

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1977-1978

SECTION MAGISTRATURE

3e ANNEE

La situation juridique de la victime des dommages causés par les activités de l'administration

Mémoire présenté par

ALIOU GUEYE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE
MAGISTRATURE

MEMOIRE DE FIN DE STAGE

THEME : La situation juridique de la victime des
dommages causés par les activités de
l'administration.

Par Allou GUEYE
Division Judiciaire

"NOS REHERCIEHENTS

A MONSIEUR LE DIRECTEUR DE LA DIVISION JUDICIAIRE

Babakar KEBE, dont la compétence et la disponibilité ont été déterminantes dans notre difficile mais combien noble tâche d'acquisition du profil du Magistrat".

TITRE PRELIMINAIRE

- Naissance de la situation juridique de la victime
- Le contenu de la situation juridique et son caractère mouvant
- Délimitation de l'étude.

TITRE PREMIER

Régimes juridiques de la situation de la victime

Situation juridique de droit public et situation juridique de droit privé

Chapitre premier : Les déterminants de la situation juridique de la victime

Activité dommageable et qualité de la victime

Section I - Considération de l'activité dommageable

Sous-section I - Activité déterminant la situation juridique de droit Public

- § 1 - Service public à gestion publique
- § 2 - Travaux publics
- § 3 - Cas de détermination légale

Sous-section II - Activité déterminant la situation juridique de droit privé

- § 1 - Service public à gestion privée
- § 2 - Activité de personne publique ne constituant pas un service public
- § 3 - Cas de détermination légale

Section II - Considération de la qualité de la victime

Sous-section I - Qualités de tiers et d'usager

- § 1 - Distinction tiers-usager
- § 2 - Intérêt de la distinction

Sous-section II - Qualité de personne participant à l'exécution du service

- § 1 - Exclusions
- § 2 - Les personnes concernées

Chapitre II : Les règles juridiques applicables à la situation de la victime

Section I - Les règles applicables à la situation juridique de droit public

Sous-section I - Règles applicables aux tiers et aux usagers

§ 1 - Par rapport au service public

§ 2 - Par rapport au travail public

§ 3 - L'alinéa 2 de l'article 142 C.O.A.

Sous-section II - Règles applicables aux personnes participant à l'exécution du service public

Section II - Les règles applicables à la situation juridique de droit privé

Sous-section I - Application des règles du droit commun

Sous-section II - Les applications prévues par le C.C.A.

Section III : Procédure particulière à la situation juridique de droit public

TITRE II

Pour une revalorisation de la situation juridique de la victime

Chapitre premier : Simplification et harmonisation des règles juridiques

Section I - Uniformisation de la procédure contentieuse

§ 1 - Critique du procédé actuel de distinction

§ 2 - Adoption du critère organique en matière administrative

Section II - Application harmonieuse et cohérente des règles de la responsabilité administrative

§ 1 - Des incohérences dans l'application des règles

§ 2 - La démarche juridique correcte du juge dans les affaires "Mor DIAW" et "Allassane DIALLO" Commune de Dakar"

§ 3 - L'abandon souhaitable de la théorie du défaut d'entretien normal

§ 4 - L'introduction souhaitable de la responsabilité administrative du fait des choses et activités dangereuses

Chapitre II : Le rôle du juge : Protecteur de la situation juridique de la victime

Section I - Le droit au respect de la légalité par l'administration

§1 - Conséquences tenant à l'appréciation de la situation juridique de la victime par le juge

§2 - Les limites imposées au juge quant à la sanction du comportement préjudiciable de l'administration,

Section II - Le principe de l'égalité devant les charges publiques

CONCLUSION

PRELIMINAIRE

A un moment où la promotion et la protection des droits de l'homme occupe une place prééminente parmi les préoccupations essentielles de l'époque contemporaine, il est souhaitable de cerner la situation juridique de l'administré, titulaire d'un certain nombre de droits et de prérogatives qui méritent d'être protégés, face à l'administration puissance publique dotée de moyens souvent exorbitants et utilisés tantôt dans l'intérêt général, tantôt à son propre compte.

L'état actuel du droit positif sénégalais devrait permettre un tel objectif ; l'étude du contentieux de la responsabilité publique permet de cerner la situation juridique de l'administré, lorsqu'il se trouve dans la situation de victime d'un dommage causé par l'administration du fait de ses activités. C'est à l'étude de cette situation juridique de l'administré victime que le présent mémoire est consacré.

Au premier abord, cette étude peut paraître comme un bilan critique du droit de la responsabilité publique au Sénégal, mais son ambition est beaucoup plus modeste.

En effet, comme l'indique l'intitulé du sujet, il s'agira plutôt d'apprécier le droit de la responsabilité de l'administration à travers la situation juridique dans laquelle ce droit place l'administré. Il sera question alors, de savoir comment le droit positif utilise les matériaux juridiques pour régler la situation née d'un dommage imputable à l'administration, en tenant compte des positions différentes de l'administré et de l'administration. Cette situation est-elle réglée de manière favorable à l'administré ? Ce qui équivaut à se demander si les droits issus de cette situation font l'objet d'une protection efficace par le juge ? Une réponse affirmative, ou même simplement franche à ces questions semblerait prématurée, eu égard à la jeunesse du droit positif sénégalais qui fait figure de jeune homme si on le compare au droit Français au moment de la rédaction du Code Civil ou de l'arrêt Blanco sans remonter plus haut. Il sera alors plus constructif - même si l'esprit y découvre un début de réponse - de relever les signes précurseurs d'une réponse

contraire et de s'interroger sur la possibilité d'apporter des correctifs permettant d'arriver à une protection juridique qui est le corollaire nécessaire des droits de l'administré. Quelques précisions seront utiles ici avant d'entrer de plein pied dans l'étude.

Naissance de la situation juridique de la victime

En droit Sénégalais, l'administré se trouve dans la situation juridique de victime dès l'instant où il a subi un dommage résultant d'une activité de l'administration. En effet le Code des obligations de l'administration (loi n° 65-51 du 19 Juillet 1965) accorde à celui qui se trouve dans cette situation, un droit à réparation du dommage causé par le fonctionnement d'un service public ou l'exécution d'un travail public ; il lui accorde aussi ce droit lorsque l'administration devenue son contractant lui cause un dommage soit par sa faute, soit en usant de ses pouvoirs d'intervention, par des mesures unilatérales, dans l'exécution du contrat administratif.

En dehors du code des obligations de l'administration, le droit positif sénégalais reconnaît à la victime le droit à réparation, lorsque l'administration en se plaçant dans les mêmes conditions que les particuliers pour mener ses activités, lui cause un dommage ; dans ce dernier cas la victime tient son droit à réparation du régime commun de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle régie par le code des obligations civiles et commerciales.

Contenu de la situation juridique de la victime

Dans tous ces cas, dès lors que le dommage a avec l'action de l'administration une relation directe et certaine, le droit à réparation est ouverte. La mise en oeuvre de ce droit sera alors l'occasion de l'application d'un certain nombre de règles juridiques qui vont modeler la situation de la victime depuis l'action en réparation jusqu'à l'obtention de la créance née de ce droit. Pour la mise en oeuvre de son droit, la victime aura à utiliser tantôt des règles de droit privé, tantôt des règles de droit public ; et l'utilisation et l'application de ces règles feront souvent appel à des distinctions plus ou moins heureuses en fonction de la qualité de la victime tantôt considérée comme un tiers, tantôt comme un usager, tantôt comme une personne participant à l'exécution du service ; ces distinctions influenceront sur la nature des règles applicables. Ainsi la victime

est amenée à déterminer elle-même dans quelle situation juridique elle se trouve en fonction des différents régimes qui commandent son droit à réparation et l'action en justice qui le met en oeuvre. Cette détermination, on s'en doute, ne sera pas tâche aisée."

Mouvance du contenu de la situation juridique

Le contenu de la situation juridique de la victime de l'administration n'est pas statique. En effet il conserve la marque du droit qui lui est principalement appliqué, le droit administratif dont l'origine jurisprudentielle en fait un droit très mouvant. Cette mouvance dictée aussi par l'insaisissabilité de la notion d'intérêt général qui évolue avec l'accroissement des activités de l'administration, fait que le contenu de la situation juridique de l'administration variera en fonction des impératifs de la politique administrative du moment et en fonction de l'attitude du juge face à ces impératifs. Ainsi à l'exception du mode de la réparation qui sera dans tous les cas, une réparation exclusivement pécuniaire, les autres éléments seront susceptibles de varier. Par exemple la jurisprudence française après avoir limité l'ouverture de la réparation au cas où le dommage résulterait d'une faute de l'administration, l'a étendue à des cas où l'administration n'a pas commis de faute, admettant même la responsabilité sans faute dans le cas où l'administration a utilisé une chose dangereuse, ou a exercé une activité dangereuse. De même tout en se montrant réticente, elle a admis le droit à réparation pour un dommage causé par des actes réglementaires ou législatifs pris par l'Etat dans le cadre de son interventionnisme économique, dans le cadre de la police de l'ordre public, alors que jusque là le juge refusait qu'une loi puisse ouvrir un droit à la réparation. Bref, l'attitude du juge français a souvent modelé le contenu de la situation juridique de la victime qu'il s'agisse de la recevabilité de son action (l'institution du refus tacite de l'administration qui garde un silence prolongé sur une demande préalable de la victime) de la reconnaissance de la réparation (ex : tout le dommage ne doit pas être réparé ; l'attitude de l'administration est parfois lourdement condamnée par le juge, parfois largement excusée,...) ou de la justification du droit à réparation (existence d'une faute, parfois présumée en appliquant la théorie du défaut d'entretien normal; le simple lien de causalité entre le dommage et l'activité incriminée...).

Cette attitude a, semble t-il en France, permis de considérer le juge administratif français comme un des premiers et meilleurs garants des libertés individuelles

grâce à la protection efficace qu'il assure de la situation juridique des victimes de l'administration ; et cela parce qu'il a su adapter cette situation juridique aux impératifs de l'activité de l'administration. Le juge sénégalais peut elle adopter une telle attitude ? La codification de certaines solutions jurisprudentielles françaises et les effets de l'unité de juridiction ou plus précisément de l'absence de juridiction (sou simplement de juges) spécialisées en droit administratif, auraient plutôt comme résultat sinon la précarité de la situation juridique des victimes de l'administration du moins la réduction de son contenu juridique de plus en plus restreint à celui d'une situation du droit commun soumise à des règles de droit privé, similaire à la situation juridique de la victime du fait d'un particulier.

Définition de l'étude

La prise en compte de toutes ces considérations, renforcée d'un souci de simplicité et de clarté conduit à limiter l'étude présente où la responsabilité de l'administration, c'est-à-dire précisément aux cas où le dommage a été directement causé par l'administration elle-même du fait de ses activités. Une telle démarche exclut la responsabilité ~~pour~~ faute personnelle c'est-à-dire, les cas où le dommage résulte de la faute personnelle de l'agent de l'administration définie par Laferrière (dans ses conclusions sur l'affaire Laumonier Carriol T.C. 5 mai 1877 Rec. 437) comme la faute révélant l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, et non celle impersonnelle révélant l'administration plus ou moins sujet à erreur ou celle anonyme qui est la caractéristique de la faute de service imputable à l'administration.

La démarche par contre, puisque s'agissant de la situation juridique de la victime du dommage, conduit à inclure dans l'étude le cas où l'administration est considérée comme étant un particulier à une personne privée lorsqu'elle a commis le dommage. Il en résulte alors une étude des régimes juridiques régissant la situation de la victime, le régime de principe étant l'application des règles du code des obligations de l'administration concernant le droit à réparation ainsi que l'article 729 du Code Procédure Civile précisant les conditions de recevabilité de l'action en réparation contre l'administration en matière administrative ; le régime d'exception entraînant application des règles du droit commun de

la responsabilité sera celui qui régit la situation de la victime exclue des règles du C.O.A ; cette étude fera l'objet de notre titre premier et aura pour conséquence une proposition de revalorisation de la situation juridique de la victime étudiée dans un titre II ; une telle proposition, née de la constatation des lacunes des textes régissant la responsabilité de l'administration et de l'attitude jurisprudentielle préjudiciable à la protection efficace des droits de la victime, permettra de dépasser les limites d'une appréciation négative des règles du droit positif vers des suggestions -que l'on espère positives, et possibles, sur le plan juridique- pour un meilleur contenu de la situation juridique de la victime de l'administration.

