pour un casino (CE, 25 mars 1966, 46504 46707, Rec. Lebon) en ce qu'il contribue au développement touristique et économique d'une région.

des situations juridiques tout en garantissant une certaine sécurité juridique. Lorsqu'il s'agit d'actes créateurs de droits individuels, les atteintes à la sécurité juridique constatées sous l'empire de la loi de 1970 trouvent également un écho en matière d'abrogation. En effet, l'abrogation des actes administratifs individuels créateurs de droits est en principe impossible sauf si la demande émane du titulaire des droits créés¹²⁹. Pour mettre fin à un acte légal créateur de droits, il faut recourir à la procédure de l'acte contraire (ex. révocation des fonctionnaires). D'ailleurs, on assiste à une unification des conditions du retrait et de l'abrogation. Le juge administratif burkinabé, traite, par exemple, des conditions de révocabilité sans distinguer s'il s'agit précisément d'un retrait ou d'une abrogation¹³⁰. Dans un souci de simplification des règles applicables et d'harmonisation, il pose des conditions de sortie de vigueur qui valent aussi bien pour le retrait que pour l'abrogation¹³¹. Ce faisant, le juge burkinabé participe à la définition de modalités d'alignement des régimes de retrait et d'abrogation des actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux.

2. Les modalités de l'alignement

Traditionnellement, les conditions de l'abrogation des actes individuels créateurs de droits susceptibles d'être acquis étaient alignées sur celles du retrait de cette même catégorie d'actes. A l'analyse, la jurisprudence française, qui eut le mérite de trouver un point d'équilibre plus pertinent entre le maintien des situations acquises et le respect du principe de légalité, a également créé une incertitude en proposant une solution exclusive au retrait. En effet, en dissociant le délai de retrait et le délai de recours contentieux de deux mois, le juge a également dissocié le régime de retrait de celui de l'abrogation alors que, dans les deux cas, il s'est agi d'actes individuels créateurs de droits acquis illégalement et pouvant donc impacter la sécurité juridique des administrés.

Au Sénégal, la loi du 6 février 1970, anachronique en matière de retrait, ne mentionne pas l'abrogation *expressis verbis*. Le juge administratif ivoirien ne règle pas non plus explicitement la question de l'abrogation¹³².

¹²⁹CE, 30 juin 2006, Société neuf télécom, n° 289564, Rec. Lebon : l'autorité administrative ne peut abroger une décision non réglementaire créatrice de droits, en l'absence de demande en ce sens du titulaire des droits, que dans les cas prévus par les lois et règlements en vigueur.

¹³⁰ V. Décision, Traoré Félicitée née Compaoré, *op.cit.*, 23 janvier 1987.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² M. Bleou Djézou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, *op.cit.*, pp. 240 et s.

Au demeurant, l'incomplétude de la loi sénégalaise de 1970, mutique sur l'abrogation, révèle l'existence d'une catégorie administrative qui échappe à toute réglementation. Les risques d'atteinte à la sécurité juridique des administrés privés, par une abrogation, d'une situation acquise que l'administration leur avait conférée ne sont plus discutés. Ce domaine abrogatif au sujet duquel la loi sénégalaise est silencieuse rend nécessaire un encadrement qui serait plus textuel que jurisprudentiel¹³³. Celui-ci devra, *mutatis mutandis*, concilier les conditions du retrait et de l'abrogation pour plus de clarté étant admis que la réformation des actes administratifs individuels créateurs de droits pose des difficultés similaires.

Les juges du Palais royal sont en tout cas revenus à l'orthodoxie administrative en réaffirmant l'unicité du régime de retrait et d'abrogation des actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis¹³⁴. Le juge soutient, en effet, que : « sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale ». On constatera que le juge administratif reprend la lettre de la jurisprudence *Ternon* en prenant soin de l'adapter à l'abrogation. De ce fait, les actes créateurs de droits illégaux ne peuvent être rapportés que sous un prisme identique.

