

REVUE BENINOISE DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

TIRE A PART

R.B.S.J.A. N° 29

Année 2013

Sommaire

DOCTRINE :

- **Arsène-Joël ADELOUI**
L'Union africaine et la reconnaissance
des gouvernements anticonstitutionnels
(Page 5)
- **Moktar ADAMOU**
La notion d'affectio societatis en droit des
sociétés commerciales (OHADA)
(Page 59)
- **Komlan ALEMAWO**
La religion du contractant (Page 95)
- **Marie Épiphane SOHOUÉNOU**
La détachabilité en Afrique francophone
(Page 131)

LEGISLATION :

Loi n° 2012-15 portant code de procédure
pénale en République du Bénin. (Page)

JURISPRUDENCE :

- **Césaire KPENONHOUN**
Note sur Arrêt n°013/CJ-S
du 27/08/1999 de la Cour Suprême
(Page)

Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature
(E.N.A.M.) et les Facultés de Droit et Sciences Politiques
des Universités Nationales du Bénin

ISSN : 1840-5169

**Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale
d'Administration et de Magistrature (E.N.A.M.) et
les Facultés de Droit et de Sciences Politiques (FADESP)**

COMITE SCIENTIFIQUE

PRESIDENT D'HONNEUR

Maurice AHANHANZO-GLELE, Professeur
de Droit Public à la retraite

MEMBRES

- . Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- . Fidèle MENGUE ME ENGOUANG : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université de Libreville (Gabon)
- . Abdoullah CISSE : Agrégé de Droit Privé, Recteur de l'Université de Bambey (SENEGAL)
- . Ahadzi KOFFI : Agrégé de Droit Public, Président de l'Université de Lomé (TOGO)
- . Akouété SANTOS : Agrégé de Droit Privé, Université de Lomé (TOGO)
- . Dorothé SOSSA : Agrégé de Droit Privé, Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- . Noël GBAGUIDI : Agrégé de Droit Privé, Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- . Jean Baptiste MONSI : Magistrat, Procureur Général près la Cour Suprême du BENIN
- . Robert DOSSOU : Ancien Doyen de la Faculté de Droit, Ancien Bâtonnier

COMITE DE REDACTION

- . Directeur de Publication : Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire
- . Secrétaire Scientifique : Victor TOPANOU, Maître-Assistant au CAMES, Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- . Secrétaire Adjoint : Roger DOSSOU-YOVO, Docteur en Droit, Directeur Général de l'Institut International des Assurances (Yaoundé)
- . Membre : Barnabé GBAGO, Agrégé en histoire du Droit, Avocat, Université d'Abomey-Calavi

COMITE DE GESTION

- ◆ **Président** : Professeur Barnabé GBAGO : Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique (FADESP) du Bénin
- ◆ **1^{er} Vice Président** : Mr Etienne AHOUANKA, Directeur de l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM) du BENIN
- ◆ **2^e Vice Président** : Gabriel ALLOGNON, Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Parakou (BENIN), Docteur en Droit Public
- ◆ **Responsable à la promotion et à la diffusion** : Mme Elisabeth YEDEDJI épouse GNANVO, Maître assistant du CAMES, Droit Privé, Université d'Abomey-Calavi
- ◆ **Trésorier** : Mme Juliette QUENUM, C/SAF, ENAM

**REVUE BENINOISE DES SCIENCES
JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES**

DOCTRINE

LA DÉTACHABILITÉ EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Par

Marie Épiphanie SOHOUÉNOU

Maître-assistant de droit public à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin)



LA DÉTACHABILITÉ EN AFRIQUE FRANCOPHONE

« *Exceptio probat regulam in casibus non exceptis* »¹. Cette maxime du droit romain pourrait s'appliquer à la détachabilité dont elle indiquerait alors de manière fort juste la place dans les constructions juridiques actuelles, y compris en Afrique francophone.

La détachabilité fait partie « *des catégories juridiques qui ne sont ni des notions ni des concepts parce qu'elles ... se trouvent à mi-chemin entre deux principes* »². Le terme « *détachabilité* » constitue encore, dans une certaine mesure, un néologisme aussi bien en langue française³ qu'en droit⁴ où de nombreux auteurs semblent lui préférer la formule « *acte détachable* ». L'acte est, par opposition au fait⁵, une « *manifestation de volonté* »⁶. Quant au qualificatif « *détachable* », il correspond à ce qui est « *susceptible d'être détaché, (...) dans le sens correspondant à détachabilité, [et non] à détachement* »⁷. Autrement dit, est détachable ce « *qu'on peut (...) isoler d'un ensemble* »⁸. Il faut probablement admettre qu'« *au fond nul ne sait très bien ce qu'est un*

¹ « *L'exception confirme la règle pour les cas non exceptés* » (Wiktionnaire, http://fr.wiktionary.org/wiki/exception_qui_confirme_la_règle. D'autres formulations en sont proposées : « *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* » (Expressio, <http://www.expressio.fr/expressions/l-exception-qui-confirme-la-regle.php>); « *exceptio probat regulam de rebus non exceptis* » (Homayoun Barati, « Le refus de révision pour erreur de fait d'une sentence arbitrale : un précédent décevant, Persée : Portail des revues en sciences humaines et sociales, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1996_num_42_1_3394. Pour certains, qui finissent néanmoins par admettre le sens ci-dessus rappelé, l'expression signifierait plutôt que « *l'exception infirme la règle* », Omnilogie, http://omnilogie.fr/O/L%27exception_qui_confirme_la_règle). En réalité, les deux traductions ne sont pas contradictoires.

² DARCY (Gilles), « *Détachabilité et rattachabilité dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques et de leurs agents* » in *De code en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009, p. 180

³ Le mot ne figure pas dans les dictionnaires usuels de la langue française. Voir par exemple *Le Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2012

⁴ De même, pour la plupart, les rédacteurs de dictionnaires de droit, généralistes ou spécialisés, omettent le terme « *détachabilité* » alors qu'il est utilisé par les juristes comme le prouvent quelques titres ou extraits de textes cités infra. Faisant exception, ROUQUETTE (Rémy) le mentionne comme entrée dans son *Dictionnaire du droit administratif*, Paris : Le Moniteur, 2002, p. 256.

⁵ Le fait juridique est tout « *(...) agissement (...) de l'homme, événement social, phénomène de la nature (...) auquel la loi attache une conséquence juridique (...)* » (CORNU (Gérard) dir. *Vocabulaire juridique*, Paris : Quadrige/PUF, 9ème édition mise à jour, 2011, p. 444), autrement dit, « *ce qui, quoique non fautif, peut entraîner la responsabilité, ou au contraire exonérer (...)* » (ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 341.

⁶ ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 34. Cp. CORNU, *op. cit.*. En droit administratif, il existe entre « *acte administratif* », « *décision* » et « *décision exécutoire* », des nuances sur lesquelles l'on consultera utilement VAN LANG (Agathe), GONDOUIN (Geneviève), et INSERGUET-BRISSET (Véronique). *Dictionnaire de droit administratif*, Paris : Sirey, 6ème édition, 2012, p. 129 et s.

⁷ ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 257.

⁸ *Le Nouveau Petit Robert*. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, version électronique, 2009.

*acte détachable [et qu'] il est plus facile d'en donner des exemples que d'en faire la théorie »*⁹. Cependant, tout effort de définition n'est pas vain. En écartant les formulations trop limitatives¹⁰, l'on retiendra que, de manière générale¹¹, l'acte détachable est celui faisant partie d'une procédure mais produisant des effets juridiques distincts et faisant dès lors « l'objet d'un traitement différencié par le juge »¹². L'acte détachable est plus précisément un « acte administratif faisant partie d'une opération juridique¹³ et dont la jurisprudence admet qu'il puisse ...être disjoint »¹⁴ pour être soumis à un régime contentieux différent. Diverses expressions sont proposées comme des synonymes d' « acte détachable »¹⁵. La plus couramment utilisée de toutes est « acte détaché »¹⁶. À première vue, elle paraît satisfaisante. En effet, en tant que construction jurisprudentielle, l'acte détachable est, non pas virtuellement détachable, mais déjà détaché par le juge. Néanmoins, la formule « acte détaché » n'est pas tout à fait acceptable car, d'un autre point de vue, l'acte détaché

⁹ ZOLLER (Elisabeth), *Droit des relations extérieures*, Paris : PUF, 1992, p. 314 cité par MACERA (Bernard-Frank), *Les « actes détachables » dans le droit public français*, Préface de Franck MODERNE, Limoges : PULIM, 2002.

¹⁰ Pour VAN LANG et al., *op. cit.*, l'acte détachable est celui qui « une fois séparé...de son contexte, se présente comme un acte administratif unilatéral à part entière et peut donc être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir » (p. 15). Même si elle est exacte dans certains cas, cette définition est restrictive au regard de l'étendue du champ d'application et des effets de la théorie des actes détachables.

¹¹ En fonction de la matière à laquelle elle s'applique, cette définition, encore très générale, peut se préciser comme on le verra.

¹² SCHAEGIS (Chrystelle), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris : Ellipses, 2008, p. 11.

¹³ L'opération administrative peut être définie comme une succession d'actes administratifs concourant à la réalisation d'une tâche administrative et liés de ce fait les uns aux autres tout en conservant, chacun, son individualité. Cp. CHARLES (Hubert), « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français (contribution à une théorie de l'opération administrative), Thèse, Paris : LGDJ, 1968, p. 2 ; VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 288-289 ; SCHAEGIS, *op. cit.*, p. 199.

¹⁴ CORNU, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵ Il est ainsi proposé de les appeler « actes divisibles » (ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 257), « actes séparables » (ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 257), « actes particuliers qui environnent » le contrat (PACTEAU cité par MACERA *op. cit.*, p. 44), « actes satellites » (PACTEAU cité par MACERA *op. cit.*, p. 44) ou « actes périphériques » en matière d'élections (LAMOUROUX dans le titre de sa thèse citée par MACERA, *op. cit.*, p. 79).

Quoique ayant un sens presque identique les formules « actes détachables » et « actes divisibles » ne sont pas interchangeable.

Ainsi, alors que l'acte connexe est détachable de l'opération (complexe), celle-ci est divisible. De ce point de vue, seule la formule « actes séparables » est acceptable comme synonyme de « acte détachable ». Mais, elle ne s'est pas imposée en droit administratif. Quant aux autres expressions citées, elles sont d'un autre ordre : elles mettent l'accent sur l'opposition entre le principal et l'accessoire.

¹⁶ Selon MACERA, *op. cit.*, p. 27, « le professeur [Maurice] Hauriou utilisait l'expression « actes détachés » ». Toujours est-il que la formule « actes détachables » revient à plusieurs reprises sous la plume du Maître de l'École de Toulouse dans son *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris : Sirey, 12^e édition, 1933, Édition revue et mise à jour par André HAURIUO, Réédition présentée par Pierre DELVOLVÉ et Franck MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, notamment en pages 398 et 435.

ne l'est pas de manière définitive et générale : ce qui a été détaché aurait pu ne pas l'être et pourrait cesser de l'être¹⁷. En définitive l'expression « *acte détachable* » semble s'imposer, même si de nombreux auteurs donnent l'impression de marquer à son égard une certaine méfiance¹⁸. Toujours est-il que la définition de l'acte détachable rend plus aisée la quête de sens pour la détachabilité.

Étymologiquement, la détachabilité parfois appelée « *séparabilité* »¹⁹ est le « *caractère de ce qui est détachable* »²⁰. Elle est à l'opposé de la rattachabilité qui est la règle dont elle constitue l'exception²¹. Pour la majeure partie de la doctrine, la détachabilité constitue « *une technique...une méthode* »²², « *un procédé* »²³, « *un instrument* »²⁴, un « *outil de technique contentieuse* »²⁵ ou, si l'on préfère, « *une technique jurisprudentielle* »²⁶. Il est donc possible de retenir que la détachabilité est la technique d'analyse par laquelle le juge isole un acte déterminé de l'opération administrative dont il fait partie afin de le soumettre à un traitement contentieux différencié²⁷. Dans cette définition, le mot « *acte* » paraît devoir être pris, non seulement au sens précis d'acte

¹⁷ Par exemple, en droit français, « *l'acte administratif saisi d'un parfait recours pour excès de pouvoir parce qu'il n'est pas incorporé au contrat pourra le devenir et par cela même être atteint de caducité lorsque la convention sera devenue définitive soit par la diligence des parties soit par la lenteur à juger des décisions administratives* » (DARCY Gilles, « Variations sur l'acte détachable du contrat » in Contrats publics: Mélanges en l'honneur du Pr Michel Guibal, Vol. 1, Montpellier : CREAM, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 503 et s.). Il en est de même en matière électorale où le juge du recours pour excès de pouvoir devient incompétent pour statuer sur un acte (précédemment) détachable dès la publication des résultats.

¹⁸ Dans les titres de plusieurs ouvrages ou articles cités supra et infra, des guillemets ou des griffes enserrent la formule.

¹⁹ MODERNE (Franck), dans sa préface à MACERA *op. cit.*, p. 15. Mais, le terme « *séparabilité* » n'a pas eu de succès en doctrine administrative. En revanche, il est consacré par la jurisprudence constitutionnelle comme cela apparaît infra.

²⁰ ROUQUETTE, *op. cit.*, p. 257.

²¹ L'avènement de la détachabilité correspond à la remise en cause de la théorie du « tout indivisible ». Le professeur DARCY affirme qu'« *au commencement ... tout est attaché, ... unifié...indivisible, ...indissoluble puis au gré du temps, on délie, on décroche, on sépare, on libère, avant, au fil des circonstances, de rattacher, c'est-à-dire d'attacher à nouveau, de renouer avec un insaisissable passé* » (« Détachabilité et rattachabilité... » déjà cité, p. 179). Il en déduit que « *l'une divise, l'autre recompose* » (p.180). Quant à lui, le professeur Hubert CHARLES compare le rapport entre détachabilité et rattachabilité à celui entre analyse et synthèse (thèse déjà citée, p. 3-4).

²² CHARLES, *op. cit.*, p. 2.

²³ DARCY, « Détachabilité et rattachabilité... » déjà cité., p. 179 ; HUBERT, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ MODERNE, Préface à MACERA *op. cit.*, p. 15 ; MACERA, *op. cit.*, p. 101.

²⁵ AZIBERT et de BOISDEFFRE cités par MACERA, *op. cit.*, p. 103.

²⁶ MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ Cette définition emprunte à la fois aux conceptions de l'acte détachable rappelées supra d'une part et à celles de la détachabilité proposées par ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Paris : Dalloz, 2ème édition, 2006, p. 124 et par DARCY, « Détachabilité et rattachabilité... » déjà cité, p. 179 d'autre part. Mais, toutes ces conceptions paraissent encore trop restrictives au regard de la variété des cas dont rend compte la présente étude.

juridique mais aussi à celui, plus large, qu'il revêt dans le langage courant car, dans la pratique, la nature de l'acte détachable est très variable : décision écrite ou non, comportement, fait, etc. La détachabilité s'applique autant aux actes de l'Administration qu'aux fautes des agents de celle-ci. Dans l'intitulé de la présente étude, le terme « *détachabilité* » est préféré à l'expression « *acte détachable* » précisément parce que cette dernière limite la technique à un type d'objet.

La technique de la détachabilité a été élaborée en France au début du vingtième siècle par la juridiction administrative. Elle a été appliquée pour la première fois en 1905²⁸ par le Conseil d'État. « *Conçue ab origine comme un palliatif à l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat* »²⁹ elle permet « (...) *au juge administratif d'exercer un type de contrôle qu'il n'aurait pas pu exercer sans ce subterfuge* »³⁰. Même si le droit des contrats administratifs constitue à la fois le « *berceau* »³¹ et le « *domaine de prédilection* »³² de la détachabilité, celle-ci s'est progressivement étendue à d'autres branches du droit. Elle a été reprise par le Conseil constitutionnel³³ et par les juridictions judiciaires³⁴. Cependant, par-delà l'extension au droit privé³⁵,

²⁸ CE 4 août 1905, Martin, rec. 749, concl. Romieu, LONG (Marceau) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (GAJA), 18ème édition, Paris : Dalloz, 2011, n° 15. Dans cet arrêt, la détachabilité profite à un tiers au contrat. En ce qui concerne les concontractants. En ce qui concerne les parties, il y avait eu plus tôt CE 11 décembre 1903, Commune de Gorre, S. 1906.3.49.

²⁹ MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 17.

³⁰ *Ibid.*, p. 19.

En contentieux du contrat administratif où elle est née, la détachabilité a une double utilité. Pour les parties, elle constitue un palliatif à l'exception de recours parallèle. Pour les tiers, elle permet de remédier à l'absence de tout recours résultant de la précédente théorie du « *tout indivisible* ».

³¹ MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 17.

³² *Ibid.*, p. 15.

³³ Le Conseil constitutionnel utilise, notamment en matière de contrôle de constitutionnalité, les techniques dites de la séparabilité et de l'inséparabilité qui, sans avoir exactement les mêmes effets juridiques que la détachabilité et la rattachabilité, s'inspirent de la logique de celles-ci. Voir par exemple, Cons. const. 26 janvier 1967 et 9 juillet 1970, Indépendance et inamovibilité des magistrats (n° 67-31 DC et n° 70-40 DC) in FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 16ème édition, 2011, n° 5.

³⁴ La contestation relative à un acte détachable du contrat de droit privé de l'administration est une question préjudicielle renvoyée au juge administratif par le juge judiciaire (Cf. MACERA, *op. cit.*, p. 43 et s.). Le juge administratif procède alors à une appréciation de la validité de l'acte qui l'autorise à se prononcer sur la légalité tant de l'acte administratif que du contrat dont il peut déclarer l'illégalité sans pouvoir les annuler comme il l'aurait fait dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (Cf. DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », déjà cité, p. 506 et s.). Par ailleurs, en droit de la concurrence, la Cour d'Appel de Paris et la Cour de cassation, connaissant des décisions de l'Autorité (précédemment Conseil) de la concurrence, font souvent recours à la détachabilité. Voir à ce sujet CHARBIT (Nicolas), *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris : L'Harmattan, logiques juridiques, 2002, Google livres. <http://books.google.fr>, p. 130 et passim ; Ass. plén. 25 février 2000, Bull. Ass. plén. n° 2, JCP 2000.II.10295, concl. KESSOUS.

³⁵ Le professeur El Hadj Mbodj définit le droit privé comme « *le droit des personnes privées* »

le succès de la détachabilité est attesté par le caractère transversal³⁷ qu'elle revêt aujourd'hui en droit public³⁷ où son champ d'application va du contentieux électoral au contentieux fiscal en passant par des matières aussi variées que l'expropriation, la gestion des services publics et celle du domaine privé, la responsabilité extracontractuelle, la théorie des actes de gouvernement, etc. Toutes ces matières ont en commun leur rattachement, total ou partiel³⁸, au contentieux administratif³⁹. Il apparaît ainsi que, même dans la sphère du droit public, le champ d'application de la détachabilité a un noyau correspondant au droit administratif qui seul intéresse la présente recherche.

Malgré son expansion continue, la détachabilité reste controversée. Les débats portent sur ses caractéristiques, sa portée et son sort. D'abord, en ce qui concerne les traits distinctifs, tout en admettant l'existence d' « *une théorie des actes détachables* »⁴⁰, une partie de la doctrine met en doute la qualité de « *théorie [ou de] système* »⁴¹ de la détachabilité. Les auteurs concernés soulignent volontiers qu'elle est « *fort complexe* »⁴², artificiel⁴³, aléatoire⁴⁴ et empirique⁴⁵. Ensuite, d'autres auteurs regrettent la portée limitée de la

dans son cours de *Théorie constitutionnelle*, Université catholique de l'Afrique de l'Ouest (UCAO), Unité universitaire de Bamako, http://issuu.com/mbodj/docs/fcb_cours_de_droit_const_prof_mbodj.

³⁷ Pour MACERA, « *la théorie des actes détachables s'est transformée... en une technique passe-partout du droit public* » (op. cit., p. 27).

³⁸ Dans le même cours déjà cité, et par opposition au droit privé, le professeur Mbodj définit le droit public comme « *le droit des personnes publiques* ».

³⁹ Certaines des matières citées peuvent avoir un lien avec d'autres branches du droit public voire du droit privé. Par exemple, les élections dites politiques relèvent du droit constitutionnel. De même, tout en se rattachant au contentieux administratif, le contentieux des impôts relève aussi du droit fiscal. Par ailleurs, l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice se rattachent aussi au droit processuel.

⁴⁰ Au sens de litige porté devant le juge administratif.

⁴¹ MACERA, op. cit., p. 101 et s. Mais, l'existence d'une « *théorie des actes détachables* » ne fait pas l'unanimité. Voir à ce sujet WEIL (Prosper), Préface à la thèse de Hubert CHARLES op. cit., p. v. ⁴² DARCY, « *Détachabilité et rattachabilité...* », déjà cité, p. 179. Cela n'empêche pas quelques auteurs de qualifier la détachabilité de « *théorie* ». Il en est notamment ainsi de ROUQUETTE, dans son *Dictionnaire du droit administratif* déjà cité, p. 256 et dans son *Petit traité du procès administratif*, op. cit., p. 124. Hubert CHARLES dresse dans son ouvrage précité, p. 1-2, un inventaire des arguments pour l'affirmation de l'existence d'une théorie de la détachabilité (constance des solutions jurisprudentielles, extension progressive du champ d'application...) et des arguments contre cette même thèse (« *liste longue et variée* » des cas de détachabilité, défaut d'unité de la liste) avant de conclure à l'impossibilité de généralisations.

⁴² DARCY, « *Détachabilité et rattachabilité...* », op. cit., p. 179.

⁴³ De nombreux auteurs soulignent que la détachabilité est « *un artifice* » (DARCY, « *Détachabilité et rattachabilité...* » déjà cité., p. 179), une « *fiction juridique* » (MACERA, op. cit., p. 101), un « *dogme opiniâtre* » (MACERA, op. cit., p. 45), un « *mythe jurisprudentiel* » (C. LAMBERT cité par MACERA, op. cit., p. 45), et un « *coup d'État juridique* » (DARCY, « *Variations sur l'acte détachable du contrat* » op. cit., p. 508).

⁴⁴ Le professeur DARCY affirme que l'application de la détachabilité est soumise à des aléas (« *Détachabilité et rattachabilité...* » op. cit., p. 179).

⁴⁵ Pour le professeur DARCY, la « *notion [est] si empirique... que paradoxalement la doctrine lui donne le nom de théorie... Une théorie, peut-être, mais du fait de circonvolutions multiples, on*

détachabilité en faisant valoir que le juge administratif ne tire pas toutes les conséquences de son analyse⁴⁶. Enfin, tirant prétexte des limites et des effets pervers de la détachabilité, certains en arrivent à souhaiter sa remise en cause ou à annoncer sa disparition⁴⁷. Mais, en attendant, les mêmes auteurs admettent à la suite de la doctrine dominante⁴⁸ que la détachabilité a une utilité pratique en ce qu'elle favorise un « *contrôle ... de l'activité de l'Administration et la défense des droits et intérêts des administrés* »⁴⁹ particulièrement « *dans les zones de l'ordre juridique qui risquaient d'[y] échapper ...* »⁵⁰.

