

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE CONTRÔLE DES ACTES DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES DE RÉGULATION

Hilaire AKEREKORO

*Maître de conférences.
Agrégé de droit public (CAMES).
Directeur du Centre du Droit de l'Etat
et des Droits des Personnes en Afrique (CeDEP).
Université d'Abomey-Calavi (Bénin).*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- UN CONTRÔLE VARIE

A- Le contrôle des actes durs

B- La connaissance des actes mous

II- UN CONTRÔLE LIMITE

A- Le problème du droit applicable

B- La limite tenant à l'environnement du juge

CONCLUSION

RESUME

Les actes des Autorités Administratives de Régulation (AAR) peuvent être décisives ou non, réglementaires ou individuels. Dans ces cas, le contentieux qui est visé devant le juge administratif est un contentieux de l'annulation de leurs actes illégaux au moyen de recours contentieux, notamment le recours pour excès de pouvoir. Les AAR exercent des pouvoirs d'autorisation, d'interdiction ou encore d'injonction. Cependant, leurs actes sont parfois normatifs ou matériels selon les hypothèses, auxquels cas ils donnent lieu à un contentieux indemnitaire visant à engager leur responsabilité administrative. En dépit des efforts, l'office du juge administratif est limité.

Mots clés de l'étude

Juge administratif, office du juge, actes, autorités administratives de régulation, responsabilité administrative.

ABSTRACT

The acts of administrative regulatory authorities may or may not be decisive, regulatory or individual. In these cases, the litigation which is referred to before the administrative judge is a litigation of the annulment of their illegal acts by means of legal recourse, in particular the recourse for excess of power. The AARs exercise powers of authorization, prohibition or even injunction. However, their acts are sometimes normative or material depending on the hypotheses, in which case they give rise to a compensation dispute aiming to engage their administrative liability. Despite the efforts, the office of the administrative judge is limited.

Keywords

Administrative judge, office of the judge, acts, administrative regulatory authorities, administrative responsibility.

INTRODUCTION

Comme l'Administration, bras séculier de l'Etat, les Autorités Administratives Indépendantes (AAI) en général, celles de régulation en particulier, émettent des actes. Ceux-ci peuvent être soumis au contrôle du juge administratif. Pour en prendre la mesure, il convient de cerner les termes de juge administratif, de contrôle, d'Autorités Administratives de régulation (AAR) et d'actes.

Le juge administratif est l'autorité juridictionnelle compétente pour connaître des contestations impliquant l'Administration publique et pour protéger les droits des administrés. De son côté, le contrôle s'entend d'une fonction destinée à vérifier, à surveiller ou à examiner, par l'autorité administrative ou juridictionnelle compétente, un dossier, une affaire, une pièce, une gestion, etc. Il peut porter sur les actes des AAR. Les AAR sont distinctes des AAI qui n'exercent pas des fonctions de régulation économique, quelles soient à compétence générale ou sectorielle comme par exemple au Bénin, la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC)¹, le Médiateur de la République², la Commission Électorale Nationale Autonome (CENA)³ ou encore le Haut-Commissariat à la Prévention de la Corruption⁴. Ainsi, les AAR sont des AAI, mais toutes les AAI ne sont pas des AAR. A titre indicatif, sont visés au Bénin, les actes des AAR comme l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)⁵, l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ARCEP), l'Autorité de Régulation de l'Électricité (ARE)⁶, l'Autorité de Régulation du Secteur de la Santé (ARSS)⁷, etc. Les actes concernés constituent des manifestations de volonté. Ils peuvent être décisives ou non, réglementaires ou individuels, contractuels ou tendant au règlement des différends contractuels par les ARMP⁸. Dans ces cas, le contentieux qui est visé devant le juge administratif est un contentieux de l'annulation de leurs actes unilatéraux illégaux au moyen de recours contentieux, notamment le Recours pour Excès de Pouvoir (REP). Les AAR exercent des pouvoirs d'autorisation, d'interdiction ou encore d'injonction.

Cependant, leurs actes sont parfois normatifs ou matériels selon les hypothèses, auxquels cas ils donnent lieu à un contentieux indemnitaire visant à engager la responsabilité

¹ Titre VIII de la Loi n° 90-032 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, modifiée par la Loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

² Loi n° 2009-22 du 3 janvier 2014 portant institution du Médiateur de la République au Bénin.