N.B. Le cas de la responsabilité contractuelle de l'administration n'est pas comprise dans l'étude.

TITRE PREMIERREGIMES JURIDIQUES DE LA SITUATION DE LA VICTIME
SITUATION JURIDIQUE DE DROIT PUBLIC ET SITUATION JURIDIQUE DE
DROIT PRIVE

-°-°-

Lorsque l'administration du fait de ses activités a causé un dommage, la victime de ce dommage va se trouver dans une situation juridique qui sera, soit de droit public, soit de droit privé. Elle sera dans une situation juridique du droit public lorsque l'analyse de son préjudice et sa réparation sont réalisées au regard du droit administratif et des règles y afférents ; elle sera par contre dans une situation de droit privé lorsque le préjudice et sa réparation sont examinés au regard des règles du droit commun de la responsabilité civile.

Il apparaît donc que la situation juridique de la victime est déterminée en considérant l'activité dommageable, selon que cette activité relève d'un régime de droit public, ou d'un régime de droit privé. Le régime applicable à l'activité est déterminé par la jurisprudence, notamment en droit français et aussi par la loi.

Cependant, l'activité dommage et son régime juridique ne sont pas les seuls déterminants de la situation juridique de la victime ; en effet, la situation dans laquelle se trouvait la victime, au moment du dommage, par rapport à l'activité dommageable, est prise en considération pour déterminer la situation nouvelle de la victime : c'est la qualité de la victime qui vient se combiner à la nature juridique de l'activité cause du dommage pour déterminer les règles applicables commandant la mise en oeuvre du droit à réparation et l'appréciation de cette réparation. A cet effet, l'article 141 du Code des obligations de l'Administration est très significatif. Cet article reconnaît le droit à réparation lorsque le dommage a été causé par le fonctionnement d'un service public ou l'exécution d'un travail public et lorsque la victime de ce dommage est soit un tiers, soit un usager, soit une personne participant à l'activité du service.

Ainsi pour déterminer la nature juridique de la victime (chapitre I) il faudra cerner d'abord l'activité dommageable (section I) ensuite la qualité de la victime (section II) ; les règles applicables seront, quant à elles, modulées par la combinaison du régime juridique de l'activité et de la qualité de la victime (chapitre II) qu'il s'agisse des règles applicables à la situation juridique de droit public (section I) où de celles applicables à la situation juridique de droit privé (section II) ; enfin il faudra constater que le droit positif a insitué une procédure particulière dite "en matière administrative" lorsque la victime dans une situation juridique de droit public, engage une action en réparation (section III).

CHAPITRE PREMIER

LES DETERMINANTS DE LA SITUATION JURIDIQUE DE LA VICTIME

NATURE JURIFIQUE DE L'ACTIVITE DOMMAGEABLE ET QUALITE DE LA VICTIME

Section I. Considération de l'activité dommageable

La situation juridique de droit public de la victime commande l'application de règles du droit administratif à son droit à réparation, celle du droit privé, l'application de règles du droit privé. La première situation n'est réalisée que lorsque l'activité dommageable est soumise à un régime de droit public, la seconde ne l'est que lorsque l'administration a entendu mener l'activité dommageable en se plaçant sous un régime de droit privé. C'est dire que la détermination du régime juridique de l'activité est essentielle.

Il est de tradition que la jurisprudence face à un litige mettant en cause la responsabilité extracontractuelle de l'administration, au lieu de considérer l'acte juridique ou matériel générateur du dommage et de rechercher quelle était la situation de l'administration dans l'accomplissement de cet acte, elle effectue la détermination du régime juridique de la réparation en s'attachant uniquement à l'activité dans laquelle s'insère l'acte litigieux. Ainsi si l'activité à laquelle se rattache l'acte dommageable et soumise à un régime de droit public ou de droit privé, la réparation fera appel aux règles du droit administratif ou à celles du droit privé. Cette démarche que la doctrine qualifie de méthode synthétique ou globale conduit à distinguer les activités constituées en Service

Public qui doivent être regardées comme relevant du droit administratif et celles non constituées en service public qui doivent être regardées comme relevant du droit privé.

Cette vision a cependant du être corrigée avec l'apparition des services publics à gestion privée faisant appel au droit privé dans leur accomplissement. L'analyse de cette jurisprudence pratiquement reprise par le droit sénégalais et sa codification administrative conduit à distinguer les services publics à gestion publique et les services publics à gestion privée.

Ainsi par rapport à la victime, il faut distinguer les activités déterminant sa situation juridique de droit public et celles déterminant sa situation juridique de droit privé.

Sous-section I : Les activités déterminant la situation juridique de droit public

De manière générale deux grandes catégories d'activités de l'administration placent la victime, par le dommage qu'elles lui ont causé, dans une situation juridique de droit public, car soumises à un régime de droit public : ce sont les services publics à gestion publique et les travaux publics.

A ces deux catégories il faut ajouter un cas d'assimilation légale des conséquences dommageables de certains actes de l'administration dont le législateur soumet la réparation au régime de droit public : il s'agit des cas prévus par l'alinéa 2 de l'article 141 du C.O.A.

Paragraphe I : Service public à gestion publique

Il importe de préciser ici que la notion de service public retenue est celle qui considère le service public comme étant une activité (ou une mission) exercée dans un but d'intérêt général. Cette conception correspond à ce qui s'appelle la conception matérielle du service public qui reste indifférent au fait que le service est assuré directement par l'administration ou indirectement à celle-ci, qui le confie parfois à une personne privée. Dans tous les cas et en dehors de celui où la loi ou un autre texte confie expressément le service public à une

personne privée, le caractère de service public de l'activité est déterminé en fonction du but d'intérêt général poursuivi.

Les services publics à gestion publique sont soumis en principe à un régime de droit public.

Leur définition la plus acceptée, généralement est une définition négative, à savoir que ce sont des services publics autres que les services industriels ou commerciaux et plus largement, autres que les services à gestion privée. En effet d'autres définitions sont moins précises et par là plus contestables. Ainsi la définition qui caractérise ces services par leur objet, c'est-à-dire ceux dont l'objet rentre dans les attributions exclusives de la puissance publique, est indéfendable puisque l'on sait qu'il existe par exemple des équivalents de cet objet dans les activités privées comme en matière d'enseignement.

Une définition se fonde sur les procédés utilisés par le service, mais il est admis que tous les services publics utilisent plus (services à gestion publique) ou moins (services publics à gestion privée) des règles exorbitantes du droit commun. Toujours est-il que la jurisprudence utilise l'ensemble de ces critères pour définir négativement le service public à gestion publique par rapport à ceux à gestion privée.

Depuis l'arrêt Blanco du Tribunal des conflits 8 février 1873, les recours en responsabilité fondés sur des dommages résultant de l'exécution des services publics à gestion publique relèvent des règles du droit administratif lorsque la victime demande réparation à la personne publique à laquelle l'activité dommageable est imputable. La formule de l'arrêt blanco, reprise par des décisions ultérieures est acquise et explicite : cette formule a permis à la jurisprudence de préciser, que du fait de ses activités d'intérêt général, l'administration n'est pas placée dans les mêmes conditions que les particuliers et qu'en conséquence sa responsabilité n'est ni générale ni absolue et doit être régie par des règles différentes de celles régissant les rapports de particulier à particulier. Ce sont ces règles différentes que la jurisprudence française a dégagée, les incluant dans le cadre d'un droit dit administratif, reprises par le C.O.A. sénégalais, qui s'appliquent à la situation juridique de droit public de la victime (cf infra chapitre II)

Les services publics à gestion publique correspondent au Sénégal à la liste des établissements publics à caractère administratifs, établie par la loi du 10 Août 1977 (ORTS, Office National des anciens combattants, université et facultés, établissements d'enseignements publics autres etc.....), aux administrations générales (Etat, départements ministériels) et territoriales (administrations déconcentrées et collectivités locales) etc... ; devant un service public non déterminé par les textes, il appartient à la jurisprudence de déterminer leur nature de service à gestion publique ou non.

Les victimes de dommage causé par les services publics à gestion publique sont donc dans une situation juridique de droit public. Sont dans cette même situation les victimes d'un dommage causé par l'exécution d'un travail public ou un ouvrage public.

Paragraphe 2 Travail public ou ouvrage public

- Le contentieux des travaux publics est soumis à un régime de droit public. Ceci résulte de l'attribution initiale faite aux conseils de préfecture français (puis aux tribunaux administratifs français) par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse au VIII qui consacre la jurisprudence de l'époque, qui a par la suite défini la notion de travail public.

Ces solutions ont été adoptées par le droit positif sénégalais

Par extension, l'expression "travail public" désigne non seulement l'opération de construction, entretien, aménagement d'un certain ouvrage, mais aussi l'ouvrage lui-même qui est indifféremment désigné par l'expression "ouvrage public" ou celle "travail public".

- Un travail pour être public doit être exécuté soit pour le compte d'une personne publique, soit -s'il est réalisé pour le compte de simples particuliers- pour la réalisation d'une mission de service public ; il doit ensuite être effectué sur un immeuble et dans un but d'intérêt général. Cette définition a été dégagée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 Juin 1921 Commune de Monségur (Recueil 573 ; G.A.J.A n° 41) puis par les arrêts du Tribunal du Conflit du 28 mars 1955 Effinief (Recueil 617) et du C.E. 20 avril 1956 Ministre de l'agriculture contre Consorts Guinouard (GAJA n° 35). Il ressort de cette définition que les travaux publics sont généralement considérés comme relatifs aux moyens d'actions des services publics, notamment

à l'aménagement des biens publics, mais aussi qu'ils peuvent constituer une mission de service public consistant justement dans l'accomplissement de travaux publics sur des propriétés privées.

- Les dommages de travaux publics obéissent à un régime spécial (de droit public) de réparation qui se substitue aux régimes généraux de responsabilité publique extra contractuelle, que ceux-ci soient commandés par le droit administratif ou par le droit privé (cas des services à gestion privée). C'est ce qu'on nomme le caractère attractif des travaux publics, qui ne connaît comme exception, que l'existence d'un lieu contractuel entre la victime et la personne publique responsable ; dans ce cas, la responsabilité contractuelle l'emporte sur celle extracontractuelle ; c'est le cas des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, qui sont des relations de droit privé donc soumise à la responsabilité contractuelle du droit privé. (C.A. Dakar 30 janvier 1970 SOCOPA0 contre Fourzoli et Port de Commerce Rec ASERJ 1970. I. 30).

- Exception faite de l'usager d'un service public industriel et commercial victime du dommage de travail public à l'occasion de l'usage du service

- et non de l'ouvrage public (qui se trouve dans une situation juridique de droit privé) les victimes d'un travail ou d'un ouvrage publics sont dans une situation juridique de droit public, réglée par l'article 143 COA.

Paragraphe 3 : Situation juridique de droit public déterminée par l'alinéa 2 de l'article 142 C.O.A.

En dehors des deux grandes catégories d'activités déterminant la situation juridique de droit public de la victime, l'article 142 dans son alinéa 2 range dans cette situation les victimes d'un dommage anormal et spécial résultant de l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier ou résultant du refus de l'administration de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice. Nous saurons ultérieurement (chapitre II) dans quelles conditions existe une telle situation. Bien que le dommage ait dans ces cas, pour origine directe un acte formel ou l'abstention d'exécuter un acte, ces actes se rattachent à des actions, à des activités d'intérêt général de l'administration. Dans le cas de l'intervention d'une loi ou d'un règlement la jurisprudence originaire qui a ouvert le droit à réparation a eu pour terrain, l'interventionisme de l'Etat dans l'activité écono-

mique. En effet par la politique d'interventionisme, l'Etat dans un but d'intérêt économique national favorise certains types d'activités au détriment d'autres et cause parfois, de ce fait, un dommage assez grave à certaines entreprises économiques. Dans le cas de l'inexécution d'une décision de justice, c'est aussi l'activité de police administrative qui est en cause, l'administration s'abstenant d'intervenir pour éviter que l'ordre public ne soit gravement troublé par l'exécution d'une décision de justice. Ainsi dans les deux cas, la situation juridique de la victime est déterminée par des activités publiques soumises à un régime de droit public.