Tandis qu'en Allemagne et en Italie il n'existerait que des concepts se rapprochant de la détachabilité⁵¹, celle-ci aurait été reprise telle quelle en Belgique, en Espagne, en Grèce, au Luxembourg, au Portugal et en Suisse notamment⁵². De même, la détachabilité serait mise en oeuvre en Amérique du sud (Argentine, Colombie, Mexique, Pérou, Uruguay...)⁵³. Enfin, la détachabilité a trouvé une terre d'élection en Afrique. Compte tenu des relations historiques entre plusieurs États francophones de ce continent et le berceau de la détachabilité, il est possible de rechercher un éventuel jeu d'influence du droit français dans les conditions de réception de la détachabilité en Afrique francophone. Mais il s'agit, par-dessus tout, d'analyser la détachabilité dans le contexte africain avec une vision africaine. La recherche ainsi envisagée s'inscrit dans le présent. Celui-ci est, non pas un instant, mais un temps et en tant que tel, il doit être circonscrit. La période

devrait à tout le moins la qualifier de 'théorie changeante' » (« Détachabilité et rattachabilité... », *op. cit.*, p. 177).

⁴⁶ Sont ainsi rappelés l'impossibilité d'annulation directe du contrat par le juge du recours pour excès de pouvoir qui a censuré un acte détachable (MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 17 et s. ; ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, déjà cité., p. 125 et s., etc.) et le maintien, sauf dans certains cas, de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat (Jean WALINE, « Contrats et recours pour excès de pouvoir » in *Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris : Dalloz, 2007, p. 859 et s.).

⁴⁷ Pour MACERA, la détachabilité aurait conduit à une complexité découlant du dédoublement de la voie contentieuse dans certains cas et à un « *affaiblissement de la situation des tiers* » du fait du défaut d'effet direct de l'annulation de l'acte détachable sur la validité du contrat. Il souhaite en conséquence le retour à la théorie du tout indivisible (*op. cit.*, p. 44 et s. ; 83 et s.) avec la possibilité pour tout administré, quelle que soit sa qualité, d'attaquer n'importe quel acte lié au contrat par un recours unique comme c'est le cas en Espagne.

⁴⁸ Tout en préfaçant l'ouvrage de M. MACERA, le professeur MODERNE prévient que les convictions de celui-ci ne sont pas « *unaniment partagées par les juspublicistes espagnols et français* » (p. 16) et regrette que l'auteur utilise le ton de la polémique.

⁴⁹ MACERA, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁰ MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 15.

⁵¹ Il s'agirait de la théorie ou de la technique du « *double échelonnement* » en Allemagne et de l'« *atti collegati* » en Italie, selon MACERA.

⁵² MACERA, *op. cit.*, p. 27 et s.

⁵³ *Ibid.* p. 27 et s.

couverte par l'étude remonte aux années 1960⁵⁴ où, pour la plupart, les États francophones d'Afrique ont acquis, à la faveur de leur indépendance, le pouvoir de modifier l'état du droit hérité du colonisateur. La période de référence a pour borne ultime la date de rédaction du présent texte. Puisque le continent africain, auquel s'applique a priori la recherche, est vaste, une délimitation du champ de l'étude s'impose aussi. Les pays retenus au titre de l'échantillon de base sont essentiellement ceux dont la jurisprudence ou des textes juridiques ont paru explicites et consistants sur le sujet au terme des recherches⁵⁵. Il s'agit principalement du Bénin, du Burkina Faso, du Gabon, de Madagascar et du Sénégal, quoique certains développements puissent être étendus à d'autres États comme l'Algérie, le Cameroun, le Niger, etc.

Dans le champ ainsi délimité, la détachabilité présente une utilité pratique. En effet, l'État de droit est l'un des éléments du nouvel ordre constitutionnel en construction en Afrique depuis les années 1990. Même si l'« *adhésion à l'État de droit [y est encore] souvent contrariée en pratique* »⁵⁶, « *les évolutions constitutionnelles actuelles ... sont présentées ou annoncées comme des signes de l'émergence de l'État de droit* »⁵⁷ en Afrique. Ces évolutions conduiront logiquement à étendre le contrôle juridictionnel sur les actes de l'Administration. Par ailleurs, dans un environnement caractérisé par l'internationalisation des concepts, le « *droit au juge* »⁵⁸ est un « *élément de l'État de droit dans une société démocratique* »⁵⁹. Sans s'y réduire⁶⁰, il recouvre « *le droit*

⁵⁴ En ce qui concerne les anciennes colonies françaises, il faudrait en principe remonter jusqu'à 1958 où le régime d'autonomie a été institué. En réalité, les premiers éléments de pratique de la détachabilité mis à jour par la recherche datent des années 1970.

⁵⁵ Par exemple, selon MACERA, la détachabilité s'appliquerait aussi dans d'autres États africains. Mais, il n'a pas été possible, dans le cadre de la présente recherche, d'accéder à la documentation pertinente concernant ces États.

⁵⁶ MELEDJE (F. Djedjro), « L'État de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique ». Communication au Colloque international de Cotonou en hommage à l'œuvre du professeur Maurice AHANHANZO-GLL. Cotonou, août 2012, p. 8 et s.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 2-3.

⁵⁸ Droit affirmé par la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 6 § 1) et par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84 ; CJCE, 18 mars 1997, *Guérin automobiles*, aff. 282/95 P).

⁵⁹ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (Jacqueline), « Droit au juge, accès à la justice européenne » in *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 95 - Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg, p. 123-141, <http://www.revuepouvoirs.fr/Droit-au-juge-acces-a-la-justice.html>.

⁶⁰ Sur les autres implications du « *droit au juge* », voir par exemple GUILLAUME (Gilbert), « Le droit au juge, droit ou slogan » http://www.asmp.fr/travaux/communications/2011_10_24_guillaume.htm.

de saisir le juge » consacré par la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples⁶¹. La technique de la détachabilité est susceptible d'aider à s'affranchir des principes du contentieux administratif pouvant faire obstacle à ce « *droit au juge* » et au contrôle de l'Administration. Enfin, sur un continent où l'on observe un regain d'intérêt pour la contractualisation⁶² dans le secteur public, la détachabilité constitue, pour le juge administratif, un moyen permettant de garantir, dans certains cas, les droits des personnes intéressées.

Plusieurs études d'ensemble de la technique complexe et transversale que constitue la détachabilité donnent déjà, en France et ailleurs en Europe⁶³, une vue synoptique d'une matière éclatée. En conséquence, une recherche portant sur cette thématique en Afrique francophone devrait tenter de répondre prioritairement à certaines interrogations. En premier lieu, comment les juridictions administratives francophones d'Afrique appliquent-elles la détachabilité ?

L'objectif ici consiste à vérifier si ces juridictions se sont approprié la construction de la détachabilité ou s'ils la mettent en oeuvre dans les mêmes conditions que les juges administratifs français. En deuxième lieu, la technique de la détachabilité figure-t-elle formellement dans des lois nationales ? Il s'agit de s'assurer que la détachabilité ne demeure pas une construction essentiellement jurisprudentielle mais que l'application qui en est faite par le juge administratif repose, dans certains cas au moins, sur des règles préétablies par le législateur. En troisième lieu, et par-dessus tout, quel rôle la détachabilité joue-t-elle dans le contexte des États sous étude ? L'ambition ici est d'apprécier l'utilité de la détachabilité en identifiant les fonctions qu'elle remplit ou les effets qu'elle produit.

La quête de réponses à l'ensemble de ces questions conduit en réalité à rechercher la grille de lecture qu'offrirait éventuellement la technique de la détachabilité en droit administratif dans les États de l'échantillon. La conduite de cette recherche oblige à opérer une comparaison avec la France où a été élaborée la technique à étudier. Néanmoins, toute démarche consistant à utiliser le droit français comme référentiel pour juger les législateurs et les juges africains est exclue⁶⁴.

⁶¹ *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, art. 7, point a).

⁶² Ce regain d'intérêt est lié au développement du partenariat public/privé et à la décentralisation ainsi qu'à la réforme et à la régionalisation du droit des marchés publics dans le cadre de l'Union économique et monétaire ouest africaine notamment.

⁶³ Plusieurs de ces études sont citées dans la présente recherche. Certaines d'entre elles portent sur l'ensemble du droit public, d'autres spécialement sur le droit administratif comme c'est le cas ici.

⁶⁴ L'état du droit français n'est décrit que dans la mesure où il permet de comprendre les spécificités africaines qui constituent l'objet principal de la présente étude.

Au bénéfice de cette précaution méthodologique, l'on pourrait être tenté d'examiner les droits nationaux concernant la détachabilité dans les États francophones d'Afrique en s'intéressant successivement à la consistance de la jurisprudence et à l'état de la législation. Mais, étant entendu que la détachabilité est une construction du juge reprise dans certains cas par le législateur, l'opposition entre l'action de l'un et l'oeuvre de l'autre aurait un caractère artificiel. Il convient d'éviter ces écueils en opérant, matière par matière, l'étude simultanée de la législation et de la jurisprudence. Dans cette démarche, l'on découvre qu'en Afrique francophone la détachabilité facilite le contrôle juridictionnel des actes de l'Administration et concourt à la protection des administrés parce que l'acte détachable favorise un élargissement relatif de l'accès au juge administratif (I) et que la faute détachable ne provoque qu'exceptionnellement un rétrécissement de l'accès au juge administratif (II).

I. UN ÉLARGISSEMENT RELATIF DE L'ACCÈS AU JUGE ADMINISTRATIF PAR L'ACTE DÉTACHABLE

La « *conception originale de la... séparation des pouvoirs* »⁶⁵ adoptée en France a conduit à écarter la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges naissant de l'activité de l'Administration publique puisque celle-ci relève du pouvoir exécutif⁶⁶. En conséquence, au terme d'une évolution marquée par la substitution du système de justice déléguée à celui de justice retenue et par l'abandon de la théorie du ministre-juge⁶⁷, un juge spécial, dit administratif, est chargé notamment « *de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* »⁶⁸. Il en est également ainsi dans de nombreux États d'Afrique francophone. Dans ces pays, que la justice administrative corresponde à un ordre de juridiction distinct ou à une composante spécifique au sein d'un ordre unique de juridiction, l'accès au juge administratif est gouverné par des règles assez strictes. Assouplissant les conditions dans lesquelles il est en principe ouvert aux justiciables, la détachabilité élargit l'accès au juge administratif. D'une part, la notion l'acte détachable fonde une recevabilité exceptionnelle quoique

⁶⁵ DEBBASCH (Charles) et COLIN (Frédéric), *Droit administratif*, Paris : Economica, 10^{ème} édition, 2011, p. 517.

⁶⁶ « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* » (Loi des 16-24 août 1790, titre 2, article 13), et « *Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, avec peine de droit* » (Décret du 16 fructidor An III, art. unique).

⁶⁷ Cf. CHAPUS, *op. cit.*, p. 567-568

⁶⁸ Constitution du 22 frimaire An VIII, art. 52.

prudente du recours pour excès de pouvoir dans des matières relevant normalement du recours de plein contentieux (A). D'autre part, elle concourt à une extension maîtrisée de la compétence du juge administratif (B).

A. LA RECEVABILITÉ PRUDENTE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR DANS LE CHAMP DU RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX

Devant le juge administratif, les types de recours sont limités. Par-delà la variété des classifications proposées par la doctrine⁶⁹, les deux types les plus courants de recours contentieux sont le recours pour excès de pouvoir, centré sur l'annulation d'un acte illégal, et le recours de plein contentieux, pour lequel le juge administratif dispose de pouvoirs plus larges. En principe, même lorsque la compétence du juge administratif ne souffre d'aucune contestation, le justiciable « *doit former le recours adapté à sa demande sinon celle-ci sera irrecevable* »⁷⁰. En Afrique francophone comme en France, l'acte détachable peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir alors que l'opération principale est soumise au recours de plein contentieux. Mais ici, la recevabilité de ce recours pour excès de pouvoir exceptionnel est prudente : en matière de contrat administratif, elle est restreinte (1) ; dans d'autres matières comme les élections et la fiscalité, où elle est également admise en France, elle est implicitement exclue dans plusieurs États francophones d'Afrique (2).

1. Une recevabilité restreinte du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat administratif

Sauf dans les matières où il lui est interdit d'y recourir⁷¹, l'Administration peut utiliser la technique contractuelle, c'est-à-dire fonder son action sur un accord de volontés avec d'autres personnes plutôt que d'exercer son « *privilège de l'unilatéralité* »⁷². Au nombre des

⁶⁹ Pour une vue d'ensemble de ces différentes classifications, voir par exemple KPENONHOUN (Césaire Foed S.), *Contribution à l'étude du contentieux administratif au Bénin, 1990-2010*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Dakar : Université Cheikh Anta Diop (UCAD), Faculté des Sciences juridiques et politiques, janvier 2012, pp. 11 et ss.

⁷⁰ DEBBASCH ET COLIN, *op. cit.*, p. 649.

⁷¹ Il s'agit notamment de l'organisation du service public, du dessaisissement des compétences administratives et de la modification de la situation juridique des agents publics ayant qualité de fonctionnaires.

⁷² Cf. CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? » in *Pouvoirs* n° 46 : *Droit administratif. Bilan critique*, septembre 1988, p. 57-70.

conventions⁷³ qu'elle peut ainsi conclure figure le contrat administratif qui peut être défini⁷⁴, sous les réserves qui s'imposent⁷⁵, comme celui « dont, en principe, l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'[il porte] sur l'exécution même d'un service public ou [comporte] une clause exorbitante du droit commun »⁷⁶. Le contentieux du contrat administratif relève de la compétence des juridictions administratives⁷⁷ et « en principe du plein contentieux »⁷⁸. Dans cette matière, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est donc exceptionnelle. En Afrique francophone, même si des données législatives et jurisprudentielles peuvent laisser penser à une conception large de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat administratif (a) cette recevabilité présente dans la pratique un caractère limité (b).

a. L'illusion d'une conception large de la recevabilité

Il se dégage de certaines décisions juridictionnelles l'impression que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat administratif est largement admise en Afrique francophone. Il en est ainsi dans l'affaire Claude Paris c/ État béninois⁷⁹. En l'espèce, le sieur Claude PARIS passe, le 26 juillet 1962, un contrat

⁷³ L'Administration peut aussi conclure des contrats de droit commun c'est-à-dire du même type que ceux que concluent en principe entre eux les particuliers. Mais, les effets de la détachabilité sur les contrats de droit privé de l'Administration ne sont pas identiques à ceux qu'elle a en matière de contrat administratif. Les premiers sont donc traités infra

⁷⁴ En réalité, la formulation d'une définition du contrat administratif est difficile parce qu'elle suppose la prise en compte de deux hypothèses (la qualification par un texte et l'absence de détermination par un texte) et, dans l'une de celles-ci, la combinaison de critères (un critère nécessaire mais non suffisant, la présence d'une personne publique : un critère alternatif qui est soit le lien avec le service public, soit la présence de clauses exorbitantes) avec des principes ayant chacun des exceptions (théorie du mandat, service public à caractère industriel ou commercial, etc.).

⁷⁵ Par exemple, en dehors des nuances et exceptions déjà évoquées, là où dans la définition il est question d'« attribution légale », il s'agit en réalité d'attribution « législative ou réglementaire » selon le professeur SY (Demba), *Droit administratif*, Dakar : UCAD. CREDILA, 1ère édition, p. 271.

⁷⁶ CORNU, *op. cit.*, p. 256.

⁷⁷ Sur le rattachement au contentieux administratif de celui des contrats administratifs, voir notamment DEGNI-SEGUI (René), *Droit administratif général*, Abidjan : Éditions CEDA, 2003. Tome 2 : *L'action administrative*, p. 610 et s. ; BOCKEL (Alain), *Droit administratif*, Dakar : NEA, 1978, p. 225 et s. ; loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration (COA) in JO 1965, p. 945, modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, art. 139 ; CA/CS Bénin 25 juin 1976, Claude Paris c/ État béninois (Ministère des Travaux publics), n° 6/CA Juricaf NOR 173171.

⁷⁸ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 434.

Pour le professeur Demba SY, le recours de plein contentieux est le « mode normal de résolution des litiges contractuels en droit administratif » (*op. cit.*, p. 296.).

⁷⁹ CA/CS Bénin 25 juin 1976, Claude PARIS c/ État béninois (Ministère des Travaux publics), n° 6/CA, Juricaf NOR 173171.

avec l'Agence pour la Sécurité de la Navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA) pour l'exploitation du bar et du restaurant de l'aéroport de Cotonou. Le 26 janvier 1970, le Ministre chargé des Travaux publics ordonne par arrêté l'expulsion du sieur PARIS des locaux occupés à l'aéroport. Après que les juridictions judiciaires ont décliné leur compétence en première instance et en appel, la Chambre administrative de la Cour suprême, également saisie par le sieur PARIS, déclare le recours pour excès de pouvoir de celui-ci recevable, confirme sa compétence et annule l'arrêté attaqué pour incompetence du Ministre⁸⁰. Sur le fond, la décision paraît logique. Mais, la recevabilité offre deux sujets de discussion liés, l'un à la qualité du requérant, l'autre à la nature de l'acte visé.

La doctrine affirme clairement que les décisions antérieures ou relatives à la formation du contrat sont détachables, tant à l'égard des parties que des tiers sous la seule réserve de l'intérêt à l'annulation, et qu'en conséquence, le recours pour excès de pouvoir est également ouvert aux cocontractants⁸¹ en ce qui concerne ces décisions. En revanche, elle rappelle en s'appuyant sur la jurisprudence française⁸², trois principes. D'abord, contre les actes postérieurs à la formation du contrat, le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert qu'aux seuls tiers⁸³ à condition que ces actes ne soient pas intimement liés aux rapports contractuels. Ensuite, le recours pour excès de pouvoir des parties n'est recevable que contre les mesures d'exécution constituant des actes unilatéraux négociés, c'est-à-dire ayant un caractère fondamentalement réglementaire tout en présentant des apparences contractuelles⁸⁴. Enfin, en dehors de cette exception, à l'égard des parties, les décisions relatives à l'exécution du contrat sont des actes non détachables insusceptibles de recours pour excès de pouvoir et devant être soumis au juge du contrat par un recours de pleine juridiction. Or, dans le cas d'espèce, tout en reprenant l'hypothèse de l'Administration selon laquelle l'arrêté du Ministre des Travaux publics prononçant l'expulsion de M. PARIS « *ne peut être détaché de l'exécution de la convention liant l'ASECNA* », le juge administratif

⁸⁰ Arrêt Claude PARIS, déjà cité.

⁸¹ Cf. notamment CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 724 et s. ; DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, tome 2, déjà cité, p. 613 et s. Historiquement, le recours pour excès de pouvoir des parties était recevable en matière contractuelle alors que prévalait le principe du « *tout invisible* » au XIX^e siècle. Avec la détachabilité, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir a été d'abord admise pour les parties en ce qui concerne les actes relatifs à la formation du contrat avant d'être étendue aux tiers. (Cf. MACERA, *op. cit.*, p. 38 et s.).

⁸² Voir par exemple, CE Sect. 4 février 1955, Ville de Saverne.

⁸³ CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 613 et s.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 731 et s.

bénois se prononce sur le recours introduit par M. PARIS. Par rapport à l'état du droit en France, le juge administratif béninois semble élargir les hypothèses de recevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière de contrat administratif en déclarant implicitement⁸⁵ recevable un tel recours introduit par une partie au contrat contre une mesure d'exécution non détachable du contrat.

Par ailleurs, le législateur sénégalais reconnaît que :

« Les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État »⁸⁶.

Sont notamment détachables du contrat :

1. l'autorisation de contracter ;
2. la décision de contracter ou de ne pas contracter ;
3. l'opération d'attribution ;
4. l'approbation du contrat »⁸⁷.

La liste ne comporte que des actes préalables à la passation du contrat et des actes de passation ou d'approbation⁸⁸. Elle est apparemment plus restreinte que celle des actes jugés détachables du contrat en France⁸⁹. Alors que *« la jurisprudence [...] situe le plus souvent [l'acte détachable] dans le cadre de l'exécution et de la fin des contrats administratifs »*⁹⁰, la liste du COA exclut notamment les actes d'exécution⁹¹. Dans la doctrine, cette liste donne lieu à deux interprétations contradictoires. Pour certains auteurs, *« le COA, codifiant la jurisprudence [...] au moment de son élaboration, n'expose qu'une liste non limitative »*⁹². Pour d'autres en revanche, *« le Code donne [...] une définition plus restrictive de la notion d'actes détachables en procédant à une énumération... »*⁹³. La première thèse est juste en sa

⁸⁵ Le juge ne se prononce pas expressément sur la recevabilité. Il reprend simplement dans l'un des visas, l'argument de M. PARIS selon lequel *« l'acte déféré à la censure de la Cour n'est pas le contrat mais une décision administrative, et qu'il ne se pose aucune question préjudicielle dans le présent litige »* puis affirme sa compétence pour écarter l'exception de sursis à statuer soulevée par l'Administration (Arrêt Claude PARIS c/ État béninois, déjà cité).

⁸⁶ Le Conseil d'État a été supprimé au Sénégal en 2008 soit deux ans après la promulgation de la loi modificatrice du COA dont résulte la nouvelle formulation de l'art. 140.

⁸⁷ COA, art. 140 nouveau.

⁸⁸ Cette classification est proposée par BOCKEL (*Droit administratif*, déjà cité, p. 227 et s.) qui ajoute à la liste la conclusion du contrat, tout en qualifiant d'« opération d'adjudication » ce qui apparaît dans le COA comme l'opération d'attribution. Cette dernière formule est évidemment plus large que la première qui fait explicitement référence aux marchés publics.

⁸⁹ Cf., entre autres, CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 724 et s.

⁹⁰ SY (Demba), *op. cit.*, p. 297.

⁹¹ Faisant allusion à la France, le professeur Demba SY rappelle *« à propos de l'acte détachable [que] la jurisprudence le situe plus souvent dans le cadre de l'exécution et de la fin des contrats administratifs »* (*op. cit.* p. 297 et s.).

⁹² BOCKEL, *Droit administratif*, déjà cité, p. 227 et s.

⁹³ SY (Demba), *op. cit.*, p. 297.

conclusion ; mais son argumentaire est infirmé par les faits. En effet, dans la loi modificative intervenue en 2006, soit quarante et un ans après la promulgation du COA, la liste des actes détachables du contrat reste inchangée⁹⁴ au Sénégal. L'énumération n'était donc pas conjoncturelle. Quant à la deuxième thèse, elle paraît contraire au sens littéral du texte car l'utilisation de l'adverbe « notamment » conduit à considérer la liste des actes détachables du contrat énoncée par le législateur sénégalais comme indicative. Elle est néanmoins confirmée par la jurisprudence qui révèle les limites pratiques de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat administratif en Afrique francophone.

b. Les limites pratiques de la recevabilité

En France les possibilités de recours en matière de contentieux du contrat administratif se sont considérablement élargies depuis l'arrêt Martin. En Afrique, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, qui seul nous intéresse ici, est restreinte. Hormis les effets sur le contrat proprement dit⁹⁵, les limites concernent l'objet du recours, les pouvoirs du juge et la qualité du requérant.