³ Loi n° 2019-43 du 15 novembre 2019 portant Code électoral en République du Bénin, interprétée et complétée par la Loi n° 2020-13 du 04 juin 2020.

⁴ Loi n° 2020-09 du 23 avril 2020 portant création, mission, organisation et fonctionnement du Haut-Commissariat à la Prévention de la Corruption au Bénin.

⁵ Loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des marchés publics en République du Bénin.

⁶ Loi n° 2020-05 du 1^{er} avril 2020 portant Code de l'électricité en République du Bénin.

⁷ Loi n° 2020-37 du 03 février 2021 portant protection de la santé des personnes en République du Bénin.

⁸ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 37 du 27 octobre 2011, Affaire *COMET Afrique Télécoms (Maître Mayacine NDIAYE) c/ Autorité de Régulation des Marchés Publics «A.R.M.P.» (Son Directeur)* : requête par laquelle Mayacine NDIAYE, es qualité de Directeur général de COMET Afrique Télécoms, sollicite la suspension immédiate de la procédure de passation du marché relatif à l'appel d'offres n° AO-06 /2010 lancé par la Poste et l'annulation de la Décision n° 38/11/ARMP/CRD du 23 mars 2011 du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics. La requête est rejetée pour invocation de moyen non fondé.

administrative des AAR et à les amener à réparer les conséquences des dommages qu'elles causent aux administrés ou aux tiers⁹. Il peut s'agir d'actes de sanction¹⁰ ou de recommandation. Cette dialectique induit la distinction entre les actes de droit dur (*hard law*) et ceux de droit mou ou souple¹¹ (*soft law*).

Comment le juge administratif contrôle-t-il ces actes ? Son contrôle rencontre-t-il des limites ? Pour le développer, les ressources mobilisées ici prennent en considération le droit du contentieux administratif en Afrique¹² comme en droit comparé par le prisme de la double comparaison horizontale et verticale. L'approche privilégiée est donc purement jurisprudentielle. Il s'agit d'aborder et d'approfondir les fonctions du juge administratif dans le cadre du contrôle considéré ; ce qui exclut la dimension non contentieuse. Pour le démontrer, deux lignes forces d'analyse sont convoquées : la première est que le juge administratif opère un contrôle varié (I) ; la seconde tient à l'idée que ce contrôle est plutôt limité (II).

I- UN CONTRÔLE VARIE

La variation du contrôle qu'effectue le juge administratif sur les actes des AAR permet d'en étudier deux types essentiels. D'un côté, le contrôle des actes durs (A), de l'autre, la connaissance des actes mous (B).

A- Le contrôle des actes durs

La dureté des actes des AAR attaquables au contentieux administratif doit être distinguée selon la différenciation entre les actes unilatéraux et ceux contractuels ou encore ceux intervenant en matière de règlement des différends contractuels par les ARMP.

Pour ce qui est des actes unilatéraux et dans la catégorie des actes réglementaires, la plupart des AAR économique sont dotées par le législateur du pouvoir d'édicter des normes mettant en œuvre la loi. Il apparaît ici l'hypothèse des actes durs. Dans cette hypothèse, le

⁹ Le juge administratif peut être saisi de recours tendant à l'engagement de la responsabilité des autorités administratives de régulation économique à raison des dommages qu'elles causent du fait d'une intervention, fautive ou non. La juridiction administrative est en effet compétente pour connaître des actions indemnitaires mettant en cause le fonctionnement de ces services publics, y compris lorsque le législateur a attribué au juge judiciaire une partie du contentieux des décisions de ces autorités, comme c'est le cas pour certaines sanctions prononcées par l'Autorité des marchés financiers. Cf. TC, 2 mai 2011, *Société Europe Finance et Industrie*. Les activités de surveillance économique et financière constituent l'un des domaines dans lesquels est maintenue l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'autorité administrative. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-autorites-de-regulation-economique>, consulté le 12 octobre 2021.

¹⁰ Caroline FAURE, « Name and shame pour la Banque d'escompte. Extension du contrôle juridictionnel à la publication des sanctions d'une autorité de régulation », in *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2021, pp. 448 et suivantes.

¹¹ CHALTIEL Florence, « Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple », in *Les Petites Affiches (LPA)*, n° 217, 2019, pp. 4 et suivantes. - Frédéric TIBERGHEN, « Droit souple et Haute Autorité de Santé », in *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2021, pp. 948 et suivantes.