Cette unicité réaffirmée a le mérite d'apporter un peu de clarté aux conditions de réformation des actes individuels créateurs de droits qui sont naturellement complexes de par les atteintes pouvant être portées à la sécurité juridique. Il n'en demeure pas moins que cette homogénéisation ne s'opère que sur le terrain des décisions expresses créatrices de droits susceptibles d'être acquis. Elle exclut une catégorie d'actes, les décisions implicites, qui, pourtant, pénètrent profondément le champ administratif. La législation française du 12 avril 2000 en est symptomatique¹³⁵. Elle ne vise que le retrait des décisions implicites d'acceptation. Pour les décisions implicites créatrices de droits susceptibles d'être acquis, on ne peut que se retourner vers le régime antérieur qui admettait leur abrogation tant que ces actes n'étaient pas devenus définitifs¹³⁶.

De manière générale, plusieurs raisons rendent l'alignement nécessaire.

¹³³ En effet, la jurisprudence admet déjà, pour les actes administratifs individuels créateurs de droits illégaux, la possibilité d'une abrogation. V., CS du Sénégal, 27 janvier 1982, Magatte Niang, *RIPAS*, n° 10, p. 644.

¹³⁴ CE, Sect., 6 mars 2009, req. n° 306084, Coulibaly, Lebon, *AJDA*, 2009, 817, chron. Liéber et Botteghi, *RFDA*, 2009, 215, conclusion De Salins, *RFDA*, 2009, 439, note Eveillard.

¹³⁵ Plus précisément, l'article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

¹³⁶ CE, 21 janvier 1991, Pain, *op.cit.*, 692.

En premier lieu, à l'image du retrait, des dispositions textuelles (législatives ou réglementaires, voire même constitutionnelles ou communautaires) peuvent prévoir un régime d'abrogation particulier pour plusieurs raisons. Ainsi, il peut être identifié des vices de légalité pour justifier une abrogation, de la même manière qu'il peut être écarté, au contraire, toute condition d'illégalité ou, tout simplement, prévu un délai d'abrogation différent. Ainsi, le juge utilisera la méthode casuistique pour opérer un choix quant au régime textuel dérogoire ou jurisprudentiel à appliquer¹³⁷. Aussi, la théorie de l'« acte contraire »¹³⁸ frappe-t-il aussi bien le régime de retrait que celui de l'abrogation de la catégorie d'actes considérés. La différence principale entre les textes dérogeant au régime jurisprudentiel du retrait et de l'abrogation et l'« acte contraire » se situe au niveau des motifs de mise en œuvre du pouvoir de remise en cause de l'acte. Dans le premier cas, la remise en cause de l'acte est motivée par des considérations endogènes à l'acte et dans le second cas par des considérations exogènes. En sus, la théorie de l'acte contraire repose sur un régime prévu par les textes alors qu'en matière d'abrogation, l'orthodoxie suppose un respect des règles de parallélisme des procédures et des compétences¹³⁹.

En second lieu, le régime de l'abrogation ne diffère pas de celui du retrait en ce que le bénéficiaire des droits créés peut toujours demander la réformation de la décision ne serait-ce que parce qu'il espère obtenir une décision plus favorable. La sécurité juridique n'est ici nullement ébranlée car la règle est que le titulaire des droits acquis est lui-même à l'origine de la décision d'abrogation. La condition tenant au délai devient dès lors inopérante. A l'inverse, l'ambition de concilier les principes de légalité et de sécurité juridique redevient plus aisée à réaliser. La loi sénégalaise du 6 février 1970, qui fait du couplage entre délai de retrait et délai de recours contentieux l'épicentre du régime de retrait des actes administratifs unilatéraux individuels créateurs de droits, et le régime général de la jurisprudence *Ternon* sont neutralisés lorsque la demande de réformation émane du bénéficiaire des droits¹⁴⁰ et ce, même si le juge garde l'opportunité d'accéder à la demande¹⁴¹.

¹³⁷ CE, 28 septembre 2005, Société Soinnie et associés, Lebon 397 et CE, Avis, 27 juin 2007, Me Viaud, Lebon, 672.

¹³⁸ En matière d'actes contraires, l'exemple le plus usité est relatif à la nomination des fonctionnaires. Il s'agit là d'une décision créatrice de droits que l'autorité compétente peut mettre fin pour l'avenir soit en prononçant une révocation en cas de faute soit par la mise à la retraite lorsque la limite d'âge est atteinte. V., sur la doctrine relative à l'acte contraire, M. Bleou Djézou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, op.cit., p. 243.