D'abord, au mépris de la lettre du COA, « *le juge sénégalais (...) fait [une] application* »⁹⁶ stricte de la liste des actes détachables du contrat administratif et susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Il refuse ainsi de considérer comme détachables les actes d'exécution du contrat administratif et déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoir dirigé contre eux en opposant au requérant l'exception de recours parallèle⁹⁷ :

« *Considérant que l'acte ne saurait être considéré comme détachable puisqu'il a été pris dans l'exécution d'un contrat, et en outre, [a] pour fondement exclusif l'inexécution de la convention signée entre les parties : qu'il suit de là que le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré irrecevable* »⁹⁸.

⁹⁴ D'ailleurs, en comparant ce texte à la formulation initiale de l'article 140, l'on recherche en vain une différence pouvant expliquer que l'article en question figure dans la loi de 2006.

⁹⁵ Le recours pour excès de pouvoir des tiers est irrecevable contre le contrat proprement dit sauf dans quelques cas exceptionnels rappelés *infra* dont certains sont repris par les juridictions des pays sous étude. Voir dans ce sens CE Sénégal 29 juillet 1998, Gouverneur de Tambacounda c/ Conseil régional de Tambacounda, Bull. n° 2, p. 12 cité par Demba SY, *op. cit.*, p. 296 ; MACERA, *op. cit.*, p. 61 et s. Il est également irrecevable contre les actes administratifs violant le contrat, même si une partie peut contester l'acte violant le contrat par la voie du recours de plein contentieux devant le juge du contrat (Demba SY, *op. cit.*, p. 297, BOCKEL, *Droit administratif*, déjà cité, p. 228 et s.) et que le tiers puisse attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les clauses réglementaires du contrat.

⁹⁶ SY (Demba), *op. cit.* p. 297.

⁹⁷ Cf. BOCKEL, *Droit administratif*, déjà cité, p. 228.

⁹⁸ CE Sénégal 29 octobre 1997. Société sud Communication c/ Ministère de la Communication.

Ensuite, même si en dehors de cas exceptionnels⁹⁹, l'annulation de l'acte détachable du contrat administratif, consécutive au recours pour excès de pouvoir, est sans effet sur le contrat lui-même¹⁰⁰, la décision d'annulation de l'acte détachable peut servir de fondement à une action en nullité du contrat à l'initiative des parties devant le juge du contrat par la voie du recours de plein contentieux¹⁰¹. En France, depuis le début des années 1990, le juge administratif peut utiliser l'injonction et l'astreinte pour contraindre l'Administration à tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable¹⁰². En revanche, en Afrique, les juridictions administratives s'en tiennent de manière plus ou moins stricte au principe de la séparation qui gouverne les relations entre l'Administration active et elles. Cette conduite est formellement imposée par le législateur au Sénégal où « *le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration [et] ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire* »¹⁰³. Au Bénin où le juge administratif continuait jusqu'en 2005 de s'interdire de faire injonction à l'Administration¹⁰⁴, la législation permet désormais de

Bull. n° 1, p. 145 cité par Demba SY, *op. cit.*, p. 297, qui donne comme autre référence CE Sénégal 27 avril 2000 El Hadj DIOP et Jack HENDERSON, Bull. n° 2, p. 16. Dans le même sens, le professeur BOCKEL citait déjà Cour suprême Sénégal 12 juillet 1972, Souleymane CISSÉ, Ann. afric. 1971-72.8, note BOCKEL ; Cour suprême Sénégal (matière sociale) 29 janv 1975, Cheikh Tidiane Kane.

⁹⁹ Si l'acte détachable est annulé pour illégalité des clauses contractuelles, le contrat est automatiquement frappé de nullité. (Cf. DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », déjà cité, p. 508 et s.). Il en est également ainsi en cas d'annulation d'un acte d'approbation irrégulière d'une concession.

¹⁰⁰ Cf. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, tome 2, déjà cité, p. 613 et s. ; VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 16 ;

¹⁰¹ Cf. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général*, tome 2, déjà cité, p. 613 et s.

Il peut en être ainsi en France depuis 1993 notamment lorsque l'acte détachable est annulé en raison, soit de l'illégalité de stipulations contractuelles, soit pour un vice intrinsèque à l'acte détachable ayant une relation directe avec le contrat. La partie qui y a intérêt peut opposer la nullité du contrat à l'autre. À défaut d'accord amiable entre les parties, l'une de celles-ci ou un tiers peut saisir le juge du contrat. (Cf. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 728 et s.).

¹⁰² Depuis 1993, l'Administration refusant de saisir le juge du contrat, le tiers peut introduire un nouveau recours pour excès de pouvoir sur la base duquel, à partir de 1994, le juge de l'excès de pouvoir enjoint à l'Administration de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable et la condamne sous astreinte à engager l'action en nullité. Le juge de l'annulation peut même, depuis 2003, saisir directement le juge du contrat. Sur ces évolutions, voir notamment DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », déjà cité, p. 508 et s. ; CE 1er octobre 1993, Sié Le Yatch-club international de Bornes-Les-Mimosas, Rec. 875 ; CE Sect. 7 oct. 1994, Époux Lopez, Rec. 430.

¹⁰³ COA, art. 74. Le juge du recours pour excès de pouvoir ne peut pas non plus annuler des mesures unilatérales (comme une modification ou une résiliation du contrat) prises par l'Administration dans l'intérêt du service sauf à apprécier la légalité des sanctions administratives ou des mesures prises dans le cadre d'une concession de service public ou du domaine public (Cf. BOCKEL, « Le contentieux des contrats administratifs », déjà cité, p. 267 et s.)

¹⁰⁴ Voir à ce sujet les développements sur l'affaire DAVID-GNAHOUI infra.

prononcer une astreinte¹⁰⁵, notamment contre les agents publics représentant l'Administration.

Enfin, en Afrique en général et au Sénégal en particulier, même si le législateur ne précise pas le statut des bénéficiaires de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir en matière de contrat administratif, cette recevabilité n'est pas admise s'agissant du cocontractant de l'Administration pour éviter l'absorption du contentieux contractuel par le recours pour excès de pouvoir¹⁰⁶. Il s'agit là ni plus ni moins de choix souverains¹⁰⁷ qui s'expriment également en matières électorale et fiscale où les législations et jurisprudences nationales laissent peu de place à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

2. Une recevabilité implicitement exclue en matières électorale et fiscale

En France, la répartition des compétences entre les juges pour les contentieux électoral et fiscal est assez complexe¹⁰⁸. En matière électorale, elle repose a priori sur l'idée selon laquelle il existerait des « *scrutins politiques* »¹⁰⁹ et d'autres qui ne le seraient pas ou le seraient moins. En matière fiscale, elle découle de la typologie des impôts. Dans les deux matières, lorsque les juges constitutionnel ou judiciaire sont compétents, les actes détachables leur échappent au profit du juge administratif dont la compétence est ainsi élargie. Dans plusieurs pays francophones d'Afrique¹¹⁰, la situation est relativement plus simple. Même si les juridictions administratives jouissent en matières électorale et fiscale d'une compétence large, celle-ci résulte davantage d'une quasi unification de chacune de ces deux branches

¹⁰⁵ Aux termes de la loi n° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême, « *en cas d'inexécution d'une décision rendue par la Cour suprême, la Chambre dont la décision est en cause peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes physiques ou morales de droit privé, les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public, les personnes physiques qui représentent l'Administration et qui, de façon manifeste, bloquent ou retardent l'exécution d'une décision aux fins d'en assurer l'exécution* » (art. 23 al. 1).

¹⁰⁶ Cf. DEGNI-SEGUI, *Droit administratif*, tome 2, déjà cité, p. 228 et s.

En France, le recours pour excès de pouvoir est élargi au cocontractant de l'Administration pour les actes antérieurs à la formation du contrat.

¹⁰⁷ En effet, ainsi que cela est apparu supra, le Sénégal a modifié son COA en 2006 et aurait pu supprimer par exemple l'article 74 de ce Code au regard de l'évolution intervenue en France si la tendance avait été au mimétisme.

¹⁰⁸ Les termes concrets de cette répartition sont rappelés un peu plus loin.

¹⁰⁹ Sur le concept de « *scrutin politique* », voir par exemple CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, déjà cité, p. 960 et s.

¹¹⁰ La présente étude ne s'intéresse pas outre mesure à la situation des pays d'Afrique francophone où l'état du droit est proche de celui de la France.

de contentieux par la technique du bloc de compétences (a). Quant à la notion d'acte détachable, elle est pratiquement occultée ici (b).

a. La quasi unification du contentieux par la technique du bloc de compétences

En France, le Conseil constitutionnel en est principe¹¹¹ compétent pour les élections dites politiques et le référendum. Les élections considérées comme administratives¹¹² ressortissent a priori au juge administratif tandis que le contentieux des élections dans les entreprises¹¹³ relève de la compétence du juge judiciaire¹¹⁴. En Afrique francophone, certaines législations nationales comme celle du Bénin ignorent le concept de « *scrutins politiques* ». D'autres, dont celle du Gabon, la reprennent mais sans que le régime contentieux de ces scrutins soit identique à celui qui leur est attaché en France¹¹⁵. Toujours est-il que, dans plusieurs des États sous étude, la répartition des compétences repose sur la technique du bloc de compétences qui consiste à « *attribuer à une juridiction déterminée la totalité du contentieux d'une activité* »¹¹⁶. De la sorte, chaque ordre de juridiction se voit attribuer la compétence pour connaître globalement d'une matière déterminée. Par exemple, au Gabon¹¹⁷ comme au Bénin¹¹⁸, le juge constitutionnel est compétent pour l'élection présidentielle et pour les élections des députés à l'Assemblée nationale auxquelles s'ajoutent, dans le cas du Gabon, les élections sénatoriales¹¹⁹. Mais aucune distinction n'est établie entre le contentieux des résultats et celui des actes d'organisation des élections¹²⁰. Il s'agit d'une conception différente

¹¹¹ Alors que les élections au Parlement européen présentent manifestement certaines caractéristiques des scrutins politiques, leur contentieux est aligné sur celui des élections administratives et ressortit au juge administratif. Il en va de même pour les élections aux organes délibérants des collectivités territoriales (Conseil régional, Conseil général, Conseil municipal) qui relèvent de la compétence du juge administratif même si le Conseil constitutionnel a reconnu leur caractère politique (Cons. const. 146 DC du 18 novembre 1982 « quotas par sexe »).

¹¹² Sont considérées comme administratives les élections dans les établissements publics, notamment les Universités, dans les ordres professionnels et dans la Fonction publique (Commissions administratives paritaires). Sur la notion d'élections administratives, voir CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 707 et s.

¹¹³ Il s'agit principalement des élections des délégués du personnel et des membres du Comité d'entreprise.

¹¹⁴ Cf., entre autres, MACERA, *op. cit.*, p. 77 et 78 ; CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 704 et s.

¹¹⁵ Cf. loi n° 07/96 du 12 mars 1996, modifiée, portant dispositions communes à toutes les élections politiques en République Gabonaise, art. 3 al. 1er.

¹¹⁶ CHARLES (Hubert), *op. cit.*, p. 2 et s.

¹¹⁷ Constitution de la République Gabonaise, art. 83.

¹¹⁸ Constitution de la République du Bénin, art. 117.

¹¹⁹ Aux termes de la Constitution de la République Gabonaise, « *Le pouvoir législatif est représenté par un Parlement composé de deux chambres : l'Assemblée Nationale et le Sénat* » (art. 35).

¹²⁰ En France, les actes d'organisation jugés détachables sont soumis au juge administratif par

« facilitant [a priori] la tâche des justiciables désireux d'engager une action en justice »¹²¹. De la même manière, dans ces deux pays, le juge administratif est en principe compétent pour connaître du contentieux des élections locales. Cependant au Gabon, les élections départementales et municipales donnent lieu à une répartition des compétences entre deux ordres de juridictions : la Cour constitutionnelle est juge du « contentieux des élections »¹²² tandis que les juridictions administratives¹²³ statuent sur « le contentieux de l'inscription sur les listes électorales »¹²⁴. Ici, la détachabilité est comme inscrite implicitement dans la loi et liée à un type d'actes. Elle n'est donc plus une notion jurisprudentielle a priori¹²⁵. L'on observera que les décisions relatives à l'inscription sur les listes électorales, ainsi détachées du contentieux des élections départementales et municipales, ne constituent qu'une partie des actes d'organisation. C'est dire que, même légalisée, la détachabilité est enfermée dans des limites telles que le bloc de compétences de la Cour constitutionnelle est peu entamé.

En matière fiscale, la technique du bloc de compétences est appliquée encore plus rigoureusement en Afrique francophone. Il est vrai que quelques États comme le Cameroun ont adopté les mêmes distinctions que la France¹²⁶ où le juge judiciaire est compétent pour le « contentieux des impôts indirects, à l'exception de la TVA »¹²⁷. Mais,

la voie du recours pour excès de pouvoir. Mais, le juge constitutionnel se déclare compétent pour connaître de ceux des actes d'organisation qui sont intimement liés aux opérations électorales. Il en découle un système très complexe face auquel une partie de la doctrine souhaite une simplification. Dans ce sens, voir notamment MACERA, *op. cit.*, p. 83 et s.).

¹²¹ VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 89 au sujet de l'intérêt du bloc de compétences.

¹²² Loi n° 07/96 du 12 mars 1996, modifiée, portant dispositions communes à toutes les élections politiques en République Gabonaise, art. 119 et s.

¹²³ Un tribunal administratif et une Cour administrative d'Appel sont créés à Libreville. À l'intérieur du territoire gabonais, le contentieux administratif relève de sections spécialisées créées au sein des Tribunaux de Première Instance et des Cours d'Appel, le juge de cassation étant en tout état de cause le Conseil d'État siégeant également à Libreville. Il s'agit donc d'une organisation du contentieux administratif mixant la dualité de juridiction d'une part et la dualité de contentieux dans l'unité de juridiction d'autre part.

¹²⁴ Loi n° 07/96 du 12 mars 1996, portant dispositions communes à toutes les élections politiques en République Gabonaise, art. 115 à 118.

¹²⁵ Si les deux juges (administratif et constitutionnel) sont amenés à délimiter à travers leurs décisions la frontière entre l'inscription sur les listes électorales et les résultats, ils ne feront que préciser le champ d'application de cette détachabilité légale et implicite.

¹²⁶ Au Cameroun, alors que le juge administratif connaît des impôts directs, de la TVA et des taxes assimilées (art. L. 126 du Livre des procédures fiscales), le juge judiciaire est compétent pour les droits d'enregistrement et du timbre ainsi que pour les autres taxes indirectes pourvu qu'elles ne portent pas sur le chiffre d'affaires (Code général des Impôts, art. 419). Voir à ce sujet ATECK A DJAM, *Droit du contentieux fiscal camerounais*, Paris : L'Harmattan, 2009., p. 108.

¹²⁷ VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 89. Concrètement, le juge administratif est compétent en France pour les impôts directs et la taxe sur le chiffre d'affaires tandis que le Tribunal de Grande Instance connaît des droits d'enregistrement ou de timbre, de l'impôt sur les Grandes Fortunes et des contributions indirectes (*Dictionnaire fiscal – Contentieux*, accessible sur le site Finance Banque à l'adresse <http://www.finance-banque.com/dictionnaire-fiscal-contentieux.html>).

plusieurs autres ont renoncé à ce système complexe. Au Bénin, la Chambre administrative de la Cour suprême est compétente pour le contentieux fiscal¹²⁸ sans qu'il soit distingué entre les impôts directs et indirects¹²⁹. Plus explicite, le Code général des Impôts applicable au Gabon dispose que « *le contentieux des impôts directs et indirects relève de la juridiction administrative* »¹³⁰. Sa compétence globale étant établie, le juge administratif n'a point besoin de recourir à la notion d'acte détachable.

b. L'occultation de la notion d'acte détachable

Au Bénin, la compétence de la Chambre administrative de Cour suprême pour le contentieux des élections locales ne fait pas de doute¹³¹. Le législateur précise même que, pour ce type de consultations, « *tout le contentieux électoral est soumis à la Cour Suprême (...)* »¹³².

Dans les arrêts qu'il rend en matière de contentieux électoral local, le juge administratif béninois ne semble pas se préoccuper de la nature des recours dont il est saisi. En tout cas, il ne se donne pas la peine de les qualifier. Une vérification permet tout de même de confirmer

¹²⁸ Pour la plupart, les définitions du contentieux fiscal sont trop générales pour en révéler les critères distinctifs. Voir par exemple celle de GAUDEMET (Paul Marie) et MOLINIER (Joël). *Les Finances publiques, Fiscalité*, tome 2, Éditions Montchrestien, 1997, p. 257, à laquelle renvoie ATECK A DJAM (Félix), *Droit du contentieux fiscal camerounais*, Paris : L'Harmattan, 2009, p. 17. Ces critères sont identifiés infra.

¹²⁹ Cf. loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin ; loi n° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême. Seul relève de la compétence du juge judiciaire le contentieux douanier (Ordonnance n° 54 PR/MFAE/DD du 21 novembre 1966 portant Code des douanes, art. 283 à 285).

¹³⁰ Code général des Impôts directs et indirects, art. 497 in *Recueil des textes sur l'investissement en République Gabonaise*, Comité de privatisation, 2011.

¹³¹ Quoique non reprise par la loi n° 2004-07 du 23 octobre 2007 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement de la Cour suprême en son art. 35, cette compétence est établie clairement par différents autres textes, notamment la Constitution du 11 décembre 1990, art. 131 alinéa 2 ; la loi n° 98-006 du 9 mars 2000 portant régime électoral communal et municipal en République du Bénin, art. 107 alinéa 1. ; la loi n° 2007-25 du 23 novembre 2007 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, art. 116 ; la loi n° 2007-28 du 23 novembre 2007 fixant les règles particulières applicables aux élections des membres des Conseils communaux ou municipaux et des membres des Conseils de villages ou quartiers de ville en République du Bénin, passim.

¹³² Loi n° 98-006 du 9 mars 2000, déjà citée, art. 133.

Malgré les apparences, la compétence du juge administratif pour le contentieux électoral local a quelques limites. Dans ce sens, logiquement, la Chambre administrative de la Cour suprême se déclare incompétente pour les infractions pénales liées au processus électoral (voir par exemple CA/CS Bénin 13 décembre 2002, Président CED Littoral c/ Épiphane QUENUM et Émile AGBEHOUNKPAN, n° 023/CA/ECM, *Contentieux des élections locales (de) décembre 2002 et janvier 2003 : Recueil des arrêts*, Direction de Documentation et d'études, p. 27 et s.) Elle décide par ailleurs que. « *n'étant pas juge de la régularité des candidatures, [elle] ne peut se substituer à la CENA pour rejeter une candidature ou disqualifier un candidat* » (CA/CS Bénin 20 décembre 2002, AGOLI-AGBO D. Didier c/ CENA et Eustache AGBOVI, n° 61/CA/ECM, Recueil précité, p. 124 et s.).

qu'il s'agit fondamentalement¹³³ de recours de plein contentieux¹³⁴. En effet, « l'objet des recours [soumis au juge en cette matière] est plus varié et les pouvoirs du juge plus étendus que dans [un simple] contentieux de l'annulation »¹³⁵. De cette manière, dans la plupart des cas, l'objet du recours est pluriel et oblige le juge à prendre des décisions multiples¹³⁶. Il arrive que la demande du requérant se limite à la vérification de la légalité d'un acte lié au processus électoral et qu'en conséquence, la Cour se contente, soit d'annuler l'acte attaqué en le jugeant illégal¹³⁷ soit de rejeter la requête en déclarant l'acte conforme à la loi ou « sans influence sur le scrutin »¹³⁸. Même dans ce cas, le juge applique « des règles différentes de celles en vigueur pour les recours en annulation »¹³⁹ notamment en ce qui concerne la recevabilité. Trois exemples serviront à le montrer. D'abord, l'objet de la demande d'annulation n'est pas nécessairement un acte administratif¹⁴⁰ au sens

¹³³ L'on doit bien admettre qu'il s'agit de recours de plein contentieux d'un type particulier. Par exemple, alors que « le ministère d'avocat est obligatoire pour introduire un recours ou suivre tout pourvoi devant la Cour suprême sauf en matière de recours pour excès de pouvoir » (loi n° 2004-20 du 17 août 2007 portant règles de procédures applicables devant les formations juridictionnelles de la Cour suprême, art. 3), il est facultatif en matière de contentieux électoral. De ce point de vue, il y a une ressemblance entre le recours de plein contentieux électoral et le recours pour excès de pouvoir.

¹³⁴ En France, le contentieux électoral et le contentieux fiscal se rattachent au contentieux de pleine juridiction (DEBBASCH ET COLIN, *op. cit.*, p. 650). Pour certains auteurs, il s'agirait plus précisément de recours objectifs de plein contentieux (CHAPUS cité par KPENONHOUN *op. cit.* p. 263).

¹³⁵ DEBBASCH ET COLIN, *op. cit.*, p. 650.

¹³⁶ Même si le juge n'y répond pas toujours, l'objet des demandes va d'une « radiation » de membres de la CENA (CA/CS Bénin, 15 janvier 2002, Guy Cossivi SOGLO c/ CENA, n° 005/CA/ECM, Recueil précité, p. 23 et s.) à la prise « des mesures correctives qu'appelle la situation » (CA/CS Bénin 10 décembre 2002, AHOSSI Basile Comlan c/ CENA, n° 18/CA/ECM, Recueil précité, p. 45 et s.) en passant par la radiation d'une personne de la liste électorale (CA/CS Bénin 13 décembre 2002, TCHAKOULA K. et ODOULAMI A.P. c. ATCHY A.A. et CENA, n° 21/CA/ECM, Recueil précité, p. 56), la déclaration d'inéligibilité (même affaire), l'interdiction de l'utilisation d'un logo (CA/CS Bénin 20 décembre 2002, Rosine H. SOGLO et Me ZINZINDOHOUE c/ UBF et CENA, n° 062/CA/ECM, Recueil précité, p. 109 et s.), l'annulation des résultats (CA/CS Bénin 13 février 2003, TONIN Thomas c/ CENA, n° 153/CA/ECM, Recueil précité, p. 269 et s.), la réformation des résultats (CA/CS Bénin 17 juin 2003, Samuel ESSILOTAN c/ CENA, n° 346/CA/ECM, Recueil précité, p. 300 et s.), le rétablissement de l'ordre initial des candidatures (CA/CS Bénin 13 février 2003, KIANSI Y. c/ CENA, n° 138/CA/ECM, Recueil précité, p. 486 et s.), l'ordre de reprendre les élections (CA/CS Bénin 24 avril 2003, SOUROU William c/ CENA, n° 325/CA/ECM, Recueil précité, p. 501 et s.), etc.

