



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

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

La motivation des actes administratifs en Suisse

Tanquerel, Thierry

How to cite

TANQUEREL, Thierry. La motivation des actes administratifs en Suisse. In: La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé. Caen : Presses universitaires de Caen, 2019. p. 115–122. (Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux) doi: 10.4000/crdf.3770

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135627>

Publication DOI: [10.4000/crdf.3770](https://doi.org/10.4000/crdf.3770)

La motivation des actes administratifs en Suisse*

Thierry TANQUEREL

Professeur de droit public à la faculté de droit de l'université de Genève (Suisse)

I. Les catégories d'actes administratifs

A. Les décisions

1. La définition générale
2. Les éléments constitutifs de la décision

B. Les décisions générales

C. Les plans d'affectation

D. Les normes

E. Les actes administratifs au sens étroit

II. L'obligation de motiver les décisions administratives

A. Les fondements juridiques

B. Le contenu de l'obligation

C. Les cas particuliers

1. La motivation sur demande
2. Les décisions sujettes à opposition
3. Les décisions sujettes à référendum

D. La réparation de la violation de l'obligation de motiver

III. L'absence d'obligation générale de motivation des actes réglementaires

Pour aborder la question de la motivation des actes administratifs en Suisse, il faut partir des différentes catégories d'actes administratifs que connaît le droit suisse. Celui-ci accorde en effet une portée juridique importante à la distinction entre les normes (ou règles de droit), qui sont générales et abstraites, et les décisions, qui sont individuelles et concrètes. Non moins importante est la distinction entre actes juridiques ayant des effets sur les droits et obligations des particuliers (normes et décisions) et ceux

n'ayant d'effet qu'au sein même de l'appareil étatique (actes administratifs « au sens étroit »). Le régime procédural et l'ouverture du contentieux diffèrent notablement en fonction de ces distinctions, en particulier en ce qui concerne l'exigence de motivation. Fondamentalement, les principes de procédure administrative, dont fait partie l'obligation de motiver, ne s'appliquent que pour les décisions et les actes qui leur sont assimilés. On admettra aussi que la notion d'actes administratifs ne couvre que des

* L'auteur tient à remercier Madame Margaux Terradas, assistante à la faculté de droit de l'université de Genève, pour son aide précieuse dans la préparation et la mise au point de cet article.

actes juridiques et n'englobe donc pas les actes purement matériels effectués par l'administration.

On présentera donc d'abord les décisions, les actes qui leur sont procéduralement assimilés, les normes qui peuvent être considérées comme étant de nature administrative, ainsi que la catégorie résiduelle des actes administratifs au sens étroit, qui peuvent être qualifiés de juridiques sans posséder les caractéristiques essentielles d'une décision ou d'une norme. On insistera à cet égard sur les difficultés de délimitation, puisque c'est là que l'enjeu de l'existence ou non d'une obligation de motiver est présent.

Seront ensuite exposés les fondements juridiques et les modalités de l'obligation de motiver les décisions administratives, ainsi que les moyens d'en réparer la violation.

On commentera enfin la lacune que représente l'absence d'obligation générale de motiver les actes administratifs de nature réglementaire.

Pour clarifier le contexte, il faut encore rappeler que la Suisse est un État fédéral et que la procédure administrative relève de l'État fédéral pour les actes que ses autorités sont amenées à prendre et des cantons pour les affaires qui sont de leur compétence. Cette procédure étant étroitement encadrée par des principes constitutionnels et par diverses exigences du droit fédéral visant à assurer une protection juridique des administrés déjà au niveau cantonal, les différences entre procédure fédérale et procédure cantonale sont minimales. On se référera donc dans cette contribution essentiellement aux règles fédérales, avec quelques allusions, à titre d'exemple, au droit du canton de Genève¹.

I. Les catégories d'actes administratifs

A. Les décisions

1. La définition générale

La jurisprudence helvétique définit la décision administrative comme un acte de souveraineté individuel qui s'adresse à un particulier et qui règle de façon impérative et contraignante une situation concrète soumise au droit administratif, soit en créant des droits et des obligations, soit en constatant l'existence².

Cette définition correspond matériellement à celle qui est donnée par l'article 5, alinéa 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)³, selon lequel sont des décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou

d'annuler des droits ou des obligations (art. 5, al. 1.a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (art. 5, al. 1.b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (art. 5, al. 1.c). L'article 5, alinéa 2 PA précise que les mesures en matière d'exécution, les décisions incidentes, les décisions sur opposition et sur recours, ainsi que les décisions en matière de révision ou d'interprétation sont aussi des décisions. Le droit cantonal s'est aligné sur cette notion fédérale de la décision⁴.