Sous section II : Activités déterminant la situation juridique de droit privé

Les activités pour lesquelles l'administration s'est placée sur le terrain du droit privé pour les mener, placent les personnes à qui elles causent un dommage, dans une situation juridique de droit privé. Il est possible, à travers le droit positif de classer les activités de l'administration soumises au droit privé, quant à leurs conséquences dommageables, en trois catégories : les services publics à gestion privée, les activités des personnes publiques ne constituant pas un service public, et les cas de détermination spéciale par la loi ou par la jurisprudence.

Paragraphe I : Les services publics à gestion privée

Sous cette appellation figurent les services publics soumis à un régime de droit privé. Il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence, qu'entrent dans cette catégories les services publics industriels et commerciaux, les services publics sociaux, et la gestion du domaine privé considéré comme un service public.

- Les services publics industriels ou commerciaux sont apparus avec la décision du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 société commerciale de l'Ouest Africain, ou l'affaire Bac d'Eloka ; décision dans laquelle le tribunal des conflits a admis à l'époque la compétence judiciaire et l'application du droit privé pour connaître des dommages causés par un bac exploité par la colonie de Côte d'Ivoire, en invoquant le motif que la colonie gérait un "service de transports dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire".

Cette solution a été reprise par la jurisprudence française qui a dégagé les éléments de cette notion de service public industriel ou commercial et a rangé cette catégorie d'activités administratives parmi les services publics à gestion privée.

Partant de l'existence d'une certaine ressemblance entre des services publics et des entreprises privées industrielles ou commerciales, quant à leur objet, leurs modalités essentielle d'aménagement et de fonctionnement, la jurisprudence les définit par un "faisceau d'indices", lorsque leur qualification ne résulte pas d'un texte législatif ou réglementaire ; le faisceau d'indice concerne : l'objet de nature économique pouvant être celui d'une entreprise privée (ce qui exclut les monopoles par exemple), une organisation faisant appel aux procédés techniques, juridiques et financiers adaptés à la fonction de l'entreprise privée, relevant l'intention des créateurs d'en faire un service proche de l'entreprise privée, par la recherche de bénéfices ou par une comptabilité de caractère privé. De tels services sont gérés au Sénégal par un certain nombre d'établissements publics prévus par la loi du 10 août 1977 : régie de chemin de fer, l'agence de presse, l'OHLM; OPT, le Port Autonome de Dakar, l'ONCAD, les sociétés de développement type SAED etc... ; à noter aussi que des personnes privées comme la SOADIP, la SOTRAC et la SENELEC gèrent des services publics industriels et commerciaux à la suite de concession.

Les dommages causés aux usagers de ces services et aux tiers sont réparés selon les règles du droit privé.

Les services publics sociaux sont une catégorie incertaine de services publics destinés à fournir à leurs bénéficiaires des prestations sociales et font naître des rapports de droit privé entre leurs bénéficiaires et eux. Il s'agit généralement des services publics de sécurité sociale, d'allocations familiales et autres services similaires ou connexes à ceux-ci.

Au Sénégal, la Caisse de Sécurité Sociale a été rangée par la loi du 10 Août 1977 parmi les établissements industriels ou commerciaux alors qu'elle fonctionne par voie d'autorité et a des ressources provenant notamment des cotisations obligatoires assimilables à des taxes parafiscales.

Enfin le Sénégal a créé une catégorie appelée établissement public à caractère professionnel chargé de la gestion de services publics ayant un caractère professionnel, concernant des professions ou des groupes de professions organisés, et reconnus services publics par la jurisprudence Montpeur (C.E. 31 Juillet 1942). L'article 7 de la loi du 10 Août 1977 les soumet au droit privé "en tout ce qui n'est pas contraire aux lois et décrets qui les régissent" Il devient alors certains que leurs activités dommageables sont soumises au droit privé de même que les conséquences de ces dommages.

une partie de
La gestion du domaine privé a été considéré par/la jurisprudence comme un service public et le préjudice né de cette gestion est réparé selon les règles du droit privé, même si ce service public obéit à un régime mixte de droit privé et de droit public. C'est le cas par exemple lorsque le dommage résulte d'un incendie (Cass. civ. 12 Juin 1901 D. 1902 I. 376) ou de la ruine d'un bâtiment (Aix en Provence 4 Novembre 1974) ; ou de la chute d'un balcon appartenant à l'Etat et affecté au logement de fonctionnaire (T. Dakar 5 mars 1977 Mbaye DIOP c/Etat du Sénégal).

A côté de ces services publics à gestion privée, il existe d'autres activités de l'administration qui ne constituent pas un service public et de ce fait déterminent la situation de droit privé de la victime.

Paragraphe 2 : Activités de personnes publiques ne constituant pas un service public

Les activités administratives ne constituant pas un service public sont celles dans lesquelles les considérations d'intérêt général sont sinon totalement absentes, du moins très secondaires par rapport aux considérations relatives aux résultats financiers de l'activité. C'est le cas de certaines entreprises publiques créées par l'Etat ou même de certaines entreprises nationalisées. C'est le cas par exemple en France de la Régie Renault, ou des entreprises devenues propriétés de l'Etat par suite de déshérence ou dont l'administration assure la liquidation. De telles activités seront soumises à un régime de droit privé, de même que les relations juridiques qui en naissent.

Paragraphe 3 : Les cas de détermination spéciale

Il s'agit d'activités que la loi a expressement soumis à l'application du droit privé sans tenir compte de la nature du service public auquel elles se rattachent et qui en principe aurait du les soumettre à l'application du droit administratif.

Certains textes sénégalais -repreant des textes français qui avaient pour objet de régler avant tout des problèmes de compétence entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives- ont décidé que les dommages causés par ces activités seront réparés selon les règles du droit civil.

L'article 147 du Code des Obligations de l'administration -repreant la loi française du 31 décembre 1957- pose le principe de l'application du droit privé à la responsabilité publique du fait des dommages causés par les véhicules administratifs. Dans ce cas le droit à réparation de la victime est régie par le droit commun de la responsabilité et par les règles concernant le fait des choses et des* animaux. Ce qui nous intéresse ici, c'est que lorsque l'agent auteur du dommage agissait à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, c'est à l'administration que la victime demande réparation par le mécanisme de la substitution.

L'article 146 du C.O.A. substitue la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public à raison des dommages subis ou causés par les élèves placés sous leur surveillance. La jurisprudence sénégalaise repreant la solution française- place la victime d'un tel dommage dans une situation juridique de droit privé en estimant que son droit à réparation, que la victime soit un élève ou un tiers, est soumis aux règles du droit commun (Tribunal de première instance de Dakar 23 mai 1970 Abdourahmane Ndoye Recueil A.S.E.R.S. 1970 11 104).

L'article 214 du Code de l'administration communale place aussi les victimes de dommages causés par les attroupements sur le territoire communal dans une situation juridique de droit privé, en déclarant les communes civilement responsables de tels dommages qui mettent en cause leurs attributions de police administrative.

Remarques : Le droit français connaît des cas de détermination spéciale par la jurisprudence à l'exemple de la soumission des dommages causés par les activités de police judiciaire au droit privé, ou de ceux causés par l'existence d'une voie de fait sur les propriétés privées. L'état naturel du droit positif sénégalais ne permet pas de savoir ce qu'il en est au Sénégal, et la retransposition des solutions françaises n'est pas évidente ; en effet l'exemple de la soumission des conséquences dommageables des activités de police judiciaire par exemple montre que cette détermination a été faite exclusivement dans un souci de séparation entre juridictions judiciaires et juridictions administratives, et pour empêcher les juridictions administratives d'apprécier des actes touchant à la juridiction judiciaire ; au Sénégal l'unité de juridiction doit automatiquement écarter de telles considérations. Ainsi la loi et la jurisprudence peuvent placer la victime dans une situation juridique différente de celle qu'aurait normalement permis de déterminer le régime juridique de l'activité dommageable. La qualité de la victime par rapport à l'activité sera aussi un élément de détermination notamment à l'intérieur de chacun des deux types de situation juridique pour établir une différenciation dans l'application des règles juridiques.

SECTION II : CONSIDERATION DE LA QUALITE DE LA VICTIME

Que la victime soit dans une situation juridique de droit public ou de droit privé, il faudra tenir compte de sa qualité de tiers, d'usagers ou de personnes participant à l'exécution du service par rapport à l'activité dommageable. Aussi il importe de cerner cette notion de qualité par rapport à l'activité, en distinguant entre la qualité de tiers ou d'usager et de celle de personne participant à l'exécution du service.

Sous-section I : Qualité de tiers ou d'usager

Le droit à la réparation, dans la fixation de ses conditions, fait appel à la distinction tiers-usager.

Paragraphe 1 : La distinction tiers-usager

Le code des obligations de l'administration parle de tiers et d'usager du service public ou du travail public, sans donner une définition de ces termes. La jurisprudence sénégalaise applique la distinction en se référant au droit français dont la jurisprudence a dégagé une définition de manière pragmatique.

L'usager du service public ou de l'ouvrage sur lequel est effectué un travail public est considéré, comme étant toute personne qui use du service dans le but de bénéficier des prestations qu'il fournit, ou qui utilise l'ouvrage public de manière conforme à la destination juridique, destination déterminée par l'affectation de l'ouvrage à l'usage du public ou au service public.

- A cet usager on assimile le candidat à l'usage qui est toute personne qui demande à bénéficier des prestations de services.
- Le tiers, au contraire est toute personne qui n'est ni usager ni membre du personnel du service public ; c'est aussi la personne victime d'un dommage qui ne trouve pas son origine dans l'utilisation de l'ouvrage en cause ou de l'ouvrage sur lequel le travail est effectué ; ou encore la victime d'un dommage qui n'est pas lié au profit que celle-ci peut tirer de l'ouvrage.

La distinction tiers-usager aisée à première vue soulève cependant quelques difficultés.

Paragraphe 2 : Difficultés et intérêt de la distinction tiers-usager

Ces difficultés sont surtout sensibles en matière de travaux publics. C'est ainsi par exemple que le riverain du domaine public n'est considéré comme usager que lorsque le dommage trouve son origine dans l'utilisation même de l'ouvrage dépendance du domaine public, c'est à dire dans son fonctionnement (comme l'a admis le conseil d'Etat dans un cas où le riverain d'une digue de protection est un tiers pour les privations de vue ou les modifications de la configuration du terrain résultant de la présence de la digue ; le conseil d'Etat a estimé que le dommage se trouvait ailleurs que dans le fonctionnement de la digue dont le riverain pouvait être bénéficiaire donc usager (11 mai 1962 ministre des Travaux Publics c/ Consorts Duboul de Malafosse).

De même la permissionnaire de voirie, occupant du domaine public et parfois considéré comme un usager, s'il s'agit de travaux exécutés dans l'intérêt de la dépendance occupée, parfois comme un tiers, s'il s'agit de travaux exécutés dans un intérêt autre que celui du domaine occupé (C.E. 29 mars 1968, ville de Bordeaux, ASDA 1968.348).

