



Chapitre d'actes

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le recours en matière de droit public

Bellanger, François

How to cite

BELLANGER, François. Le recours en matière de droit public. In: Les recours au Tribunal fédéral. Foëx, Bénédicte ; Hottelier, Michel ; Jeandin, Nicolas (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2007. p. 133–156. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:28671>

Le recours en matière de droit public*

FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université de Genève, Avocat

I. Introduction

La réforme totale de l'organisation judiciaire fédérale, initiée avec l'adoption par le peuple le 12 mars 2000 des modifications de la Constitution prévues par l'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999¹, avait trois objectifs principaux. En premier lieu, il s'agissait d'assurer le bon fonctionnement du Tribunal fédéral en réduisant sa charge de travail, jugée excessive, avec pour résultat espéré de dégager des ressources et de permettre une amélioration de la qualité des arrêts². En deuxième lieu, la réforme était censée améliorer la protection juridictionnelle des citoyens, notamment en mettant en œuvre le nouveau droit fondamental garantissant l'accès au juge et en introduisant un recours en matière de violation des droits politiques au niveau fédéral. Enfin, les changements législatifs devraient simplifier la procédure et les voies de droit.

Pour atteindre ces buts, la réforme intervient au niveau de l'organisation judiciaire cantonale en imposant aux cantons d'instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public. Un échelon au-dessus, l'Etat fédéral se dote d'une autorité judiciaire chargée de traiter des contestations de droit public: le Tribunal administratif fédéral³. Il fonctionnera comme autorité judiciaire de première instance, voire parfois de dernière instance. Au niveau du Tribunal fédéral⁴, nous faisons face à deux révolutions.

* Cette contribution reprend le contenu de l'article publié par l'auteur sous le titre «Le recours en matière de droit public», in BELLANGER / TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, p. 43.

¹ Arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, RO 2002 3148.

² KARL SPÜHLER, «Die Reform der Bundesgerichtsbarkeit: Schwerpunkte einer dringlichen Aufgabe», *ZBl* 1996 209.

³ Voir la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF; FF 2005 3875) et PIERRE LOUIS MANFRINI, «Le Tribunal administratif fédéral», in BELLANGER / TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, p. 25.

⁴ Voir le Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000.

D'une part, pour simplifier le système actuel extrêmement complexe des voies de droit, la nouvelle loi instaure un unique recours en matière de droit public, qui combine les actuels recours de droit administratif et de droit public. Une même voie de recours avec les mêmes règles de procédure sera donc ouverte pour les contestations d'actes fondés sur le droit public fédéral ou cantonal. La seule réminiscence du recours de droit public sera le recours constitutionnel subsidiaire⁵.

D'autre part, le contentieux des assurances sociales sera traité par le recours en matière de droit public. Cela entraînera la fin des particularités de la procédure de recours au Tribunal fédéral des assurances, notamment s'agissant du pouvoir d'examen complet du Tribunal fédéral dans tous les domaines de l'assurance sociale et de la gratuité de la procédure.

Ces changements auront aussi pour effet de vider le recours au Conseil fédéral, prévu par l'article 72 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)⁶, de quasiment toute sa substance vu la généralisation de l'accès à une autorité judiciaire en cas de contestation de décisions administratives. Cette mesure pourrait provoquer une augmentation des recours adressés au Tribunal fédéral, dès lors que le contentieux est transféré du Conseil fédéral au Tribunal administratif fédéral avec, éventuellement, possibilité de recours au Tribunal fédéral⁷.

Afin de présenter le futur recours en matière de droit public, nous commencerons par examiner l'objet du recours en définissant les actes attaquables et les exceptions excluant un éventuel recours, puis en présentant la condition sensible de la valeur litigieuse et l'exigence de subsidiarité (II). Nous traiterons ensuite des conditions requises pour qu'un recourant se voit reconnaître la qualité pour recourir (III). Nous terminerons en présentant les moyens du recours (IV). Ces éléments relatifs à la recevabilité des recours posés, nous exposerons brièvement l'étendue du pouvoir d'examen (V.) et de décision (VI.) du Tribunal fédéral, avant de conclure.

⁵ Voir MICHEL HOTTELIER, « Entre tradition et modernité: le recours constitutionnel subsidiaire », in BELLANGER / TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, p. 43.

⁶ RS 172.021.

⁷ ALAIN WURZBURGER, « La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005. Charge et décharge du Tribunal fédéral », RSJ 101 489, p. 493.

II. Les actes attaquables

A. L'objet du recours

Le recours est ouvert selon l'article 82 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁸ contre les décisions rendues dans les causes de droit public (let. a), contre les actes normatifs cantonaux (let. b), et contre certaines décisions et actes matériels concernant le droit de vote des citoyens ou les élections et votations populaires (let. c). Il convient d'examiner successivement ces trois objets.

1. Les décisions rendues dans les causes de droit public

Le recours est ouvert selon l'article 82, lettre a, LTF contre les décisions rendues dans les causes de droit public, soit contre des décisions (a.), fondées sur le droit public fédéral ou cantonal (b.) et qui émanent d'une des autorités visées à l'article 86, alinéa 1, LTF (c.).

a. La notion de décision au sens de l'article 82, lettre a, LTF

La décision au sens de l'article 82, lettre a, LTF est, selon le Message du Conseil fédéral⁹, une notion autonome propre à la LTF. Elle est censée correspondre à la notion fixée à l'article 5 PA ainsi qu'à celle définie jusqu'à présent par la jurisprudence fédérale dans le cadre du recours de droit public.

Il s'agit ainsi d'un acte étatique individuel concernant un particulier, par lequel un rapport juridique concret, relevant du droit administratif, est réglé de manière contraignante¹⁰; cet acte peut avoir des effets constitutifs ou déclaratifs. Cette définition ne comprend pas les textes à caractère législatif qui comprennent des normes générales et abstraites ou les mesures internes à l'administration prévues ou ordonnées dans un cas particulier, qui ne sont pas contraignantes pour un administré. Seront ainsi notamment susceptibles de recours, les décisions formatrices, soit des mesures ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations¹¹, les décisions de constatation ou déclaratives ayant pour objet de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations¹², soit celles se

⁸ FF 2005 3829.

⁹ Message (n. 4) p. 4117.

¹⁰ ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER, *Bundesgericht und Verfassungsgerichtbarkeit nach der Justizreform, Supplement zur 6. Auflage des «Schweizerisches Bundesstaatsrechts»*, Zurich 2006, N° 1938.

¹¹ Art. 5, al. 1, let. a, PA.

¹² Art. 5, al. 1, let. b, PA.

limitant à confirmer une situation existante en donnant une force juridique à ce constat¹³, ainsi que les décisions de refus ou négatives, qui ont pour objet de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations¹⁴. A notre avis, le recours devrait également pouvoir être dirigé contre une décision générale, soit une décision qui concerne une situation déterminée, comme une décision particulière, mais vise un grand nombre, voir un nombre indéterminé de destinataires, à l'instar d'une norme légale¹⁵. Il s'agit, par exemple, d'une décision prise par un pouvoir adjudicateur à l'adresse d'un nombre indéterminé de candidats potentiels dans une procédure de marché public¹⁶ ou encore une mesure de suspension générale de traitement du personnel enseignant d'un canton¹⁷. En raison de son caractère concret, la décision générale doit être assimilée aux décisions ordinaires¹⁸.

Pour les questions de droit public fédéral qui ne seraient pas tranchées par une décision mais pour lesquelles l'accès à un juge doit être garanti au sens de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)¹⁹, soit pour les contestations à caractère civil au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, le futur article 25a PA²⁰, prévoit que l'autorité doit statuer par décision à la demande d'une personne ayant un intérêt digne de protection et exigeant que cette autorité s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque, élimine les conséquences d'actes illicites ou constate l'illicéité de tels actes. De la sorte, des actes matériels, normalement non attaquables en tant que tels, seront concrétisés par des décisions qui seront susceptibles de recours²¹.