¹² MAMBO Patrice, « Le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'Ouest », in ONDOA Magloire et ABANE ENGOLO E. Patrick (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 181-203.

juge administratif connaît, par la voie du REP, de litiges portant sur les règles édictées par ces autorités. Ici, le pouvoir du juge administratif tend à annuler lesdites règles lorsqu'elles violent la légalité. Par exemple, en droit comparé français, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la légalité de décisions de l'ARCEP relatives aux tarifs pratiqués par les opérateurs de téléphonie mobile¹³. Le juge administratif est conduit à trancher des litiges relatifs aux refus de telles autorités de régulation économique de faire usage de leur pouvoir réglementaire.

C'est ici que se déploient vraiment les pouvoirs du juge administratif. En effet, étant conduit à apprécier la légalité et la proportionnalité de décisions des AAR économique, il fait usage de méthodes et techniques à sa disposition pour conduire ses investigations. Ainsi, il lui est loisible de recourir à des expertises, à des « *enquêtes à la barre* » ou sur les lieux¹⁴, à l'« *amicus curiae* » ou encore à l'avis technique¹⁵.

S'agissant des actes individuels, les décisions individuelles des AAR économique dont le juge administratif contrôle la légalité sont très variées. Ainsi, il peut être saisi de recours dirigés contre des décisions relatives à des demandes d'agrément ou d'autorisation. La jurisprudence administrative comparée en offre quelques exemples illustratifs et édifiants. Le REP peut porter sur l'octroi ou le refus d'abroger une autorisation d'exercer une activité économique¹⁶. Le juge administratif contrôle également des recours dirigés contre les décisions par lesquelles ces autorités refusent d'exercer leurs prérogatives, telles que le refus d'engager une procédure de sanction¹⁷.

Dans la rubrique des actes contractuels ou de ceux intervenant en matière de règlement des différends contractuels par les ARMP et pouvant être discutés devant le juge administratif, il faut signaler les décisions de règlement des différends sans sanction et celles portant sanctions des candidats ou soumissionnaires aux contrats de la commande publique, notamment les marchés publics. Dans un cas comme dans l'autre, la décision du juge administratif, saisi par REP, est, selon le cas, un jugement ou un arrêt d'annulation¹⁸ de la décision attaquée pour violation de la loi ainsi qu'en donne l'exemple la jurisprudence administrative sénégalaise en matière contractuelle¹⁹.

¹³ Conseil d'Etat français, 5 décembre 2005, *Fédération nationale UFC Que Choisir*. - Conseil d'Etat français, 19 mai 2008, *Fédération nationale UFC Que Choisir*, décision soumise à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

¹⁴ Conseil d'Etat français, Section, 25 juin 2004, *Société Scoot France et Société Fonecta*.

¹⁵ Conseil d'Etat français, 28 mars 2012, *Société Direct Energie et autres*.

¹⁶ Conseil d'Etat français, 30 juin 2006, *Société Neuf Télécom SA*, affaire relative au refus de l'ARCEP de faire droit à une demande d'abrogation d'autorisations d'utilisation de fréquences.

¹⁷ Conseil d'Etat français, Section, 30 novembre 2007, *T. et autres*, refus de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles d'engager une telle procédure.

¹⁸ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 01 du 13 janvier 2011, Affaire *Le Port Autonome de Dakar (Me Boubacar WADE) c/ Le Comité de Règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (Directeur général de l'ARMP)* : Annule la Décision n° 040/10/ARMP/CRD du 21 avril 2010 du Comité de Règlement des Différends de l'ARMP statuant en commission litiges rendue sur saisine du Port Autonome de Dakar.

¹⁹ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 47 du 22 août 2013, Affaire *Société SARRE-CONS (Mes Ndiaye, Ndione & Padonou) c/ L'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), Etat du Sénégal (Agent judiciaire de l'Etat)*.

Dans ces différents cas de contrôle des actes des AAR économique, certains recours peuvent être rejetés par le juge administratif. Dans d'autres espèces, il peut prononcer la déchéance du requérant pour violation des règles de délai et de forme²⁰. Pour les recours sollicitant le sursis à l'exécution des décisions de l'ARMP, le juge administratif peut ordonner le sursis si les conditions sont réunies en l'espèce (invocation par le requérant de motifs sérieux et le préjudice encouru doit être irréparable) comme il peut le refuser²¹ dans le cas contraire. Que retenir de la connaissance des actes mous des AAR par le juge administratif ?