La difficulté est plus prononcée encore lorsque le travail ou l'ouvrage public est lié à un service public industriel et commercial, le dommage résultant de l'ouvrage ; cas dans lequel il faut déterminer si la victime a subi le dommage

à l'occasion de l'utilisation du service ou de l'ouvrage public même, ou était un simple tiers ; les conséquences de ces trois situations sont différentes en égard à la qualité de la victime. Si la victime est considérée comme un usager du service industriel, ses relations contractuelles avec le service prévalent sur le caractère attractif du régime de travaux publics. Au contraire si elle est considérée comme usager ou tiers au travail ou à l'ouvrage public, ce régime s'applique mais encore de façon différente selon que la victime est usager ou tiers. C'est ainsi que le tribunal du conflit -à propos du dommage causé à l'abonné d'une distribution électrique par la surtension, née de la chute de la foudre sur un câble extérieur au domicile de l'abonné- a considéré qu'eu égard aux rapports juridiques nés du du contrat liant le service à l'usager, celui-ci ne pouvait en cas de dommage subi par lui à l'occasion de la fourniture des prestations de service, exercer d'autre action contre son co-contractant que celle précédant du contrat, alors même que la cause du dommage subi par lui résiderait dans un vice de la conception, de la construction, de l'entretien ou du fonctionnement de l'ouvrage public qui assure la fourniture. Le tribunal a donc écarté dans ce cas, toute qualité d'usager ou de tiers à l'ouvrage public et n'a considéré que la qualité d'usager en tant qu'abonné du service (T.C. 24 Juin 1954 Minodier - Guyomar JCP 1954 II. 8355). Dans une situation pareille, la jurisprudence a estimé que la qualité d'usager n'appartient qu'à l'abonné et aux membres de sa famille vivant avec lui ; par contre sont considérés comme tiers les personnes se trouvant au domicile de l'abonné (C.E. 25 Janvier 1952 Nougaret Rec. 62), les employés de cet abonné (C.E. 25 avril 1953 Dame Barbaza Rec. 228) ou l'associé d'une société qui a contracté l'abonnement (C.E. 22 juin 1956 E.D.F. ROP 1956. 1357).

Même lorsque la victime n'est pas en relation contractuelle avec le service, la jurisprudence lui a reconnu la qualité d'usager du service et non de l'ouvrage public (T.C. 17 Octobre 1966, Dame veuve Canasse Rec. 834) alors qu'elle se rendait dans une gare pour expédier un colis. L'arrêt Sékou Badio du Tribunal de Dakar lers mars 1969 illustre cette difficulté puisque dans cette décision le tribunal a retenu la qualité de tiers par rapport au contrat entre une entreprise privée chargée de travaux sur la voie et l'Etat, alors que manifestement il s'agissait d'un usager de la voie publique victime d'un dommage de travail public exécuté sur ladite voie. La jurisprudence pour faire la distinction tient souvent compte de l'intention de la victime à utiliser le service public ou l'ouvrage public ; c'est l'exemple de

la personne blessée par l'effondrement d'une marquise dans une gare où elle se trouvait pour assister à une manifestation folklorique ; le conseil d'Etat a estimé qu'une telle personne n'avait pas l'intention d'utiliser le service public de la S.N.C.F. mais a seulement utilisé l'ouvrage public que représente la gare (C.E. 9 mars 1956 Ministre des T.P.C/ Latre Rec. 138)

Ces exemples qui illustrent les difficultés que peut comporter la distinction, laissent percevoir l'intérêt qui s'attache à cette distinction. En effet la distinction tiers-usagers si elle est sans valeur en ce qui concerne les victimes d'un service public à gestion publique à qui sont appliquées les mêmes règles juridiques de réparation prend toute son importance lorsqu'il s'agit des dommages causés par les travaux publics ou l'exécution du service public industriel ou commercial pour lesquels la qualité de la victime conditionne l'application des règles (cf chapitre II).

Sous section II : La qualité de personne participant à l'exécution du service public

Sont considérés comme participant à l'exécution du service public tous ceux qui sont des collaborateurs du service.

- Il peut s'agir de l'agent employé par le service public qu'il soit fonctionnaire ou simple auxiliaire non fonctionnaire.

- Il peut s'agir aussi d'élus locaux ayant mandat de gestion, de personnes privées chargées de l'exécution du service public, de collaborateurs à titre exceptionnels bénévoles ou requis.

- Toutes ces personnes ont droit à réparation des dommages causés par le service à l'occasion de leur collaboration. Mais la détermination de leur qualité précise est importante car joue un rôle important dans l'application des règles commandant le droit à réparation.

CHAPITRE IILES REGLES JURIDIQUES APPLICABLES A LA SITUATION DE LA VICTIME

Les déterminants de la situation juridique de la victime, dégagés dans le chapitre précédent, vont se combiner pour commander l'application différenciée de règles juridiques à cette situation. A la situation juridique de droit public seront appliquées des règles de droit administratif dont l'essentiel est contenu dans le code des obligations de l'administration et dans les articles 729 et suivants du code de procédure civile imposant le respect de certaines règles particulières à la matière administrative.

A la situation juridique de droit privé correspond des règles juridiques qui sont celles de la responsabilité de droit commun auxquelles s'ajoutent certaines indications du code des obligations de l'administration.

Leur étude se fera en distinguant : (section I) les règles applicables à la situation juridique de droit public, (section II) les règles applicables à la situation juridique de droit privé, et (section III) la procédure particulière à la situation juridique de droit public.

Section I : Les règles applicables à la situation juridique de droit public

Lorsque la victime a subi un dommage du fait des activités de l'administration soumises à un régime juridique de droit administratif, son droit à réparation est soumis aux conditions posées par les articles 141, 142, 143, et 144 du Code des obligations de l'administration.

Pour bien montrer le rôle important que tient la qualité de la victime dans l'application de ces règles l'étude se fera en considération de cette qualité, avant d'étudier les règles communes quelque soit la qualité de la victime.

Sous-section I : Règles applicables aux tiers et aux usagers

Il faut distinguer ici entre les tiers et usagers par rapport au service public à gestion publique et les tiers et usagers par rapport au travail public.

Paragraphe I : Tiers et usagers par rapport au service public

L'article 142 du Code des obligations de l'administration stipule que "les tiers et usagers ont droit à la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public. Ce fonctionnement défectueux s'apprécie en tenant compte de la nature du service, des difficultés qu'il rencontre et des moyens dont il dispose".

Il faut observer au sens de cet article les règles suivantes : l'indifférence de la distinction tiers-usagers, la preuve de l'existence d'un fonctionnement défectueux donc d'une faute et l'appréciation par le juge dudit fonctionnement en fonction de certains éléments.

1. La distinction tiers-usager est inopérante quand le dommage provient d'une activité soumise à un régime de droit public, mais activité constituée en service public. Le tiers et l'utilisateur se trouvent donc dans une même situation juridique lorsqu'ils sont victime d'un dommage causé par le service public à gestion publique. Il leur faut, pour faire prévaloir leur droit à réparation, prouver l'existence d'une faute commise par l'administration.

2. L'existence d'une faute commise par l'administration doit être établie en invoquant un fonctionnement défectueux du service à l'origine du dommage.

Une telle faute correspond à la faute de service commis par un agent à l'occasion de ses fonctions et étroitement liée au fonctionnement du service public (et non la faute de caractère personnelle) ou à la faute du service, faute anonyme révélée par une carence, un négligence ou même un défaut de fonctionnement. C'est ainsi que constitue un fonctionnement défectueux : la négligence résultant du fait de laisser sans soins pendant deux jours des animaux mis en fourrière (Trib. 1ère instance Dakar 26 août 1961 Ka mamadou Fall C/ mairie de Rufisque) -la mauvaise installation matérielle d'un service tel celle d'un bac sur un cours d'eau à fort courant sans dispositif d'amarrage suffisant (Trib. de 1ère instance de Dakar 6 mars 1965 Druo Ferron) -le défaut de fonctionnement révélé par une promesse non tenue (C.E. 24 avril 1964 Société des Huileries de Chaumy Réc. 245).

L'arrêt Mor DIAW a précisé cette conception de la faute de service en la définissant comme étant un fonctionnement défectueux du service public par rapport à son fonctionnement normal-présentant un certain degré de gravité variable en fonction des activités de l'administration- et compte tenu des difficultés présentées pour l'exercice de cette activité et des moyens dont disposerait l'administration pour éviter le dommage.

3. Ainsi le juge va donc apprécier de façon objective la faute de service en restant indifférent quant à son origine et en recherchant si les conditions de la définition sont réunies : ainsi il y aura faute si le résultat de l'activité témoigne d'une défectuosité que le comportement moyen normal du service aurait évité. Donc le juge recherchera ce qu'aurait dû être, dans les circonstances concrètes le comportement normal du service, en fixant un seuil de comportement compte tenu des moyens et de la nature de l'activité.

Dans l'affaire Mor DIAW par exemple, le juge a estimé que l'administration n'ayant pas les moyens de faire face de manière correcte à la situation, l'enlèvement des ordures est rendu difficile par l'indiscipline des habitants qui jettent à tout moment des objets sur la chaussée, aussi faut-il laisser un certain temps -qui toutefois ne doit pas être long- à l'administration pour procéder à leur enlèvement, celle-ci n'étant pas tenue, compte tenu de ses moyens d'y procéder au bout de trois jours.

Le juge peut même exiger l'existence d'une faute lourde comme ce fut le cas dans l'affaire Cheikh Marone du 26 août 1961 en exigeant la preuve de l'existence d'une faute manifeste ou d'une particulière gravité pour pouvoir mettre en cause la déficience des services de police à protéger un convoi électoral en Casamance. Ainsi dans cette affaire, les ayant causes de la victime décédée à la suite d'événements en rapport avec des élections, n'avaient pas droit à une réparation du fait de l'inexistence d'une telle faute lourde.

La condition de l'existence d'une faute nécessaire à la reconnaissance du droit à la réparation de la victime tiers ou usager d'un service public administratif est assez exigeante contrairement à la condition exigée de l'usager et du tiers par rapport au travail public, situation dans laquelle l'exigence d'une faute s'estompe, lorsqu'il s'agit de dommage causé au tiers.

Paragraphe 2 : Tiers et usager par rapport au travail public

L'article 143 du C.D.A à la place de la faute pose une condition au droit à réparation différente selon qu'il s'agisse du tiers, ou de l'usager.

Les tiers ont droit à la réparation du dommage résultant soit de l'exécution d'un travail, soit de l'existence ou du fonctionnement d'un ouvrage.

Les usagers ont droit à la réparation lorsque le dommage a été causé par une faute relative à ces travaux ou par le fonctionnement défectueux d'un tel ouvrage.

1. La distinction tiers-usagers reprend tout son intérêt ; le tiers et l'usager n'ont pas le même sort. En effet les termes mêmes de l'article 143 montrent que lorsque la victime se trouve dans la situation de tiers par rapport à l'ouvrage ou au travail public dommageable, il suffit que le dommage ait été causé par la simple existence de l'ouvrage ou par son fonctionnement seulement sans qu'il y ait besoin que ce fonctionnement présente un caractère défectueux, contrairement à l'usager à qui ce caractère défectueux est exigé à défaut de l'existence d'une faute relative aux travaux.

2. Le tiers bénéficie donc d'une responsabilité sans faute : il suffit qu'un lien de causalité existe entre le dommage et le travail public. L'administration ne sera exonérée que si elle apporte la preuve de la faute de la victime ou la force majeure, le fait d'une tierce personne ne pouvant pas l'exonérer.

3. L'usager lui, du fait qu'il bénéficie de l'ouvrage ou du travail est soumis à une responsabilité pour faute. Mais la jurisprudence sénégalaise, adoptant en cela celle française, a estimé que cette faute doit être présumée. Elle a appliqué en effet la théorie du défaut d'entretien normal (C.A. Dakar 3 Janvier 1970 Mor DIAW et Alassane DIALLO c/Commune de Dakar Trib. 1ère instance Dakar 5 février 1977). Il ressort de cette jurisprudence que l'usager victime n'établit que le lien de causalité entre le préjudice subi et l'ouvrage. Toutefois si l'administration arrive à apporter la preuve qu'elle n'a pas commis de faute elle est exonérée de la réparation ; mais il faudra qu'elle prouve que l'ouvrage public était normalement entretenu et de manière conforme à sa destination. Mais là aussi l'appréciation que le juge porte sur cette preuve est décisive. L'ouvrage ne doit pas être parfait

mais au moins dans un état tel que l'usager moyennement diligent puisse en user sans difficultés et sans danger. S'il existe des défauts et ont causé des dommages à l'usager, l'administration ne pourra s'exonérer qu'en prouvant qu'elle ne pouvait remédier à ces défauts que dans des délais raisonnables (laissés à l'appréciation du juge) et que le dommage est survenu de façon prématurée à son action. Ainsi les juges ont estimé qu'un jour férié, la commune n'est pas tenue d'intervenir immédiatement en cas de dérèglement d'un feu rouge, surtout le jour de la Tabaski qui a été le moment du dommage causé à Alassane DIALLO. La théorie du défaut d'entretien normal met à la charge de l'administration la difficile preuve de faire tomber la présomption de responsabilité et place ainsi l'usager, qui n'a que le lieu de causalité à établir, dans une situation presque identique à celle du tiers. La condition de la responsabilité sans faute est ainsi exigée de la victime qui a subi un dommage dans les conditions posées par l'alinéa 2 de l'article 142 C.O.O.