Le message mentionne que l'utilisation du terme univoque de « décision » ne s'opposerait toutefois pas à ce que soient déferées au Tribunal fédéral des affaires dans lesquelles sont en cause des actes qui, à l'instar de simples informations, ne constituent pas une décision²². Cette définition large et contre nature semble toutefois d'une importance pratique très limitée, dès lors que

¹³ JAAC 69/2005 N° 4, p. 66 (Commission de recours du TF); ATF 129/2003 III 503/507, A.; ATF 129/2003 V 289/290-291, P.; JAAC 68/2004 N° 111 (Autorité de contrôle en matière de blanchiment, 5.06.2003).

¹⁴ Art. 5, al. 1, let. c, PA.

¹⁵ ATF 125/1999 I 313/316, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*.

¹⁶ RDAF 2003 I 647/684 (Commission de recours en matière de marché public, 4.03.2003).

¹⁷ RDAF 2002 I 244 (TF, 21.03.2000).

¹⁸ ATF 112/1986 Ib 249/251-252, A. AG.

¹⁹ RS 0.101.

²⁰ Voir le chiffre 10 de la liste des modifications du droit en vigueur contenue en annexe de la LTAF, FF 2005 3898.

²¹ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1943.

²² *Ibid.*

le Tribunal fédéral ne devrait se prononcer que sur des jugements rendus en dernière instance par des organes judiciaires. De plus, elle apparaît en contradiction avec la liste des décisions pouvant faire l'objet d'un recours figurant aux articles 90 à 94 LTF. Enfin, cette observation est contraire à une analyse systématique du projet. En effet, le législateur a abandonné les exceptions figurant actuellement aux articles 99, alinéa 1, lettres a & b et 129, alinéa 1, lettre b, de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ)²³, considérant qu'elles n'ont qu'un caractère uniquement déclaratoire, dans la mesure où elles concernent des actes qui ne sont pas des décisions, les actes d'approbation d'actes normatifs ayant en effet eux-mêmes un caractère normatif²⁴. La même approche est applicable aux plans directeurs et aux actes les approuvant²⁵. Ces éléments signifient que seules des décisions au sens juridique du terme²⁶, telles que définies aux articles 90 à 94 LTF, sont des actes attaquables par la voie du recours en matière de droit public.

b. Une décision fondée sur le droit public fédéral ou cantonal

Pour être attaquant par un recours en matière de droit public, une décision devra être fondée sur le droit public fédéral ou cantonal. Cette précision est importante dans la mesure où les décisions rendues en matière de droit pénal doivent faire l'objet du recours en matière pénale prévu à l'article 78 LTF et celles en matière de droit privé du recours en matière civile de l'article 72 LTF. La distinction entre le droit public, privé et pénal sera effectuée sur la base des critères usuels et en fonction de deux paramètres²⁷. En premier lieu, le droit déterminant est le droit qui régit le fond de l'affaire²⁸. En second lieu, les décisions prises en application du droit public dans des matières connexes au droit civil devront faire l'objet d'un recours en matière civile²⁹. L'article 72, alinéa 2, LTF contient une liste non exhaustive de telles décisions³⁰.

Les articles 90 à 94 LTF définissent de manière précise les décisions sujettes à recours en distinguant les décisions finales (art. 90 LTF), les décisions partielles (art. 91 LTF), les décisions préjudicielles et incidentes ainsi que le cas particulier de l'absence de décision (art. 94 LTF).

²³ RS 173.110.

²⁴ Message (n. 4) p. 4120 ; ATF 131/2005 V 66/72, M.

²⁵ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1950.

²⁶ Dans ce sens, PETER KARLEN, *Das Neue Bundesgerichtsgesetz*, Bâle, 2006, p. 35.

²⁷ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I « L'Etat », 2^e éd., Berne, 2006, N°s 1980 à 1987.

²⁸ Voir dans ce sens les ATF 6S.293/2005 du 24 février 2006, c. 2.1 et 6S.298/2005 du 24 février 2006, c. 1.3.

²⁹ Message (n. 4) p. 4117.

³⁰ Message (n. 4) pp. 4105-4106.

ba. Les décisions finales

L'article 90 LTF définit la décision finale comme « celle mettant fin à la procédure »³¹. Cette notion s'appliquera à tous les recours au Tribunal fédéral³² et ne devrait pas être interprétée différemment de la notion actuelle de décision finale, qui existe lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : elle met un terme à la procédure entre les parties et l'autorité précédente a statué sur le fond de la prétention ou s'y est refusée pour un motif qui empêche définitivement que la même prétention soit exercée à nouveau entre les mêmes parties³³. En principe, le recours au Tribunal fédéral ne devrait être dirigé que contre de telles décisions afin que cette juridiction ne soit pas saisie à plusieurs reprises d'une même affaire.

bb. Les décisions partielles

L'article 91 LTF admet l'existence de décisions partielles sujettes à recours dans deux hypothèses. En premier lieu, il pourra s'agir d'une décision qui ne met pas totalement fin à la procédure devant l'instance inférieure, mais statue uniquement sur une ou plusieurs des conclusions en cause. Tel sera le cas d'une décision constatant le caractère illicite d'une décision d'adjudication d'un marché public et réservant la question des dommages et intérêts. En second lieu, la décision partielle peut concerner une situation de cumul subjectif d'actions. Dans ce cas, la décision met fin à la procédure pour un ou plusieurs des consorts et laisse subsister la procédure pour les autres consorts. En revanche, des décisions qui ne liquident pas entièrement une conclusion mais se prononcent uniquement sur un aspect matériel ou formel du litige ne constituent pas des décisions partielles³⁴. Elles seront éventuellement contestables comme des décisions incidentes ou préjudicielles. L'ouverture du recours contre des décisions partielles devrait permettre d'améliorer la protection des justiciables en autorisant un recours sur des questions de principes³⁵ dont la résolution est susceptible de mettre un terme anticipé au litige.

bc. Les décisions préjudicielles et incidentes

Selon les articles 92 et 93 LTF, la notion de décision préjudicielle et incidente recouvre toutes les décisions qui ne sont pas finales au sens de l'article 90 LTF et qui ne peuvent pas être considérées comme partielles au sens de l'article 91 LTF³⁶. Pour qu'un recours puisse être dirigé contre une telle décision,

³¹ KARLEN (n. 26) p. 35.

³² Message (n. 4) p. 4129.

³³ ATF 127/2001 III 433/435, *G.L.*

³⁴ Message (n. 4), p. 4130.

³⁵ KARLEN (n. 26) pp. 35-36.

³⁶ Message (n. 4), p. 4131.

deux conditions cumulatives, l'une formelle et l'autre matérielle, doivent être remplies.

En premier lieu, du point de vue de la forme, les articles 92 et 93 LTF exigent que la décision préjudicielle et incidente ait été notifiée séparément. L'instance inférieure doit donc avoir rendu et communiqué aux parties une décision formelle sur la question préjudicielle ou incidente. C'est le sens des termes « notifiée séparément » que l'on trouve aux articles 92 et 93 LTF.

En second lieu, sur le plan matériel, l'objet de la décision attaquée détermine des conditions différentes de recevabilité.

Selon l'article 92 LTF, pour les décisions préjudicielles et incidentes qui concernent la compétence de l'autorité de jugement ou une demande de récusation, un recours est toujours ouvert. En contrepartie de cette faculté, la partie est contrainte de contester immédiatement ces décisions sous peine d'être privée du droit de les contester ultérieurement.