2. Les éléments constitutifs de la décision

Au vu de la définition exposée ci-dessus, les éléments constitutifs d'une décision sont les suivants : le caractère souverain, unilatéral et obligatoire, le prononcé par une autorité, le fondement de droit public, le caractère individuel et concret, ainsi que la portée sur les droits et obligations d'administrés. Seuls les deux derniers méritent ici quelques développements pour mieux déterminer les contours de la notion de décision en droit suisse.

a. Le caractère individuel et concret

Le caractère individuel et concret est ce qui distingue la décision de la norme ou, en d'autres termes, de la loi au sens matériel, qui est générale et abstraite.

Un acte est individuel lorsqu'il s'adresse à une personne déterminée ou à un nombre déterminé de personnes⁵; à cet égard, c'est le cercle des personnes dont la situation juridique est touchée qui est pertinent. Un acte est concret lorsqu'il régit une situation donnée et non un nombre indéterminé de cas. Ne sont par exemple pas des décisions, même s'ils sont intitulés ainsi (comme c'est l'usage dans le canton de Vaud), les actes par lesquels des autorités communales fixent d'une manière générale les horaires d'ouverture d'établissements publics : ces actes s'adressent en effet à un nombre indéterminé d'administrés – les exploitants actuels et futurs d'établissements publics dans la commune – et règlent un nombre indéterminé de situations. Constituera, en revanche, une décision l'acte par lequel un établissement donné reçoit l'autorisation de rester ouvert plus longtemps à l'occasion d'une fête. Ne constitue pas une décision, faute d'individualisation, la déclaration par laquelle un gouvernement cantonal étend à toute une branche la portée obligatoire d'une convention collective de travail, le nombre d'employeurs et de travailleurs touchés par cette extension étant par définition indéterminé⁶.

1. Les lois seront citées la première fois avec leur titre complet, leur date et leur référence au *Recueil systématique du droit fédéral* (RS), disponible en ligne : www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html, ou au *Recueil systématique du droit genevois* (RS/GE), disponible en ligne : www.ge.ch/legislation/welcome.html, et seront ensuite citées par leur abréviation.

2. *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* (ATF; en ligne : www.bger.ch/fr/), 141 II 233, 235; 139 V 143, 144-145; 135 II 38, 45.

3. Loi fédérale sur la procédure administrative (PA) du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

4. Voir par exemple l'article 4 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA/GE) du 12 septembre 1985 (RS/GE E 5 10).

5. ATF 125 I 313, 316.

6. ATF 128 II 13, 17-18.

Il se peut évidemment que seul le caractère individuel ou le caractère concret de l'acte soit présent. Ainsi, la nomination d'un fonctionnaire, l'octroi d'une autorisation d'exploiter, la décision d'affiliation à une assurance sociale ont des effets sur un individu, mais régissent un nombre indéterminé de situations. Ces actes peuvent donc être considérés comme individuels et abstraits. Ils constituent des décisions, le critère de l'individualité primant. Le Tribunal fédéral considère que « la catégorie des mesures individuelles et abstraites est mal connue en droit suisse et son régime peu clair », tout en prenant note de la doctrine qui rattache ces mesures aux décisions⁷. À l'inverse, certaines décisions régissant une situation concrète ont un nombre indéterminé de destinataires; il s'agit des « décisions générales » qui seront examinées plus loin⁸.

b. La portée sur les droits et obligations d'administrés

Une décision doit avoir pour objet des droits et obligations d'administrés, que ce soit pour les créer, les modifier, les annuler, les constater ou pour en rejeter la création ou la constatation.

La décision se distingue ainsi d'actes administratifs internes, qui ont certes des effets juridiques au sein de l'appareil étatique, mais ne touchent pas directement les droits et obligations des administrés, comme le budget d'une collectivité⁹ ou un préavis¹⁰. Elle se distingue également des mesures d'organisation de l'administration, telles celles qui fixent les modalités d'un service public¹¹. Elle se distingue enfin des actes matériels, y compris les modalités de ceux-ci, qui peuvent, le cas échéant, être accomplis en exécution d'une décision: par exemple la démolition d'office d'une construction illégale après qu'une commination adressée au perturbateur n'a pas été suivie d'effet.

La distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer particulièrement délicate en ce qui concerne les membres du personnel de l'État. Devront être considérées comme des décisions les mesures qui touchent la situation juridique d'un membre du personnel vis-à-vis de son employeur: la nomination, le licenciement, la constatation de la fin des rapports de travail, les sanctions, comme par exemple l'avertissement disciplinaire prévu expressément par la loi applicable, le changement d'affectation d'un fonctionnaire qui va

au-delà de l'exécution des tâches qui incombent à celui-ci dans sa sphère d'activité habituelle et des instructions y relatives, même sans conséquences financières pour l'intéressé¹².

Constituent en revanche des actes certes juridiques, mais internes, un simple changement du lieu de travail dans la même fonction qui ne représente ni une sanction déguisée ni une atteinte à la personnalité¹³, la définition d'un cahier des charges, des instructions ponctuelles sur la manière de trancher une affaire¹⁴.

La décision doit aussi se distinguer des simples renseignements, recommandations ou admonestations adressés par l'administration à des particuliers. Toute indication donnée par l'administration sur une situation juridique ou de fait ne constitue pas une décision. Ainsi, un renseignement donné par l'administration fiscale sur l'application de dispositions légales (« *ruling* ») n'est pas une décision¹⁵.

La formalisation de la relation administrative, qui a pour but de garantir les droits procéduraux des parties et de permettre la contestation de l'action de l'administration est, en Suisse, centrée sur le prononcé de décisions. Il en résulte une tendance de la jurisprudence à définir les contours de la décision en fonction des besoins de la protection juridique. En d'autres termes, les tribunaux admettront d'autant plus facilement l'existence d'une décision qu'ils considèrent que les droits de procédure des intéressés, qui comprennent la motivation des décisions, et l'accès au juge doivent être garantis dans le cas d'espèce¹⁶.

B. Les décisions générales

Les décisions générales se caractérisent par le fait qu'elles concernent certes une situation déterminée – il s'agit donc d'actes concrets – mais qu'elles s'adressent à un nombre indéterminé de personnes – il s'agit donc d'actes généraux¹⁷. Elles sont parfois désignées comme « décisions collectives »¹⁸.

Sont considérées comme des décisions générales, par exemple, l'interdiction d'une manifestation¹⁹ ou les réglementations locales du trafic, comme une interdiction de circuler ou de stationner²⁰. Ont également été considérées comme des décisions générales un arrêté suspendant l'augmentation de traitement du personnel enseignant d'un canton pendant une année scolaire déterminée²¹,

7. ATF 139 II 384, 388.

8. *Infra* I.B.

9. *Semaine judiciaire* (SJ) 2014 I 141, 144, Tribunal fédéral (TF) 14 novembre 2013; 1998 296, 298, TF 27 octobre 1997.

10. ATF 116 Ib 260, 264-265.

11. Voir par exemple ATF 128 II 156, 163 sq.

12. ATF 136 I 323, 327 sq.

13. SJ 2017 I 321, TF 23 janvier 2017.

14. ATF 131 IV 32, 34; 121 II 473, 478-479.

15. ATF 141 I 161, 164; 121 II 473, 479.

16. Pour un exemple de cette tendance, voir ATF 136 I 323, 330-331.

17. ATF 139 V 143, 145; 139 V 72, 77; 134 II 272, 280; SJ 2017 I 138, 138-139, TF 8 août 2016.

18. P. Moor, É. Poltier, *Droit administratif*, vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2011, p. 200.

19. *Ibid.*, p. 201.

20. ATF 126 IV 48, 51; 101 Ia 73, 74-75.

21. ATF 125 I 313, 316.

des directives municipales réglant le bruit d'une fête de tir ou encore une mesure concernant le nombre d'heures qui devaient être effectuées par le personnel d'un service municipal²². Le Tribunal fédéral a en revanche jugé que constituait une norme un cahier des charges relatif à une appellation d'origine contrôlée²³, de même qu'un arrêté cantonal fixant les taxes journalières maximales pour des résidences pour personnes âgées²⁴.

Le régime des décisions générales emprunte à la fois à celui de la décision et à celui de la norme, mais, du point de vue procédural, surtout au premier. Elles sont assimilées aux décisions administratives quant à la possibilité d'interjeter un recours direct contre elles²⁵. Par ailleurs, elles ne peuvent logiquement être notifiées individuellement à tous leurs destinataires, puisque le cercle de ceux-ci est indéterminé (mais certaines, comme les autorisations de manifester, doivent être au moins notifiées aux personnes qui les ont requises). Elles feront donc normalement l'objet d'une publication. Enfin, le Tribunal fédéral a reconnu, à juste titre, un droit d'être entendu, en matière de décisions générales, aux personnes qui sont touchées de façon substantielle davantage que le reste des destinataires de ces décisions²⁶. Dès lors, il n'y a aucune raison que l'obligation de motivation qui vaut pour les décisions au sens strict ne s'applique pas aussi aux décisions générales. Ces dernières sont donc concernées par les considérations qui suivent à ce sujet.