Paragraphe 3 : L'alinéa 2 de l'article 142 C.O.A.

Les tiers peuvent obtenir la réparation d'une partie du dommage anormal et spécial qui leur est causé dans deux cas prévus par l'alinéa 2 de l'article 142 C.O.A. : -par l'intervention d'une loi ou d'un règlement administratif régulier et par le refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice.

Dans ces cas le dommage ne résulte pas d'une faute et la victime doit établir un lien de causalité entre le dommage et l'acte ou le refus. Mais l'article 142 y ajoute d'autres conditions.

1. Dans le premier cas où le dommage a été causé par l'intervention d'un acte il faut -que l'acte soit un acte juridique régulier qui peut être une loi comme dans l'arrêt "La Fleurette" du C.E. 14 Janvier 1938 ou des mesures d'applications n'ajoutant rien à la loi (C.2 25 Janvier 1963 Ministre de l'Intérieur c/Bavers) ou alors un règlement légalement pris, quelque soit son contenu (C.E. 22 février 1963 Commune de Gavarnie Recueil 113.

- Il faut aussi que la volonté du législateur n'ait pas été d'exclure la réparation. Cela doit ressortir explicitement, ou implicitement par interprétation de l'acte en cause ; l'interprétation contraire entraînerait la réparation si la condition tenant à l'objet de l'acte est remplie.

En effet il faut que l'acte pris dans l'intérêt général ait eu pour effet d'avantager anormalement un groupe de particuliers et de désavantager gravement le demandeur. Il apparaît nettement qu'il s'agit de mesures tendant à limiter la concurrence économique alors que les activités concurrentielles limitées ou interdites par la mesure étaient parfaitement légitimes par elles-mêmes.

2. Dans le cas de refus d'exécution d'une décision de justice il faut pour que le dommage soit réparable :

- que la victime soit en possession d'un jugement exécutoire nécessitant l'intervention de la force publique (C.E. 30 novembre 1923 C) pour son exécution,
- que le concours de la force publique lui soit refusé pour des raisons valables, excluant la faute de service, et tirées du risque de troubler l'ordre public dont le maintien est la mission première des forces publiques, l'intérêt général prévaut sur l'intérêt individuel ;
- enfin que le refus doit être poursuivi pendant une période anormalement longue ; c'est-à-dire que le juge ne considérera qu'il y a eu refus qu'au delà d'un délai dans lequel les moyens de l'administration ne lui permettait pas d'intervenir. Si ce délai est dépassé, le dommage doit être réparé car ^{il} remplit alors la condition commune aux deux cas prévus par l'article 142 al. 2 : la condition d'anormalité et de spécialité.

3. La condition que le dommage réparable n'est que celui anormal et spécial réduit considérablement le champ de cette responsabilité.

Dans le cas de l'intervention d'une mesure régulière, le dommage qui toucherait par exemple l'ensemble du secteur d'activités concernés n'est général et non spécial comme dans l'affaire jugée par le tribunal de Dakar le 30 septembre 1961. La décision rendue à propos d'un décret retirant aux compagnies d'assurance la gestion du risque accident de travail confié à un établissement public a établi que la mesure touchait l'ensemble des assureurs avant de décider que la Compagnie d'assurance "la Foncière" n'avait pas subi un dommage anormal et spécial.

Dans le cas du refus d'exécuter la décision de justice, le dommage ne devient anormal et spécial qu'après l'écoulement d'un délai normal dans lequel l'administration devait intervenir.

Enfin notons que l'appellation de tiers donné à la victime par l'alinéa 2 de l'article 142 détermine tout simplement la situation de la victime par rapport à un acte dommageable lié à une activité administrative.

Sous section II : Règles applicables aux personnes participant à l'exécution du service public

C'est l'article 144 COA qui pose les règles applicables aux personnes participants à l'exécution du service public. Le libellé est le suivant : "le dommage subi par les personnes participant à l'activité du service public soit en vertu de leurs fonctions, soit en cas d'urgence, de leur propre initiative, ouvre droit à réparation à moins qu'il ne soit établi que ce dommage est dû à une cause étrangère à l'Administration".

En dehors du fait que cet article perpétue la condition de la responsabilité sans faute déjà posée dans les articles précédents, les autres conditions sont les suivantes :

1. Il faut que la personne qui participe à l'activité du service le soit en vertu de ses fonctions ou en cas d'urgence, de sa propre initiative.
2. Il ne faut pas que le dommage ait une cause étrangère à l'administration.

En outre le dommage doit avoir avec l'activité administrative, mise en cause une relation directe et certaine.

Pour établir le caractère directe du préjudice, le juge recherche parmi les faits précédant le dommage celui qui paraît devoir être retenu comme sa cause.

Le préjudice certain exclut la simple éventualité ou possibilité de préjudice mais la jurisprudence lui assimile le préjudice futur lorsqu'il est inévitable ou présente des causes sérieuses de réalisation (C.E. 1er décembre 1961 Lacombe D. 1962.83).

Le préjudice est réparable qu'il soit matériel ou moral.

Le préjudice doit être spécial. Cette condition va de soi dans les cas de réparation selon le droit civil où l'administration ne peut causer de dommage qu'à un ou quelques particuliers, du fait du caractère "normal" de ses activités "privées". Par contre, du fait de ses activités de service public, l'intérêt général conduit l'administration à exercer des activités de caractère souvent exorbitant. Dans ces conditions, lorsque le dommage touche l'ensemble des administrés il n'a pas de caractère réparable car les administrés supportent eux-mêmes la charge publique entraînée par la réparation des dommages. D'où, dans les cas de réparation selon les règles du droit public, l'exigence de mettre en relief le caractère spécial du dommage qui n'atteint qu'un ou un certain nombre d'individus.

Le préjudice doit enfin être évaluable en argent car conformément à l'article 141 C.O.A. la réparation ne se fait que sous forme de dommages intérêts. L'évaluation du préjudice est faite au jour de la décision de justice.

Paragraphe 2 : L'exclusion de la situation juridique de droit privé de la procédure du préalable de l'article 729 du Code de Procédure civile

Le contentieux de la réparation est en principe soumis au code de procédure civile mais compte tenu de la particularité du régime de droit administratif, les articles 729 et suivants ont introduit certaines particularités qui sont applicables lorsque l'activité dommageable relève de la matière administrative c'est-à-dire soumise au droit administratif.

Il s'agit d'abord de formalités préalables à l'action en réparation. La victime doit obligatoirement faire un recours administratif préalable. Ce recours est adressé à l'autorité administrative habilitée à recevoir l'assignation (en justice). L'autorité administrative est tenue de se prononcer, et sa décision qui sera déférée au juge, si elle ne donne pas satisfaction à la victime. Si l'autorité a gardé le silence pendant quatre mois, la victime doit considérer qu'elle a rejeté

son recours ; ces quatre mois de silence s'ajoutent aux deux mois de délai de saisine du tribunal pour étendre le délai de recours contentieux à six mois après la réception du recours administratif.

En cas de réponse expresse non satisfaisante, la victime a deux mois à partir de la date de la réponse pour saisir le juge. Passé ces délais, son action est forclosée. (Notons que si, dans les quatre ans qui suivent la réalisation du dommage, la victime n'a pas introduit un recours administratif, son droit à réparation est frappé de la déchéance quadriennale).

La victime doit aussi assigner la personne habilitée à représenter l'administration. Cette précision est faite pour exclure la possibilité, existant en contentieux de l'excès de pouvoir, de saisir le juge par une requête unilatérale provenant du demandeur.

Le recours préalable est destiné à permettre à l'administration de donner satisfaction au requérant, ou d'aboutir à une conciliation en évitant le procès. Il n'est pas applicable dans les cas où l'activité dommageable est soumise à un régime de droit privé.

TITRE II : POUR UNE REVALORISATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DE LA VICTIME

Le titre premier de l'étude présente permet de constater la relative complexité de la situation juridique de la victime des dommages causés par les activités de l'Administration. D'abord parce que la dualité de cette situation juridique-droit public et droit privé- reflète la dualité du régime juridique auquel ces activités sont soumises. Ensuite parce que les règles applicables à cette situation sont variées, qu'elles soient conditionnées par la responsabilité sans faute ou par la responsabilité pour faute. Cette complexité rend malaisé le choix par la victime des moyens à présenter et de la démarche à suivre pour obtenir la réparation équitable de son préjudice. Ce malaise est accentué par l'inexistence d'une attitude cohérente de la jurisprudence qui renforce l'incertitude des textes existants. Le problème devient alors celui de la démission de la victime à poursuivre la réalisation de son droit à réparation contre cette administration quasi intouchable. Or il est incontestable que l'activité administrative ne saurait être efficace que si elle est conciliable avec les droits que la Constitution reconnaît aux administrés. Cette activité tendant à la satisfaction de l'intérêt général est indissociable du souci de perpétuer la sentiment de sécurité et de stabilité de la collectivité que recherchent les administrés par le biais des institutions politiques et administratives. C'est pourquoi il est nécessaire que le droit positif, dont le rôle est de créer des normes justes et adéquates aptes à satisfaire les préoccupations d'une société donnée à une époque déterminée, veille à la conciliation permanente des droits individuels et de l'intérêt général. Dans ce cadre, il doit, dès à présent, dégager des règles aptes à corriger les effets néfastes des activités de la puissance publique sur la situation juridique des administrés. Aussi est-il utile dès maintenant de rechercher les meilleures règles à régir la situation juridique de la victime du fait des activités administratives ; relever ce qui est incohérent dans les règles régissant cette situation et ce qui peut constituer des goulots d'étranglement à elle, contribue à cette tâche. De la même façon l'est, la recherche du rôle du juge protecteur de la situation juridique des administrés donc de la victime.

Revaloriser la situation juridique de la victime consisterait à simplifier et harmoniser les règles qui lui sont applicables (chapitre I) ainsi qu'à déterminer le rôle du juge protecteur de cette situation et conciliateur des droit individuels et de l'intérêt général (chapitre II).

CHAPITRE PREMIER : SIMPLIFICATION ET HARMONISATION DES REGLES JURIDIQUES

Le droit de la responsabilité de l'administration est à l'instar de tout le droit sénégalais, un droit jeune, en voie de formation ; mais il a l'avantage de pouvoir méditer sur l'expérience des pays de tradition juridique ancienne et notamment de droit français qui est une source importante de son droit. Aussi compte tenu de ses préoccupations propres le droit sénégalais dans son effort d'adaptation et de création doit faire preuve d'imagination réaliste dont les bases sont la recherche d'un cadre juridique harmonieux pour un développement économique et social et la promotion des droits concrets et libertés des citoyens.

A cet égard, la reprise des règles de la responsabilité administrative de droit français doit être accompagnée de correctifs dont le plus évident est la simplification de ces règles dans leur application sénégalaise.

En effet, la dualité de juridiction -du droit français- juridiction judiciaire et juridiction administrative- n'existant pas au Sénégal, toutes règles n'ayant leur raison d'être que du fait de cette dualité, sont à banir du système d'unité de juridiction du droit sénégalais. La conservation d'un régime administratif à côté d'un régime de droit privé doit permettre une harmonisation des différentes règles en découlant, pour rendre plus aisée la tâche et du juge, et de l'administré, et de l'administration. A ce propos, une uniformisation de la procédure contentieuse de la responsabilité s'impose, de même qu'une application harmonieuse des règles de la responsabilité de l'administration.

Section I : Uniformisation de la procédure contentieuse

Pour montrer la nécessité de cette uniformisation, la décision du tribunal de première Instance de Dakar, du 23 mai 1970 Abdourahmane Ndoye C/Etat du Sénégal est très révélatrice.