Pour toutes les autres décisions préjudicielles et incidentes, l'article 93 LTF institue un régime de recevabilité distinct selon que ces décisions ont ou non trait à l'entraide pénale internationale. En matière d'entraide, seule les décisions concernant la détention extraditionnelle ou la saisie d'objets de valeur sont attaquables, les autres décisions préjudicielles et incidentes relatives à l'entraide ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. En dehors de ce domaine particulier de l'entraide pénale, toute décision préjudicielle ou incidente est potentiellement attaquable pour autant que l'une des deux conditions alternatives suivantes soit réalisée, soit la décision cause un préjudice irréparable au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral pour le recours de droit public (art. 87, al. 2, OJ)³⁷, soit il est démontré que l'admission du recours contre la décision attaquée permettrait de conduire immédiatement à une décision finale³⁸.

Si ces exigences sont remplies, la décision préjudicielle ou incidente peut faire l'objet d'un recours immédiat. A défaut, les décisions préjudicielles ou incidentes ne pourront être remises en question au moyen d'un recours contre une décision finale que si elles sont encore susceptibles d'influer sur cette dernière.

bd. L'absence de décision

La dernière catégorie de « décision attaquant » est une absence de décision. L'article 94 LTF vise la passivité fautive d'une autorité qui ne rend pas une

³⁷ Il s'agit dans ce cas d'un dommage de nature juridique, qui consiste en un préjudice qu'une décision ultérieure ne peut effacer partiellement ou totalement (ATF 126/2000 I 207/210, X.; ATF 1P.230/2006 du 3 mai 2006, c. 2).

³⁸ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10), N° 1949; KARLEN (n. 26) p. 36; ATF 131 V 66/72, M.; ATF 6S.304/2005 du 17 juillet 2005, c. 2.1; ATF 6S.304/2005 du 9 septembre 2005, c. 1.

décision ou un jugement dans un délai raisonnable compte tenu de la nature de l'affaire et, notamment, de la complexité du dossier ainsi que des difficultés d'établir les faits³⁹. Cette disposition reprend la jurisprudence existante relative à l'article 106, alinéa 2, OJ, en matière d'interdiction du déni de justice formel⁴⁰.

c. *La décision émane d'une des autorités visées à l'article 86, alinéa 1, LTF*

Seules seront attaquables par un recours en matière de droit public les décisions fondées sur le droit public fédéral ou cantonal qui émanent d'une des autorités listée à l'article 86, alinéa 1, LTF, soit du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral, de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision ou encore des autorités cantonales de dernière instance, pour autant que le recours devant le Tribunal administratif fédéral ne soit pas ouvert

Le Tribunal administratif fédéral aura ainsi un rôle important à remplir. Il jouera principalement la fonction d'autorité de recours de première instance et son intervention devrait limiter le nombre de recours adressés au Tribunal fédéral. Pour les actes des autorités fédérales, il n'y aura ainsi plus de recours direct au Tribunal fédéral à l'encontre de décisions d'autorités administratives, sous réserve des décisions de la Chancellerie fédérale en matière de droits politiques (art. 88, al. 1, let. b, LTF)⁴¹. Le Tribunal administratif fédéral sera le premier garant de l'unité de l'application du droit au niveau fédéral.

Les recours contre des actes émanant du Tribunal pénal fédéral devraient être rares. Cette juridiction n'intervient en matière administrative que pour contrôler les décisions relatives au personnel du Tribunal administratif fédéral, pour lesquelles il sera l'instance de recours précédant le Tribunal fédéral⁴².

L'autorité indépendante en matière de plaintes en matière de radio-télévision est mentionnée dans cette liste, car elle est destinée à rester une instance distincte du Tribunal administratif fédéral en raison de sa fonction particulière et des spécificités de sa procédure⁴³.

Enfin, la décision pourra émaner d'une autorité cantonale de dernière instance, sauf si le droit fédéral impose un recours préalable au Tribunal administratif fédéral. Cette autorité cantonale sera une autorité judiciaire supé-

³⁹ Message (n. 4) p. 4132.

⁴⁰ ATF 120/1994 Ia 209/211-212, *O. und Mitb.*; SJ 2003 I 506/507 (TF, 6.06.2003).

⁴¹ Message (n. 4) p. 4123.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

rieure, sous réserve d'exceptions liées au caractère hautement politique des actes concernés⁴⁴.

2. *Les actes normatifs cantonaux*

Le deuxième objet possible du recours est formé des actes normatifs cantonaux. La notion d'acte normatif cantonal équivaut à celle d'arrêté cantonal au sens de l'article 84, alinéa 1, OJ, soit toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales ou communales, y compris dans une certaine mesure les ordonnances administratives qui ont des effets externes⁴⁵. Les constitutions cantonales ne font toutefois pas partie de ces actes compte tenu du contrôle abstrait exercé sur celles-ci par l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure de garantie.

L'article 82, lettre b, LTF vise expressément uniquement les actes normatifs cantonaux. La réforme du Tribunal fédéral n'implique donc pas de modification du régime actuel pour les actes normatifs fédéraux. En particulier, le Tribunal fédéral ne pourra contrôler une ordonnance du parlement ou du gouvernement fédéral qu'à titre préjudiciel et dans les limites découlant de l'article 190 Cst⁴⁶.

3. *Les actes relatifs aux droits politiques*

Les actes relatifs aux droits politiques sont le troisième objet possible du recours en matière de droit public. L'article 82, lettre c, LTF ouvre ce recours à l'encontre de tous les actes juridiques ou matériels émanant du parlement ou du gouvernement cantonal qui concernent le droit de vote des citoyens ou qui ont trait aux élections et votations. Il limite toutefois le contentieux aux actes émanant d'autorités cantonales de dernière instance (art. 88, al. 1, LTF), soit le gouvernement, le parlement ou une autorité judiciaire supérieure.

De plus, le recours au Tribunal fédéral sera désormais la seule voie de droit fédérale ouverte à l'encontre des décisions des gouvernements cantonaux et de la Chancellerie fédérale en matière de droit de vote ou d'élection au plan fédéral (art. 82 LTF). Il remplacera l'actuel recours au Conseil fédéral et au Conseil national⁴⁷.

⁴⁴ Voir JEAN-CLAUDE LUGON, ETIENNE POLTIER et THIERRY TANQUEREL, « Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons », in BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, pp. 103/117-118.

⁴⁵ ATF 122/1996 I 44, *Rudolf Kreis*.

⁴⁶ ATF 128/2002 I 102/105-106, *Maria Halbeisen*.

⁴⁷ Message (n. 4) p. 4188 ; WURZBURGER (n. 7) p. 493.

B. Les exceptions

A l'heure actuelle, les articles 99, 100, 101 et 129 OJ énoncent de multiples exceptions à la recevabilité du recours de droit administratif en fonction de l'objet ou de la nature procédurale de la décision ou encore du domaine concerné. A l'inverse, le recours de droit public ne connaît aucune exception de ce genre. L'article 83 LTF unifie les deux procédures en fixant un catalogue d'exceptions, dont l'application repose sur le principe suivant : les exceptions sont généralement définies comme des clauses générales excluant toutes les décisions rendues dans la matière visée avec pour conséquence que tout recours dans le domaine en cause est exclu quelle que soit la nature de l'autorité qui a rendu la décision, le droit applicable, le grief soulevé ou encore la nature procédurale de la décision. Partant, dans ces domaines, le contrôle final des décisions de droit public appartiendra soit au Tribunal administratif fédéral, soit aux tribunaux cantonaux de dernière instance, sous la seule mais importante réserve du recours constitutionnel subsidiaire⁴⁸.