¹³⁹ CE, 10 avril 1959, Fourré-Cormeray, Lebon 233, D. 1959.210, conclusion Heumann, *RDP*, 1959. 1222, note Waline.

¹⁴⁰ CE, Sect., 29 novembre 1974, Barras, Lebon 598, *RDP*, 1975. 1121, note Waline.

¹⁴¹ CE, Sect., 23 juillet 1974, Gay, Lebon 441, *AJDA* 1974. 534, chronique Franc et Boyon.

Malgré l'incomplétude de la loi sénégalaise sur la question, il est tout à fait imaginable, pour une meilleure conciliation entre les principes de sécurité juridique et de légalité, de prévoir une condition d'abrogation qui reposerait non plus sur l'illégalité *ab initio* de l'acte mais sur une illégalité postérieure eu égard aux changements de circonstances de fait ou de droit de l'acte. Cette illégalité qui résulte de ces changements de circonstances justifierait une abrogation alors même que le délai prévu serait dépassé. Il s'agirait du délai de deux mois au Sénégal si l'on transpose l'esprit de la loi de 1970 à l'abrogation. En France, on sait que ce délai a été rallongé à quatre mois. A l'analyse, l'équilibre recherché entre principes de légalité et sécurité juridique, risque, dans cette hypothèse, de pencher en faveur d'une sanctuarisation de la légalité. Les droits créés par la décision administrative resteraient arbitrairement tributaires des aléas qui impactent la licéité de l'acte au cours de son existence. C'est le cas, par exemple, non pas des actes administratifs qui déploient leurs effets en une opération unique¹⁴² mais de manière continue. Ces actes sont naturellement soumis à l'écume des changements de circonstances. Les conditions de leur édicition n'étant plus remplies, les droits créés pour l'avenir sont chevillés au corps d'une légalité fragile.

Il faut dire que ce cas de figure de réformation de l'acte administratif qui précarise les droits acquis est déjà appliqué pour les actes réglementaires avec beaucoup moins de complexité¹⁴³. En effet, le principe d'un acte réglementaire est qu'il ne fait pas naître de droits acquis¹⁴⁴. Il vise à modifier l'ordonnancement juridique général plutôt qu'à individualiser des situations. Sa réformation ne bouscule pas l'équilibre, déjà évanescant, entre les objectifs de légalité et de sécurité juridique.

Si la possibilité d'une abrogation au-delà du délai requis déplace le curseur de l'équilibre au détriment de la sécurité juridique, il en est de même de l'abrogation motivée par des considérations d'ordre public. En d'autres termes, l'intérêt général prime sur la sécurité

¹⁴² L'exemple le plus souvent cité est celui de la décision attributive d'un permis de construire. Il peut également être cité l'autorisation d'utilisation de fréquences aux opérateurs de téléphones mobiles : CE 30 juin 2006, Société Neuf Télécom, *op.cit.*, 309.

¹⁴³ V., CE, Ass., 3 février 1989, Alitalia, 74052, Rec. Lebon. Dans cette affaire, le problème de droit posé était de savoir si le Premier ministre avait l'obligation d'abroger un règlement illégal alors même que le délai du recours contentieux était expiré. Le juge administratif répond que l'auteur du règlement est obligé de faire droit à une demande d'abrogation d'un règlement devenu illégal à la suite d'un changement de circonstances ou dès son origine à tout moment et pas seulement dans le délai du recours contentieux sur la demande de l'intéressé.

Quand le règlement est illégal, l'abrogation est une obligation.

De plus, la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit qui a modifié l'Article 16-1 de la loi du 12 avril 2000 précise que l'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date.