Le sieur Abdourahmane Ndoye, agissant es qualité de sa fille Rokhaya Ndoye élève de C.E. 2 à l'école primaire de Ouakam 2 grièvement blessée au poignet par le bris d'un carreau de la porte d'une salle de classe, a mis en cause la responsabilité de l'Etat en se fondant sur deux moyens : la responsabilité de l'Etat

pour les dommages résultant du fait des membres de l'enseignement régie par l'article 146 du C.O.A. et la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public régie par l'article 142 du C.O.A.

Le juge reçoit et examine le premier moyen tiré de l'article 146 C.O.A. qui fait appel aux règles du droit commun privé mais déclare irrecevable celui tiré de l'article 142 C.O.A comme soumis au droit administratif donc au recours préalable à l'administration : "Attendu tant en ce qui concerne le mauvais entretien des bâtiments que l'organisation défectueuse du service, la responsabilité de l'Etat ne peut être recherchée qu'au titre du contentieux administratif ; que dès lors les dispositions de l'article 729 du Code de procédure civile sont applicables à une telle action"- Le tribunal justifie l'irrecevable par l'expiration du délai de deux mois après le refus implicite opposé par l'administration au recours gracieux.

Ainsi donc, dans la même affaire, le juge unique accepte un moyen tiré d'une activité soumise au droit civil et rejette un moyen tiré d'une activité soumise au droit administratif et soumis à la procédure de l'article 729 en matière administrative. Une telle subtilité juridique est fâcheuse pour la victime qui, n'ayant pu obtenir réparation sur la base de l'article 146 C.O.A dont les conditions n'étaient pas remplies, a perdu cette possibilité qu'aurait pu lui ouvrir l'article 142 ou même 143 du C.O.A, pour n'avoir pas su distinguer ce qui relève de la matière administrative ou de la matière civile.

Cette décision permet de faire une critique de la distinction matière civile, matière administrative pour des problèmes touchant la même personne, l'administration ; mais aussi de proposer un critère d'appréciation aboutissant à l'unification de la procédure en matière de plein contentieux de la responsabilité

Paragraphe 1 : Critique du procédé actuel de distinction

A côté de la décision "Abdourahmane Ndoye" d'autres décisions montrent l'incohérence née de la distinction de procédure.

Dans l'affaire jugée par le tribunal de première instance de Dakar le 1er mars 1969 "Sibou Badio", alors que la victime invoquait l'article 143 régissant la responsabilité de l'Etat du fait des dommages de travaux publics, le juge a déclaré recevable l'action alors même que cette victime n'a pas fait un recours préalable à l'administration conformément à l'article 729 C.P.C., en alléguant du fait que l'Etat n'a pas invoqué l'irrecevabilité tirée de l'inobservation de cette procédure.

Par ailleurs, les tribunaux font mal la distinction entre la matière administrative et la matière civile, statuant indifféremment dans l'une ou l'autre, sans rechercher de quelle manière relevait le litige.

C'est que le problème est lié au choix que le juge a fait du critère matériel de la matière administrative.

Le critère matériel amène à considérer comme relevant de la matière administrative, les activités de l'administration soumises aux règles du droit administratif et à exclure celles soumises aux règles du droit privé. Cette démarche conduit la victime à déterminer elle-même dès le recours contentieux, dans quelle situation juridique elle se trouve. Il faudrait alors qu'elle détermine la nature juridique de droit privé ou de droit public de l'activité dommageable, sa qualité de tiers, d'usagers ou de personne participant ou non à l'activité. Cette tâche est très difficile pour un non juriste. Cette difficulté est renforcée par le manque de maîtrise du droit administratif par le juge non spécialisé, non habitué aux subtilités du droit de la personne publique.

Par ailleurs cette distinction entre matière civile et matière administrative au niveau de la procédure n'est pas justifiée, comme en France, par l'existence en duo du juge civil et du juge administratif. Le juge du tribunal de 1ère instance est compétent aussi bien en matière administrative qu'en matière civile. L'absence du problème de compétence ne justifie donc plus cette distinction procédurale.

Paragraphe 2 : Adoption du critère organique

La procédure particulière des articles 729 et suivants du code de Procédure Civile est édictée en matière administrative, mais le code ne définit pas ce qu'est la matière administrative. Donc le juge apprécie souverainement ce qui

doit rentrer dans cette matière. L'absence de définition par un texte légal doit être mis à profit par le juge qui pourra apprécier de manière circonstanciée la matière administrative. Il pourra le faire en fonction de la nature juridique de l'activité litigieuse ou en fonction de la personne en cause. Mais cette utilisation doit être cohérente.

Ainsi en ce qui concerne la procédure contentieuse, le critère organique se prête mieux à une attitude cohérente et harmonieuse du juge dans ses interventions.

En effet il lui est plus bénéfique de considérer que, rentrent dans la matière administrative toute activité ou action dans laquelle une personne publique est mise en cause, quitte à exclure les cas où c'est l'administration qui poursuit une action contre un particulier comme le ferait n'importe quel particulier envers un autre. Ce critère formel ou organique éviterait à la victime tous les tracasseries juridiques précédemment invoqués en laissant le soin au juge, une fois le recours contentieux introduit, de déterminer lui-même la situation juridique de droit privé ou public de la victime.

Le fait de soumettre toute victime de l'administration au recours administratif préalable, permettra aussi à l'administration de mieux connaître l'impact de ses activités dommageables sur les deniers publics ; cela lui permettra aussi de mieux rechercher les moyens efficaces à ses activités, et à défaut de conciliation avec les victimes, de mieux préparer sa défense devant le juge du plein contentieux.

L'uniformisation de la procédure contentieuse est donc souhaitable pour tous et la victime y trouve déjà une première possibilité de mieux faire admettre son droit à réparation.

Section II : Application harmonieuse et cohérente de la responsabilité administrative

L'étude de la jurisprudence sur la responsabilité administrative, même si elle est limitée par le nombre de décisions connues et la pauvreté de la recherche doctrinale, révèle toutefois que le juge sénégalais a le mérite irréfutable de rechercher et d'appliquer des solutions équitables aux différents litiges qui lui

sont soumis. Par ailleurs certaines de ses décisions font preuve d'une clarté et d'une solide construction juridique à mettre à l'actif de sa jurisprudence comme en témoigne l'arrêt Mbr DIAW du 3 Janvier 1970 qui donne une définition, on ne peut plus complète et plus juridique, de la faute de service, fonctionnement défectueux du service, ou la plupart des décisions de la Cour Suprême dont le rôle prétorien n'est plus à démontrer.

C'est pourquoi il est utile de préciser que la présente section a pour tâche, uniquement de montrer les failles d'une jurisprudence en construction, failles issues d'un "défaut de maîtrise" du juge plus prompt à l'application de règles civilistes au détriment de règles administratives plus mouvantes et moins soumises à des principes aussi rigoureux que ceux du droit civil.

En se limitant à montrer quelques incohérences dans l'application des règles de la responsabilité administrative, dans la mesure où ces incohérences rendent difficiles la réalisation du droit à réparation de la victime, nous tâcherons de proposer certaines simplifications aptes à introduire plus de cohérence dans ces règles.

Paragraphe I : Des incohérences dans l'application des règles

Un certain nombre de décisions révèlent ces incohérences. Certaines touchent directement la détermination de la situation juridique de la victime. Les juges ont du mal par exemple à déterminer sa qualité par rapport à l'activité dommageable. Ainsi, par exemple, dans l'affaire "Sékou Badio" précitée, le juge en face d'un usager de la voie publique ayant subi un dommage causé par des travaux publics (sur cette voie) l'a qualifié de tiers par rapport à un contrat de travail public entre l'administration et l'entreprise qui en était chargée. Dans un arrêt du 30 juillet 1969 Régie des Chemins de fer du Sénégal, la Cour Suprême a ignoré la qualité de la victime dont le dommage aurait du manifestement être réparé en se fondant sur sa qualité de tiers par rapport à ce service, alors que sa voiture avait été bloquée par un passage à niveau mal aménagé et avait été heurté par un convoi.

Quant à la différence de sort réservé à la victime usager par rapport à un travail ou ouvrage public et à celle tiers par rapport à la même activité, les incohérences se situent au niveau de l'application de la théorie du défaut d'entretien normal.

En effet, la jurisprudence sénégalaise a décidé, là où l'article 143 C.O.A. exige la faute de l'administration, d'appliquer la présomption de faute tirée de la théorie du défaut d'entretien normal qui évite à l'usager de prouver la faute de l'administration et invite cette dernière à détruire la présomption établie.

La plupart des décisions, après avoir bien rappelé cette théorie, l'écartent purement et simplement, ou bien demandent à la victime de rapporter elle-même la preuve du défaut d'entretien normal. (Tribunal de première instance de Dakar "Bassirou NIANG" 20 mai 1971, C.A. mor DIAW précité etc...). Il apparaît de ces décisions que le juge tout en invoquant la théorie d'entretien normal, se limite à appliquer à la lettre l'article 143 qui ne présume pas de la faute de l'administration. Cette attitude est incohérente.

Une autre incohérence relève des relations entre l'article 144 ou l'article 147 et l'article 148 du Code des Obligations de l'administration.

Le juge a appliqué l'article 144 dans des cas où la victime agent de l'Etat bénéficie du régime des pensions d'invalidité (C.A. 5 janvier 1970 Min. pub. et Dame Veuve Sarr C/ Oumar Diouf). L'article 148 du C.O.A. exclut ^{l'application} des dispositions qu'il contient lorsqu'il existe un régime spécial de réparation, ce qui est le cas du forfait à pension lorsque la victime est un fonctionnaire de l'Etat. Le régime devrait donc s'appliquer à la place de l'article 144 concernant les personnes participant à l'activité du service ou à celle de l'article 147 C.O.A. concernant les dommages causés par les véhicules administratifs lorsque la victime est un fonctionnaire. Mais le juge a adopté deux attitudes : soit il ignore l'article 148 c'est-à-dire le régime spécial de réparation et répare sur la base de l'article 148 ou sur celle de la réparation du droit commun ; soit il complète la réparation découlant du régime spécial en réparant la partie du préjudice non couverte par ce régime : préjudice matériel et moral, le préjudice corporel étant seul, à son avis, réparé par le régime forfaitaire (Tribunal de 1ère instance 11 avril 1970).

La constatation qui ressort de cette attitude du juge est que celui-ci fait prédominer le principe civiliste de la réparation intégrale de l'article 1384 du Code des Obligations civiles et commerciales du droit commun de la responsabilité civile sur les particularités de la responsabilité de la puissance publique ; c'est là un exemple patent de l'ignorance de la jurisprudence Blanco qui avait décidé que cette responsabilité ne saurait être régie par les règles régissant les rapports de particulier à particulier puisqu'elle n'est ni générale ni absolue.

Cette attitude est certes favorable à la victime mais elle a une répercussion non négligeable sur les deniers publics.

Sur d'autres points, le juge a fait prévaloir des principes civilistes sur ceux administratifs. C'est le cas lorsque le juge appelé à apprécier la notion de dommage causé "à l'occasion de l'exercice des fonctions", contenue dans les articles 145 et 147 du C.O.A. Il préfère faire appel à l'appréciation civiliste de "la connexité avec le service" en cas d'abus de fonction, alors que la jurisprudence administrative française, d'ailleurs suivie en cela par la Cours Suprême (le 8 juin 1968) a dégagé pour cette appréciation la notion de "faute détachable du service non dépourvue de tout lien avec le service" (tant qu'il est établi qu'un tiers quelconque n'aurait pas pu commettre la faute de l'agent dans les mêmes conditions, le service ayant dans son cas facilité la faute).

C'est le cas aussi lorsque le juge préfère retenir la responsabilité de l'Etat sur la base de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, alors que le C.O.A. a dégagé dans ces cas la notion de substitution de la responsabilité de l'Etat à celle de ses agents que la faute soit personnelle ou non (articles 145 et 146, 147).