Ces principes posés, on peut relever que l'article 83 LTF recouvre la plupart des exceptions de l'actuel recours de droit administratif, tout en les systématisant. Ces exceptions ne visent que le recours contre une décision au sens de l'article 82, lettre a, LTF⁴⁹. Nous renvoyons nos lecteurs au texte de cette disposition. Nous ne reprendrons ci-après que certaines des exceptions méritant un commentaire particulier.

L'article 83, lettre a, LTF exclut du recours les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne prévoie que la cause peut être jugée par un tribunal. Il convient de relever que l'exception relative à « *la coopération au développement et l'aide humanitaire* » qui figure actuellement à l'article 100, alinéa 1, lettre a, OJ a été volontairement supprimée par le législateur⁵⁰. Ce domaine n'est pas inclus dans les « autres affaires », qui ne concernent que des décisions à caractère politique prépondérant.

L'article 83, lettre f, LTF exclut le recours contre des décisions rendues en matière de marchés publics dans deux situations, soit la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP)⁵¹ ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur cer-

⁴⁸ Message (n. 4) p. 4119 ; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, « Le contrôle des prix de mise en décharge pour les déchets de la construction », DC 2006 11, p. 12.

⁴⁹ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1953.

⁵⁰ Message (n. 4) pp. 4120-4121.

⁵¹ RS 172.056.1.

tains aspects relatifs aux marchés publics⁵², soit le litige ne soulève pas une question juridique de principe⁵³. En conséquence, le recours sera ouvert pour les décisions relatives à des marchés publics pour des marchés d'un montant supérieur aux seuils déterminants ou, à défaut, en cas de litige sur une question de principe⁵⁴. Cette disposition aura pour conséquence d'ouvrir dans ces cas un contrôle des jugements rendus par le Tribunal administratif fédéral sur des questions touchant aux marchés publics fédéraux, alors qu'aujourd'hui la Commission fédérale de recours statue de manière définitive⁵⁵.

L'article 83, lettre h, LTF exclut tout recours en matière d'entraide *administrative* internationale, ce qui représente une exception importante vu que ce type d'entraide concerne aussi bien les autorités fiscales⁵⁶ que les autorités de régulation en matière financière⁵⁷. L'échange d'informations, entre des autorités ou juridictions administratives suisses n'est pas concerné par cette exception, qui ne porte que sur l'entraide *internationale*. L'entraide *pénale* internationale fait quant à elle l'objet d'une réglementation particulière à l'article 84 LTF. A l'origine, le projet du Conseil fédéral prévoyait d'exclure complètement le domaine de l'entraide pénale internationale du recours en matière de droit public. Le Parlement a réintroduit partiellement ce domaine par une disposition spéciale sur proposition du Conseil fédéral⁵⁸. Selon l'article 84 LTF, un recours n'est recevable que si deux conditions cumulatives sont remplies. D'une part, la décision attaquée a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs, ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret. D'autre part, le recours concerne un cas particulièrement important. Ce sera le cas en présence d'éléments laissant supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves. Une preuve absolue n'est pas nécessaire dans ce cas, un faisceau d'indices suffit.

L'article 83, lettre p, LTF exclut tout recours contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications. Il s'agit d'une nouvelle exception. Actuellement, les décisions de la commission fédérale de

⁵² RS 0.172.052.68.

⁵³ Sur cette notion, voir *infra* II, C.

⁵⁴ KARLEN (n. 26) p. 450, a une approche plus restrictive en affirmant que ces deux conditions sont cumulatives, ce qui limite le recours aux litiges portant sur un marché d'un montant supérieur aux seuils et posant une question de principe.

⁵⁵ Art. 100, al. 1, let. x, OJ; KARLEN (n. 26) p. 49; WURZBURGER (n. 7) p. 494.

⁵⁶ Voir, sur cette question, XAVIER OBERSON, «L'échange international de renseignements en matière fiscale», in BELLANGER / TANQUEREL (éd.), *L'entraide administrative*, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 127.

⁵⁷ Voir, sur cette question, CHRISTIAN BOVET, «L'entraide administrative dans le domaine financier», in BELLANGER / TANQUEREL (éd.), *L'entraide administrative*, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 151.

⁵⁸ BO/CE 2005 136-138.

la communication peuvent être déferées directement au Tribunal fédéral⁵⁹, et celles de l'Office fédéral de la communication peuvent être contestées auprès de la commission de recours en matière de télécommunications⁶⁰. Dès l'entrée en vigueur de la LTF et de la LTAF, le Tribunal administratif fédéral sera la seule instance de recours contre les décisions des autorités fédérales dans ce domaine⁶¹. Le message du Conseil fédéral justifie cette limitation par la rapidité avec laquelle les facteurs techniques, commerciaux et économiques se transforment en matière de télécommunications. Selon le Conseil fédéral, une seconde instance de recours prolonge notablement la procédure avec le triple risque de rendre la décision finale obsolète parce que dépassée par l'évolution technologique, de réduire les possibilités d'accès au marché et de nuire au développement d'une véritable concurrence⁶². Cette analyse est discutable, notamment compte tenu des enjeux économiques pour les entreprises de télécommunication. Il eût été préférable de laisser à ces dernières la faculté d'apprécier si un recours auprès du Tribunal fédéral leur paraissait ou non opportun compte tenu des conséquences financières de la décision attaquée ou de son impact au vu de l'évolution technologique. Les effets négatifs d'un recours sur la libre concurrence sur un marché auraient également pu être palliés par la prise de mesures provisionnelles.

C. La valeur litigieuse

L'article 191, alinéa 2, Cst. autorise le législateur à limiter l'accès au Tribunal fédéral en fonction de la valeur litigieuse pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe. Le Parlement fédéral a fait le choix d'instaurer à l'article 85, alinéa 1, LTF l'exigence d'une valeur litigieuse minimale uniquement dans deux domaines du droit administratif : la responsabilité de l'Etat et les rapports de travail de droit public⁶³.

En matière de responsabilité étatique, la valeur litigieuse doit être supérieure à 30 000.– francs. Ce montant correspond à celui retenu à l'article 74 LTF pour le recours en matière civile pour les causes ne concernant pas le droit du travail ou du bail à loyer.

Pour les contestations relatives à des rapports de travail de droit public, la valeur litigieuse doit être de 15 000.– francs. A nouveau, le législateur a conservé la cohérence avec le recours civil puisque la même valeur est applicable aux litiges concernant le droit du travail.

⁵⁹ Art. 11, al. 4, et 61, al. 1, de la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC ; RS 784.10).

⁶⁰ Art. 61, al. 2, et 63 LTC.

⁶¹ Voir le ch. 86 de la liste des modifications du droit en vigueur contenue en annexe de la LTAF.

⁶² Message (n. 4) p. 4122.

⁶³ Message (n. 4) pp. 4121-4122 ; BO/CN 2004 1606-1607.

Toutefois, selon l'article 85, alinéa 2, LTF, même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe. Cette disposition ne définit pas cette notion, pas plus qu'une autre norme de la LTF qui se réfère pourtant à cinq autres reprises à ce concept⁶⁴. Il faut donc se référer aux travaux préparatoires. Le Message du Conseil fédéral expose qu'il y aura une question juridique de principe si deux conditions cumulatives sont réunies⁶⁵. En premier lieu, la question juridique posée porte sur l'interprétation d'une norme dont la violation est un motif de recours au Tribunal fédéral. En second lieu, cette question juridique présente l'une des trois caractéristiques suivantes :

- Elle n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral, mais mérite de l'être, en raison de sa nouveauté ou du caractère contradictoire de la jurisprudence des autorités précédentes.
- Elle a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral dans le même sens que l'acte attaqué, mais mérite d'être réexaminée par le Tribunal fédéral en raison d'arguments nouveaux permettant de remettre en cause le bien fondé de la jurisprudence antérieure.
- Elle a déjà été jugée par le Tribunal fédéral dans un sens différent de l'acte attaqué et mérite d'être tranchée à nouveau, pour confirmer ou infirmer la jurisprudence antérieure.