¹³⁷ Affaire Guy Cossivi SOGLO c/ CENA, n° 005/CA/ECM, Recueil précité, p. 23 et s.

¹³⁸ CA/CS Bénin 17 janvier 2003, AKPATA Saturnin c/ CENA, n° 101/CA/ECM, Recueil précité, p. 16 et s.

¹³⁹ DEBBASCH ET COLIN, *op. cit.*, p. 651.

¹⁴⁰ Au Bénin, la Commission électorale nationale autonome (CENA) dont relève l'organisation du scrutin est « un organe administratif ...[disposant] d'une réelle autonomie par rapport aux Institutions de la République ...[ainsi que] d'une autonomie de gestion... » (loi n° 2007-25 du 23 novembre 2007, déjà citée, art. 35 ; loi n° 98-006 du 9 mars 2000, déjà citée, art. 44), autrement dit « une autorité administrative indépendante » (Cour constitutionnelle Bénin, 23 décembre 1994), dotée d'un véritable pouvoir de décision. En conséquence, ses « actes peuvent faire l'objet de recours devant le juge administratif... » (VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 46).

classique de décision exécutoire. Ce peut être un simple document¹⁴¹, une liste électorale¹⁴², une candidature¹⁴³, l'installation d'un Conseil¹⁴⁴ des résultats¹⁴⁵, etc. Ensuite, la Chambre administrative de la Cour suprême apprécie l'intérêt pour agir de manière stricte¹⁴⁶. Enfin, elle fait respecter les délais particuliers à la matière dans les cas où des textes en imposent¹⁴⁷.

Mais, le contentieux électoral local au Bénin a un champ d'application qui s'étend du fonctionnement des organes de gestion des élections aux résultats en passant par les contestations des listes électorales, de la candidature, des élections des maires, de leurs adjoints et des chefs d'arrondissement¹⁴⁸. Qu'il s'agisse de règles d'organisation ou d'opérations du scrutin, le juge administratif béninois est compétent sans que la voie de recours change. La distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux étant ainsi occultée en la matière, celle entre acte détachable et acte non détachable est sans intérêt puisque, compétent dans tous les cas, le juge administratif est indifféremment et indistinctement juge du plein contentieux et de

¹⁴¹ Qu'il s'agisse d'un « *Guide pratique de l'observateur des élections* » édité par l'organe de gestion des élections (affaire AKPATA Saturnin c/ CENA déjà citée), de procès-verbaux ou autres

¹⁴² CA/CS Bénin 6 octobre 2015. TOCHEME Honoré c/ CENA, n° 15/CA/ECM, Recueil précité, p. 50 et s.)

¹⁴³ Affaire TCHAKOULA déjà citée.

¹⁴⁴ Affaire ESSILOTAN déjà citée.

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ La requête n'est déclarée recevable que si « *la qualité d'électeur du requérant [est] dûment établie* » (Affaire AKPATA c/ CENA, déjà citée) ou que les requérants contestant la composition d'un démembrement de la CENA « *figurent effectivement sur la liste des membres [régulièrement] proposés* » pour siéger au sein du démembrement concerné (CA/CS Bénin, 15 février 2002. TOKLONOU Rigobert et YEKPON Anatole c/ CENA, n° 004/CA/ECM, Recueil précité, p. 18 et s.). La Cour juge a contrario que s'agissant d'une personne dont « *le nom ne figure pas sur ladite liste, sa seule qualité de député non-inscrit à l'Assemblée Nationale ne saurait lui donner (...) intérêt à agir dans un dossier contentieux de contestation de liste de membres* » des démembrements de la CENA (CA/CS Bénin, 24 octobre 2002. Codjo S. ACHODE et autres c/ CENA, Recueil précité, p. 35 et s.) : « *S'agissant du contentieux des candidatures, à l'exception des questions relatives à l'inéligibilité qui peuvent être portées devant la Cour par tout citoyen, seule « la personne dont la candidature a été rejetée ou toute personne ou groupe de personnes ayant intérêt peuvent présenter une réclamation »* » (CA/CS Bénin, 31 décembre 2002. KINIFFO Maximilien c/ CENA et Nicéphore D. SOGLO, n° 123/CA/ECM, Recueil précité, p. 99 et s.)

¹⁴⁷ « *S'agissant du contentieux des listes électorales, le recours en inscription ou en radiation est adressé à la Cour Suprême au plus tard quinze jours [avant] la date du scrutin, ainsi qu'il résulte des termes de (...) la loi...* » (CA/CS 4 janvier 2003. DEGBO Désiré c/ CENA, n° 15/CA/ECM, Recueil précité, p. 67 et s.). Contre les résultats, « *le recours n'est recevable que dans les quatre (04) jours à compter de la date de la proclamation des résultats* » (loi n° 98-006 du 9 mars 2000, déjà citée, art. 107 in fine). En revanche, n'étant enfermé dans aucun délai, le recours aux fins d'installation du Conseil communal est déclaré recevable (CA/CS Bénin 8 mai 2003. Préfet du Borgou et de l'Alibori et autres c/ CENA, n° 334/CA/ECM, Recueil précité, p. 895 et s.)

¹⁴⁸ Ces rubriques sont celles qui ont servi à classer les arrêts dans le *Contentieux des élections locales (de) décembre 2002 et janvier 2003 : Recueil des arrêts*. Direction de Documentation et d'études, 2007 publié par la Cour suprême elle-même.

l'excès de pouvoir¹⁴⁹. Les actes d'organisation jugés détachables des opérations du scrutin et soumis au recours pour excès de pouvoir en France font ici l'objet du même recours « innommé » que celles-ci. Au demeurant, la Chambre administrative de la Cour suprême considère que « *la compétence du juge de l'élection est admise toutes les fois que le requérant peut obtenir devant lui une satisfaction équivalente à celle qu'il aurait obtenue en s'adressant au juge de la légalité* »¹⁵⁰. Le recours de plein contentieux semble donc absorber le recours pour excès de pouvoir.

La détachabilité est également occultée en contentieux fiscal où la distinction est pourtant opérée entre recours de plein contentieux et recours pour excès de pouvoir. Le contentieux fiscal porte essentiellement sur l'établissement et le recouvrement de l'impôt¹⁵¹. D'ailleurs, ces deux phases sont celles par rapport auxquelles est définie l'acte détachable en matière fiscale en France. Relevant de la compétence du juge de l'impôt, elles font l'objet d'un recours de plein contentieux lorsque ce juge est la juridiction administrative. Quant aux actes jugés détachables de l'établissement ou du recouvrement de l'impôt en raison de leur nature (réglementaire ou non) et de la qualité du requérant (contribuable ou non), ils sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir¹⁵². Quoique peu abondante, la jurisprudence fiscale de la Chambre administrative de la Cour suprême béninoise¹⁵³ révèle le souci d'établir une frontière entre le « *contentieux de la légalité*

¹⁴⁹ En France, quoique le juge compétent soit le même, le contentieux des résultats relève du recours de plein contentieux par opposition au contentieux des actes d'organisation jugés détachables pouvant être déférés à la censure du juge par la seule voie du recours pour excès de pouvoir.

¹⁵⁰ CA/CS Bénin, 31 juillet 2003, Bernard L. DAVO c/ Adrien HOUNGBEDJI et un autre, n° 350/CA/ECM, Recueil précité, p. 875.

¹⁵¹ Selon ATECK A DJAM, *op. cit.*, ce « *contentieux, très particulier, se subdivise en deux grandes branches, qui correspondent aux deux principales phases conduisant à la perception de l'impôt : la phase d'assiette et la phase de recouvrement* » étant entendu que « *la première phase consiste en l'établissement de l'impôt et comprend à la fois la détermination de la matière imposable encore appelée assiette, le calcul de l'impôt ou liquidation, et l'identification du redevable* » (*op. cit.*, p. 17).

¹⁵² Cf. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 720 et s. ; MACERA, *op. cit.*, p. 89 et s. ; ATECK A DJAM, *op. cit.*, p. 20 et s.

¹⁵³ Dans sa thèse déjà citée, M. KPENONHOUN écrit que « *le juge n'a pas été saisi de litiges fiscaux* » (p. 263). Même si certains d'entre eux relèvent du contentieux de l'excès de pouvoir et non du contentieux fiscal proprement dit, quelques arrêts de la Chambre administrative de la Cour suprême sont répertoriés et intégrés à la partie jurisprudentielle du Livre des procédures fiscales. Ces arrêts concernent, non seulement la période 1990-2010 que couvre l'étude de M. KPENONHOUN, mais également les années 1960 et 1980 sur lesquelles une demi-douzaine d'arrêts relatifs au contentieux fiscal avaient été déjà mis au jour par HOUNSA (Pierre Kokou). *Point sur la jurisprudence administrative en République populaire du Bénin*, Mémoire de Maîtrise en sciences juridiques. UNB, FASJEP, 1985-1986.

et ...[le] contentieux fiscal »¹⁵⁴. Ce souci transparaît dans une affaire où le juge administratif béninois, après avoir rappelé que les requérantes¹⁵⁵ ont introduit devant lui un recours pour excès de pouvoir, précise « ...que la procédure engagée (...) relève bien du contentieux de la légalité et non du contentieux fiscal »¹⁵⁶. La distinction est pertinente surtout parce que, comme l'établit par ailleurs le juge, l'acte déferé à sa censure est « relatif à une contribution volontaire et non à une imposition de nature fiscale »¹⁵⁷. Dans une autre affaire¹⁵⁸, le juge administratif béninois déclare recevable le « recours en annulation pour excès de pouvoir » introduit contre une lettre-circulaire imposant une amende fiscale¹⁵⁹ tout en affirmant ne pas avoir affaire au contentieux fiscal. Pour lui, le contentieux fiscal relèverait donc du plein contentieux¹⁶⁰, et il ne semble pas envisager de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dans ce qu'il considère comme le contentieux fiscal, précisément parce qu'il n'y fait pas appel à la notion d'acte détachable. N'entraînant en Afrique francophone qu'une recevabilité prudente du recours pour excès de pouvoir dans les matières relevant du recours de plein contentieux, la détachabilité concourt, dans la même aire géolinguistique, à une extension maîtrisée de la compétence du juge administratif.

B. L'EXTENSION MAÎTRISÉE DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Dans les systèmes juridiques où existe un juge administratif, une répartition des compétences est organisée entre celui-ci et le juge judiciaire. Les règles relatives à cette répartition empêchent l'accès au

¹⁵⁴ CA/CS 24 octobre 1997, SOCOBE-ICB-CCB c/ Ministre des Finances, n° 24/CA, Livre des procédures fiscales in *Recueil des textes fiscaux 2012*, FISC CONSULT SARL, p. 613 et s.

¹⁵⁵ Il s'agit en fait d'un groupe de sociétés commerciales du secteur cotonnier contestant un arrêté du Ministre des finances qui édicte les modalités de reversement au budget national de contributions financières négociées.

¹⁵⁶ Affaire SOCOBE-ICB-CCB déjà citée.

¹⁵⁷ Idem

¹⁵⁸ CA/CS Bénin, Société SONACOP c/ Ministre des Finances, Livre des procédures fiscales in *Recueil des textes fiscaux 2012*, déjà cité, p. 610 et s. (arrêt reproduit sans les références habituelles comme la date et le numéro). La SONACOP est la Société nationale de commercialisation des produits pétroliers.

¹⁵⁹ En France, un acte non réglementaire lié à une opération de recouvrement n'est pas, à l'égard du contribuable, détachable : son illégalité ne peut être contestée que devant le juge de l'impôt. Voir à ce sujet CHAPUS, *op. cit.*, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 721 et s.

¹⁶⁰ Les recours de plein contentieux relatifs à l'établissement et au recouvrement de l'impôt ne sont pas pour autant nombreux. L'un des rares cas est probablement l'arrêt du 28 juillet 1978 Côte SANTA'ANNA et autres c/ Ministre de l'Économie et des Finances, n° 7/CA du Répertoire, n° 73-10 à 73-12 du Greffe. Dans cette affaire, les requérants ont sollicité, non seulement l'annulation d'un arrêté rapportant des mesures de dégrèvement précédemment consenties par le Ministre des Finances au terme d'un accord, mais aussi subsidiairement que le juge ordonne la réouverture et l'examen de leurs dossiers. Ayant rejeté la première requête, le juge a fait droit à la demande subsidiaire.

juge administratif pour certaines opérations prises dans leur ensemble. Mais, dans ces cas, la détachabilité permet qu' « *un acte administratif faisant partie d'une opération juridique et dont la jurisprudence admet qu'il puisse (...) être disjoint, [rentre] dans la compétence administrative dont cette opération était en tant que telle exclue* »¹⁶¹. La détachabilité est pour la juridiction administrative, « *accessoirement (...) un moyen commode pour récupérer une compétence qui lui échappait au profit du juge judiciaire (...) voire pour entrer dans une sphère de l'activité publique qui bénéficiait d'une totale immunité juridictionnelle (...)* »¹⁶². Dans ce sens, en Afrique francophone, la détachabilité favorise dans une certaine mesure une « irruption » du juge administratif dans le contentieux des contrats de droit privé (A) et une restriction de l'immunité attachée aux actes de gouvernement (B).

1. Une « irruption » dans le contentieux des contrats de droit privé de l'Administration

L'Administration peut conclure des « *contrats de droit commun* »¹⁶³ encore appelés contrats « *de droit privé* »¹⁶⁴. Ceux-ci, à la différence des contrats administratifs, sont soumis, nonobstant l'implication d'une personne publique, aux mêmes règles que les conventions passées entre particuliers. En France, ils ressortissent à la compétence des « *tribunaux ordinaires* », c'est-à-dire du juge judiciaire. Il en est ainsi des « *contrats passés par les services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers [...ou] avec le personnel* »¹⁶⁵ et des contrats passés pour la gestion du domaine privé des personnes publiques. Mais, « *la théorie de l'acte détachable permet de faire porter devant le juge administratif certains recours [concernant ces contrats] dont le contentieux est principalement judiciaire* »¹⁶⁶. En Afrique francophone, alors que la compétence de principe du juge judiciaire dans cette matière est clairement réaffirmée (1), une éventuelle intervention du juge administratif serait également justifiée (2).

a. La réaffirmation de la compétence de principe du juge judiciaire

Dans différents États de l'échantillon, la justice administrative saisie d'un recours relatif à un contrat de droit privé de l'Administration rappelle clairement que cette matière relève de la compétence quasi exclusive du juge judiciaire. Deux arrêts issus de deux pays différents permettront de le montrer.

¹⁶¹ CORNU, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶² MODERNE, Préface à MACERA, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶³ HAURIUO (Maurice), *op. cit.*, p. 140.

¹⁶⁴ VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁵ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 405 ; HAURIUO (Maurice), *op. cit.*, p. 141 ; VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁶ ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, déjà cité, p. 124.

Le premier arrêt, rendu par la Chambre administrative de la Cour suprême du Gabon¹⁶⁷ concerne un contrat de droit privé au sein de la Fonction publique. En l'espèce, le sieur Luc-François NZEH est au moment des faits un contractuel de l'État gabonais régi par la Convention collective du 3 juillet 1959. Le 5 septembre 1963, il est suspendu par une décision du Ministre de la Fonction publique. Celui-ci prend le 6 novembre de la même année une nouvelle décision rapportant celle du 5 septembre. Le sieur NZEH introduit auprès de la Chambre administrative de la Cour suprême une requête aux fins de voir condamner l'État gabonais à lui verser les salaires correspondant à la période de suspension. Le deuxième arrêt témoin est tiré de la jurisprudence malgache et se rapporte à un contrat de gestion du domaine privé d'une personne publique. Dans l'affaire ayant débouché sur cet arrêt¹⁶⁸, dame TIBAVY demande le 4 janvier 1995 à acquérir deux lots sur un terrain communal. Il ne lui est délivré le 24 août 1999 qu'une « autorisation de voirie »¹⁶⁹ qui lui permet d'ériger des constructions en matériaux précaires sur une parcelle des lots convoités. Mais, l'Administration lui notifie le 7 octobre 1999 à la fois un arrêté annulant l'autorisation de voirie dont elle est bénéficiaire et l'acte de vente à un tiers de la parcelle qu'elle occupe, puis plus tard¹⁷⁰ le certificat délivré à l'acquéreur de la parcelle ainsi qu'un autre arrêté du 20 octobre 1999 lui ordonnant de démolir ses installations. Dame TIBAVY forme le 15 novembre 1999 un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté annulant son autorisation, contre le certificat délivré au tiers acquéreur et contre l'acte de cession intervenu entre celui-ci et l'Administration.

Des questions posées¹⁷¹ aux Cours suprêmes gabonaise et malgache, une seule est commune aux deux affaires tout en transcendant les spécificités de chacune d'elles : le juge administratif peut-il connaître des litiges relatifs à un contrat de droit privé de l'Administration, qu'il s'agisse d'un différend entre l'État et l'un de ses

¹⁶⁷ CA/CS Gabon 3 novembre 1967, NZEH, Rép. n° 95. PAMBOU TCHIVOUNDA (Guillaume). *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon* (GDJAG). Paris : Pedone, 1994. Préface de Jean-Michel GALABERT, n° 15.

¹⁶⁸ CA/CS Madagascar 19 avril 2000, TIBAVY Sidonie c/ Commune urbaine de Toamasina. Rép. 198/99-ADM, Juricaf NOR 176199.

¹⁶⁹ Cette formule reprise telle quelle de l'arrêt reflète sans doute une confusion puisque la permission de voirie s'applique au domaine public alors qu'est en cause ici le domaine privé.

¹⁷⁰ Dans la reproduction de l'arrêt figurant sur le site Juricaf de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays francophones (AHJUCAF), il y a manifestement un problème de chronologie puisque l'arrêté du 20 octobre 1999 aurait été notifié le 7 octobre 1999 c'est-à-dire avant d'avoir été pris.

¹⁷¹ L'on exclut ici les préoccupations subsidiaires de dame TIBAVY (sursis à exécution, annulation d'un certificat, etc.)

employés ayant qualité de contractuel de droit privé ou d'un contentieux né de la cession d'une parcelle du domaine privé communal ? Dans les deux cas, le juge administratif donne une double réponse : tout en se déclarant incompétent, il affirme la compétence du juge judiciaire.

Dans l'affaire NZEH, « *considérant que seules les juridictions du travail sont compétentes pour statuer sur les litiges opposant l'État aux membres de son personnel qui n'ont pas été intégrés dans un emploi permanent d'un cadre d'une administration publique* », la Chambre administrative de la Cour suprême gabonaise se déclare incompétente. L'Arrêt NZEH est une décision de principe qui a été confirmée pendant une quinzaine d'années¹⁷². Cette jurisprudence, fondée sur le statut du requérant et sur la nature du contrat qui le lie à l'Administration, est logique dans le contexte juridique prévalant alors au Gabon¹⁷³.

Développant une logique juridique similaire, le juge administratif malgache décide dans l'arrêt TIBAVY que :

« (...) d'une part, (...) le contrat de vente (...) conclu par la commune ne présente aucune clause exorbitante de droit commun ; qu'à cet effet, l'acte incriminé ne constitue ni un acte administratif à caractère unilatéral et exécutoire ni un contrat administratif ; d'autre part que le litige afférent à un transfert de la propriété privée de la commune, (...), relève de la compétence du juge judiciaire conformément aux dispositions de l'article 68 de la loi 60-004 du 15 février 1960 relative au domaine privé national ; (...) dans ces conditions, l'examen de ces chefs de demande exigeant l'intervention des règles de droit privé, la juridiction administrative n'est pas compétente pour en connaître »¹⁷⁴.

La Cour suprême malgache ne s'en reconnaît pas moins le droit d'intervenir éventuellement à l'occasion de ce genre de litiges si des actes détachables du contrat de droit privé de l'Administration lui étaient soumis.

¹⁷² Cf. CA/CS Gabon 5 avril 1979 Moukaga-Moussavou, Rép. n° 49 ; 22 avril 1983, Togo, Rép. n° 48 ; 22 juillet 1983 Koussadji-Etho, GDJAG, n° 37.

¹⁷³ Comme le précise le professeur PAMBOU TCHIVOUNDA *op. cit.*, p. 141 et s., la Convention collective du 3 juillet 1959 et les deux protocoles d'accord dont elle était assortie assimilaient tous les contractuels de l'État aux salariés de droit commun sans distinguer entre contractuels de droit public et contractuels de droit privé. M. PAMBOU TCHIVOUNDA fait observer qu'après l'abrogation et la dénonciation en 1980 de certaines dispositions des textes de 1959 puis la promulgation de la loi du 31 juillet 1990 définissant les conditions d'emploi des contractuels de l'État, la solution aurait été plus incertaine.

¹⁷⁴ Arrêt NZEH, déjà cité.

b. La justification d'une éventuelle intervention du juge administratif

Le sieur NZEH n'a soumis au juge administratif gabonais que la contestation relative au non paiement des salaires correspondant à la période de sa suspension. Le juge administratif gabonais ne pouvait pas se prononcer sur l'arrêté de suspension proprement dit sans statuer *ultra petita*. Au demeurant, déjà retiré par l'Administration, cet arrêté ne pouvait plus faire l'objet d'un recours. Pourtant, il est intéressant à analyser car, d'un point de vue théorique, il constitue un exemple d'acte détachable d'un contrat de droit privé de l'Administration qui aurait pu justifier, dans d'autres circonstances, une intervention du juge administratif dans une matière relevant presque exclusivement de la compétence judiciaire¹⁷⁵. En effet, comme l'indique le professeur PAMBOU TCHIVOUNDA, l'arrêté de suspension du sieur NZEH, mesure unilatérale, du reste non prévue par la Convention collective, est un acte détachable du contrat de droit privé de l'intéressé « *parce que son édicition (...) correspond à la mise en oeuvre par l'administration d'une prérogative de puissance publique* »¹⁷⁶.

En revanche, dans l'affaire TIBAVY, la Chambre administrative de la Cour suprême malgache a été directement confrontée à la question de la détachabilité car une deuxième question lui était posée : le juge administratif peut-il connaître d'une autorisation d'urbanisme portant sur une parcelle du domaine privé d'une personne publique ? La réponse de la Cour a été sans ambiguïté :

*« Considérant que l'autorisation de voirie est un acte pris par l'administration conformément aux règles d'urbanisme, qu'il appert que les actes présentement attaqués ont un rapport avec l'intérêt général et, à cet égard, constituent des actes administratifs, détachables de la gestion privée du domaine concerné. Que dans ce cas, la Cour de céans est compétente pour statuer sur les (...) demandes »*¹⁷⁷.

La conclusion est logique. Quant au raisonnement, il est un peu singulier car la doctrine et la jurisprudence françaises ne recourent pas à la notion d'intérêt général pour définir l'acte détachable. Mais, dans une autre affaire à lui soumise quelque temps après¹⁷⁸, le juge administratif malgache utilise des critères plus courants d'identification de l'acte détachable.

¹⁷⁵ MACERA, *op. cit.*, p. 69 et s., qui cite en dehors des relations des personnes publiques avec leur personnel contractuel de droit privé et la gestion du domaine privé, celle des services publics industriels et commerciaux, l'expropriation, etc.