Enfin de manière plus générale, les tribunaux, lorsqu'ils ont la possibilité de choisir entre plusieurs régimes de responsabilités préfèrent souvent la solution civile à l'application des régimes du C.O.A. C'est le cas typique de la décision du tribunal de 1ère instance de Dakar du 5 mars 1977 qui a causé des dommages à des victimes. Le juge a appliqué l'article 118 du C.O.C.C. (il a préféré se ranger à la partie de la doctrine et de la jurisprudence française qui a refusé de considérer la gestion du domaine privé comme un service public à gestion privée). Il n'a même pas cherché à savoir si l'ensemble entré dans les biens du domaine public ou du domaine privé et a systématiquement écarté le caractère éventuel de dommage de travaux publics résultant du mauvais entretien de l'ouvrage.

Face à ces incohérences de la jurisprudence il est possible d'avancer certaines solutions aptes à introduire plus de clarté et de simplicité dans l'examen du droit à réparation de la victime.

Paragraphe 2 : La démarche juridique correcte du juge dans les affaires
Mor DIAW, et Alassane DIALLO C/Commune de Dakar

Le juge a dans ses affaires suivi une démarche juridique satisfaisante apte à éviter des confusions et des incohérences.

Dans l'affaire Mor DIAW où la victime a subi un dommage du à l'explosion d'une grenade découverte sur un dépôt d'ordure, le demandeur a invoqué deux moyens : le dommage causé par un travail public prévu à l'article 143 C.O.A. et la faute de service de l'article 142 C.O.A. La cour a d'abord analysé le moyen fondé sur l'article 142. Pour ce faire, elle a d'abord examiné, après avoir implicitement reconnu qu'un service public, celui du nettoyage était en cause, la nature de ce service et la personne publique à qui incombe ledit service et a posé le système de responsabilité (ou sa condition) qui lui est applicable ; comme le montre l'attendu suivant : "Attendu que... à des degrés divers selon la nature des objectifs poursuivis par la commune, la responsabilité de celle-ci, en cas de défaillance de ses services de police ou d'intérêt général, ne peut être, en principe, retenue que s'il est prouvé une faute dont l'importance varie de la faute ordinaire à la faute lourde ; ensuite la cour à partir d'une définition de la faute de service qu'elle dégage dans l'arrêt même, a examiné si le fait reproché au service en cause constitue un fonctionnement défectueux, il a apprécié compte tenu des divers éléments de la faute de service qu'il a définie.

La démarche est encore irréprochable lorsqu'elle examine le moyen tiré de l'article 143 C.O.A. La cour campe d'abord le terrain juridique : la responsabilité du fait des travaux publics ; ensuite il examine la nature du travail et de l'ouvrage. Leur qualification publique, l'a conduit à déterminer la qualité de la victime (tiers ou usager) dont la qualification d'usager a amené à poser la question de savoir si un défaut d'entretien normal susceptible d'engager la responsabilité de la commune pouvait être retenue.

Même si la décision au fond peut être contestable, la démarche juridique est quant à elle louable ; elle permet de saisir que si par le premier moyen invoqué, les conditions de l'article 142 étaient réunies, la cour n'aurait plus besoin d'analyser le second moyen.

Le tribunal de 1ère instance de Dakar a suivi une démarche à peu près identique dans l'affaire Alassane DIALLO C/Commune de Dakar le 5 février 1977 par une décision rendue à propos d'un dérèglement de feux rouges, le jour de la Tabaski, ayant entraîné un préjudice à la victime. Celle ci invoquait le fonctionnement défectueux du service. Le juge après avoir défini la faute de service et reconnu le caractère de service public, a apprécié le fait dommageable en fonction de cette définition.

Ainsi cette démarche rigoureuse qui consiste à examiner si les conditions du système de responsabilité invoqué dans les moyens sont réunies par le cas d'espèce doit être celle à suivre par les tribunaux pour éviter des confusions.

En plus il est plus indiqué de n'appliquer qu'un seul texte plutôt que de cumuler un ensemble de textes qui sont contradictoires comme l'a fait le juge dans l'affaire du 5 janvier 1970 Oumar DIOUF où le Cour d'appel a appliqué cumulativement les articles 144, 147 et 142 du C.O.A, concernant respectivement une responsabilité sans faute, une substitution de responsabilité et une responsabilité pour faute.

Paragraphe 3 : Abandon souhaitable de la théorie du défaut d'entretien normal

La théorie du défaut d'entretien normal, rappelons la, consiste à présumer de la faute de l'administration lorsqu'une victime d'un dommage causé par un travail public ou un ouvrage public, alors qu'elle se trouvait en situation d'usager par rapport à ce travail ou ouvrage, demande réparation à l'administration responsable.

Cette théorie doit être abandonnée pour deux raisons :

- d'abord à cause de sa mauvaise application, comme indiqué au paragraphe I, par les juges ;

- ensuite parce qu'elle place l'usager pratiquement dans la même situation que le tiers victime du dommage de même origine ; en effet comme le tiers, l'usager se borne alors à établir le lien de causalité entre le dommage subi et le travail ou l'ouvrage public, l'administration devant prouver qu'elle n'a pas commis de faute pour s'exonérer.

Ainsi il serait préférable soit d'appliquer à la lettre le texte de l'article 143 alinéa 2 en exigeant de l'utilisateur victime de faire la preuve de la faute, ou du fonctionnement défectueux (comme d'ailleurs l'exige souvent le juge dans le cadre de la théorie du défait d'entretien normal), soit alors appliquer la responsabilité sans faute dont bénéficie le tiers victime, à l'utilisateur. Cette solution plus souhaitable, nécessiterait cependant une modification en ce sens de l'article 143 du C.O.A. Cela éviterait en matière de dommage de travail public, la gymnastique juridique qu'exige parfois la distinction tiers usagers (cf. supra Titre premier).

Paragraphe 4 : L'introduction souhaitable de la responsabilité administrative du fait des choses et activités dangereuses

La jurisprudence française depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1919 Régnauld Desrozières G.A.J.A. n° 38 avait introduit la responsabilité de l'Etat pour les accidents causés par les choses dangereuses ; l'exclusion ultérieure des dommages causés par les véhicules administratifs, de ce régime de responsabilité sans faute n'a pas empêché l'application dans d'autres domaines, comme celui d'origine concernant les explosions de munitions; ou l'utilisation d'armes dangereuses (C.E. 24 juin 1949 consorts Lecomte). Cette jurisprudence a été prolongée par la responsabilité du fait des activités dangereuses, appliquée dans l'utilisation de certaines méthodes dangereuses comme celles de liberté surveillée dans les établissements de rééducation (C.E. 29 mars 1966 ministre de la justice contre Trouillet A.J.D.A. 1966 - 520).

Le Code des obligations de l'Administration n'a pas prévu ce cas d'engagement de la responsabilité de l'Administration. Pourtant son utilisation raisonnable par le juge permettrait bien une appréciation plus équitable des droits de la victime.

Par ailleurs elle éviterait au juge certains "torticollis" juridiques pareils à celui dont a été victime celui du tribunal de 1ère instance de Thiès dans l'affaire Mor TALL du 4 mai 1975. Dans cette affaire née de l'explosion d'un obus "attérré", on ne sait trop comment dans un terrain vague du quartier Lami en avril 1974. Le juge a recherché la responsabilité de l'Etat sur la base de l'article 137 et a réussi l'exploit d'écarter cette responsabilité en jouant sur les notions de maître et de gardien de l'obus, transférées de la tête de l'Etat sur celle d'un voleur d'obus !

A travers la section qui vient d'être étudiée il est loisible de constater que la situation de la victime des activités dommageables de l'administration est pénalisée par la non maturité du juge dans l'application harmonieuse des règles du droit administratif. Si le problème concerne la maîtrise du droit administratif en général et à cet égard la non spécialisation du juge est pour beaucoup dans ce manque de maîtrise, en ce qui concerne la responsabilité administrative, il (le problème) devrait être moins aigu. En effet, le juge bénéficie déjà de la codification de certaines règles régissant cette responsabilité. Cette codification doit pouvoir le guider vers la perfection de sa formation en droit administratif ou au plus vers cette formation qui n'est pas insurmontable. On s'aperçoit que le juge est en mesure d'appréhender correctement l'application du droit administratif à la condition d'accepter d'échapper un peu à l'emprise des règles civiles que sa formation initiale favorise. Pour cela il a un grand atout en main ; la conscience qu'il a de son rôle de protecteur des libertés et droits individuels et son sens de l'équité très développé. Les droits de la victime nécessitent une protection aussi efficace lorsqu'elle se trouve en face de l'administration puissance publique. Et dans ce but son rôle est important qui doit consister, tout en respectant la liberté d'action de l'administration, à lui servir de modérateur, pour la conciliation nécessaire entre l'action administrative et les droits des administrés. C'est dans cet ordre qu'il nous paraît nécessaire d'affirmer que le juge doit essentiellement respecter et appliquer les principes du droit administratif et son les plus aptes à s'appliquer efficacement à l'administration. Et c'est au juge qu'il appartient de les appliquer et de les préciser pour assurer une meilleure protection des droits de la victime. C'est ce que nous allons développer (chapitre II).

Chapitre II : Le Rôle du juge :

protecteur de la situation juridique de la victime

Le juge doit protéger la situation juridique de la victime, car cela fait partie de ses attributions de gardien des droits et libertés individuelles. Mais cette protection exige la conciliation de l'intérêt général et des intérêts particuliers dont la condition essentielle est le respect des principes du droit administratif. Pour cela nous estimons que le principe de l'égalité devant les charges publiques doit guider l'action du juge qui ne doit pas aussi perdre de vue que la victime comme tout administré d'ailleurs a droit au respect des règles qu'elle a elle-même posé.

Section I : Le droit au respect de la légalité par l'administration

Il est admis que, figure parmi les droits du citoyen, outre l'égalité devant les charges publiques et d'autres droits, le droit au respect de la légalité. Il est admis aussi que l'administration est soumise à ce respect de la légalité. Une des garanties pour le respect de ce droit est la réparation pécuniaire du préjudice subi par le citoyen.

Deux sortes de conséquences découlent de ce principe : les unes tiennent à l'appréciation de la situation juridique de la victime par le juge, les autres aux limites imposées au juge quant à la réparation du préjudice.

Paragraphe 1 : Conséquences tenant à l'appréciation de la situation juridique de la victime par le juge

Le juge appelé à déterminer si un dommage lié à l'activité de l'Administration a fait naître un droit à réparation est conduit à s'intéresser à la manière dont l'administration a mené ses activités.

Au delà du contrôle de la légalité de l'action administrative, le domaine de la responsabilité l'amène à juger cette activité.

Par exemple lorsque la victime invoque la faute de l'administration, le juge examine si la manière dont l'activité est menée, est imputable à la faute, d'où la nécessité de répondre aux questions suivantes : le service en cause a-t-il bien fonctionné ? quelle sorte de fonctionnement lui permettrait les moyens dont-il dispose ? L'administration a-t-elle utilisé ces moyens comme il fallait ?

Ne faut-il pas reconnaître que le caractère délicat de l'activité ne peut se départir de certaines conséquences dommageables ? Le service a-t-il répondu à sa destination finale . Bref l'administration a-t-elle bien administré ?

Lorsqu'il répond non à cette dernière question, le juge indiscutablement participe à la détermination des règles d'une meilleure administration. C'est le juge de l'Administration qui apprécie une activité donnée en fonction du cadre juridique dans lequel elle est menée.