Ces éléments n'ont naturellement pas force de loi dès lors que le législateur ne les a pas intégrés dans la LTF. Ils ne peuvent que guider l'interprétation de la notion de « question juridique de principe ». Le caractère très large de ces hypothèses laisse toutefois supposer que de nombreux justiciables risquent d'invoquer l'existence d'une « question juridique de principe », au moins durant les premières années d'application de la LTF. Il appartiendra au Tribunal fédéral de cerner progressivement cette notion dans sa jurisprudence⁶⁶.

D. La subsidiarité

Les règles que nous avons exposées au sujet de la recevabilité du recours en matière de droit public délimitent d'ores et déjà le cercle des autorités dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Ces exigences relatives à l'objet du recours sont complétées par des conditions de subsidiarité fixées aux articles 86 à 88 LTF en fonction de la nature de l'acte attaqué.

⁶⁴ Art. 20, al. 2, 42, al. 2, 74, al. 2, let. a, 83, let. f et 109, al. 1, LTF

⁶⁵ Message (n. 4) p. 4108.

⁶⁶ KARLEN (n. 26) p. 44.

En cas de recours contre une décision au sens des articles 90 à 94 LTF, l'article 86 LTF pose comme règle que le Tribunal fédéral ne doit normalement pas être saisi d'un recours direct⁶⁷. Pour les actes d'autorités fédérales, il statuera sur les décisions rendues par le Tribunal administratif fédéral ou, dans de plus rares cas, par le Tribunal pénal fédéral ou l'autorité indépendante de plainte en matière de radio et de télévision. Pour les actes d'autorités cantonales, les voies de droit cantonales doivent avoir été préalablement épuisées. De plus, la dernière instance cantonale sera un tribunal supérieur, sauf pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant (art. 86, al. 2 et 3, LTF)⁶⁸.

En cas de recours contre un acte normatif, l'article 87 LTF prévoit que les voies de recours cantonales doivent en principe avoir été préalablement épuisées si de telles voies existent. Un recours direct au Tribunal fédéral n'est possible qu'en l'absence de voies de recours cantonales.

En cas de recours pour violation des droits politiques, l'article 88, alinéa 1, LTF impose également l'épuisement préalable des voies de droit cantonales. L'article 88, alinéa 2, LTF oblige les cantons à prévoir une voie de recours contre tout acte émanant d'une autorité autre que le Parlement et le Gouvernement qui est susceptible de violer les droits politiques cantonaux des citoyens⁶⁹. De la sorte, le Tribunal fédéral ne devrait pas avoir à statuer en première instance.

III. La qualité pour recourir

Pour analyser les exigences posées par la LTF pour l'admission de la qualité pour recourir, il convient de distinguer le recours contre une décision (A.), contre un acte normatif (B.) ou en matière de droits politiques (C.).

A. Le recours contre une décision

En matière de recours contre une décision, l'article 89 LTF distingue la qualité pour recourir des parties à la décision contestée et d'éventuels tiers (1.) de celle des autorités ou d'autres personnes et organisations auxquelles une loi fédérale accorde un droit de recours (2.).

⁶⁷ Message (n. 4) p. 4123.

⁶⁸ JEAN-CLAUDE LUGON, ÉTIENNE POLTIER et THIERRY TANQUEREL, « Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons », in BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, pp. 103/117-118.

⁶⁹ Message (n. 4) p. 4125.

1. *La qualité pour recourir des parties à la décision contestée et d'éventuels tiers*

A l'heure actuelle, dans le recours de droit public, l'acquisition de la qualité pour recourir dépend de l'exigence de l'intérêt juridique contenue à l'article 88 OJ. Ont ainsi qualité pour recourir, les personnes ayant un intérêt juridiquement protégé, soit celles dont les droits matériels ou de procédure sont touchés par la décision en cause. En outre, une entité publique n'a la qualité pour recourir que si elle est touchée comme un particulier et peut invoquer à ce titre un droit constitutionnel ou si elle est atteinte dans l'autonomie que lui garantit la loi et la Constitution⁷⁰. S'agissant de la qualité pour former un recours de droit administratif, sous réserve de cas particuliers, la qualité pour recourir est attribuée à toute personne bénéficiant d'un intérêt digne de protection, qui peut être un intérêt de droit, un intérêt juridiquement protégé ou même un intérêt de fait. Cet intérêt existe lorsque deux conditions sont remplies : l'existence d'un rapport de connexité avec l'objet du litige, caractérisée par l'existence d'un intérêt personnel, direct et spécial⁷¹ du recourant et l'actualité⁷².

Pour le recours en matière de droit public, l'article 89, alinéa 1, LTF reprend uniquement le système de l'intérêt digne de protection. Il exige, d'une part, que le recourant établisse que l'acte contesté lui cause un préjudice ou le prive d'un avantage, ce qui lui donne un intérêt à sa modification ou son annulation (art. 89, al. 1, let. c LTF). Il impose, d'autre part, que le recourant soit *particulièrement* touché par l'acte attaqué. A notre avis, cette condition introduite dans la loi pour éviter de permettre à des tiers de recourir trop facilement contre des actes dont ils ne sont pas destinataires⁷³, ne devrait pas modifier le niveau des exigences pour le recours de tiers, qui ont été posées par le Tribunal fédéral au regard du critère de la spécialité et sont déjà relativement élevées⁷⁴. Les recourants doivent être touchés dans leurs intérêts de fait ou de droit dans une mesure supérieure et avec une intensité supérieure que les autres personnes⁷⁵. Des consommateurs qui recourent contre

⁷⁰ ATF 128/2002 I 3/7, *Gemeinde Arosa*; ATF 122/1996 I 279/290 ss, *Geschäftsvereinigung Limmatquai und Touring Club der Schweiz, Sektion Zürich*.

⁷¹ ATF 116/1990 Ib 321/323, X.; ATF 121/1995 II 176/180-182, *Claudia Leisinger-Bolleter u. Mitb.*; 116/1990 II 136, M.; ATF 125/1999 V 339/342, *SWICA Organisation de santé*.

⁷² JAAC 65/2001 n° 7, pp. 102/105-106 (Comm. Rec. en matière d'asile, 19.04.2000).

⁷³ Message (n. 4) p. 4127.

⁷⁴ Dans ce sens, AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (n. 27) N°s 2042-2043; HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1999; *contra*; KARLEN (n. 26) pp. 51-52; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, «La qualité pour recourir des tiers dans la gestion de l'espace», in TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève, Zurich, Bâle, 2004, pp. 167/169.

⁷⁵ ATF 127/2001 V 1/3, S. P.

une autorisation relative à des denrées produites sur la base d'organismes génétiquement modifiés n'ont pas un intérêt spécial, car ils ne sont pas plus touchés par ces aliments que le reste du public⁷⁶. A l'inverse, des personnes habitant à proximité d'une antenne de téléphonie mobile se trouvent dans une situation différente de celle du reste de la population et disposent pour ce motif d'un intérêt spécial⁷⁷.

Si une association entend recourir contre une décision, elle pourra, comme aujourd'hui, fonder sa qualité pour recourir sur l'article 89, alinéa 1, LTF soit lorsqu'elle est touchée personnellement en tant qu'association par l'acte attaqué, soit si elle remplit les quatre conditions cumulatives posées par la jurisprudence pour le recours d'une association pour le compte de ses membres⁷⁸: l'association dispose de la personnalité morale; elle a pour but statutaire la protection de ses membres; une majorité d'entre eux sont atteints par la décision et chacun des membres atteints disposerait personnellement de la qualité pour recourir⁷⁹.