¹⁷⁶ TCHIVOUNDA, *op. cit.*, p. 145.

¹⁷⁷ Arrêt TIBAVY, déjà cité.

¹⁷⁸ CA/CS Madagascar 13 décembre 2000. Sté AMLA Frères *c/* Faritany d'Antsirana. Rép. 16/000-ADM, Juricaf NOR 176090.

Dans cette affaire, la Société AMLA Frères bénéficie le 30 décembre 1997 d'un bail amiable sur un terrain domanial non occupé. Ses droits de location ayant été annulés par arrêté du 26 octobre 1999, la Société introduit un recours pour excès de pouvoir contre cet arrêté. Une fois de plus, le juge se déclare compétent :

« Considérant que l'arrêté en question, pris unilatéralement par le Président de la Délégation Spéciale d'Antsirananana et faisant grief, est un acte administratif détachable et susceptible d'être apprécié indépendamment du fond du litige lui-même, lequel, en dernière analyse, concerne un domaine privé national¹⁷⁹; qu'au surplus, la requête tend, par la voie du recours en annulation, à faire constater un excès de pouvoir résultant notamment de l'incompétence de l'auteur de l'acte présentement incriminé ; que dès lors, la Cour de céans est compétente pour statuer sur ladite requête »¹⁸⁰.

L'acte détachable, apparaissant ici comme « susceptible d'être apprécié indépendamment du fond du litige lui-même »¹⁸¹, est également identifié en tant qu'acte unilatéral faisant grief. Cette occasion est propice pour s'intéresser aux liens entre l'acte détachable d'une part, l'acte administratif en général et la décision exécutoire en particulier¹⁸². De ce point de vue, il convient de rappeler que, de manière quasi unanime, la doctrine affirme la nature d'acte administratif de l'acte détachable¹⁸³. S'il en était autrement, l'acte détachable ne remplirait pas les conditions pour faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il ne serait simplement pas un acte détachable. Ainsi s'explique, dans l'affaire TIBAVY l'irrecevabilité du recours en annulation contre le certificat administratif délivré par l'Administration communale à l'acquéreur de la parcelle :

« Considérant qu'il est constant que [le certificat de situation] ne fait que constater un fait, qu'il ne présente aucun caractère de décision exécutoire ; Qu'en conséquence ne pouvant être qualifié d'acte administratif, il ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »¹⁸⁴.

¹⁷⁹ En conséquence, si la Cour avait été saisie sur le fond, elle se serait également déclarée incompétente tout en reconnaissant la compétence du juge judiciaire.

¹⁸⁰ Arrêt Société AMLA Frères, déjà cité

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Le professeur DARCY rappelle que l'acte détachable est souvent un « acte unilatéral décisoire » (« Variations sur l'acte détachable du contrat », déjà cité, p. 503).

¹⁸³ L'acte détachable est un « acte administratif faisant partie d'une opération ... » (CORNU, op. cit., p. 19) et « le changement de jurisprudence ne consiste pas en ce que les mesures [considérées...] seraient enfin reconnues comme des actes administratifs (elles l'étaient déjà) mais en ce que ces actes administratifs sont désormais considérés, pour la plupart, comme détachables de l'opération (...) » (CHAPUS, Droit du contentieux administratif, déjà cité, p. 711).

¹⁸⁴ Arrêt TIBAVY, déjà cité.

Pour l'essentiel, les arrêts analysés attestent l'existence d'une jurisprudence constante, non seulement dans le temps mais également d'un pays à l'autre, selon laquelle le juge administratif s'autorise en vertu de la détachabilité à intervenir à titre exceptionnel dans des matières qu'il reconnaît comme relevant de la compétence du juge judiciaire. Mais, la détachabilité a également comme effet d'étendre la compétence du juge administratif à des pans de l'activité administrative qui auraient autrement bénéficié d'une totale immunité, aucun contentieux n'étant permis. Sans remettre complètement en cause l'immunité découlant de la théorie des actes de gouvernement, la détachabilité la restreint quelque peu.

2. Une restriction de l'immunité liée aux actes de gouvernement

Des définitions de l'acte de gouvernement sont proposées, y compris par la doctrine africaine¹⁸⁵. Mais, ainsi que le faisait observer Maurice HAURIOU, « l'acte de gouvernement n'est pas aisé à distinguer, [son] critérium est difficile à trouver »¹⁸⁶. Dans ces conditions, il est préférable de ne retenir pour caractériser l'acte de gouvernement que les deux éléments sur lesquels tous les auteurs sont à peu près¹⁸⁷ d'accord à son sujet. L'on peut ainsi considérer que l'acte de gouvernement est celui défini comme tel¹⁸⁸ par la jurisprudence administrative¹⁸⁹ et qui jouit d'une immunité juridictionnelle¹⁹⁰. La détachabilité permet au juge administratif d'« exercer son contrôle sur [certains des] actes rattachés à [cette] sphère habituellement hors de sa compétence »¹⁹¹. Les juridictions administratives africaines ont, par

¹⁸⁵ Voir notamment DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, tome 2, p. 337 ; SY, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸⁶ HAURIOU (Maurice), *op. cit.*, p. 417. Dans le même sens, le professeur SY admet qu'« il n'existe pas de critère permettant de déterminer l'acte de gouvernement » (*op. cit.*, p. 68). Le critère initial du « mobile politique » a été abandonné vers la fin du XIX^{ème} siècle (CE 19 février 1875, Prince Napoléon ; TC 5 novembre 1880, Marquigny ; CE 20 mai 1887, Duc d'Aumale, etc.).

¹⁸⁷ Voir les précisions sur l'immunité juridictionnelle de l'acte de gouvernement *infra*.

¹⁸⁸ Le deuxième élément de la définition (l'immunité juridictionnelle) est insuffisant car il existe des actes bénéficiant de l'immunité juridictionnelle (devant le juge administratif) qui ne sont pas des actes de gouvernement. Il en est ainsi des actes parlementaires.

¹⁸⁹ La doctrine est précisément divisée sur les critères qui fondent cette qualification.

¹⁹⁰ Sur l'immunité juridictionnelle dont bénéficie l'acte de gouvernement, la doctrine est « fort embrouillée » (Maurice HAURIOU, *op. cit.*, p. 416), ne serait-ce que par la présentation qu'elle en fait. Pendant que certains auteurs donnent l'impression de limiter l'immunité de l'acte de gouvernement, soit au seul juge administratif (SCHAEGIS, *op. cit.*, p. 11), soit aux juges administratif et judiciaire, d'autres laissent penser que cette immunité concerne tout type de juridiction (ROUQUETTE, *Dictionnaire de droit administratif*, déjà cité, p. 383 ; Michel de VILLIERS et Armel LE DIVEILLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 8^{ème} édition, 2011, p. 2 ; CORNU, *op. cit.*, p. 18 ; DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, tome 2, p. 337 et 340 ; SY, *op. cit.*, p. 69 et 241). Chez quelques auteurs, il y a comme une hésitation entre l'immunité devant le juge administratif et judiciaire d'une part et l'immunité totale, absolue (VAN LANG et al. *op. cit.*, p. 12).

¹⁹¹ SCHAEGIS, *op. cit.*, p. 11.

rapport à la détachabilité relative aux actes de gouvernement une attitude ambivalente : d'un côté elles la contournent (a) ; de l'autre, elles l'admettent et l'étendent, repoussant quelque peu dans ce dernier cas l'immunité attachée aux actes de gouvernement (b).

a. La détachabilité contournée

La détachabilité n'est utile que là où existe un obstacle au contrôle contentieux de l'activité administrative. L'acte de gouvernement est l'une des théories qui rendent impossible ce contrôle. Dans plusieurs États francophones d'Afrique, les juridictions administratives ne reconnaissent que rarement l'existence de l'acte de gouvernement¹⁹² qu'elles s'emploient à distinguer de l'acte administratif en se fondant, soit sur la qualité de l'auteur, soit sur l'objet de l'acte.

La distinction entre l'acte de gouvernement et l'acte administratif à partir de la qualité de l'auteur est opérée à Madagascar, entre autres, dans l'arrêt Marc RAVALOMANANA et RASOLONJATOVO Jean Michel c/ État malagasy¹⁹³. En l'espèce, les sieurs RAVALOMANANA et RASOLONJATOVO introduisent devant la Chambre administrative de la Cour suprême des recours en annulation contre le décret du 22 novembre 2001 portant nomination, constatation des désignations et constatation de l'élection des membres de la Haute Cour constitutionnelle. Le représentant de l'État malgache soulève l'incompétence du juge administratif au motif que « *le décret a été pris dans le cadre du pouvoir autonome du Président de la République et, par conséquent, ne rentre pas dans la catégorie des actes des autorités administratives* »¹⁹⁴. Mais, en ce qui le concerne, le juge administratif se déclare compétent au motif que :

« (...) d'une part le Président de la République tout en étant la plus haute [autorité] dans la hiérarchie est et demeure une autorité administrative et qu'en prenant le décret attaqué, il n'a fait que constater la nomination, les désignations et l'élection des membres de la Haute Cour Constitutionnelle, conformément aux dispositions de l'article 109 de la Constitution ; (...) d'autre part, la théorie et la jurisprudence ont défini limitativement la catégorie d'actes des autorités administratives échappant au contrôle de la juridiction administrative tels les

¹⁹² Pour un exemple d'arrêt où une juridiction administrative africaine admet l'existence d'un acte de gouvernement et la considère comme un obstacle absolu à sa compétence, voir CA/CS Madagascar 29 juillet 1987, MONJA Jaona c/ État malagasy, Juricaf NOR 175766. Y est déclarée acte de gouvernement « *la décision des autorités malgaches de ne pas donner suite [à] la prétention (...) au dédommagement recommandé par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies* ».

¹⁹³ CA/CS Madagascar 10 avril 2002, Marc RAVALOMANANA et RASOLONJATOVO Jean Michel c/ État malagasy, Rép. n° 14/02-ADM et 05/02-ADM.

¹⁹⁴ Arrêt RAVALOMANANA et RASOLONJATOVO déjà cité.

actes de gouvernement et les actes législatifs... : qu'il apparaît évident que l'acte, objet du recours, n'en fait pas partie : qu'en conséquence, la Chambre Administrative est compétente dans les présentes procédures »¹⁹⁵.

Dans son argumentaire, le juge administratif malgache indique que le décret attaqué est un simple acte de constatation. En réalité, ce décret porte aussi nomination à la Haute Cour constitutionnelle. Or l'acte par lequel le président de la République nomme un membre de la juridiction constitutionnelle est traditionnellement un acte de Gouvernement¹⁹⁶. Tout se passe comme s'il fallait absolument éviter d'admettre l'existence de l'acte de gouvernement¹⁹⁷. La même tendance est observable chez le juge administratif béninois. Dans l'affaire GBETIE Théodore c/ Préfet de l'Ouémé¹⁹⁸, le premier, alors Chef de district, introduit un recours pour excès de pouvoir contre un blâme que lui a infligé le second qui prétend que la procédure disciplinaire dont le requérant soulève la violation ne peut être discutée au contentieux. Ici encore, alors que le défendeur n'évoque pas formellement la notion d'acte de gouvernement, le juge administratif la réfute :

« Considérant ... qu'en ce qui concerne la seconde branche du moyen de l'Administration selon laquelle "la procédure disciplinaire dans ce cadre est celle exorbitante du droit commun et ne peut être discutée au contentieux», elle n'est pas sérieuse : la Cour suprême, alors CPC¹⁹⁹, est compétente pour connaître de tout différend relatif aux actes administratifs et le préfet de l'Ouémé ne saurait évoquer la théorie des actes de gouvernement, le CEAP²⁰⁰ ne se confondant pas avec le CEN (le Gouvernement d'alors) »²⁰¹.

Le raisonnement du juge administratif béninois est encore plus déroutant : il repose sur l'idée que l'acte de gouvernement émane du

¹⁹⁵ Arrêt RAVALOMANANA et RASOLONJATOVO déjà cité.

Le juge a confirmé sa position sur le décret du 22 novembre 2001 dans d'autres arrêts, notamment CA/CS Madagascar 24 avril 2002, RASOAMANAVA Alphonsine et ANDRIAMIRAVO André c/ Arrêts n° 3 et 4 des 10 et 16 avril 2002.

¹⁹⁶ Cf. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, déjà cité, p. 950 ainsi que DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 107, rappelant tous la jurisprudence CE Ass. 9 avril 1999, Mme BA.

¹⁹⁷ Cette attitude s'explique peut-être par le fait que les juridictions administratives africaines considèrent l'acte de gouvernement comme une catégorie en voie de disparition. Ainsi peut-on lire dans l'un des arrêts de la Chambre administrative de la Cour suprême burkinabé que « la théorie classique de l'acte de gouvernement est unanimement rejetée de nos jours où seules deux mesures... constituent des actes de gouvernement » (CA/CS Burkina Faso 8 juillet 1983, GARANGO Tiémoko Marc c/ État voltaïque, GDJB-DA, n° 14).

¹⁹⁸ CA/CS Bénin 4 mai 1995. GBETIE Théodore c/ Préfet de l'Ouémé. Rép. n° 2/CA, Greffe n° 060/GC/CPC du 25 avril 1988, Juricaf NOR 173819.

¹⁹⁹ CPC = Cour Populaire Centrale. Ainsi dénommée au moment de l'introduction du recours de M GBETIE en 1988, la Cour suprême du Bénin a retrouvé son appellation initiale avant le prononcé de sa décision.

²⁰⁰ CEAP = Comité d'État d'Administration de la Province, sorte d'Exécutif collégial local que présidait à l'époque le Préfet.

²⁰¹ Arrêt GBETIE, déjà cité.

Gouvernement. Cette assertion est erronée. En effet, l'acte de gouvernement peut provenir tant du président de la République, du Chef de Gouvernement, d'un ministre que d'un organe constitutionnel comme l'Assemblée nationale ou le Conseil constitutionnel²⁰². Partant d'un arrêt du Conseil d'État français déclarant acte de gouvernement l'arrêté d'un Gouverneur de colonie²⁰³, Maurice HAURIOU souhaitait voir reconnaître le même caractère à des actes préfectoraux²⁰⁴ au motif que, sans faire partie du gouvernement, ceux-ci « *agissent sous [son] autorité* »²⁰⁵.

La Chambre administrative de la Cour suprême malgache fonde quelquefois la distinction entre l'acte de gouvernement et l'acte administratif sur l'objet de ceux-ci. Par exemple, dans l'affaire Éric HAMMEL²⁰⁶, du nom d'un avocat étranger expulsé par le gouvernement malgache et contestant la légalité de l'arrêté d'expulsion, elle a considéré que :

*« (...) si un arrêté d'expulsion constitue, dans une certaine mesure, un acte de caractère politique, il ne saurait toutefois être classé parmi les actes dits de gouvernement, ceux-ci ne comprenant que ceux concernant les rapports du gouvernement avec le parlement, et ceux qui se rattachent directement aux relations de l'État avec les puissances étrangères ou les organismes internationaux... »*²⁰⁷

Cette position rejoint celle de la jurisprudence et de la doctrine françaises pour lesquelles l'expulsion d'étrangers est, comme l'extradition, un acte détachable de la conduite des relations internationales²⁰⁸. La définition de l'objet de l'acte de gouvernement que comporte l'arrêt HAMMEL est également adoptée par le juge administratif burkinabé dans l'affaire GARANGO²⁰⁹ où il rejette les théories de l'acte de gouvernement et des circonstances exceptionnelles opposées par l'Administration au requérant demandant l'annulation d'un décret consacrant la fin prématurée de sa carrière militaire. Quoique correspondant à la

²⁰² DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 108 citent dans cette catégorie la détermination par l'Assemblée nationale du régime de pension des anciens députés, qui est lié au statut de ceux-ci ainsi que la suite réservée par le Conseil constitutionnel aux réclamations relevant de sa compétence en général et son refus de redéfinir le contenu de son site internet en particulier... en s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'État (CE 2 juillet 2008, Hoffer ; Ass. 4 juillet 2003, M. Papon, etc.).

²⁰³ CE 18 mars 1898, Conseil général du Sénégal, Rec. p. 233.

²⁰⁴ À l'opposé, le professeur Demba SY définit l'acte de gouvernement comme celui « *pris par des autorités administratives centrales les plus élevées...* » (*op. cit.*, p. 68).

²⁰⁵ HAURIOU (Maurice), *op. cit.*, p. 417.

²⁰⁶ CA/CS Madagascar 13 août 1986, Éric HAMMEL c/ État malagasy, Juricaf NOR 177150.

²⁰⁷ Arrêt HAMMEL, déjà cité.

²⁰⁸ Cf. MACERA, *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁹ Arrêt GARANGO, déjà cité.

présentation qu'en fait la majeure partie de la doctrine. L'objet de l'acte de gouvernement tel que défini par les juridictions administratives malgache et burkinabé est quelque peu restrictif. En effet, dans l'ordre interne, par-delà les rapports entre le Gouvernement - ou plus précisément l'Exécutif - et le Parlement, l'acte de gouvernement concerne les relations entre l'ensemble des pouvoirs constitutionnels.

La propension des juridictions administratives africaines à écarter l'acte de gouvernement est surprenante. En effet, les arrêts dans lesquels s'exprime cette propension ont, pour la plupart, « *une connotation politique (...) marquée* »²¹⁰ car ils ont été rendus dans des affaires où étaient contestées des décisions de régimes militaires. Dans ce contexte, il était beaucoup plus commode pour le juge d'utiliser la théorie des actes de gouvernement pour éviter de se prononcer. Renonçant à la facilité, les juridictions administratives africaines ont trouvé des arguments plus ou moins acceptables pour déclarer les requêtes recevables puis finalement les rejeter généralement sur la base de motifs plus politiques que juridiques²¹¹. Ayant ainsi écarté la notion d'acte de gouvernement, elles n'ont logiquement pas besoin de la détachabilité pour justifier leur compétence. En revanche, dans certains cas, elles appliquent et étendent implicitement cette technique.

b. La détachabilité implicitement admise et étendue

Dans l'affaire DAVID-GNAHOUI²¹², le juge administratif béninois reconnaît l'existence d'un acte de gouvernement sans se déclarer totalement incompétent. Le requérant, M. Léopold DAVID-GNAHOUI, ambassadeur du Bénin au Canada, est rappelé de son poste par une lettre confirmée un peu plus tard par une note verbale. Le Conseil de discipline mis en place par le Ministère de la Fonction publique à la demande du Ministère des Affaires étrangères pour connaître des faits reprochés au sieur DAVID-GNAHOUI conclut à l'inexistence de ceux-ci. Après un recours administratif infructueux, le sieur DAVID-GNAHOUI saisit la Chambre administrative de la Cour suprême d'un recours de plein contentieux tendant à faire annuler son rappel, à ordonner son retour en poste au Canada puis à faire condamner l'État à lui rembourser différents frais et à lui payer des dommages-intérêts. L'Administration soulève l'incompétence de la Cour en arguant que la nomination et le

²¹⁰ YONABA, *op. cit.*, p. 50 dans un commentaire sur CA/CS Burkina Faso 13 décembre 1970. YAMÉOGO Maurice, GDJB-DA, n° 7.

²¹¹ L'attitude d'un étranger donnant sur son pays de résidence des informations insuffisamment prouvées est qualifiée de menace à l'ordre public dans l'affaire HAMMEL à Madagascar ; dans l'arrêt YAMÉOGO, la suspension de la Constitution permet de justifier la violation des droits de la personne humaine, etc.

²¹² CA/CS Bénin 6 octobre 2005, Léopold DAVID-GNAHOUI c/ MAEIA, MFE et État béninois Rép. n° 173/CA ; 2002-49 du Greffe. Juricaf NOR 173232.

rappel des ambassadeurs sont des actes de gouvernement relevant de la discrétion du Chef de l'État et échappant au contrôle contentieux. La Cour admet que « *les deux actes [attaqués] relèvent de la catégorie des actes de gouvernement insusceptibles de recours devant la juridiction administrative* ». Néanmoins, elle se déclare compétente pour connaître du recours de plein contentieux du sieur DAVIDGNAHOUI qu'elle déclare recevable, annule le rappel de celui-ci de son poste, condamne l'État à lui rembourser différents frais et rejette les autres demandes, le tout au motif :

« ... que s'il est vrai que le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler la légalité des actes discrétionnaires du chef de l'État, il n'est pas moins vrai que le juge peut, le cas échéant être amené à examiner les circonstances dans lesquelles lesdits actes ont été pris afin de s'assurer de l'existence ou non des faits et de leur qualification ;

...

... que le conseil de discipline a finalement conclu à l'inexistence des faits reprochés au requérant... ;

... qu'il y a donc inexistance juridique ;

...

qu'il ne revient pas à la Cour de donner des injonctions à l'administration, encore moins d'ordonner au Chef de l'État de poser certains actes dans un domaine où il dispose du pouvoir discrétionnaire »²¹³.

La décision de la Cour appelle plusieurs observations.

En premier lieu, la Cour juge que l'appréciation des faits justifiant le rappel d'un ambassadeur de son poste est détachable de celle de la décision de rappel proprement dite, donc de la conduite des relations internationales de l'État. Implicite dans les considérants cidessus, cette appréciation est plus clairement affirmée dans le texte de l'arrêt sans que soit utilisé le mot détachabilité, la Cour considérant que « *...toutes les justifications ultérieures du Ministre des Affaires étrangères...sont cependant séparables des décisions de rappel proprement dites* »²¹⁴. Certes, en matière de détachabilité, l'appréciation des relations entre l'État et ses agents en poste à l'étranger ou au service d'un État étranger est délicate²¹⁵. Mais, l'analyse du juge administratif béninois paraît convaincante car la doctrine reconnaît le caractère détachable des actes qui sont plus tournés vers l'ordre interne que vers les relations

²¹³ Arrêt DAVID-GNAHOUI, déjà cité.

²¹⁴ Idem

²¹⁵ Cf. MOREAU (Jacques), « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement » in *L'internationalisation du droit : Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Paris : Dalloz, 1994, p. 298 et s.

internationales²¹⁶, et admet que le juge administratif puisse en connaître dès lors que cela ne le conduit pas à s'interroger sur la politique diplomatique de l'État²¹⁷. Dans le cas d'espèce, l'appréciation ne porte que sur les relations entre l'État et son agent.