¹⁴⁴ A. Bockel, « Sur le retrait des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1973-1, p. 135.

juridique en matière de réformation d'un acte administratif même créateurs de droits acquis¹⁴⁵. Le même constat, à l'instar du retrait, s'impose lorsque l'acte créateur de droits a été obtenu par une manœuvre frauduleuse. Dans ce cas, la réformation se justifie, sauf exception tenant aux impératifs de procédure et de compétence qui s'imposent à l'administration¹⁴⁶, par la seule constatation de la fraude : l'acte frauduleux, dans la jurisprudence africaine, ne peut créer de droits acquis¹⁴⁷. En effet, « il est de principe que les décisions administratives obtenues à la suite de fraude peuvent toujours être rapportées car elles ne créent jamais de droits définitifs »¹⁴⁸. On observe, avec un certain étonnement, que contrairement à ses homologues africains, le juge administratif sénégalais considère que la sortie de vigueur de l'acte administratif unilatéral ne peut intervenir que dans le délai de recours contentieux et ce, même s'il y a une fraude constatée¹⁴⁹. Ainsi, au Sénégal, s'agissant des actes obtenus par fraude, la morale ou l'éthique juridique ne préempte pas le droit¹⁵⁰.

¹⁴⁵ CE 13 juin 2003, Préfet du Jura c/ Madame Cattin, Lebon 648.

¹⁴⁶ A.-B. Fall, « Retrait des actes administratifs et manœuvres frauduleuses », *LPA*, 25 août 1995, n° 102, p. 12.

¹⁴⁷ V., pour le Bénin, CACS, 43/CA du 3 juin 1999, Collectif des instituteurs titulaires du CAP admis au test de douane contre Ministère de la Fonction publique, du Travail et de la Réforme administrative. Pour la Côte d'Ivoire, V., CSCA, 29 janvier 1992, Essoa Achiépo c/ ministère de la Sécurité intérieure ou CSCA, 24 février 1993, Ekou Allou Paul c/ ministère de l'Environnement, de la Construction et de l'Urbanisme (91-82 AD). Pour le Burkina Faso, V. la jurisprudence Traoré Félicitée née Compaoré, *op.cit.* Dans cette dernière affaire, le juge fixe quatre conditions pour que l'acte devienne irrévocable. « Il doit être de caractère individuel ; l'acte doit avoir créé des droits ; un laps de temps doit s'être écoulé depuis son émission ; il faut que le bénéficiaire soit de bonne foi ». V. en France, CE, Sect., 29 novembre 2002, 223027, Rec. Lebon.

¹⁴⁸ V., pour la Côte d'Ivoire, CSCA, 21 mai 2008, Deflorin Marcel Werner c/ Ministère de la construction et de l'urbanisme, arrêt n° 19, inédit

¹⁴⁹ V., CS, arrêt n° 61 du 23 septembre 2015, Bouré Diouf et autres c/ Etat du Sénégal. A rebours, il a pu être jugé en Côte d'Ivoire que « la concession provisoire obtenue à la suite de telles manœuvres frauduleuses est entachée de vice ; qu'elle peut être retirée à tout moment ». V., CSCA, arrêt n° 3, 24 février 1993, Ekou Allou Paul c/ ministère de l'Environnement, de la Construction et de l'Urbanisme (91-82 AD).

¹⁵⁰ V., F. Melleray, « Le retrait d'un acte administratif obtenu par fraude. Le cas d'un plagiat », *RFDA*, 2009, p. 226.

Conclusion

Pour protecteur qu'il soit, le régime de sortie de vigueur des actes créateurs de droits illégaux doit s'insérer dans les dernières tendances du droit administratif. En effet, si le droit administratif n'est plus considéré comme un simple droit de l'administration, un succédané, c'est bien en raison de la fin consommée de la puissance hypertrophique de l'Etat à la suite de la densification du rôle des personnes privées. Selon que l'équilibre entre la sécurité juridique et le principe de légalité penche en faveur de l'une ou de l'autre exigence, le régime de retrait et d'abrogation des actes créateurs de droits illégaux s'inscrit dans les dernières tendances du droit administratif ou, au contraire, s'en éloigne. L'enjeu de notre étude n'en reflète pas moins la conception libérale ou, à rebours, conservatrice de l'Etat. Il est clair, somme toute, que le couplage entre les délais de sortie de vigueur et de recours contentieux et la grande hétérogénéité des règles applicables, selon la forme de l'acte administratif ou son étendue normative, révèlent la subsistance d'une administration peu encline au girondisme dans l'exercice de son action.