De plus, même si l'article 89, alinéa 1, LTF, ne le mentionne pas expressément, l'intérêt du recourant doit être actuel: le jugement demandé doit être apte à empêcher l'atteinte de se produire ou de perdurer. Si l'atteinte s'est déjà produite et a cessé de déployer ses effets, le recours n'a en principe plus de raison d'être. L'exception appliquée actuellement par le Tribunal fédéral devrait naturellement subsister. Cette règle devrait continuer à être écartée lorsque son application risquerait d'empêcher une juridiction de revoir une question de principe susceptible de se reproduire dans les mêmes circonstances⁸⁰.

Enfin, l'article 89, alinéa 1, lettre a, LTF énonce expressément une autre condition que la pratique a jusqu'à présent déduite de l'exigence d'un intérêt digne de protection. Il faut que le recourant ait été partie devant l'instance de recours précédente ou que ses droits de partie lui aient été refusés ou qu'il ait été sans sa faute empêché de participer à l'instance précédente⁸¹. Le Tribunal fédéral avait déjà posé cette exigence de manière claire s'agissant du recours de droit administratif en affirmant que seul pouvait former un recours de droit administratif celui qui apparaît formellement atteint, c'est-à-dire celui qui avait participé à la procédure devant l'autorité inférieure et dont les conclusions ont été totalement ou partiellement écartées⁸², sous réserve de

⁷⁶ ATF 123/1997 II 376/379-381, *R. Gonseth u. Mitb.*

⁷⁷ ZBl 2002 105 (TF, 26.10.2000).

⁷⁸ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 2013.

⁷⁹ ATF 120/1994 Ib 59/61, *Komitee für eine umweltgerechte Bahn 2000*.

⁸⁰ SJ 2001 I 172 (TF, 26.06.2000); ATF 111/1985 Ib 56/59, *Sozialdemokratische Partei der Schweiz und Dr. Peter Vollmer*.

⁸¹ Message (n. 4) p. 4127.

⁸² ATF 130/2004 II 514/516, X.; ATF 127/2001 II 104/110, L.; ATF 123/1997 II 115/117, X.

l'hypothèse ou le recourant aurait été empêché, sans faute de sa part, de participer à cette procédure⁸³. Dans le même sens, le Conseil fédéral avait admis que l'article 48 PA devait être interprété comme imposant la participation à la procédure de recours antérieure⁸⁴. Cette approche similaire était légitime, compte tenu du rapport étroit entre l'article 48 PA et l'article 103 OJ⁸⁵.

Ce devoir de participer à la procédure antérieure a été étendu aux autres procédures contentieuses par une large partie de la doctrine, sur la base du principe de la bonne foi selon lequel les parties doivent intervenir dans la procédure et faire valoir leurs griefs le plus tôt possible⁸⁶. Toutefois, la doctrine minoritaire⁸⁷, en se fondant sur un arrêt isolé du Tribunal fédéral⁸⁸, affirmait qu'une obligation de participer à la procédure antérieure ne découlerait pas de l'article 48 PA. Elle se fondait essentiellement sur le souhait de protéger les tiers qui pourraient être éventuellement privés de l'accès à une voie de recours dans la mesure où ils auraient été empêchés d'intervenir durant la procédure antérieure, car ils n'avaient pas connaissance de la décision querellée, de la procédure de recours ou de ses enjeux⁸⁹. Or, la combinaison de l'obligation de participer à la procédure antérieure avec la prise en compte d'exceptions permet d'appliquer la condition formelle de la participation obligatoire à la procédure antérieure tout en respectant les droits des tiers, ce qui est le but recherché par la doctrine minoritaire. Le nouvel article 89, alinéa 1, lettre a LTF met un terme à cette querelle en reconnaissant l'obligation de participer à la procédure antérieure sous réserve d'un fait justificatif valable. Pour ce dernier, on peut distinguer trois hypothèses.

En premier lieu, le tiers ne pouvait pas être partie à la procédure non contentieuse pour un motif procédural. Tel pourrait être le cas à Genève, par

⁸³ ATF 127/2001 V 107/110, A.

⁸⁴ JAAC 64/2000, N° 18, pp. 245/248 (CF, 28.09.1998).

⁸⁵ ATF 108/1982 Ib 92/95, *Hiestand*; RDAF 2001 II 336/338 (TF, 25.07.2001); PETER SCHMID, *Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat*, Berne 1997, p. 141.

⁸⁶ Voir, notamment, ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, pp. 900-901; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungs-rechtspflege*, 2^e éd., Berne 1983, p. 155; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle, 1991, N° 1986; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 2^e éd., Berne 2002, p. 636; RENÉ A. RHINOW, HEINRICH KOLLER & CHRISTINA KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Bâle 1996, N° 1272; ULRICH ZIMMERLI, WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne 1997, p. 120.

⁸⁷ ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e éd., Zurich 1998, N°s 236 & 250; de manière plus nuancée, ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich 2000, N°s 334 à 338.

⁸⁸ ATF 110 Ib 105/110, X. und P. AG. Voir la critique fondée de cet arrêt par FRITZ GYGI, « Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege », *Recht* 1986, p. 10.

⁸⁹ Dans ce sens, voir, par exemple, RDAF 2001 II 336/337 ss (TF, 25.07.2001).

exemple, en raison de l'article 7 de la loi genevoise de procédure administrative du 12 décembre 1985 (LPA)⁹⁰, qui interdit à un tiers n'ayant pas un intérêt juridique de participer à la procédure non contentieuse.

En deuxième lieu, le tiers aurait dû participer à la procédure antérieure mais il en a été empêché sans sa faute. En effet, puisque le droit de procédure pose comme condition à la qualité de partie à une procédure de recours la participation à un stade antérieur de la procédure, le tiers qui manque l'étape précédente, de manière fautive, est écarté définitivement de la procédure.

Enfin, il peut se produire que le tiers bénéficiait de la faculté de participer à la procédure antérieure, sans cependant en avoir l'obligation au regard de la bonne foi, car une disposition légale l'y autorisait⁹¹. Dans ce cas, il ne peut lui être fait grief d'avoir renoncé à recourir, sous réserve d'un abus de droit.

2. *La qualité pour recourir des autorités ou d'autres personnes et organisations*

L'article 89, alinéa 2, LTF distingue le droit de recours des autorités fédérales (let. a et b) celui des communes ou autres collectivités publique (let. c), et celui des tiers auxquels le droit fédéral reconnaît ce droit (let. d).

En premier lieu, la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, les unités qui leur sont subordonnées, ont la qualité pour recourir contre des actes remplissant deux conditions cumulatives: cet acte, qu'il s'agisse d'une décision fédérale ou cantonale ou d'un acte normatif cantonal⁹², entre dans leur domaine d'attribution, soit dans les affaires qui touchent à leurs tâches, et est susceptible de violer le droit fédéral. Cette disposition a une portée similaire à celle de l'article 103, lettre b, OJ en ce qui concerne les départements fédéraux et leurs unités subordonnées. Elle étend cette règle à la Chancellerie fédérale afin que celle-ci soit aussi habilitée à recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de personnel. Elle fait de même pour l'organe compétent de l'Assemblée fédérale en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération. Dans ces différents cas, comme à l'heure actuelle, l'exercice du droit de recours n'est pas subordonné à l'existence d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée ni d'un autre intérêt public spécifique⁹³.

En deuxième lieu, l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF reprend le principe posé par le Tribunal fédéral en matière de recours de droit public pour la

⁹⁰ RS/GE E 5 10.