En deuxième lieu, le juge administratif béninois reprend en 2005 l'ancien critère d' « *actes discrétionnaires* » abandonné en France parce que jugé non pertinent²¹⁸. En troisième lieu, s'appuyant en l'espèce sur le pouvoir discrétionnaire du Chef de l'État, la Cour rappelle le principe selon lequel, de manière générale, elle ne saurait faire injonction à l'Administration. En quatrième lieu, l'affirmation de la compétence du juge administratif pour apprécier les circonstances dans lesquelles est pris l'acte de gouvernement laisse perplexe pour deux raisons au moins. D'une part, avec l'examen des circonstances, la juridiction administrative risque de passer d'un contrôle de légalité à une appréciation de l'opportunité. Cette démarche pourrait même conduire à ne plus considérer éventuellement comme acte de gouvernement la décision du président de la République d'exercer les pouvoirs de crise à lui conférés par la Constitution²¹⁹ alors que, dans la plupart des États, le juge administratif s'interdit tout contrôle en la matière²²⁰ sous les réserves déjà évoquées²²¹. D'autre part, il suffit que l'Administration se garde de motiver sa décision pour faire échec au « contrôle des circonstances » envisagé par le juge administratif béninois²²². En cinquième et dernier lieu, en raison de l'immunité dont ils bénéficient, les actes de gouvernement ne sont en principe susceptibles de contestation ni en eux-mêmes ni dans leurs conséquences dommageables²²³. Ils devraient ainsi échapper au contrôle de légalité tant interne qu'externe. Mais, le juge administratif béninois procède bien en l'espèce à un contrôle de

²¹⁶ Cf. notamment VAN LANG et al., *op. cit.*, p. 14 ; MACERA, *op. cit.*, p. 74 et s. ; DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, tome 2, p. 300 ; MOREAU, *op. cit.*, p. 296 et s.

²¹⁷ SY (Demba), *op. cit.*, p. 69 et s.

²¹⁸ Maurice HAURIUOU faisait remarquer que d'une part, la question est de savoir, non pas si l'Administration exerce un pouvoir discrétionnaire, mais plutôt si elle n'a pas excédé ce pouvoir, que d'autre part la législation et la jurisprudence admettent des recours contre des actes discrétionnaires, y compris contre le silence qui peut en être l'expression (*op. cit.*, p. 415 et s.).

²¹⁹ Art. 16 de la Constitution française ; art. 68 de la Constitution béninoise, art. 26 de la Constitution gabonaise, etc.

²²⁰ Au Burkina Faso. « *il n'appartient pas au juge administratif de porter des appréciations sur l'opportunité de la décision prise par le Chef de l'État d'utiliser la procédure exceptionnelle* » (Arrêt GARANGO, déjà cité).

²²¹ Voir supra.

²²² En ce qui le concerne, le juge administratif burkinabé rappelle opportunément que la loi. « *en conférant à la puissance publique un pouvoir [discrétionnaire], la [dispense] de toute nécessité de motivation* » (Arrêt YAMÉOGO), déjà cité.

²²³ CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, déjà cité, p. 949.

légalité externe, celui des motifs. Par ailleurs, il n'a rejeté la demande de dommages-intérêts formulée par le sieur DAVIDGNAHOUI que parce que celle-ci n'a pas été chiffrée. D'ailleurs, sur ce point, il fait sans le dire et sans en donner l'impression une autre application de la technique de la détachabilité²²⁴.

En effet, la Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin déclare « ... le recours de plein contentieux du sieur Léopold DAVID-GNAHOUI recevable en [la plupart de ses] moyens, pour avoir été introduit dans les forme et délai de la loi [mais...] irrecevable sa demande en dommages et intérêts, le requérant n'ayant pas accompli à cet égard les formalités requises ». Cette décision se justifie par le fait :

*« ...qu'il s'agit d'un plein contentieux ;
que c'est en cette matière qu'il est nécessaire de provoquer, de la part de l'administration, une décision préalable pour lier le contentieux ;
que la demande adressée à l'autorité administrative compétente doit être précise ; que le montant des indemnités doit y être chiffré ;
... qu'il ressort de l'examen des pièces du dossier que le sieur DAVID-GNAHOUI a respecté les formalités ci-dessus rappelées en ce qui concerne notamment les quatre premières catégories d'indemnités réclamées par lui, à l'exclusion cependant de la cinquième relative aux dommages et intérêts (...) »²²⁵.*

Il ressort de ce qui précède que la demande de dommages-intérêts est jugée détachable de l'ensemble ou plus précisément du reste du recours. Il s'agit d'une expression de la détachabilité intellectuelle, la demande de dommages-intérêts étant matériellement intégrée à la requête unique contenant les autres demandes²²⁶. Le caractère artificiel de la détachabilité apparaît ici de manière éclatante car les dommages-intérêts refusés pour des questions d'ordre procédural ne sont que la conséquence logique des autres demandes examinées. Si le sieur DAVID-GNAHOUI n'avait pas été rappelé sur la base de faits inexistantes, si l'Administration n'avait pas malencontreusement opposé une fin de non recevoir à sa demande de remboursement de frais et de paiement d'indemnités, il n'aurait pas pu prétendre à des dommages-intérêts. Reconnaisant que l'Administration a pris une série de décisions illégales, le juge aurait pu mettre le

²²⁴ Il en est de même dans certaines décisions d'autres juridictions africaines qui sont analysées plus loin dans la présente étude.

²²⁵ Arrêt DAVID-GNAHOUI, déjà cité.

²²⁶ Sur la distinction entre détachabilité matérielle et détachabilité intellectuelle voir, par exemple, ROUQUETTE, *Dictionnaire de droit administratif*, déjà cité, p. 124 et 256.

requérant en demeure de régulariser le vice de procédure avant de prononcer l'irrecevabilité de la demande de dommages-intérêts. Il est manifeste que, même si le sieur DAVID-GNAHOUI avait présenté dans son recours administratif préalable une demande chiffrée pour les dommages-intérêts, l'Administration n'aurait pas traité l'accessoire différemment du principal. Il est regrettable que des considérations d'ordre procédural soient un frein à l'administration de la justice là où précisément la détachabilité permet au juge de s'affranchir du « (...) *jeu, parfois trop rigoureux, des critères de compétence* »²²⁷. Il est vrai que la technique de la détachabilité, appliquée à la faute de l'agent public, peut restreindre la mise en cause de l'Administration et concourir de cette manière au rétrécissement de l'accès au juge administratif, même s'il ne s'agit, en Afrique francophone, que d'un rétrécissement exceptionnel.

II. UN RÉTRÉCISSEMENT EXCEPTIONNEL DE L'ACCÈS AU JUGE ADMINISTRATIF PAR LA FAUTE DÉTACHABLE

Pour certains auteurs, la responsabilité extracontractuelle n'est pas un champ significatif d'application de la détachabilité²²⁸. Pourtant, depuis l'arrêt Pelletier²²⁹, la détachabilité du fait dommageable des fonctions exercées par un agent public est en principe la condition pour mettre en cause celui-ci²³⁰. Même si elle n'est pas parfaitement identique à « *la théorie élaborée par le Conseil d'État afin de rendre recevable le recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats* »²³¹, la détachabilité en matière extracontractuelle procède de la même logique que dans les autres matières déjà couvertes par la présente étude. En effet, la faute personnelle détachable est celle qui est « *suffisamment due à la personne de l'agent pour pouvoir être appréciée sans que soit porté un jugement sur le fonctionnement du service* »²³², autrement dit, un des « *agissements étrangers à l'opération administrative* »²³³. Disjointe de cette opération comme l'acte détachable, elle fait l'objet d'un traitement contentieux différencié. Ainsi conçue, la faute détachable devrait constituer un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de

²²⁷ CHARLES (Hubert), déjà cité, p. 2.

²²⁸ Au nombre de ces auteurs figurent MACERA, *op. cit.*, p. 69 et s. ; STAUB (Materne), *L'indivisibilité du droit administratif*, thèse, Paris : LGDJ, 1999, p. 108 à 120, cité par DARCY, *op. cit.*, p. 177.

²²⁹ TC 30 juillet 1873, Pelletier, Rec. 117, Concl. DAVID.

²³⁰ Cf., notamment DARCY, *op. cit.*, p. 182 et s. ; HAURIOU, *op. cit.*, p. 519 s. ; SY, *op. cit.* p. 305 et s.

²³¹ MACERA, *op. cit.*, p. 69 et s.

²³² BOCKEL, *op. cit.*, p. 390.

²³³ CHARLES (Hubert), *op. cit.*, p. 109.

l'Administration et, par conséquent, à la compétence du juge administratif qui, seul, peut en connaître (A). En réalité, aussi paradoxal que cela puisse paraître, la faute détachable est plus couramment le fondement de la responsabilité de la puissance publique et donc de la compétence du juge administratif (B).

A. LA FAUTE DÉTACHABLE, OBSTACLE À LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Quoique gouvernée par des règles spécifiques²³⁴, la responsabilité de la puissance publique est admise depuis 1870²³⁵. L'idée d'avoir évoqué dès l'origine « *le fait des personnes [que l'État] emploie dans le service public* » pour justifier la responsabilité de la puissance publique peut paraître surprenante. Au regard de la distinction établie quelques années plus tard entre faute de service et faute personnelle²³⁶, cette idée pourrait être interprétée comme consacrant une confusion entre la puissance publique et ses agents. Mais, concrètement, l'Administration ou le service ne sont capables d'agir qu'à travers les femmes et les hommes chargés de leur animation, et toute faute est forcément le fait d'un ou plusieurs individus, connus ou non. Par ailleurs l'anonymat est sans conséquence sur la responsabilité de l'Administration, qui est engagée, que l'auteur de la faute soit connu ou non. D'ailleurs, ainsi s'explique le fait que l'opposition entre la « *faute de service* »²³⁷ et la « *faute du service* »²³⁸ suggérée par certains auteurs n'ait pas prospéré²³⁹. Dans ces conditions, plus que celle de faute personnelle, la notion de faute détachable correspond en principe au fait de l'agent public n'engageant que la responsabilité de celui-ci, à l'exclusion de toute mise en cause de l'Administration. En Afrique francophone, plusieurs lois nationales traduisent cette conception épurée de la faute détachable, utilisée pour protéger l'Administration d'une mise en cause inconsidérée (1), même si la jurisprudence se montre plus favorable à l'agent public (2).

²³⁴ La responsabilité de la puissance publique « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; (...) cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; (...) elle a ses règles spéciales...* » (TC 8 février 1873, Blanco).

²³⁵ Arrêt Blanco, déjà cité.

²³⁶ TC 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, GAJA, Rec. 437.

²³⁷ La « *faute de service* » serait, dans la logique de cette distinction, le fait d'un ou plusieurs agents nominativement connu(s). Cf. DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, p. 562 et s.

²³⁸ Quant à elle, la « *faute du service* » correspondrait au résultat de l'action « *impersonnelle ou anonyme [du service pris dans son ensemble donc] insusceptible d'être rattachée à (...) un agent déterminé* » (R. Odent cité par DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, tome 3, p. 562).

²³⁹ Sur la distinction entre faute de service et faute du service, voir les développements de SY, *op. cit.*, p. 305 et s. ; DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, tome 3, p. 562 et s.

1. Des lois nationales protectrices de l'Administration

L'agent public ou le fonctionnaire²⁴⁰ est soumis à des obligations liées à la nature du service public²⁴¹. Ces obligations sont, pour la plupart, des limitations aux libertés publiques dont l'agent public devrait jouir en tant que simple citoyen²⁴². En contrepartie de ces obligations souvent très lourdes²⁴³, le fonctionnaire a des droits dont certains ne sont pas matériels. Les lois nationales des pays sous étude instituent ainsi une responsabilité de l'Administration vis-à-vis des agents publics. Cette responsabilité exclut, au moins formellement²⁴⁴, toute faute commise par l'Administration. Elle repose plutôt sur l'idée que l'Administration est garante de son personnel. Elle devrait se traduire, soit par la réparation des préjudices subis par l'agent public, soit par la couverture de celui-ci contre les poursuites éventuellement engagées contre lui par des tiers pour faute de service. Mais, la faute détachable des fonctions exonère l'Administration de son obligation de réparation (a) ou la dispense de couvrir l'agent contre les poursuites (b).

a. L'exonération de l'obligation de réparation des préjudices subis par l'agent public

L'obligation de réparer les préjudices subis par l'agent public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, mise à la charge de l'Administration par différentes lois nationales en Afrique francophone a pour fondement ce qui pourrait être qualifié d'atteinte à l'honorabilité ou à l'intégrité physique de l'agent. Par exemple, au Niger :

« L'agent de la Fonction Publique a droit, conformément aux règles fixées par la loi pénale et les lois spéciales à une protection contre les menaces, attaques.

²⁴⁰ En toute rigueur juridique, la catégorie des agents publics est plus large que celle des fonctionnaires. Mais, le Statut général de la Fonction publique définit désormais dans plusieurs États africains des « droits, garanties et obligations communs aux agents de la Fonction publique » (loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut Général de la Fonction Publique de l'État au Niger, chapitre IV recouvrant les articles 13 et s. ; loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 portant régime juridique applicable aux emplois et aux agents de la Fonction publique au Burkina Faso, modifiée par la loi n° 019-2005/AN du 18 mai 2005 (promulguées respectivement par les décrets n° 98-205/PRES du 29 mai 1998 et n° 2005-336/PRES du 21 juin 2005), Titre III recouvrant les art. 14 et s. En France, certaines dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires « sont applicables agents publics non titulaires » (art. 11 in fine). En conséquence, les deux notions seront indistinctement utilisées dans la présente étude.

²⁴¹ Par exemple, l'obligation d'occuper le poste de travail est au service de la continuité du service public.

²⁴² L'obligation de réserve est une limitation de la liberté d'expression, l'obligation de résider au lieu de son emploi imposée à certaines catégories de fonctionnaires est une limitation de la liberté du libre choix de la résidence, etc.

²⁴³ L'obligation de dignité est, sous un certain angle, une immixtion de l'Administration dans la vie privée de l'agent public.

²⁴⁴ Sur cette question, voir notre analyse infra.

outrages, injures ou diffamations dont il peut être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'État ou son démembrement intéressé est tenu d'assurer cette protection et de réparer, le cas échéant le préjudice qui en est résulté »²⁴⁵.

De même, le Statut général de la Fonction publique burkinabé, dispose que :

« Indépendamment de la protection qui leur est due en vertu de la loi pénale et des lois spéciales contre les menaces, outrages, injures ou diffamations dont ils peuvent faire l'objet, l'administration est tenue de protéger les agents de la Fonction Publique contre les actes préjudiciables dont ils sont victimes en raison, à l'occasion ou dans l'exercice de leurs fonctions. L'administration est tenue de réparer, le cas échéant, les dommages qui en résultent, selon des modalités précisées par décret. »²⁴⁶

La source de la menace dont l'Administration doit protéger l'agent public n'est pas spécifiée par les textes. Il s'agit principalement des administrés. Dans quelques États, la protection est également assurée contre les agressions ou les attaques, et peut même être étendue à la famille et aux biens du fonctionnaire²⁴⁷. Partout²⁴⁸, elle est assortie d'une garantie : la responsabilité de l'Administration est engagée lorsque l'agent public subit des préjudices dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. La personne publique au service de laquelle se trouve le fonctionnaire est tenue de réparer les préjudices éventuels.

En France et dans de nombreux pays africains, la réparation est inconditionnée²⁴⁹. À l'opposé, tout en instituant une responsabilité de l'Administration du fait des menaces, attaques, outrages, injures ou

²⁴⁵ Loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 déjà citée, art. 17 al. 1 et 2.

Malencontreusement, cette formulation rattache la protection de l'agent public à la loi pénale et à des lois spéciales puis laisse penser qu'un préjudice puisse résulter ...de la protection.

²⁴⁶ Loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 modifiée, déjà citée, art. 46.

²⁴⁷ Au Gabon, « tout agent public a droit, selon l'administration dont il relève, à la protection de l'État, de la collectivité locale ou de l'organisme public personnalisé contre les menaces, les agressions, les outrages, les injures ou diffamations dont il est l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » (loi n°1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique, art. 56 al. 1) ; à Madagascar, « (...) l'Administration est tenue de protéger les fonctionnaires, leur famille et leurs biens contre les menaces et attaques de quelque nature que ce soit dont ils peuvent être l'objet dans ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (...) » (loi n° 79-014 du 16 juillet 1979 portant Statut général des fonctionnaires, art. 12).

²⁴⁸ Au Niger, « l'État ou son démembrement intéressé est tenu d'assurer cette protection et de réparer, le cas échéant le préjudice qui en est résulté » (loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007, déjà citée, art. 17 al. 2). Assurant cette réparation, « l'État ou son démembrement tenu dans les conditions prévues à l'alinéa précédent est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir des auteurs de menaces ou attaques, restitution des sommes versées à son agent. Il dispose en outre, aux mêmes fins, d'une action directe qu'il peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale » (Loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007, déjà citée, art. 17 al. 3).

²⁴⁹ En son article 11, la loi Le Pors subordonne la protection du fonctionnaire prescrite aux al. 2 (poursuite par un tiers pour faute de service) et 4 (poursuite pénale) au défaut de faute personnelle

diffamations dont peuvent être victimes les fonctionnaires dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. la législation malgache subordonne la mise en oeuvre de cette responsabilité à une condition : « (...) l'Administration est tenue de (...) réparer le cas échéant, le préjudice (...) sous réserve de faute personnelle détachable du service (...) »²⁵⁰. Comme cela apparaît, l'Administration n'est pas tenue de réparer les préjudices subis par l'agent public en cas de faute personnelle de celui-ci, détachable de ses fonctions. La détachabilité opère donc ici comme un obstacle à la mise en cause de l'Administration. L'on pourrait presque dire que l'existence d'une faute détachable interdit de mettre en jeu la responsabilité de l'Administration. La formulation de la loi malgache ne permettant d'envisager aucune dérogation à cette interdiction, la faute détachable constitue un obstacle absolu.

Toujours à Madagascar, il en est de même en cas d'accident. Aux termes du Statut général de la Fonction publique malgache, l'Administration a l'obligation de réparer les préjudices subis par l'agent public en raison des accidents dont il peut être victime dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions :

*« En cas d'accident survenu au fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et ayant entraîné une incapacité permanente constatée par un certificat médical délivré par un médecin agréé, l'Administration est tenue, sous réserve de faute personnelle détachable du service, de réparer, le cas échéant, le préjudice subi par l'agent sous forme d'une indemnité définitive et irrévocable »*²⁵¹.

Le droit à réparation, qui est pour l'agent public le corollaire de l'obligation mise à la charge de l'Administration, est établi au profit des fonctionnaires en général, tous corps confondus. Il est repris dans les textes spécifiques à telle ou telle autre corporation. Il en est ainsi pour la Police nationale²⁵².

Ces dispositions comportent plusieurs conditions. L'existence d'une incapacité partielle permanente se rapporte au préjudice proprement dit, dont il définit l'importance. L'exigence d'un certificat médical produit par un médecin agréé est une condition de forme. Mais,

détachable. Mais, l'alinéa 3 qui concerne la protection contre les menaces, injures, etc. ne comporte aucune mention d'une condition. Il en est de même dans la plupart des textes africains relatifs à la Fonction publique déjà cités.

²⁵⁰ Loi n° 79-014 du 16 juillet 1979 portant Statut général des fonctionnaires, art. 12.

²⁵¹ Loi n° 79-014 du 16 juillet 1979, déjà citée, art. 12 al. 2.

²⁵² « En cas d'accident survenu au fonctionnaire de la Police Nationale dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, et ayant entraîné une incapacité partielle permanente constatée par certificat médical délivré par un médecin agréé, l'Administration est tenue, sous réserve de faute personnelle détachable du service, de réparer le préjudice subi par le fonctionnaire de la

la faute détachable conditionne la mise en cause de l'Administration. Comme le précisent les textes, l'Administration est déliée de l'obligation de réparation en cas de faute de l'agent détachable de ses fonctions. Ici encore, la faute détachable constitue un obstacle absolu à la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Administration.

Que ce soit par rapport à la protection contre les menaces, attaques, outrages, injures et diffamations dont l'agent public peut faire l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions ou par rapport à l'accident dont il pourrait être victime, aucune faute n'est a priori imputable à l'Administration. Cependant, un parallèle peut être établi entre le fondement de la responsabilité de l'Administration et la notion de faute. En effet, à travers les différents textes cités ci-dessus, l'Administration a comme une obligation de résultat. Dès lors que le fonctionnaire a subi le préjudice, il y a une sorte de présomption de faute : l'on considère presque que l'Administration a failli à son devoir de protection.

Dans d'autres pays de l'échantillon, suivant la même logique, la faute détachable dispense l'Administration de couvrir l'agent public contre les poursuites engagées contre lui par des tiers pour une faute de service.

b. La dispense de couverture de l'agent contre les poursuites pour faute de service

La faute de service est définie comme un « *fonctionnement défectueux du service par rapport au fonctionnement normal [attendu de l'Administration], présentant un certain degré de gravité, variable en fonction des activités (...) et compte tenu des difficultés présentées par l'exercice de [l'] activité et des moyens dont dispose l'Administration pour éviter le dommage* »²⁵³. Elle est également présentée comme « *celle imputable à l'Administration et qui est, en principe, susceptible d'engager [la] responsabilité* » de celle-ci²⁵⁴. En principe, la faute de service engage la responsabilité exclusive de l'Administration comme le rappellent de façon constante les juridictions administratives africaines²⁵⁵. L'Administration ne devrait être poursuivie que devant le juge administratif. Éventuellement attirée devant le juge judiciaire, elle devrait opposer un déclinatoire de compétence et élever le conflit.

Police sous forme d'une indemnité définitive et irrévocable » (Ordonnance n° 81-013 du 11 août 1981 portant Statut des personnels de la Police nationale, art. 14).

²⁵³ SY, *op. cit.*, p. 305.

²⁵⁴ DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, p. 652.

²⁵⁵ Trois arrêts, entre autres, peuvent être cités dans ce sens. Le premier (CA/CS Bénin 20 mai 1999, Héritiers AZIHOUNGBA Pauline épouse HONFOGA Achille c/ État béninois, Rép. n° 35/

Quoique ne les mettant pas en oeuvre pour des raisons critiquables²⁵⁴ tirées de l'espèce, l'arrêt Réseau national des Chemins de fer malagasy²⁵⁵ confirme la validité de ces principes en Afrique francophone²⁵⁶. Enfin, même devant le juge judiciaire, l'agent public ne peut pas être poursuivi pour faute de service. Si cela devait arriver, l'Administration le couvrirait d'une éventuelle condamnation. Ce dernier principe est clairement énoncé dans les lois nationales. Par exemple, en Algérie :

CA, Juricaf NOR 39985) concerne une opération militaire d'arrestation en pleine ville d'un prisonnier évadé, qui se solde par la mort d'une dame atteinte d'une balle perdue. Le juge administratif y décide que « (...) la responsabilité des activités militaires dans [une zone urbaine habitée] incombe entièrement à l'Administration pénitentiaire qui n'a pas su bien garder ses prisonniers; (...) que le mauvais fonctionnement du service pénitentiaire constitue une faute de service qui a entraîné l'évasion du prisonnier (...) ». Dans le second (CA/CS Burkina Faso 23 avril 1982, NOUTGARA Paul, GDJB-DA, n° 13), après avoir autorisé un agent public à prendre part à un concours administratif, l'Administration décide de le radier de la liste des admis au motif qu'il a commis une fraude en faisant acte de candidature alors qu'il ne remplissait pas les conditions. Pour la Chambre administrative de la Cour suprême, en raison « de la désinvolture et de la négligence avec lesquelles fut apprécié le dossier de candidature (...) la défenderesse commet une faute particulièrement grave, dont elle doit seule supporter » les conséquences. Enfin, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt CA/CS 27 avril 1973, YANOOGO Silassé c/ République de Haute Volta, *Recueil de jurisprudence administrative* par KI (Zachael), 1997, p. 199 et s., suite à un accident de la route survenu pendant une mission, l'Administration déclarée civilement responsable verse une indemnisation au fonctionnaire victime de l'accident mais prend un arrêté imputant les conséquences pécuniaires au conducteur du véhicule administratif en invoquant une faute personnelle. La Chambre administrative de la Cour suprême juge que « (...) en matière de responsabilité pénale des agents publics, les imprudences ou maladresses involontaires dans la conduite automobile n'ont pas, malgré leur sanction pénale, une gravité normalement suffisante pour constituer une faute personnelle et que l'on les doit considérer comme des fautes de service engageant la responsabilité de l'administration directement et hormis tout recours ».