Son rôle doit se justifier non pas en tant que gradien de l'action de l'Administration, mais parce qu'il doit veiller à la sauvegarde des droits et des libertés des citoyens administrés qui ne doivent pas être sacrifiés. Tant que la loi n'a pas permis à l'Administration de porter atteinte aux droits et libertés individuels, le juge doit veiller à ce que l'administration ne le fasse de son propre chef. Donc c'est parce qu'il doit, à l'occasion des litiges qui lui sont soumis, concilier les intérêts particuliers et l'intérêt général, qu'il est appelé à juger ponctuellement l'Administration. Et dans ce but, s'il ne doit pas dicter à celle-ci la conduite à suivre, il lui appartient néanmoins de lui montrer les limites de sa conduite, et de tirer les conséquences de sa mauvaise conduite. Deux remarques sont à faire quant à l'appréciation de la situation juridique de la victime :

1. Le juge ne doit pas l'apprécier de manière passive ou négative : Par là nous entendons condamner l'attitude du juge lorsqu'il se contente de décider que l'administration n'a pas commis de faute sans que sa position permette de savoir quand l'administration commettrait alors cette faute, ou bien lorsqu'il refuse de reconnaître l'existence pourtant évidente de cette faute, à l'exemple des deux décisions suivantes :

- Dans l'arrêt Mor DIAW, le cour d'appel décide que le service de nettoyage n'a un comportement fautif compte tenu de ces moyens et des habitudes de la populations, que s'il a omis de ramasser les ordures pendant un temps anormalement long. Malheureusement la cour ne donne aucune autre précision et les victimes de dommages résultant des services du même type ne savent pas quand il faut considérer que l'omission a été anormalement longue.

-- Dans la décision Bassirou NIANG du 29 mai 1971 le tribunal de 1ère instance avait décidé ce qui suit :

"Attendu qu'en matière d'entretien de routes il y a eu lieu de tenir compte de l'importance des dégradations, de la date à laquelle elles se sont produites par rapport au moment de l'accident invoqué, du délai séparant l'accident du moment où l'administration compétente a pu être informée de l'existence des dégradations des moyens mis à la disposition de l'administration compétente et du caractère prévisible, normalement ou exceptionnellement vident du phénomène naturel ayant comme en l'espèce abouti à l'ovulsion du ponceau et des buses, et enfin du comportement de l'usager de l'ouvrage public estimé dommageable ;

Attendu que le procès-verbal de gendarmerie porte la constatation suivante dans la description des lieux : "col à l'endroit de l'accident : la route est coupée et le ponceau construit pour l'écoulement des eaux détruit les buses enlevées par la pluie tombée dans la nuit du 31 Août au 1er septembre 1969".

En plus de cette information, le procès verbal a établi que la chaussée s'est effondrée de façon importante puisque le trou était profond de 2,50 m et coupait entièrement la chaussée et ses bas côtés sur une largeur de plus de 8 m, enfin cet affaissement était à l'origine de l'accident.

Il apparaît nettement de cette espèce que s'agissant d'un dommage causé par le mauvais entretien d'un ouvrage public à un usager, la théorie du défaut d'entretien normal applicable à l'usager de la voie publique aurait dû conduire le tribunal à retenir la responsabilité de l'Etat si ce dernier ne pouvait pas apporter la preuve contraire.

Paradoxalement, le juge a refusé de retenir cette responsabilité et a demandé à la victime d'apporter elle-même la preuve de la faute de l'administration, en lui donnant, chose curieuse, la liste des faits susceptibles d'être fautifs, à établir.

2. Le juge doit tirer les conséquences de son appréciation concrète de l'activité administrative.

Dans l'affaire Mor DIAW il aurait pu dire au bout de combien de jours l'omission d'enlever les ordures constituait un comportement fautif de la part d'un service dont il connaissait la nature, les moyens et les circonstances dans lesquelles il fonctionnait.

Dans l'affaire Bassirou NIANC, il aurait dû retenir la responsabilité de l'administration lui-même ayant pratiquement tous les éléments établissant l'état de la chaussée.

Par cette démarche le juge tranchera non seulement de manière équitable mais en plus il permettra à l'Administration de savoir quand la conduite de ses activités peut constituer un fait dommageable et prendre en conséquence les mesures qui s'imposent pour y remédier.

A titre d'exemple du rôle positif du juge dans ce domaine, il faut citer l'arrêt de la cour d'Appel de Dakar du 20 mai 1977 rendu sur appel de la décision Mor TALL du tribunal de 1ère instance de Thiès le 4 mai 1976 à propos du dommage causé par l'explosion d'un obus dans un terrain vague (précitée supra). La cour a établi que l'obus n'a pu se trouver dans un terrain vague, certainement abandonné là par un tiers qui s'en est saisi dans un champ de tir, que du fait d'un défaut de surveillance caractérisé qui constitue bien le fonctionnement défectueux du service public invoqué. Allant plus loin, il met l'accent sur le comportement fautif de l'Etat en faisant remarquer que plusieurs accidents graves se sont déjà produits dans des circonstances semblables.

La Cour n'a pas hésité, par sa démonstration ferme et implacable à mettre implicitement en garde l'administration contre son insouciance et sa légèreté et à justement sanctionner cette faute.

Cette attitude du juge a ceci de positive, qu'elle indique que l'intérêt général qui doit être assurée par l'Etat exige un fonctionnement correct du service public et que c'est à ce prix que peuvent être respectés les droits des citoyens au maintien de l'ordre public. Le juge protecteur de ce droit est aussi protecteur de l'intérêt général. Il peut correctement remplir cette mission s'il respecte les limites qui lui sont imposées quant à la sanction du comportement préjudiciable de l'administration.

Paragraphe 2 : Les limites imposées quant à la sanction du comportement préjudiciable de l'administration

Une première limite tient à la nature de la réparation. Conformément aux dispositions de l'article 141 C.O.A. Les dommages causés par l'administration n'ouvrent droit qu'à une réparation pécuniaire. L'Administration n'est tenue qu'à verser des dommages intérêts. La réparation en nature est exclue et cela n'est que la conséquence d'un principe plus large.

En effet, il est un principe en droit administratif que le juge ne peut adresser des injonctions à l'Administration. Ainsi il ne peut exiger à l'administration de reconstruire par exemple un bâtiment détruit par sa faute. Ce principe est tiré du principe de la séparation des pouvoirs : le pouvoir juridictionnel ne doit pas s'immiscer dans les affaires administratives.

Certes, comme le dit si bien A. BOCKEL le juge doit assurer "la soumission de l'Administration au droit, amener à respecter la règles des autorités administratives peut être plus tentées que les autres autorités à prendre quelques libertés avec la norme, mais surtout dont les écarts éventuels sont susceptibles d'avoir une portée plus vaste du fait des importantes prérogatives dont elles jouissent".

Cependant cela ne signifie pas que le juge est membre de l'administration active et ne doit pas exercer un contrôle discrétionnaire de cette activité et dicter à l'administration une conduite à suivre à la place de celle qu'elle suit.

Si en réalité la frontière est souvent difficile à faire entre le contrôle de la légalité qui est dans les pouvoirs du juge et le contrôle d'opportunité, il reste évident que le juge n'est pas un supérieur hiérarchique de l'administration. Il ne peut lui donner des ordres mais garde la possibilité de lui indiquer le sens de son action à venir pour régler équitablement les conséquences d'un litige né de son action.

Le juge doit tenir compte des limites que ne saurait dépasser son intervention jurisprudentielle sous peine de voir les règles rester lettre morte ou l'Administration opposer à l'autorité de la chose jugée l'inertie et le refus d'exécution.

Enfin répétons, pour bien situer la place du juge à "la croisée des chemins" entre les droits des administrés et l'action administrative, le Professeur Berroît : "si donc le juge de l'action administrative doit être parfaitement impartial.... il ne peut considérer que l'autorité administrative et le particulier qui lui font face doivent être traités comme juridiquement égaux, car ce serait une erreur et une injustice que de traiter pareillement deux plaideurs aussi différents".

De notre avis, le juge peut s'appuyer en amont de sa tâche sur le principe de l'égalité devant les charges publiques pour assurer la protection efficace de la situation juridique de la victime du fait des activités dommageables de l'administration.

Section II. Le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

L'idée d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, érigée en principe juridique, même si elle est plus ou moins admise par la doctrine expliquerait convenablement l'aménagement du droit à réparation de la victime d'un dommage imputable à l'administration, par le droit positif sénégalais.

Le principe de l'égalité devant les charges publiques, reconnu par une partie de la doctrine française (Laubadère : traité de droit administratif ; Odent : contentieux administratif) et par une certaine jurisprudence du Conseil d'Etat (2 novembre 1947 Société Boulanger Rec 435 22 février 1963 Commune de Gavarnie Rec 113 ; 30 mars 1966 Compagnie Générale d'Energie radio-électrique), contient l'idée que les services publics qui procurent des avantages à toute la collectivité, fonctionnent dans l'intérêt général. Aussi, si leur fonctionnement cause un préjudice spécial à un administré il est normal et juste que la collectivité supporte la charge de sa réparation. Il contient aussi l'idée que la vie en collectivité entraîne que les citoyens doivent supporter les inconvénients mineurs résultant de l'existence et du fonctionnement des ces services dont la nature des activités peuvent varier.

Ces idées, utilisées selon des dosages différents doivent être considérées comme le plus large fondement du droit à réparation de la victime de l'administration, à côté du droit au respect de la légalité.

En effet le droit positif lui annex, tantôt la notion de faute de service, tantôt la notion de risque exceptionnel naissant souvent de l'utilisation de prérogative exceptionnelle pouvant entraîner, selon l'expression du Conseil d'Etat "un préjudice ne pouvant plus, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'administré".

Cette conception du fondement du droit à réparation trouve confirmation dans la notion de dommage anormal spécial résultant d'un texte ou d'un refus de l'administration à agir, notion reconnue par l'article 142 alinéa du C.O.A ; cette

notion ouvre le droit à réparation pour la part du dommage dépassant ce que l'administré doit normalement supporter, considéré comme la part de charges publiques au même titre que les autres administrés.

La même observation est faite à l'examen de la notion de fonctionnement défectueux du service lorsque le juge estime que l'administration s'est abstenue pendant un temps anormalement long ou pas, bref lorsque le dommage résulte d'un fonctionnement anormal du service (les dommages résultant d'un fonctionnement normal étant supportés par la victime comme contre partie du profit qu'il tire du service public).

Cette idée explique aussi la différence de sort faite au tiers et à l'usager, le dommage du tiers étant plus facilement réparé compte tenu de sa situation de non bénéficiaire de l'activité, du travail public ou de l'ouvrage public causes du dommages contrairement à l'usager qui lui en bénéficie.

En droit français il faut constater que cette idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques, justifie l'ouverture possible du droit à réparation du fait du danger que l'administration fait courir à certains administrés en ouvrant dans leur voisinage des établissements à caractère dangereux (jurisprudence sur les activités dangereuses de l'administration).

CONCLUSION :

La conclusion de cette étude est que le souci d'aboutir à la mise en place de règles juridiques aptes à protéger efficacement la situation juridique des administrés est d'actualité. L'examen de la situation des victimes des activités dommageables de l'administration montre que les éléments de cette protection efficace existent. Il appartient au juge sénégalais de les utiliser de manière correcte et cohérente pour remplir son rôle de gardien des droits et libertés du citoyen. Par ailleurs, il ne doit pas perdre de vue qu'il est un conseil pour l'administration et que, conciliateur de l'intérêt général et des intérêts particuliers, il n'est plus en droit d'ignorer les règles particulières qui régissent l'administration sénégalaise.

A un moment où cette administration, dans la recherche d'une promotion du développement économique et social de la nation s'évertue à faire disparaître dans la mentalité du citoyen, le mythe de l'Etat **gendarme** ou de l'Etat Providence, le juge sénégalais à son rôle à jouer. Il lui appartient de faire admettre aux citoyens justiciables, que l'administration agit dans le cadre de légalité et que le juge veille à cela et aussi sur leurs droits au respect de cette légalité et à l'égalité devant les charges publiques.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- LAVBADERE : Traités de droit administratif L. G. D. J
- AUBY ET DRAGO: Traités du contentieux administratif - L. G. D. J
- ALAIN BOCKEL : Droit Administratif (CREDILA) - NEA
- LONG, WEIL et BRAIBANT : Grands arrêts de la jurisprudence
administratives - collection Droit Public
SIREX
- J. C. GAUTRON et ROUGEVIN BAVILLE : DROIT PUBLIC DU SENEGAL

Recueils

- ASERJ - Jurisprudence et législation du Sénégal
Revue sénégalaise de droit
- Annales africaines de la Faculté de droit de Dakar
- RDP, J. C. P - A. J. D. A. etc. . . .

Textes

- Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCO)
- Code des obligations de l'administration (CCA)
- Divers textes législatifs ou réglementaires.