⁹¹ JAAC 59/1995 N° 12, pp. 84/86-87 (DETEC, 9.09.1993).

⁹² Message (n. 4) p. 4128.

⁹³ ATF 129/2003 II 11/13, *Bundesamt für Ausländerfragen*.

qualité pour recourir des communes et autres collectivités de droit public⁹⁴ dans les cas où elles ne sont pas touchées comme un particulier⁹⁵. Dans ce dernier cas, une commune ou une corporation pourrait fonder sa qualité pour recourir sur l'article 89, alinéa 1, LTF.

Une commune bénéficie de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais qu'il laisse en tout ou partie dans la sphère communale, conférant par là aux autorités municipales une liberté de décision appréciable⁹⁶. L'appréciation de l'existence et de l'étendue de l'autonomie communale dans un cas particulier dépend du contenu de la constitution et la législation cantonales, voire exceptionnellement du droit cantonal non écrit et coutumier⁹⁷. Pour que le recours soit recevable, il faut donc que la recourante démontre que le droit cantonal lui garantisse le droit à l'existence ou une certaine marge d'autonomie dans le domaine envisagé, d'une part, et que la décision attaquée viole ce droit ou cette autonomie, d'autre part⁹⁸. En invoquant son autonomie, la commune peut se plaindre tant des excès de compétence d'une autorité cantonale que de la violation par celle-ci des règles du droit fédéral, cantonal ou communal qui régissent la matière⁹⁹. Les corporations de droit public dont l'organisation peut être comparée à celle d'une commune bénéficient de la même protection¹⁰⁰. Elles constituent les « autres collectivités de droit public » visées à l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF. En revanche, tel n'est pas le cas des établissements de droit public qui n'ont pas la qualité pour défendre leur autonomie par un recours de droit public, même s'ils bénéficient de la personnalité morale¹⁰¹.

Les communes et autres collectivités de droit public ont la qualité pour recourir lorsqu'elles allèguent une violation de l'autonomie que leur garantit l'article 50 Cst. ou la constitution cantonale¹⁰². Elles peuvent en outre se plaindre de la violation du droit d'être entendu ou de l'interdiction de l'arbitraire à condition que ce grief soit en rapport étroit avec celui tiré de la violation de l'autonomie ou de la violation du droit à l'existence¹⁰³.

⁹⁴ Message (n. 4) p. 4128.

⁹⁵ ATF 129/2003 I 313/318-319, *Commune municipale de N.*

⁹⁶ ATF 126/2000 I 133/136, *Stadt Zurich.*

⁹⁷ ATF 122/1996 I 279/290, *Geschäftsvereinigung Limmatquai.*

⁹⁸ ATF 99/1973 Ia 754, *Studentenschaft der Universität Bern.*

⁹⁹ ATF 126/2000 I 133/136, *Stadt Zurich.*

¹⁰⁰ ATF 108/1982 Ia 82/85 ss, *Evangelisch-reformierte Kirche des Kantons St. Gallen.*

¹⁰¹ Arrêt 2P.342/1994 du 4 juillet 1995; arrêt 2P.300/2004 du 14 décembre 2004.

¹⁰² ATF 128/2002 I 3, 7, *Gemeinde Arosa*; 122/1996 I 279, 290 ss, *Geschäftsvereinigung Limmatquai und Touring Club der Schweiz, Sektion Zürich.*

¹⁰³ ATF 129/2003 I 313/318-319, *Commune municipale de N.*, et la jurisprudence citée.

En troisième lieu, l'article 89, alinéa 2, lettre d, LTF reconnaît la qualité pour recourir aux personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours. Cette disposition reprend le contenu de l'article 103, lettre c, OJ¹⁰⁴ avec une restriction. La référence à la législation fédérale¹⁰⁵ a été remplacée par les termes «loi fédérale»¹⁰⁶. En conséquence, seul le législateur fédéral pourra octroyer un droit de recours spécial.

B. Le recours contre un acte normatif

Lorsque l'acte attaqué est un acte normatif cantonal, l'intérêt personnel peut être simplement virtuel¹⁰⁷. La qualité pour recourir est reconnue à toute personne à qui les dispositions contestées pourraient s'appliquer un jour¹⁰⁸. Une atteinte virtuelle aux intérêts juridiquement protégés suffit, à condition qu'elle puisse être envisagée avec une certaine vraisemblance. En revanche, l'invocation d'intérêts généraux ou de pur fait n'est pas suffisante¹⁰⁹.

C. Le recours en matière de droits politiques

En matière de droits politiques, l'article 89, alinéa 3, LTF reprend la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral selon laquelle le recours pour violation des droits politiques est ouvert à toute personne à laquelle la législation cantonale reconnaît le droit de participer à la votation ou à l'élection en cause, même si elle n'a aucun intérêt juridique personnel à l'annulation de l'acte attaqué¹¹⁰. Cette disposition a été conçue comme un complément par rapport à la règle générale figurant à l'article 89, alinéa 1, LTF. En conséquence, une personne qui n'aurait pas le droit de participer à la votation ou l'élection en cause et ne bénéficierait donc pas de la qualité pour recourir liée à ce droit pourrait néanmoins déposer un recours contre un acte en matière de droits politiques si elle démontre remplir l'exigence générale de l'intérêt actuel, personnel et digne de protection à son annulation.

¹⁰⁴ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 2013 *in fine*.

¹⁰⁵ Cette notion englobait le droit constitutionnel, les lois, les arrêtés de portée générale, les ordonnances, le droit non édicté et les traités internationaux.

¹⁰⁶ Message (n. 4) p. 4129.

¹⁰⁷ ATF 122/1996 I 90/92; JEAN MORITZ, «Contrôle des normes: la juridiction constitutionnelle vaudoise à l'épreuve de l'expérience jurassienne», *RDAF* 2005 1/20.

¹⁰⁸ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 2002.

¹⁰⁹ ATF 131/2005 I 198/200, *Apothekerverein des Kantons Solothurn*, et la jurisprudence citée.

¹¹⁰ ATF 128/2002 I 190/192, *Michel Rossetti*.

IV. Les motifs de recours

Le législateur a défini aux articles 95 à 99 LTF les motifs de recours pour les trois recours en matière civile, pénale et administrative. Il a conçu ces dispositions en fonction du rôle du Tribunal fédéral qui est la cour suprême et ne devrait, à ce titre, d'une part, être qu'une instance de révision du droit et, d'autre part, pas être saisie deux fois de la même affaire.

Du point de vue des motifs juridiques, l'article 95 LTF permet de former le recours pour violation de l'ensemble du droit fédéral, qui comprend la constitution fédérale, les lois et ordonnances législatives fédérales¹¹¹, du droit international pour autant que ses dispositions soient directement applicables¹¹², de droits constitutionnels cantonaux, de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens de même que sur les élections et votations populaires, ainsi que du droit intercantonal¹¹³. Cette définition ne devrait pas modifier la pratique actuelle du Tribunal fédéral. Cette liste est restreinte par l'article 98 LTF à la seule invocation d'une violation des droits constitutionnels en cas de recours formé contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles afin d'éviter une instruction complète dans ce cas alors que l'affaire risque d'être soumise une nouvelle fois au Tribunal fédéral en cas de recours contre la décision au fond¹¹⁴.

L'abandon de l'exigence de l'intérêt juridique devrait inciter le Tribunal fédéral à revoir sa conception restrictive de la qualité pour recourir en matière d'arbitraire. Ce grief devrait pouvoir être invoqué par tout recourant ayant un intérêt digne de protection au sens de l'article 89, alinéa 1, LTF¹¹⁵.