À l'instar de la distinction entre décision et acte administratif interne ou matériel, la distinction entre décision générale et norme est donc déterminante pour l'application des droits procéduraux des administrés, notamment le droit à une motivation. C'est certainement en ayant cet enjeu à l'esprit que le législateur a parfois expressément qualifié un acte administratif de décision générale, quand bien même, selon une analyse dogmatique, cet acte aurait pu être considéré comme une norme : ainsi, par exemple, s'agissant d'autoriser la mise sur le marché de certains produits alimentaires fabriqués conformément à des prescriptions techniques étrangères²⁷.

C. Les plans d'affectation

Régis par les articles 14 et suivants de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979²⁸, les plans d'affectation définissent les types d'utilisation du

sol, et notamment les constructions, admissibles sur les différentes parties du territoire. Ils ont un caractère obligatoire pour chacun²⁹, donc notamment pour les propriétaires et toutes les personnes entendant faire une utilisation déterminée du sol. Le Tribunal fédéral a jugé que ces plans constituaient des actes juridiques « d'une nature particulière », « *sui generis* », dont le traitement emprunte parfois à celui de la décision, parfois à celui de la norme³⁰. En ce qui concerne leur procédure d'adoption, les plans d'affectation sont largement assimilés aux décisions, notamment sous l'angle du respect du droit d'être entendu des administrés touchés par le plan³¹. Dans cette mesure, l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un plan d'affectation sont soumises à la même exigence de motivation qu'une décision³².

D. Les normes

S'il n'est pas facile de déterminer avec précision, parmi l'ensemble des règles de droit générales et abstraites adoptées par l'État, lesquelles peuvent être rangées dans les actes administratifs, il n'est pas douteux qu'il existe en Suisse des actes administratifs de nature normative ou, pour utiliser une terminologie plus française qu'helvétique, de nature réglementaire. Les actes normatifs adoptés par le législateur ordinaire n'en font certainement pas partie. Il en est sans doute de même des ordonnances gouvernementales, fédérales ou cantonales, qui contiennent des règles primaires en vertu d'une délégation législative. Mais on y classera sans hésiter les actes normatifs émanant de services, d'autorités administratives indépendantes³³, d'établissements publics autonomes. On peut aussi légitimement y classer les ordonnances gouvernementales d'exécution qui ne font que préciser les modalités d'application de la loi.

On peut, dans le présent contexte, regrouper avec les normes précitées ce qu'on appelle en droit suisse des ordonnances administratives, à savoir des actes unilatéraux, généraux et abstraits dont les destinataires sont les agents de l'État et non, théoriquement, les administrés. Elles ne sont donc pas considérées comme des règles de droit³⁴. Partant, elles ne sont pas obligatoirement publiées, ne lient ni le juge³⁵, ni l'administration en tant que telle, ni les administrés, auxquels elles ne peuvent ni imposer

22. SJ 2015 I 293, 294, TF 22 janvier 2015.

23. ATF 134 II 272, 280.

24. ATF 135 V 309, 312-313.

25. ATF 126 II 300, 302; 125 I 313, 316-317; 101 Ia 73.

26. ATF 121 I 230, 233; 119 Ia 141, 150; voir aussi ATF 138 I 171, 178-179.

27. Art. 16c et 16d, al. 2 de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) du 6 octobre 1995 (RS 946.51).

28. Loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT) du 22 juin 1979 (RS 700).

29. Art. 21, al. 1 LAT.

30. ATF 121 II 317, 346; 106 Ia 383, 387.

31. ATF 143 II 467, 471.

32. *Infra* II.

33. Comme les ordonnances et circulaires adoptées par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), conformément à l'article 7 de la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) du 22 juin 2007 (RS 956.1).

34. ATF 141 V 175, 180; 120 Ia 343, 345.

35. ATF 142 II 182, 190; 141 III 401, 404.

d'obligations ni octroyer de droits³⁶. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, faute d'avoir des effets juridiques directs sur les particuliers, les ordonnances administratives ne valent pas comme décisions³⁷.