²⁵⁴ L'on se demande comment la Cour de Cassation, à laquelle appartient aussi la Chambre administrative rendant la présente décision a pu confirmer l'erreur de droit commise par la Cour criminelle de Tamatave. Cela prouve que l'unité de juridiction ne prévient pas toujours les conflits de décisions. Par ailleurs, il est surprenant que le juge administratif ne se pose pas la question du statut juridique du Réseau de Chemins de fer (service public administratif ou services public industriel et commercial) se contentant de prendre acte de la qualité d'agent permanent de l'agent fautif, évoquée par le requérant.

²⁵⁵ CA/CS Madagascar 7 janvier 1978, Réseau national des Chemins de fer malagasy c/ Dame RAZAFINIMPANANA Aimée, Juricaf NOR 176948.

²⁵⁶ En l'espèce, un agent du Réseau des Chemins de fer ci-dessus rappelé commet un meurtre sur la personne d'un de ses collègues. Après confirmation par la Cour de cassation de l'arrêt de la Cour criminelle de Tamatave prononçant la responsabilité civile du Réseau, celui-ci saisit la Chambre administrative de la Cour suprême d'une requête tendant à le faire décharger de toute responsabilité. La Cour suprême rejette la requête sur la base de l'argumentaire suivant :

« Considérant (...) que les faits reprochés au coupable relèvent exclusivement d'une faute personnelle entièrement détachable du service : (...) qu'en vertu de [la loi], la Chambre administrative seule est compétente pour connaître de la responsabilité de la Puissance publique (...); mais considérant qu'il est constant que, cité comme civilement responsable de son agent coupable, le Réseau National des Chemins de Fer Malagasy avait comparu et n'avait à aucun moment décliné la compétence judiciaire; que l'arrêt [contesté] a de plus été confirmé par (...) la Chambre de Cassation de la Cour Suprême; que la sentence juridictionnelle est, dès lors, devenue définitive à l'égard des parties intéressées (...) ».

« Lorsqu'un fonctionnaire est poursuivi par un tiers pour faute de service l'institution ou l'administration publique dont il relève doit le couvrir des condamnations civiles prononcées à son encontre, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire »²⁵⁵.

Dans le même sens, l'on aurait pu citer le précédent Statut général de la Fonction publique gabonaise aux termes duquel :

« Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été levé, l'administration doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui »²⁶⁰.

Mais, cet ancien texte, dans lequel l'élévation de conflit est expressément mentionnée comme action préventive de protection incombant à l'Administration, a été remplacé depuis lors par la loi n° 1/2005 du 4 février 2005 portant Statut général de la Fonction publique, qui ne reprend plus la disposition visée.

Comme cela ressort de la loi citée ci-dessus, tout en prescrivant à l'Administration l'obligation - assez classique - de couverture du fonctionnaire contre les condamnations civiles découlant d'une faute de service, le législateur algérien l'assortit d'une condition, l'absence de faute détachable²⁶¹. La faute détachable exonère donc l'Administration de son obligation de couverture, et la formulation laisse penser que la faute détachable constitue, ici encore, un obstacle absolu à la mise en cause de l'Administration, donc à la compétence du juge administratif. Le principe ainsi énoncé – ou plutôt l'exception à ce principe – est difficilement critiquable. En effet, si l'agent s'est rendu coupable d'une faute détachable, l'hypothèse de principe change : il ne s'agit plus de poursuites pour une faute de service seulement. Logiquement, il n'y a plus de raison que l'Administration couvre l'agent public car les cas dans lesquels sa responsabilité pourrait ainsi être mise en jeu se multiplieraient, avec un accroissement de la charge des

²⁵⁵ Ordonnance n° 06-03 du 19 Joumada Ethania 1427 correspondant au 15 juillet 2006 portant Statut général de la Fonction publique, art. 31.

²⁶⁰ Loi n° 8/91 du 26 septembre 1991 portant Statut général des fonctionnaires, art. 18.

²⁶¹ L'agent étant a priori poursuivi pour une faute de service, s'il y avait également une faute (personnelle) détachable, l'on serait dans l'hypothèse d'un « cumul de fautes ». Cette théorie est brièvement présentée infra.

réparations pécuniaires. De ce point de vue, il est vrai que la législation algérienne constitue une exception²⁶².

Mais, dans la mesure où il ne définit pas la faute détachable, le législateur laisse une marge de manoeuvre au juge administratif qui, notamment à Madagascar, rend des décisions souvent plus favorables à l'agent public que les lois où prédomine le souci de protection de l'Administration.

2. Une jurisprudentielle plus favorable à l'agent public

Dans les lois rappelées ci-dessus, sauf faute personnelle détachable, l'Administration est tenue de réparer le préjudice subi par l'agent public, qu'il résulte, soit de la réalisation d'une menace contre laquelle l'Administration est censée protéger l'agent, soit d'un accident, puis de couvrir l'agent contre les poursuites des tiers pour faute de service. La faute détachable a donc pour effet d'exonérer l'Administration de sa responsabilité. Il est difficile de trouver dans la jurisprudence de Madagascar des décisions illustrant cette exception. En revanche, la juridiction administrative malgache réaffirme le principe chaque fois qu'elle en a l'occasion, soulignant implicitement le caractère exceptionnel de cet effet de la faute détachable. Adoptant volontiers un raisonnement *a contrario*²⁶³, elle a tendance à exclure la faute détachable pour condamner l'Administration à l'exclusion de toute mise en cause personnelle de l'agent (a). Par ailleurs, elle manifeste une propension à faire primer les intérêts de l'agent public (b).

a. La tendance à exclure la faute détachable

La jurisprudence de la chambre administrative de la Cour suprême de Madagascar comporte plusieurs cas de mise en oeuvre de la responsabilité administrative sur le fondement, soit de l'obligation de protection de l'agent public, de sa famille et de ses biens par l'Administration, soit pour accident.

²⁶² Dans les lois des autres États sous étude, la faute détachable n'a pas le même effet. La question de la couverture de l'agent public contre les poursuites pouvant être engagées contre lui par des tiers est donc abordée *infra* et sous un angle différent.

²⁶³ Le raisonnement *a contrario* est celui « dont l'hypothèse et, par conséquent, la conclusion sont les inverses » d'un autre présentant la même forme (cf. http://fr.wikipedia.org/wiki/A_contrario).

Dans l'affaire RAVELOJAONA²⁶⁴, le requérant, Inspecteur d'État affecté au cours d'une grève et obligé de rejoindre immédiatement son nouveau poste, abandonne ses meubles et certains biens personnels dans le logement de fonction en prenant le soin de les confier au responsable de la logistique. Ces biens n'ayant pu être acheminés faute de crédit budgétaire ont été dérobés lors d'un cambriolage. Pour condamner l'État à payer au sieur RAVELOJAONA les dommages-intérêts qu'il réclamait, le juge administratif malgache établit l'absence de faute détachable en montrant :

« ... que le cambriolage perpétré sur les lieux où étaient entreposés [les] biens et effets personnels était commis en l'absence du requérant qui était déjà en poste [ailleurs], excluant ainsi toute faute personnelle détachable du service de sa part dans cette situation ; qu'il s'ensuit que le préjudice qui en est résulté, en l'occurrence la perte d'objets et effets personnels, tombe sous le coup de l'article 12 de la loi n° 79-014 »²⁶⁵.

La juridiction administrative malgache confirme également le droit à réparation des préjudices résultant d'un accident. Il en est ainsi dans l'arrêt RAKOTORINIRA²⁶⁶. En l'espèce, le sieur RAKOTORINIRA, brigadier de police, est victime pendant le service de coups et blessures par la garde personnelle d'un député. Suite à un recours administratif infructueux, il saisit la Chambre administrative de la Cour suprême d'un recours en dommages-intérêts. La Cour condamne l'Administration en prenant le soin de préciser que le requérant n'a commis aucune faute détachable susceptible de faire obstacle à l'indemnisation, son principal motif s'énonçant comme suit :

« Considérant que la responsabilité de l'Administration est engagée dès lors que le fait dommageable dont le fonctionnaire en victime remplit les conditions prévues par les dispositions de l'article 14 de l'ordonnance n° 81-013 du 11 août 1981 portant Statut des personnel de la Police Nationale, comme pour le cas d'espèce, aucune faute personnelle détachable n'étant avancée par ailleurs »²⁶⁷.

Dans l'affaire RAMBOALAHY²⁶⁸, le mode de raisonnement du juge administratif malgache se simplifie davantage. En effet, le sieur

²⁶⁴ CA/CS Madagascar 5 juillet 2000, RAVELOJAONA c/ État malagasy. Rép. n° 91/94-ADM. Juricaf NOR 177855.

²⁶⁵ Arrêt RAVELOJAONA, déjà cité.

²⁶⁶ CA/CS Madagascar 6 juillet 1994, RAKOTORINIRA Émile Joseph c/ État malagasy. Juricaf NOR 177825.

²⁶⁷ Arrêt RAKOTORINIRA, déjà cité.

²⁶⁸ CA/CS Madagascar 2 mars 1988, RAMBOALAHY Raymond c/ État malagasy. Juricaf NOR 177416.

RAMBOALAHY est employé principal des Postes et télécommunications. Le 1er décembre 1979, il est victime d'un accident pendant le convoyage de colis postaux. En septembre 1987, soit plus de huit ans plus tard et alors qu'il est déjà à la retraite, il introduit une requête tendant à obtenir réparation. La Chambre administrative de la Cour suprême condamne l'Administration à payer des dommages-intérêts au sieur RAMBOALAHY sans même se poser sérieusement la question de la faute détachable, comme si l'inexistence de celle-ci était constatée par défaut. Après avoir rappelé dans son intégralité l'article 12 al. 2 de la loi n° 79-014 du 16 juillet 1979, la Cour conclut :

« Considérant que dans le cas d'espèce, cette disposition législative trouve naturellement son application ; qu'en effet, le requérant a été accidenté dans l'exercice de ses fonctions et un certificat médical délivré par un médecin d'État chiffre son incapacité permanente partielle à 15 % ; que, dès lors, il a droit à une indemnisation »²⁶⁹.

Le souci de faire primer les intérêts de l'agent sur toute autre considération transparait déjà dans ce mode de raisonnement.

b. La propension à faire primer les intérêts de l'agent public

Pour mettre en oeuvre la responsabilité de la puissance publique sur le fondement, soit de l'obligation de protection de l'agent public, soit de l'obligation de couverture de celui-ci, le juge administratif est souvent amené à écarter les objections de l'Administration. Dans l'affaire RAKOTONIRINA il décide :

« [que] l'absence de texte d'application des (...) dispositions [visées], ne saurait priver la victime de l'accident survenu au cours d'un service commandé d'une prompt réparation du préjudice qui en est résulté dans la mesure où cette carence peut être suppléée par le droit commun ; qu'il résulte des pièces du dossier et de l'instruction que le préjudice dont réparation est actuellement demandée est spécial, certain et actuel »²⁷⁰.

De même, dans l'affaire RAVELOJAONA, où l'Administration tente d'échapper à sa responsabilité en évoquant une forclusion tirée d'un décret du 1er décembre 1970 réglementant l'indemnisation pour perte ou avaries en cours de déplacement, la Chambre administrative de la Cour suprême malgache considère :

« qu'il (...) ne s'agit pas en l'espèce de «perte ou avarie d'effets en cours de déplacement» mais de perte d'effets personnels causée par le cambriolage

²⁶⁹ Arrêt RAMBOALAHY, déjà cité.

²⁷⁰ Arrêt RAKOTONIRINA, déjà cité.

des lieux où ils étaient entreposés ; que dès lors, l'application du décret (...) du 1er décembre 1970 précité est à écarter dans le (...) cas d'espèce, et que partant, la requête déposée dans le délai normal de recours contentieux, est recevable »²⁷¹.

Quelquefois, pour les besoins de la protection des intérêts de l'agent public, le juge administratif malgache fait preuve d'un libéralisme qui le conduit à ne pas être très rigoureux sur les motifs de sa décision. Par exemple, la disposition légale précise à laquelle se réfère la Cour suprême malgache dans l'arrêt RAKOTORINIRA traite en réalité des accidents²⁷² subis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions par les personnels de la police nationale²⁷³. Or, un accident est « un événement ou fait involontaire dommageable imprévu »²⁷⁴. Certaines définitions de l'accident mentionnent également la soudaineté et la violence de l'évènement²⁷⁵. Aucun de ces critères ne permet véritablement de distinguer l'accident des coups et blessures. Mais, il suffit de se référer aux exemples d'accidents que donnent les dictionnaires pour se convaincre de ce que les coups et blessures sont d'une autre nature²⁷⁶. En réalité, les coups et blessures constituent, non pas un accident, mais une attaque²⁷⁷ contre la personne, autrement dit une agression²⁷⁸ ou, si l'on préfère, des violences²⁷⁹. La Cour s'est manifestement trompée sur le fondement de la responsabilité de l'Administration et a recouru à un texte inapproprié. Cette erreur surprend d'autant plus que dans l'affaire RAVELOJAONA, la Cour fait preuve de perspicacité et distingue, dans une analyse pertinente, le cambriolage²⁸⁰ du déplacement. Il est possible de se demander si le glissement observé ici, entre coups et blessures d'une part accident d'autre part, n'est pas délibéré parce que profitant à la victime.

De cette façon, à Madagascar le législateur fait de la faute

²⁷¹ Arrêt RAVELOJAONA, déjà cité.

²⁷² La Cour utilise d'ailleurs expressément le mot « *accident* » dans l'un de ses considérants : « *l'absence de texte d'application desdites dispositions de l'article 14 sus-cité, ne saurait priver la victime de l'accident survenu au cours d'un service commandé d'une prompt réparation du préjudice qui en est résulté dans la mesure où cette carence peut être suppléée par le droit commun ; qu'il résulte des pièces du dossier et de l'instruction que le préjudice dont réparation est actuellement demandée est spécial, certain et actuel* » (Arrêt RAKOTORINIRA, déjà cité).

²⁷³ Le texte intégral de cette disposition est rappelé infra.

²⁷⁴ CORNU, déjà cité, p. 11-12.

²⁷⁵ Voir par exemple BEIGNIER, *Droit des assurances*, Paris : Montchrestien, 2011, p. 363.

²⁷⁶ Sont cités comme exemples d'accidents : une collision de véhicules, une chute (CORNU) ou choc, une explosion, un crash, un déraillement, etc. (*Le Nouveau Petit Robert*). 277 Cf. loi malgache n° 79-014 du 16 juillet 1979, déjà citée, art. 12.

²⁷⁸ Cf. loi gabonaise n°1/2005 du 4 février 2005, déjà citée, art. 56 al.1.

²⁷⁹ Cf. loi française n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifiée, déjà citée, art. 11 al. 3.

²⁸⁰ Le cambriolage, révélant un défaut de surveillance, et le non acheminement des effets personnels d'un agent public affecté par insuffisance de crédits sont également autant d'indices

détachable un obstacle absolu à la mise en oeuvre de la responsabilité administrative pour cause de défaut de protection de l'agent public ou d'accident dommageable à celui-ci ; mais le juge administratif fait échec à cette logique en évitant de se poser la question de la détachabilité ou en excluant, sur la base de considérations tirées de chaque espèce, toute faute détachable susceptible d'exonérer l'Administration de sa responsabilité envers ses agents. La question ne se pose pas en des termes identiques dans les autres États sous étude où les lois nationales font de la faute détachable un fondement de la responsabilité de l'Administration, c'est-à-dire de la compétence du juge administratif

B. LA FAUTE DÉTACHABLE, FONDEMENT DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

La responsabilité de l'agent public elle est devenue effective la même année où était admis le principe de la responsabilité de la puissance publique²⁸¹. Cette effectivité découle de la suppression du système de « *garantie administrative* »²⁸² qui entravait la mise en oeuvre de la responsabilité de l'agent public depuis la Constitution de l'an VIII²⁸³. Une distinction était établie au départ entre la faute personnelle détachable du service et la faute personnelle commise à l'occasion de l'exercice des fonctions²⁸⁴. En principe, la première engage la responsabilité de l'agent public qui en est l'auteur devant le juge judiciaire ; la seconde permet de mettre en jeu la responsabilité de l'Administration devant le juge administratif. Les législations nationales de certains États francophones d'Afrique érigent en fondement de la responsabilité de l'Administration la faute détachable de l'agent public, niant ainsi à celle-ci l'effet exonératoire qu'elle a dans d'autres États du même espace géolinguistique (1). Il en résulte une interpénétration entre la responsabilité de l'agent public et celle de l'Administration, qui crée une telle confusion qu'il est nécessaire de repenser le concept de faute détachable (2).

d'un mauvais fonctionnement du service. Le fondement de la responsabilité aurait valablement pu être une faute de service.

²⁸¹ Un décret-loi du 19 septembre 1870 supprime l'autorisation gouvernementale préalable pour les poursuites judiciaires contre les agents publics.

²⁸² Sur la notion de « *garantie administrative* », voir HAURIOU, *op. cit.*, p. 2 et 517 notamment.

²⁸³ En vertu de l'article 75 de cette Constitution, une autorisation du gouvernement, rarement accordée, et un avis du Conseil d'État étaient nécessaires avant toute poursuite d'un agent public devant les tribunaux judiciaires.

²⁸⁴ SY, *op. cit.*, p. 305 et s.

1. Une négation de l'effet exonératoire de la faute détachable

La faute détachable ne devrait engager que la responsabilité de l'agent public concerné devant le juge judiciaire. Mais, face à une faute détachable, une mise en cause de l'Administration est toujours possible sur la base, entre autres, de deux théories, celles du cumul de fautes et du cumul de responsabilités. Le cumul de fautes désigne une situation dans laquelle coexistent deux fautes distinctes imputables l'une à l'Administration (faute de service), l'autre à un agent public (faute personnelle). À la différence du cumul de fautes, le cumul de responsabilités suppose a priori²⁸⁵ une et une seule faute personnelle, détachable des fonctions de son auteur mais non dépourvue de tout lien avec le service, qu'elle soit commise en dehors, dans ou à l'occasion du service²⁸⁶. Indépendamment de ces distinctions, en Afrique francophone, la faute détachable comme fondement de la responsabilité administrative correspond à deux hypothèses distinctes. Dans la première, la faute détachable est parée d'un effet libératoire qui se révèle finalement trompeur (a). Dans la seconde hypothèse, elle donne lieu d'office à la mise en cause de l'Administration (2).

a. L'effet libératoire trompeur

Au Niger par exemple, le Statut général de la Fonction publique dispose :

« Toute faute commise par un agent de la Fonction Publique dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, indépendamment de ses conséquences disciplinaires éventuelles, engage la responsabilité de l'Administration.

Lorsqu'un agent de la Fonction Publique est poursuivi par un tiers pour faute de service, l'autorité compétente doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.

L'administration exerce à l'encontre de cet agent une action récursoire, indépendamment des sanctions disciplinaires éventuellement encourues »²⁸⁷.

Dans le premier alinéa de cet article, la mention « toute faute » permet d'envisager a priori deux cas de figure, celui de la faute de service et celui de la faute personnelle²⁸⁸. Dans les deux cas, la

²⁸⁵ Chez plusieurs auteurs, l'évocation de la répartition de la charge de la réparation finit par ramener au cumul de fautes. Voir dans ce sens DARCY, *op. cit.*, p. 184 et s. Ces théories peuvent donc prêter à confusion.

²⁸⁶ Cp. VAN LANG et al. *op. cit.*, p. 123-124 ; DARCY, *op. cit.*, p. 184 et s.

²⁸⁷ Loi n° 2007-26 du 23 juillet 2007 portant Statut Général de la Fonction Publique de l'État, art. 16.

²⁸⁸ L'hypothèse de la faute personnelle ne pose pas de problème puisqu'elle implique logiquement la responsabilité de l'agent fautif. Elle est analysée plus loin.

responsabilité de l'Administration est donc engagée. Le premier cas, celui de la faute de service, repris à l'alinéa 2, trouve une limite dans la faute personnelle détachable. Celle-ci est affichée ici comme un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration, prescrite à l'alinéa 1. Elle devrait donc, comme dans la loi algérienne précédemment analysée, exonérer l'Administration de toute responsabilité. Mais, une analyse attentive et globale du texte révèle que cet effet libératoire est trompeur. En effet, l'action récursoire ouverte par l'alinéa 3 ne peut se justifier que si, malgré les apparences, la responsabilité de l'Administration est maintenue, même en cas de faute personnelle détachable coexistant avec la faute de service. À la lumière de la lecture combinée des trois alinéas, la faute détachable ne peut pas être effectivement l'obstacle annoncé à la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Administration ; elle permet simplement d'ouvrir une action récursoire au profit de l'Administration qui aura préalablement couvert, malgré cette faute détachable, l'agent fautif de sa condamnation. Il ne peut en être autrement. D'une part, la faute détachable ne saurait exonérer l'Administration de la responsabilité propre qu'elle encourt du fait de la faute de service qui demeure. D'autre part, dans le double souci de garantir la victime contre le risque d'insolvabilité de l'agent fautif et de protéger celui-ci, l'obligation de couvrir l'agent fautif existe déjà même lorsqu'il n'y a qu'une seule faute personnelle détachable.

Toujours est-il que, dans certaines législations nationales, la mise en cause de l'Administration est obligatoire en présence d'une faute détachable.

b. La mise en cause de plein droit de l'Administration

Aux termes du Code sénégalais des obligations administratives :

« La faute commise par un agent public à l'occasion de l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité personnelle de son auteur, si elle est détachable du service public.

Lorsqu'une action en indemnité est intentée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'Administration doit être mise en cause. Elle répond de la faute de son agent, sauf à exercer contre celui-ci une action récursoire.

L'Administration peut demander à ses agents la réparation des dommages qui lui sont directement causés par les faits »²⁵⁹.

²⁵⁹ COA déjà cité, art. 145

Comme son homologue sénégalais, le législateur burkinabé dispose que :

« Lorsque l'agent de la Fonction Publique est condamné pour faute personnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, la responsabilité civile de l'administration se substitue de plein droit à la sienne. L'administration exerce à l'encontre de cet agent une action récursoire, indépendamment des sanctions disciplinaires encourues »²⁹⁰.