Lors de l'examen des moyens invoqués par les recourants, le Tribunal fédéral appliquera le droit d'office conformément au principe *jura novit curia* énoncé à l'article 106, alinéa 1, LTF¹¹⁶. Il appartiendra toujours toutefois au recourant de démontrer de manière précise l'existence et la nature de la violation du droit cantonal ou intercantonal qu'il allègue. Dans ce domaine, l'article 106, alinéa 2, LTF reprend la jurisprudence développée par le Tribunal

¹¹¹ HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1970.

¹¹² HÄFELIN, HALLER, KELLER (n. 10) N° 1971.

¹¹³ L'art. 96 LTF prévoit que le recours peut également être formé pour inapplication du droit étranger désigné par le droit international privé suisse ainsi que pour application erronée du droit étranger désigné par le droit international privé suisse, pour autant qu'il s'agisse d'une affaire non pécuniaire. Cette disposition n'a toutefois pas de portée pratique pour le contentieux de droit public. Dans ce sens, voir l'ATF 6S.449/2005 du 24 janvier 2006, c. 1.

¹¹⁴ Message (n. 4) p. 4134.

¹¹⁵ Dans ce sens, voir MICHEL HOTTELIER, « Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 août 2005 », *AJP/PJA* 2006 232/235 ; WURZBURGER (n. 7) p. 494.

¹¹⁶ Message (n. 4) pp. 4141-4142.

fédéral dans le cadre du recours de droit public¹¹⁷. Cette juridiction ne vérifiera pas d'elle-même si la décision attaquée est en tout point conforme au droit et à l'équité et n'examinera que les griefs suffisamment motivés dans l'acte de recours. En conséquence, le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux¹¹⁸.

S'agissant des faits, le principe résultant des articles 97, alinéa 1, et 105, alinéa 1, LTF est que le recours ne peut critiquer les faits constatés par l'instance inférieure¹¹⁹. Le Tribunal fédéral statuera sur la base des faits établis par l'autorité précédente, qui le lie. La LTF prévoit deux exceptions à cette règle.

La première exception, d'ordre général, concerne le défaut de prise en compte de faits pertinents pour la résolution de la contestation¹²⁰. Son application est subordonnée à la réalisation de deux conditions cumulatives : d'une part, les faits ont été établis de façon manifestement inexacte, ou, de façon incomplète et cela empêche l'application correcte du droit matériel, ou encore en violation du droit, notamment d'une règle de procédure ; d'autre part, cette violation a une influence déterminante sur l'issue de la procédure. Pour remplir cette exigence, le recourant doit rendre vraisemblable que la décision attaquée aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit. Cette approche reprend la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière d'arbitraire. Le Tribunal affirme systématiquement qu'un recourant ne peut se contenter de critiquer l'arrêt attaqué comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Il doit préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire, ne reposerait sur aucun motif sérieux et objectif, apparaîtrait insoutenable ou heurterait gravement le sens de la justice¹²¹. Pour qu'une décision soit reconnue comme arbitraire, il faut donc non seulement que sa motivation soit insoutenable mais aussi que cette décision apparaisse arbitraire dans son résultat. Le même principe vaudra dans le futur pour la critique de l'état de fait retenu par la juridiction antérieure.

La seconde exception, prévue par l'article 97, alinéa 2, LTF, vise un cas particulier : le recours peut porter sur la constatation incomplète ou erronée des faits si la décision attaquée concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accident ou de l'assurance

¹¹⁷ ATF 130/2004 | 312/319, A. SA.

¹¹⁸ ATF 130/2004 | 258/261, X. AG.

¹¹⁹ KARLEN (n. 26) pp. 38 & 40.

¹²⁰ Message (n. 4) p. 4135.

¹²¹ ATF 128/2002 | 295/312, *Association suisse des annonceurs*.

militaire¹²², ce qui pourrait limiter l'impact de l'article 97, alinéa 1, LTF sur la décharge du Tribunal fédéral¹²³.

Dans le même sens, l'article 99, alinéa 1, LTF prohibe la présentation de faits nouveaux dans le cadre d'un recours en matière de droit public. Cette interdiction ne peut être levée que dans trois hypothèses lorsque les faits nouveaux justifient une critique de la régularité de la procédure devant l'instance précédente, sont nécessaires pour critiquer un nouvel argument juridique retenu par l'instance précédente auquel les parties n'avaient pas été précédemment confrontées ou encore concernent des arguments juridiques que le recourant ne pouvait pas faire valoir devant l'instance précédente.

V. Le sort du recours

Selon l'article 107, alinéa 1, LTF, le Tribunal fédéral est lié par les conclusions des parties. En conséquence, toute conclusion non soumise à l'instance inférieure et tendant à élargir l'objet du litige est irrecevable.

Si le Tribunal fédéral admet le recours, il peut, en vertu de l'article 107, alinéa 2, LTF statuer lui-même sur le fond, renvoyer l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision, ou encore renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance.

L'article 107, alinéa 3, LTF introduit un régime particulier en matière d'en-traide pénale internationale: si le Tribunal fédéral considère un recours irrecevable, il doit rendre une décision de non entrée en matière dans les 15 jours qui suivent la fin d'un éventuel échange d'écritures.

VI. Conclusion

Nous avons vu au début de cet article que les trois objectifs de la réforme du Tribunal fédéral étaient d'assurer le bon fonctionnement du Tribunal fédéral en réduisant la charge excessive de travail qu'il doit supporter, d'améliorer la protection juridictionnelle des citoyens et de simplifier la procédure et les voies de droit. Au vu de la fusion du recours de droit public et du recours de droit administratif en un seul recours en matière de droit public, on peut s'interroger sur la réalisation de ces buts.

Du point de vue de la charge de travail du Tribunal fédéral, il est difficile de se prononcer à ce stade. L'élément déterminant sera le rôle de filtre que le

¹²² BO/CN 2005 1607-1612.

¹²³ WURZBURGER (n. 7) pp. 490 & 492.

Tribunal administratif fédéral est appelé à remplir. Dans la mesure où ce Tribunal pourrait compter sur le concours des membres des anciennes commissions de recours qui rejoindraient ses rangs, il bénéficierait immédiatement d'un capital de savoir et d'expérience dans plusieurs domaines importants comme les marchés publics ou les assurances sociales qui devrait lui permettre de rendre des arrêts d'un niveau tel qu'ils dissuadent les justiciables de prolonger la procédure en recourant au Tribunal fédéral. Les premières années de fonctionnement du Tribunal administratif fédéral permettront de mesurer son effet sur le nombre de recours au Tribunal fédéral.

La fusion des deux recours de droit public et administratif est de nature à améliorer la protection juridique des citoyens en facilitant le contrôle des décisions administratives. En particulier, la suppression de l'exigence de l'intérêt juridique va ouvrir le contrôle judiciaire sur des décisions qui n'étaient auparavant pas attaquables devant le Tribunal fédéral par des recourants n'ayant qu'un intérêt digne de protection. L'étendue des moyens invocables devant le Tribunal fédéral est également plus importante, ce qui est un élément positif. En revanche, il est possible que les rapports entre le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire se révèlent compliqués. Si, dans de nombreux domaines, les justiciables devaient former les deux recours pour défendre leurs droits, le résultat souhaité par la réforme ne serait pas réellement atteint.

Enfin, sous réserve de la question de l'éventuel double recours, le nouveau système légal est manifestement plus clair que l'actuel. L'unicité de la définition des actes attaquables, de la qualité pour recourir, des moyens et des règles de procédures est un indiscutable progrès. Elle contribuera de manière indiscutable à simplifier la procédure devant le Tribunal fédéral, au grand bénéfice des recourants et de leurs mandataires.