E. Les actes administratifs au sens étroit

Il s'agit d'une catégorie résiduelle et hétérogène, qui regroupe des actes qui peuvent être considérés comme juridiques, car ils visent un effet juridique – par exemple de validation d'une procédure – ou sont obligatoires pour l'autorité, sans constituer une norme, une décision ou un contrat. On peut notamment classer dans cette catégorie l'interpellation d'un administré afin de lui permettre de faire valoir son droit d'être entendu, les préavis qui doivent impérativement être rendus dans le cours d'une procédure, le budget d'une collectivité ou encore les plans programmatiques obligatoires pour les autorités. On peut aussi y classer les instructions internes, qui ont une force juridique en raison du pouvoir hiérarchique, mais qui ne sont pas des décisions faute de statuer sur des droits ou des obligations. Comme pour les mesures d'organisation, lorsque le destinataire de l'acte est un agent de l'État, la distinction entre instruction interne et décision peut se révéler délicate. Puisque les actes administratifs au sens étroit ne sont ni des normes, ni des décisions, ni des contrats, ils ne peuvent être mis en cause par les voies de droit ouvertes contre ces types d'actes juridiques. Ils ne sont pas non plus soumis aux exigences procédurales valant pour les décisions, comme le droit d'être entendu et l'exigence de motivation.

II. L'obligation de motiver les décisions administratives

A. Les fondements juridiques

Il est largement admis que l'exigence de motivation des décisions résulte fondamentalement du droit d'être entendu des administrés susceptibles d'être touchés par

lesdites décisions, droit consacré par l'article 29, alinéa 2, de la Constitution fédérale du 18 avril 1999³⁸. Le champ d'application de cette exigence coïncide donc avec celui du droit d'être entendu.

Cela étant, l'obligation de motiver les décisions est aussi expressément prévue par les lois de procédure fédérale³⁹ et cantonales⁴⁰. Mais, comme le droit d'être entendu est un droit constitutionnel qui s'impose même en l'absence de base légale particulière, les dispositions topiques en la matière ont en définitive une portée déclarative.

B. Le contenu de l'obligation

L'obligation de motivation vise à ce que le justiciable puisse comprendre la décision et faire usage de ses droits de recours à bon escient et à ce que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle⁴¹. Elle vaut aussi pour les décisions portant sur des mesures provisionnelles⁴².

Pour que l'exigence de motivation soit remplie, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents⁴³. Cependant, une formule standardisée, ne permettant pas de savoir si l'autorité a examiné concrètement les arguments motivés avancés par une partie, ne suffit pas⁴⁴. En tout état de cause, le devoir de motiver sera d'autant plus grand que l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation⁴⁵.

Il n'est pas nécessaire que la motivation soit correcte (ce qui est une question de fond) : dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée⁴⁶.

La motivation ne doit pas nécessairement être contenue dans la décision elle-même : elle peut résulter d'une autre communication à laquelle il est renvoyé⁴⁷.

36. ATF 141 V 175, 180; 136 V 295, 308.

37. ATF 128 I 167, 171.

38. Constitution fédérale (Cst), RS 101. Voir B. Waldmann, « Art. 29 », n° 57, in *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, B. Waldmann, E. M. Belser, A. Epiney (dir.), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2015; G. Steinmann, « Art. 29 », n° 49, in *Die schweizerische Bundesverfassung*, B. Ehrenzeller, B. Schindler, R. J. Schweizer, K. A. Vallender (dir.), 3^e éd., Zurich, Dike, 2014; R. Wiederkehr, « Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung », *Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2010, p. 483; K. Meyer, « Die gerechte Begründung », *Pratique juridique actuelle*, 2010, p. 1417.

39. Art. 35, al. 1 PA; voir aussi l'art. 112, al. 1.b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (RS 173.110).

40. Voir par exemple art. 46, al. 1 LPA/GE.

41. ATF 141 V 557, 564; 132 I 196, 197 sq.; 129 I 232, 236; 126 I 97, 102.

42. ATF 134 I 83, 88-89.

43. ATF 141 V 557, 565; 134 I 83, 88; 133 I 270, 277; 126 I 97, 102-103.

44. Arrêt du Tribunal administratif fédéral (ATAF) 2008/47, cons. 3.3.2 et 3.3.3.

45. ATF 142 II 324, 338; 129 I 232, 239.

46. ATF 141 V 557, 565.

47. ATF 113 II 204, 205.

C. Les cas particuliers

1. La motivation sur demande

Dans certaines situations, il est possible à l'autorité de renoncer à motiver sa décision, tant qu'un administré disposant de la qualité de partie ne l'exige pas.

Ainsi, l'article 35, alinéa 3 PA prévoit que l'autorité peut renoncer à motiver la décision et à indiquer les moyens de droit, si elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et si aucune partie ne réclame une motivation.