Dans le même sens, il est établi au Gabon que :

« (...) l'État, la collectivité locale ou l'organisme public personnalisé concerné sont civilement responsables des conséquences dommageables des actes commis par leur agent dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sous réserve d'une action récursoire en cas de faute personnelle »²⁹¹.

À l'évidence, la faute détachable des fonctions cesse d'être ici un obstacle et tend à devenir une hypothèse de mise en jeu obligatoire de la responsabilité de l'Administration. Cependant, puisque cette responsabilité ouvre à l'Administration le droit d'engager contre son agent une action récursoire, si celle-ci était effective, elle concourrait à retourner la charge de la responsabilité un peu comme si l'Administration ne l'avait pas assumée.

En tout état de cause, la condamnation de l'agent ne peut intervenir que devant le juge judiciaire²⁹², comme cela résulte de l'arrêt BEZARA Gérard c/ État malagasy²⁹³. Le juge administratif, auprès duquel le sieur BEZARA a introduit une action en responsabilité pour faute des agents du Service des pensions ayant détourné de l'argent au préjudice de ses enfants mineurs se déclare incompétent au motif :

« (...) qu'il est de principe que lorsqu'il s'agit d'une action en responsabilité exercée contre les agents publics ou fonctionnaires pour fautes personnelles détachables de l'exercice de leurs fonctions, la compétence est attribuée, en cas de litige, à la juridiction judiciaire ;

²⁹⁰ Loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998, déjà citée, art. 47.

²⁹¹ Loi n° 1/2005 du 4 février 2005, déjà cité, art. 56 al. 3.

Cette disposition comporte une part d'ambiguïté. En effet, si l'hypothèse envisagée recouvre à la fois la faute de service et la faute personnelle, le texte exclut toute action récursoire pour faute de service. Si elle ne concerne que la seule faute personnelle, les trois derniers mots sont une répétition.

²⁹² DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 449 et s.

²⁹³ CA/CS Madagascar 19 août 1998, BEZARA Gérard c/ État malagasy, Rép. n° 213/97-ADM, Juricaf NOR 176513.

(...) qu'en l'espèce, dans la mesure où le requérant reproche uniquement aux agents publics du service des pensions d'avoir commis au préjudice de ses enfants des actes de détournement des pensions dans son action, il entend donc engager la responsabilité de ces agents publics pour fautes personnelles »²⁹⁴

En revanche, s'il est nécessaire de recourir à une juridiction pour mettre en oeuvre la couverture de l'Administration prescrite par les textes²⁹⁵, seul le juge administratif est compétent²⁹⁶. Sollicitée sur d'autres bases dans une instance ressemblant étrangement à l'affaire BEZARA, la Chambre administrative de la Cour suprême du Bénin s'est déclarée compétente. En effet, alors que le fonctionnaire du Ministère des Affaires sociales ayant détourné à son détriment un mandat émis en son nom a été condamné à deux ans de prison et au remboursement du montant du mandat détourné ainsi qu'au paiement d'une indemnité, le sieur AMOUSSOU KPETO a du mal à recouvrer ces sommes. Il finit par introduire un recours contre l'État employeur. La Chambre administrative de la Cour suprême juge :

*« [...qu'il y a] faute personnelle détachable du service [ayant entraîné le] préjudice subi par le fait d'un agent public...
(...) qu'il est admis en jurisprudence que la faute personnelle d'un Agent fait présumer le fonctionnement défectueux du service : que la seule circonstance que la faute personnelle ait été commise dans le service suffit pour que la responsabilité de l'état soit engagée.
(...) qu'en cas de cumul de responsabilités comme en l'espèce puisque le manque de surveillance a permis ... de commettre cette infraction, la faute de service peut être invoquée par la victime en vue d'obtenir réparation de l'État ;
(...) que la seule réserve mise par jurisprudence à l'obligation de l'État de réparer le dommage est le droit reconnu par le juge administratif à l'État d'être subrogé dans les droits de la victime au remboursement du montant de la somme détournée »²⁹⁷.*

Le juge administratif ne se contente pas de fonder la responsabilité de l'Administration sur l'obligation de couverture des condamnations civiles encourues par l'agent fautif. Il établit une présomption de faute de service²⁹⁸. Ce cas confirme la complexité de la question et la nécessité de redéfinir le concept de faute détachable.

²⁹⁴ Arrêt BEZARA, déjà cité.

²⁹⁵ Il n'en est ainsi que dans la mesure où l'Administration n'assume pas promptement et spontanément la couverture de l'agent public en prenant à son compte la réparation.

²⁹⁶ DEBBASCH et COLIN, op. cit., p. 449 et s.

²⁹⁷ Arrêt AMOUSSOU KPETO, déjà cité.

²⁹⁸ Si la faute de service était avérée, il y aurait, non plus cumul de responsabilités, mais cumul de fautes. Ce cas illustre donc parfaitement l'idée selon laquelle le cumul de responsabilités

2. Une nécessaire redéfinition de la faute détachable

Face à une réalité plus complexe qu'on ne l'avait imaginée, la distinction entre la faute personnelle détachable du service et la faute personnelle commise à l'occasion de l'exercice des fonctions s'est révélée insuffisante. Ont été progressivement introduites la notion de faute personnelle détachable du service mais commise à l'occasion de l'exercice des fonctions²⁹⁹ puis celle de faute personnelle commise hors du service mais non dépourvue de tout lien avec le service³⁰⁰. Le lien avec le service est spatial, temporel, instrumental ou «relationnel»³⁰¹. Dans ces conditions, la définition de la faute détachable est pratiquement laissée à l'appréciation du juge administratif qui détient ainsi le pouvoir de décider de l'applicabilité des dispositions législatives où elle joue un rôle³⁰². En conséquence, il convient de lever les ambiguïtés introduites par l'évolution de cette notion (a) en développant une distinction plus nette entre la faute détachable et la faute non détachable (b).

a. Les ambiguïtés à lever

Les difficultés résultant de la distinction entre faute de service et faute personnelle sont, les unes liées à chacun des deux concepts, d'autres transversales et d'autres encore relatives à la conciliation entre les deux concepts.

En ce qui concerne la faute de service en particulier, même si l'idée d'une opposition possible entre « *la faute de service* » et « *la faute du service* » n'a finalement pas prévalu, elle constitue une illustration de l'interpénétration entre les concepts de faute de service et de faute personnelle. Par ailleurs, la faute de service est de nature très variable allant d'une inertie (défaut ou retard de fonctionnement) ou mauvais fonctionnement du service (fourniture de renseignements erronés, promesses et engagements inconsidérés non tenus, décisions administratives illégales...) ³⁰³ avec ce que cette classification a elle-même d'arbitraire³⁰⁴. Enfin, la faute de service peut avoir des conséquences tant pour les administrés ou usagers du service que pour des agents publics³⁰⁵. Quant à la faute personnelle, elle peut coïncider avec une faute pénale, une faute disciplinaire ou une voie de

est « *une fiction équitable* » favorable à la victime face au risque d'insolvabilité de l'agent (DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 450).

²⁹⁹ CE 26 juillet 1918. Époux Lemonnier, Rec. 761, concl. BLUM, GAJA n° 33.

³⁰⁰ CE 18 novembre 1949, Demoiselle Mimeur, Rec. 492.

³⁰¹ Cf. DARCY, « Détachabilité et rattachabilité... », déjà cité., p. 185 et s.

³⁰² Une illustration de cette situation est donnée supra.

³⁰³ DEGNI-SEGUI, tome 3, *op. cit.* p. 562 et s. ; SY, *op. cit.*, p. 305 et s.

³⁰⁴ Par exemple, le retard de fonctionnement n'est-il pas, finalement, plus un mauvais fonctionnement qu'une simple inertie ?

³⁰⁵ Ce fut le cas dans les affaires YANOGO, Réseau national des Chemins de fer malagasy, etc. Il n'est pas exclu qu'elle ait des conséquences pour l'Administration elle-même. Ainsi pourrait

fait tout en conservant une autonomie du point de vue du régime juridique³⁰⁶. D'un autre point de vue, la faute personnelle peut être commise à l'occasion de l'accomplissement du service ou en dehors de l'exercice des fonctions³⁰⁷.

Les facteurs de complexité communs aux deux concepts tiennent à leur nature et surtout à la gravité. Du point de vue de leur nature, la faute de service et la faute personnelle peuvent être des actions ou des omissions, des décisions comme des comportements, des opérations matérielles autant que des illégalités entachant un acte juridique³⁰⁸. Appliquée à la faute de service, la gravité permet de distinguer la faute simple de la faute lourde. Alors que la première suffit habituellement pour engager la responsabilité de l'Administration, la seconde est nécessaire pour les services présentant des difficultés particulières de fonctionnement. Le critère de gravité ne conduit pas à distinguer qu'entre les services : il entraîne également une opposition entre types d'activités à l'intérieur d'un même service³⁰⁹, quoique les termes et les conséquences de la distinction évoluent³¹⁰. Par rapport à la faute personnelle, le critère de gravité révélant le caractère anormal d'un comportement permet, comme l'intention, de le dissocier de l'accomplissement des fonctions³¹¹. Déterminant l'ampleur du préjudice, il ouvre également la voie à une meilleure prise en considération de l'intérêt de la victime³¹² par la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration³¹³. Par-dessus tout, la corrélation entre la gravité et la détachabilité de la faute est relative : « *tantôt la faute, même la plus grave, commise en dehors du service ou dans le service est qualifiée de faute non détachable du service (...) tantôt les juridictions se montrent plus sévères, sanctionnant comme faute personnelle* »³¹⁴ un comportement moins grave.

s'expliquer la disposition déjà citée du COA selon laquelle « *l'Administration peut demander à ses agents la réparation des dommages qui lui sont directement causés par les faits* » (art. 145 al. 2)

³⁰⁶ BOCKEL, *op. cit.*, p. 392 et s. ; DARCY, *op. cit.*, p. 182 et s.

³⁰⁷ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, 446 et s.

³⁰⁸ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 449 et s.

³⁰⁹ Il en est ainsi par exemple entre actes juridiques (réglementation) et actes matériels (opérations) en ce qui concerne les services de police.

³¹⁰ Dans les services publics hospitaliers, l'on est ainsi passé de la distinction entre faute simple (pour les actes de soin et de fonctionnement) d'une part et de faute lourde (pour les actes médicaux ou chirurgicaux) d'autre part à celle entre faute médicale et responsabilité hospitalière pour risque.

³¹¹ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 447 et s.

³¹² DARCY, *op. cit.*, p. 183 et s.

³¹³ SY, *op. cit.*, p. 301 et s.

³¹⁴ DARCY, *op. cit.*, p. 186-187.

Enfin, les concepts de faute de service et de faute personnelle avaient été conçus à l'origine comme les supports de deux responsabilités parallèles et exclusives : celle de l'Administration et celle de l'agent public. Cette conception est apparue comme incompatible avec la protection de la victime. Un souci de justice sociale a conduit à aménager des passerelles entre les deux concepts. Si le cumul de fautes n'a été qu'un régime de transition³¹⁵, le cumul de responsabilités marque une véritable rupture³¹⁶ avec la simplicité initiale qu'il est souhaitable de retrouver.

b. La distinction souhaitable entre fautes détachable et non détachable

Au regard du niveau de complexité atteint dans la définition des fondements des responsabilités respectives de l'Administration et de l'agent public, une réflexion est nécessaire pour faire disparaître « toute conception acrobatique de la détachabilité et de la rattachabilité de la faute »³¹⁷. Celle menée par le professeur DARCY l'a conduit à formuler une série de propositions qui remettent en cause la distinction entre faute de service et faute personnelle. Ainsi, le fondement de la responsabilité de l'Administration serait la faute sans autre précision. Elle serait mise en jeu devant le juge administratif. De la sorte, il serait mis fin aux poursuites contre l'agent public devant le juge judiciaire. En cas de faute détachable des fonctions et après avoir endossé la responsabilité, l'Administration pourrait se retourner contre l'agent. Enfin, le professeur DARCY suggère de juridictionnaliser l'action récursoire pour lui enlever son caractère discrétionnaire. La réflexion est cohérente. Elle tire les principales leçons de l'évolution et concourt à une simplification. Mais, elle remet fondamentalement en cause les acquis d'une longue évolution qui a permis de rendre l'agent justiciable des tribunaux judiciaires. D'ailleurs, ne serait-ce qu'en raison de l'autonomie de la faute personnelle par rapport à la faute pénale, il paraît difficile d'éviter à l'agent public toute poursuite devant le juge judiciaire. Même si cet objectif était atteint, il résulterait de la nouvelle situation ainsi créée une déresponsabilisation de l'agent public. Il est possible de trouver une voie moins radicale.

³¹⁵ CE 3 février 1911, Anguet, Rec. 146.

La victime a le choix de poursuivre, soit l'Administration devant le juge administratif, soit l'agent devant le juge judiciaire, et de demander réparation intégrale au débiteur choisi, celui-ci étant dépourvu des actions subrogatoire et récursoire.

³¹⁶ CE 26 juillet 1918, Époux Lemonnier, Rec. 761, Concl. BLUM.

L'option de la victime est maintenue. L'action subrogatoire est ouverte. Elle sera élargie à l'action récursoire (dans les deux sens) à partir de 1951 (CE 28 juillet 1951, Laruelle et Delville).

³¹⁷ DARCY, *op. cit.*, p. 194.

L'on peut admettre avec le professeur DARCY qu'il faut abandonner la distinction entre la faute de service et la faute personnelle. Il n'y a en cela aucune idée nouvelle. Cette distinction est de fait vidée de toute substance. En réalité, l'on assiste à une interprétation de plus en plus large de la faute de service³¹⁸ et à une « raréfaction voire disparition (...) de la faute personnelle »³¹⁹. En lieu et place de cet édifice menaçant ruine, il est possible d'imposer une nouvelle distinction

En réalité, la complexité actuelle découle de l'introduction progressive d'indices destinés à apprécier le lien de la faute avec le service. Avec le degré de complexité atteint, l'on pourrait très bien appliquer à la faute l'idée de l' « échelle de détachabilité »³²⁰. Cette échelle serait un axe gradué allant de la faute de service stricto sensu à la faute personnelle dépourvue de tout lien avec le service en passant par la faute personnelle commise dans le service, la faute personnelle commise à l'occasion du service, la faute personnelle commise hors du service, en sachant que dans l'intervalle compris entre chacun de ces repères l'on pourrait trouver des variations découlant de la gravité, de l'intention, de l'origine des moyens, etc. La difficulté à distinguer la faute de service de la faute personnelle est donc due à la superposition entre ces concepts d'une part, les critères de détachabilité/rattachabilité et de lien avec le service d'autre part. Une analyse attentive conduit à constater que les deux derniers critères sont en fait de même nature et que leur juxtaposition débouche sur un contresens. En effet, étymologiquement, comment une faute détachable pourrait-elle ne pas être dépourvue de tout lien avec le service ? Comment, raisonnablement, la faute pourrait-elle se détacher du service sans que celui-ci se détache d'elle³²¹ ?

La faute personnelle détachable des fonctions mais non dépourvue de tout lien avec le service est l'expression parfaite d'une démarche de stratification conceptuelle dans laquelle les nouvelles notions inventées en fonction des besoins viennent, non pas remplacer les anciennes jugées inopérantes, mais s'y greffer³²². Le langage

³¹⁸ DEBBASCH et COLIN, *op. cit.*, p. 445 et s.

³¹⁹ DARCY, *op. cit.*, p. 186.

³²⁰ Cette idée est émise par MACERA, *op. cit.*, p. 58, en référence à l'échelle de domanialité du doyen Léon Duguit.

³²¹ Dans ses conclusions dans l'affaire Époux Lemonnier (CE 16 juillet 1918) le Commissaire Léon BLUM a montré, qu'en l'espèce, la faute se détache peut-être du service mais que le service ne se détache pas de la faute. Cette idée est rappelée, entre autres, par SY, *op. cit.*, p. 306 et s.

³²² POUYAUD, cité par MACERA, *op. cit.*, p. 60, applique ce raisonnement à la structure du contentieux en parlant des voies procédurales.

ésotérique qui en résulte renforce peut-être la légitimité et le prestige des juristes, mais il est de plus en plus inintelligible pour les femmes et les hommes qui sont au cœur des rapports sociaux que régule le droit. Pour retrouver de la clarté et de la simplicité, il est souhaitable d'unifier ces deux critères en s'en tenant à une distinction entre la faute détachable et la faute rattachable³²³. La faute détachable du service serait celle qui, au regard de la combinaison des indices spatial, temporel, intentionnel, 'relationnel' ou autre, serait absolument dépourvue de tout lien avec le service. Elle continuerait de donner lieu à une poursuite de l'agent public devant le juge judiciaire³²⁴ avec une couverture de l'Administration permettant de garantir l'indemnisation de la victime. Quant à la faute rattachable au service, celle qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, elle engagerait comme par le passé la responsabilité de l'Administration devant le juge administratif, l'action récursoire permettant de situer les responsabilités. De cette manière, l'on renouvellera le vocabulaire tout en capitalisant les acquis des mutations³²⁵. Celles-ci ne sont acceptables que dans la mesure où elles ne remettent pas en cause les fondamentaux car « *tout doit changer pour que rien ne change* »³²⁶.

*
* * *

Trois principaux enseignements se dégagent de cette réflexion. En premier lieu, pour autant que l'on puisse en identifier une, la grille de lecture de la détachabilité en Afrique francophone n'est, ni très nette, ni unique. Les nuances mises au jour se situent à plusieurs niveaux. D'abord, l'approche varie d'un État à l'autre. De ce point de vue, les applications données à la technique de la détachabilité sont plus ou moins plus hardies selon le pays considéré. Ensuite, dans les différents États sous étude, il est difficile d'identifier qui, du législateur ou du juge administratif, adopte une attitude favorable au développement de la détachabilité. L'un et l'autre se montrent, en fonction des matières, plus

³²³ L'on aurait pu s'en tenir à un retour à la distinction entre faute de service et faute personnelle en faisant en sorte de définir de manière stricte chacun de ces concepts et éviter toute interpénétration. Mais, cette distinction et les multiples nuances qu'elle appelle sont si ancrées dans le vocabulaire que ce retour aux origines paraît illusoire.

³²⁴ Cette conception correspond à l'idée de la détachabilité : la faute détachable de l'activité administrative est soumise à un régime contentieux différent de celui applicable à la faute rattachable à cette activité.

³²⁵ Sur ce thème, voir par exemple *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Paris : Dalloz, 2002, Préface de Philippe ARDANT.

³²⁶ Comte de Lampedusa, personnage du film « Le Guépard », cité par GAGNIÈRE (Claude), *Le bouquin des citations*, Robert Laffont, 2007, p. 88.

ou moins audacieux au risque d'avoir parfois des approches opposées. Enfin, l'influence de la détachabilité n'est pas identique d'une matière à une autre. Tandis que la détachabilité modifie quelque peu les règles du contentieux contractuel, certaines branches du procès administratif restent quasiment imperméables à cette technique.

En deuxième lieu, en établissant que les effets de la détachabilité varient en fonction de la matière concernée, la présente recherche semble accréditer la thèse selon laquelle la détachabilité serait « *dépourvue] d'unité* »³²⁷. Cette thèse se fonde principalement sur l'opposition entre l'acte détachable et la faute détachable dont les régimes paraissent éloignés à première vue. Or, fondamentalement, l'étude sur la détachabilité en Afrique francophone aura confirmé la parenté qui existe entre l'acte détachable et la faute détachable. L'un et l'autre procèdent de la même logique. Dans un cas, un acte administratif est détaché d'une opération administrative pour faire l'objet d'un traitement contentieux différent ; dans l'autre, un comportement de l'agent public, censé conduire une action administrative, est disjoint de celle-ci pour être soumis à des règles contentieuses distinctes. La détachabilité apparaît donc comme une technique générique dont les effets dépendent de l'objet auquel elle s'applique, dans une démarche qui est presque toujours identique.

En troisième lieu, la technique de la détachabilité fait l'objet d'une appropriation remarquable. D'une part, elle n'est pas que jurisprudentielle car elle est consacrée dans différents textes par le législateur. D'autre part, cette technique fait l'objet d'une attitude ambivalente : les mêmes parlements et juridictions administratives qui lui substituent volontiers d'autres techniques juridiques, n'hésitent pas, dans certaines circonstances, à amplifier les effets de la détachabilité ou à donner à celle-ci des applications inattendues. À l'évidence, la réception de la détachabilité en Afrique francophone ne manifeste quasiment pas de mimétisme. Au contraire, elle procède d'une démarche différente. En effet, en France, « *le juge administratif est allé parfois au-delà du raisonnable* »³²⁸ et va de plus en plus loin. Après avoir admis à titre exceptionnel la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des types particuliers de contrats administratifs³²⁹ ou de clauses de ces contrats, le Conseil d'État a ouvert aux concurrents évincés le recours de plein contentieux contre certains contrats

³²⁷ DARCY, « Détachabilité et rattachabilité... », déjà cité., p. 179.

³²⁸ MODERNE, Préface à MACERA, déjà citée, p. 19 et s.

³²⁹ Ces cas exceptionnels concernent les clauses réglementaires des contrats de concession du service public, le contrat d'une collectivité territoriale sur recours du représentant de l'État, les contrats de droit public portant recrutement d'agents non titulaires. Sur ces cas exceptionnels,

administratifs³³⁰. Persévérant dans une voie où l'encouragent ceux qui souhaitent voir déclarer recevable le recours pour excès de pouvoir directement contre le contrat lui-même³³¹, finira-t-il par limiter l'application de l'exception de recours parallèle ? Si cela devait arriver, l'exception ne confirmerait plus la règle pour les cas non exceptés, mais deviendrait la règle. Dans ces conditions, l'exception que constitue la détachabilité disparaîtrait comme l'espèrent quelques auteurs³³². À l'opposé, l'approche prudente adoptée en Afrique francophone permet de prévenir toute dérive et rappelle par-dessus tout que la détachabilité n'est qu'« un procédé commode [...] que le juge manie à sa discrétion (...) »³³³ dans le seul souci de « (...) parvenir à exercer son contrôle sur les actes (...) habituellement hors de sa compétence »³³⁴.

l'on consultera utilement CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 724 et s. ; BOCKEL, *Droit administratif*, déjà cité, p. 228 et s.

³³⁰ CE, Ass. 16 juill. 2007, Société Tropic travaux signalisation, GAJA déjà cité, n° 115.

³³¹ Sur les partisans et les adversaires de cette thèse, leurs arguments et surtout l'analyse des problèmes que risque de générer la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat, voir WALINE (Jean), « Contrats et recours pour excès de pouvoir » in *Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE*, Paris : Dalloz, 2007 ; DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », déjà cité, p. 504 et s.

³³² Au nombre de ces auteurs figure notamment MACERA, *op. cit.*, p. 44 et s.

³³³ CHARLES (Hubert), déjà cité, p. 179 et 180.

³³⁴ SCHAEGIS, *op. cit.*, p. 11.