B- La connaissance des actes mous

Au contentieux administratif, le juge administratif peut bien recevoir les REP tendant à l'annulation d'actes dépourvus de portée décisive dits de droit souple. Ces actes, qu'il convient de qualifier d'actes mous ou souples, comprennent entre autres les avis, les recommandations, les mises en garde et prises de position adoptés par les AAR dans l'exercice de leurs compétences légales ou réglementaires, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce cas, le juge examine les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes mous en prenant en considération leur nature et leurs caractéristiques. Il peut aussi faire usage des pouvoirs d'injonction.

En jurisprudence administrative comparée, le Conseil d'Etat français a ainsi jugé recevables les recours tendant à l'annulation d'un communiqué publié par l'Autorité des marchés financiers sur son site *Internet* mettant en garde les investisseurs contre les conditions dans lesquelles étaient commercialisés certains produits de placement²², d'une prise de position de l'Autorité de la concurrence reconnaissant à une société, pour l'exécution d'une décision de concentration, la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de diffusion d'une autre société²³. Le délai pour exercer un recours contentieux contre ce type d'acte ne déroge pas au droit commun. Il est en principe de deux mois à compter de la publicité de la mesure.

Néanmoins, malgré ces aspects positifs du contrôle du juge administratif sur les actes des AAR, de nombreuses limites persistent ; d'où un contrôle limité.

II- UN CONTRÔLE LIMITE

Les limites à l'office du juge administratif concernent tant le droit applicable (A) que son environnement (B).

²⁰ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 06 du 09 février 2012, Affaire *Société de Nettoyage Industriel et Chimique (SNIC) (Me Baba DIOP) c/ Autorité de Régulation des Marchés Publics « A.R.M.P » (Son Directeur)*.

²¹ Chambre Administrative de la Cour Suprême du Sénégal, Arrêt n° 40 du 12 juillet 2013, Affaire *La Société Angélique International Limited en abrégé AIL (Me Alioune Cissé, Me Nafissatou Diouf Mbodj) c/ L'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) (Me Oumy Sow Loum), L'Agence sénégalaise d'Electrification rurale dite ASER (Me Abdoulaye Diallo), Etat du Sénégal (Agent judiciaire de l'Etat)*.

²² Conseil d'Etat français, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*.

²³ Conseil d'Etat français, Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*. - Cf. aussi Conseil d'Etat français, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*.

A- Le problème du droit applicable

Dans son office, le droit applicable par le juge administratif pour contrôler les actes des AAR n'est pas aisé. Du droit communautaire à la législation ordinaire ou spéciale ou encore à la codification, la tâche n'est pas facile pour le juge. Que doit faire le juge dans le silence des textes ?

Dans les situations qui sont prévues par la loi, les recours dirigés contre les actes des AAR économique conduisent le juge administratif à contrôler différents aspects de leurs décisions et de l'exercice de leurs missions. Le juge administratif est d'abord conduit à contrôler le respect par ces autorités des limites de leurs compétences. Cette appréciation tient compte de la mission globale confiée à ces autorités.

Dans le silence des textes, le Conseil d'Etat français a également admis la compétence de l'ARCEP pour organiser, par décision réglementaire, la collecte périodique d'informations auprès des opérateurs de télécommunication, dès lors que ces informations sont nécessaires à l'accomplissement de ses missions²⁴. Vient en complément son environnement.

B- La limite tenant à l'environnement du juge

L'environnement du juge administratif peut avoir une influence non négligeable sur son office. Il en est ainsi des rapports de parenté et de famille. C'est aussi le cas des actes de corruption dans le domaine de la justice.

S'agissant du fond des décisions par lesquelles les AAR mettent en œuvre leurs pouvoirs d'autorisation, d'interdiction ou encore d'injonction, qui sont des décisions de police administrative, le juge administratif contrôle le respect des conditions légales de leur adoption. A cette occasion, il est souvent conduit à exercer un contrôle dit de « *proportionnalité* ». Ce contrôle ne sera pas bien exercé si le juge est corrompu.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, le juge administratif ne reste pas indifférent au contrôle des actes des AAR. Son office lui permet d'annuler certains de ces actes. Toutefois, cet office est handicapé par des limites qu'il convient de corriger, entre autres, par une bonne culture juridique du juge administratif et par une remarquable ouverture au droit d'ailleurs, c'est-à-dire, le droit comparé.

²⁴ Conseil d'Etat français, 10 juillet 2013, *Sociétés AT&T Global Network Services France SAS et autres*.