Quant à l'article 112, alinéa 2 LTF, il admet la possibilité pour le droit cantonal de prévoir des notifications sans motivation. Mais, dans ce cas, les parties peuvent demander une expédition complète de la décision, donc comportant une motivation⁴⁸.

En matière de marchés publics, les décisions d'adjudication sont dans un premier temps motivées sommairement, les intéressés pouvant demander ensuite des indications complémentaires⁴⁹. Un procédé analogue peut être adopté en matière d'exams, avec l'utilisation de notes, et en matière fiscale⁵⁰.

Il faut encore mentionner le système prévu par l'article 51, alinéa 1 de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000⁵¹, qui prévoit que les prestations, créances et injonctions en matière d'assurances sociales qui ne sont pas importantes ou avec lesquelles l'intéressé est d'accord⁵² peuvent être traitées selon une procédure simplifiée, à savoir sans décision formelle, donc sans motivation. L'intéressé peut toutefois exiger qu'une décision soit rendue⁵³, ce qu'il doit faire, selon le Tribunal fédéral, en principe dans le délai d'une année⁵⁴.

2. Les décisions sujettes à opposition

On entend par opposition ou par réclamation la procédure, qui doit être spécialement prévue par la loi⁵⁵, permettant à un administré touché par une décision de demander, dans un certain délai, à l'autorité qui a rendu cette décision de se prononcer à nouveau⁵⁶. En pratique, l'opposition visera l'annulation, la modification ou la constatation de la nullité de la décision en cause⁵⁷. L'autorité saisie d'une opposition a l'obligation de se prononcer à nouveau⁵⁸.

Comme il s'agit de l'autorité qui a pris la décision d'origine, elle peut revoir librement les faits et statuer aussi bien en droit qu'en opportunité⁵⁹. Elle peut même,

en principe, réformer la décision attaquée au détriment de l'administré qui a formé l'opposition.

C'est dans les domaines où des décisions en très grand nombre sont prises, ce qui ne permet pas toujours de garantir l'exercice complet d'un droit d'être entendu préalable, que la procédure d'opposition se rencontre le plus souvent, notamment en matière fiscale et en matière d'assurances sociales.

L'article 30 PA prévoit que l'autorité n'est pas tenue d'entendre les intéressés avant de prendre une décision susceptible d'être frappée d'opposition. On ne saurait en déduire que, puisqu'elle est liée à l'exercice du droit d'être entendu, l'exigence de motivation tombe. Pour pouvoir efficacement faire opposition les intéressés doivent avoir au moins une idée sommaire des motifs fondant la décision en cause. Mais, étant donné que c'est la même autorité qui statue et qu'elle dispose sur opposition du même pouvoir d'examen qu'en ce qui concerne la décision initiale, la réparation d'une éventuelle violation de l'obligation de motiver pourra se faire à l'occasion du prononcé de la décision sur opposition.

3. Les décisions sujettes à référendum

On sait que l'usage du référendum est très largement répandu en Suisse, à tous les niveaux institutionnels : fédéral, cantonal et communal. Parmi les différentes formes de référendum, on trouve le référendum administratif, qui porte non pas sur un acte normatif mais sur un acte administratif, soit une décision, une concession, un crédit budgétaire, un préavis émis dans une procédure administrative, etc.

Le référendum administratif est très répandu dans les cantons, notamment sous la forme du référendum financier, qui permet de remettre en cause des crédits votés par le parlement cantonal en vue de la réalisation de projets concrets. On le rencontre aussi en matière de préavis dans le domaine de l'énergie nucléaire, en matière de planification spatiale ou encore d'octroi de concessions. Il est en outre omniprésent sur le plan communal, en raison des nombreuses compétences de type administratif des parlements communaux.

Le référendum administratif constitue un moyen efficace et éminemment démocratique de trancher des controverses portant sur des projets concrets. Son usage peut toutefois se heurter aux limites posées à l'action de

48. Pour un exemple, voir ATF 135 V 353.

49. Art. 23 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1); R. Wiederkehr, «Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV...», p. 494.

50. R. Wiederkehr, «Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV...», p. 495.

51. Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (RS 830.1).

52. Art. 49, al. 1 LPGA *a contrario*.

53. Art. 51, al. 2 LPGA.

54. ATF 134 V 145, 151 *sq.*

55. Par exemple art. 52 LPGA.

56. ATF 142 V 337, 340-341; 125 V 188, 190.

57. ATF 125 V 188, 190; 125 V 118, 121.

58. Voir par exemple art. 50, al. 1 LPA/GE.

59. Voir art. 50, al. 2 LPA/GE.

l'État par le respect des droits fondamentaux des individus, notamment leur droit d'être entendus.

Le fait qu'un acte juridique résulte non seulement d'une procédure législative ou administrative ordinaire, mais ait en outre été approuvé par le corps électoral de la collectivité qui l'adopte, ne change en rien sa place dans la hiérarchie des normes. Cet acte doit donc respecter l'ensemble du droit supérieur. Ainsi, lorsque les électeurs agissent en tant qu'organes administratifs de l'État, ils ne sont pas moins liés par les droits fondamentaux et les garanties constitutionnelles de procédure que ne le sont les autres autorités. Le principe constitutionnel de la liberté de vote⁶⁰ ne permet nullement de revendiquer la reconnaissance du résultat d'un scrutin qui violerait ces droits.

Deux arrêts retentissants du Tribunal fédéral ont, en 2003, mis en évidence ce problème en ce qui concerne la soumission des décisions de naturalisation d'étrangers au vote du corps électoral d'une commune, qui était pratiqué dans certains cantons. Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral a considéré que le fait de soumettre des demandes de naturalisation au scrutin populaire pose un problème insoluble concernant l'obligation constitutionnelle de motiver les décisions relatives à ces demandes. En effet, par définition, le vote d'un électeur n'est pas motivé et il n'est pas possible de reconstituer après coup une motivation en cas de rejet d'une demande de naturalisation par le corps électoral, en tout cas pour les grandes communes. Le risque d'une décision discriminatoire, non avouée, est donc évident. En outre, l'obligation d'information des électeurs découlant du principe de la liberté de vote se heurte à la garantie constitutionnelle du respect de la sphère privée des candidats à la naturalisation⁶¹.

Ces arrêts, qui mettaient fin à une pratique à laquelle certains milieux étaient très attachés, ont provoqué un débat vigoureux, tant dans la doctrine juridique que sur le plan politique. Sur ce dernier plan, il a été clairement tranché: une initiative populaire⁶² visant à inscrire expressément dans la Constitution fédérale la possibilité de soumettre les demandes de naturalisation au référendum communal, avec suppression de toute voie de recours, a été clairement rejetée, en 2008, par la majorité du corps électoral et des cantons⁶³.

D. La réparation de la violation de l'obligation de motiver

L'absence ou l'insuffisance de motivation constitue un vice relatif à la notification de la décision. Or, une notification

irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties⁶⁴. L'irrégularité de la notification n'est donc pas en soi un motif d'invalidité de la décision elle-même. Si, malgré l'irrégularité d'une notification, l'intéressé a pu prendre connaissance de la décision en cause, le cas échéant la comprendre y compris dans ses motifs et réagir dans le délai légal, le vice formel aura été en quelque sorte guéri.

Un défaut de motivation peut aussi être réparé par la prise de position de l'autorité intimée, suite à un recours, si l'administré se voit offrir la possibilité de s'exprimer à son sujet et que l'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen⁶⁵.

La réparation par l'autorité de recours n'est donc pas systématique. Si l'autorité de recours ne dispose pas d'un pouvoir d'examen complet, l'annulation de la décision et le renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une décision correctement motivée s'imposera. Tel sera le cas lorsque le Tribunal fédéral – qui a un pouvoir d'examen limité en ce qui concerne les faits, ainsi que l'application du droit cantonal – retient que la décision de la dernière instance cantonale présente un défaut de motivation⁶⁶.

III. L'absence d'obligation générale de motivation des actes réglementaires

Le Tribunal fédéral a régulièrement jugé qu'il n'y a pas de droit d'être entendu en procédure législative⁶⁷. Il n'y a dès lors pas de droit général à la motivation des normes.

En ce qui concerne les lois adoptées par le Parlement, cette absence de droit à la motivation ne porte pas à conséquence. En effet, dans la règle, les projets de loi sont accompagnés d'un exposé des motifs (« message » dans la terminologie fédérale helvétique) qui expose la justification des règles proposées. La publicité des travaux parlementaires contribue également à établir la motivation du législateur.

Il n'en est pas de même des actes de type réglementaire émanant du gouvernement ou de l'administration. Certes, dans quelques cas, le Conseil fédéral (gouvernement fédéral) soumet les projets d'ordonnance à une procédure de consultation. L'article 3, alinéa 1 de la loi fédérale sur la procédure de consultation du 18 mars 2005⁶⁸ prévoit qu'une procédure de consultation est organisée pour « les ordonnances et autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle » (art. 3, al. 1.d) et pour « les ordonnances et autres projets qui

60. Art. 34, al. 2 Cst.

61. ATF 129 I 217, concernant la commune d'Emmen; 129 I 232, concernant la ville de Zurich.

62. Procédure permettant à 100 000 électeurs de proposer une modification de la Constitution fédérale, proposition qui doit être obligatoirement soumise au vote du corps électoral fédéral et des cantons (art. 139 Cst).

63. Voir *Feuille fédérale*, 2004, p. 2263 (texte de l'initiative) et 2008, p. 5599 (résultat du scrutin).

64. Art. 38 PA, 47 LPA/GE.

65. ATF 116 V 28, 39-40; *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 2011 II 142, 147-148, TF 30 septembre 2010; ATAF 2008/47, cons. 3.3.4.

66. Par exemple SJ 2017 I 112, 115, TF 7 septembre 2016.

67. ATF 134 I 269, 274; 131 I 91, 95; 123 I 63, 67; SJ 2018 I 1, 6, TF 8 mars 2017.

68. Loi sur la consultation (LCo) du 18 mars 2005 (RS 172.061).

ne relèvent pas de la let. d mais qui touchent particulièrement les cantons ou certains d'entre eux ou dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale» (art. 3, al. 1.e). Ces dispositions ont une portée obligatoire, mais leur formulation, ainsi que la possibilité de renoncer suivant les circonstances à la procédure de consultation⁶⁹, laissent une très grande marge d'interprétation au Conseil fédéral. Ce dernier peut aussi organiser, librement, des consultations sur des projets qui ne tombent pas dans le champ de l'article 3, alinéa 1 LCo. Les projets soumis à consultation sont accompagnés d'un rapport explicatif pour lequel sont applicables par analogie les règles relatives aux messages législatifs⁷⁰. Lorsqu'il y a consultation, il y a donc motivation.

Des règles particulières peuvent s'appliquer, en vertu de dispositions spéciales, pour les actes normatifs émanant d'autorités administratives indépendantes. Ainsi, en matière de surveillance des marchés financiers, selon l'article 7, alinéa 4 LFINMA, lorsque la FINMA édicte des règles de droit, elle « veille à la transparence du processus de réglementation et à la participation appropriée des milieux concernés ». En application de ce principe, avant de publier une ordonnance ou une circulaire élaborée par ses soins, la FINMA en informe les milieux concernés au moyen d'un rapport explicatif. Ceux-ci ont alors la possibilité de prendre position. Les résultats de l'audition sont publiés⁷¹.

Sur le plan cantonal, ce type de procédure est beaucoup plus rare. Quant aux ordonnances administratives, elles ne sont même pas systématiquement publiées.

Cette situation est insatisfaisante, car les actes réglementaires sont susceptibles de toucher de manière souvent très incisive les intérêts de catégories spécifiques d'administrés. Ces derniers devraient donc toujours pouvoir participer d'une manière adéquate à la procédure d'élaboration de ces actes, ce qui impliquerait que ceux-ci et leur motivation soient rendus publics avant leur adoption définitive. C'est d'ailleurs ce qui découle de l'article 8 du Code de bonne administration du Conseil de l'Europe⁷², qui n'a certes que valeur de recommandation, mais qui devrait inspirer la procédure réglementaire dans les différents pays membres.

La motivation des actes administratifs concerne, en Suisse, essentiellement les décisions et les actes qui leur sont assimilés. Elle a un ancrage constitutionnel aussi bien que législatif. Son contenu résulte cependant surtout de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Celle-ci a fait l'objet de critiques, tant sur le degré d'exigence posé⁷³, que sur la facilité avec laquelle une réparation sur recours pouvait être admise⁷⁴. Il faut, à cet égard, admettre avec les auteurs cités, que les violations les plus graves du devoir de motivation devraient entraîner une annulation de la décision en cause.

Quant à la motivation des actes administratifs de type réglementaire, elle reste lacunaire dans son champ d'application. Cette situation devrait être corrigée en tout cas lorsque ces actes sont susceptibles de toucher particulièrement certains cercles d'administrés.

69. Art. 3.a LCo.

70. Art. 6.a LCo.

71. Le Conseil fédéral vient de mettre en consultation une ordonnance qui précise notamment les devoirs de la FINMA en la matière.

72. Recommandation CM/Rec(2007)7 sur la bonne administration adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 20 juin 2007, en ligne: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1155899&Site=CM>.

73. K. Meyer, « Die gerechte Begründung », p. 1430 *sq.*

74. *Ibid.*, p. 1431; R. Wiederkehr, « Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV... », p. 502 *sq.*