



Actes de conférence

2013

Published version

Open Access

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

Le contentieux administratif

Bellanger, François (ed.); Tanquerel, Thierry (ed.)

How to cite

BELLANGER, François, TANQUEREL, Thierry, (eds.). Le contentieux administratif. Genève : Schulthess, 2013. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46508>

Pratique du droit administratif

Le contentieux administratif

Edité par
François Bellanger et Thierry Tanquerel

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Le contentieux administratif

Le contentieux administratif

Edité par
François Bellanger et Thierry Tanquerel

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013
ISBN 978-3-7255-6945-8

www.schulthess.com

Sommaire

	Avant-propos	7
VINCENT MARTENET / MATTHIEU CORBAZ	L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif	9
BENOÎT BOVAY	L'évolution des voies de droit cantonales	45
CHRISTIAN BOVET / ANGELA CARVALHO	Les actes attaquables	77
FRANÇOIS BELLANGER	La qualité pour recourir	111
CLAUDE-EMMANUEL DUBEY	La procédure de recours devant le Tribunal fédéral. Thèmes choisis	137
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN	L'opposition et le recours hiérarchique	179
THIERRY TANQUEREL	Le contrôle de l'opportunité	209

Avant-propos

En 2006, la Journée de droit administratif avait traité des nouveaux recours fédéraux en droit public, en relation avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007 de la réforme de la justice fédérale. Cette réforme comportait une refonte complète du contentieux de droit public fédéral, avec notamment la création du Tribunal administratif fédéral et l'institution d'un recours unique en matière de droit public, flanqué toutefois d'un recours constitutionnel subsidiaire. Elle avait aussi un impact important sur l'organisation judiciaire des cantons, vu les exigences renforcées que posait le droit fédéral en ce qui concerne la juridiction administrative cantonale.

Après six ans d'expérience sous le nouveau régime, il était particulièrement opportun de faire un bilan non seulement des changements intervenus dans le traitement des recours qui peuvent être portés devant le Tribunal fédéral, mais plus généralement dans l'ensemble du contentieux administratif suisse. En effet, les recours institués par la loi sur le Tribunal fédéral sont sujets à des exigences procédurales souvent différentes de ce qui existait auparavant. Les recours cantonaux, quant à eux, ont subi de nombreuses transformations, par exemple en matière d'étendue des décisions attaquables, notamment en raison de l'obligation de garantir l'accès au juge.

C'est ainsi qu'ont été traitées, lors de la 16^e Journée de droit administratif qui s'est tenue à Genève le 5 février 2013, les thématiques centrales pour la compréhension du système issu de la réforme susmentionnée. Les Actes de cette Journée présentent d'abord l'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif et l'évolution des voies de droit cantonales afin de fixer le cadre conventionnel, constitutionnel et légal du contentieux. Sont abordées ensuite les questions liées à la recevabilité des recours, à savoir les actes attaquables et la qualité pour recourir, puis la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, notamment l'effet suspensif, les mesures provisionnelles, le traitement des recours, ou encore l'assistance judiciaire. Enfin, sont

analysés l'opposition et le recours hiérarchique, ainsi que la question controversée du contrôle de l'opportunité.

Les éditeurs tiennent à remercier chaleureusement les contributeurs de la Journée, le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législative (CETEL), ainsi toute l'équipe qui a contribué, avec une efficacité et une compétence sans faille, à l'organisation du colloque et à la préparation du présent ouvrage : Mesdames Isabella Tonna, Ariane Tschopp, Céline Roy, Mareva Malzacher, Karin Byland, Antonietta Pitardi, Sandra de Lorenzi et Monsieur Arun Bolkensteyn. Ils expriment une gratitude toute particulière à Madame Aurélie Gavillet qui a assuré, avec précision, pertinence et rigueur, la relecture de toutes les contributions et la mise au point du texte final.

François Bellanger

Thierry Tanquerel

L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

MATTHIEU CORBAZ

Assistant diplômé à l'Université de Lausanne

I. Introduction

Le contentieux administratif est régi, en Suisse, par de nombreuses règles fédérales ou cantonales. La législation fédérale ou cantonale sur la procédure administrative ainsi que d'éventuelles dispositions figurant dans une loi ou ordonnance relevant du droit administratif spécial revêtent une grande importance. Il serait cependant erroné de faire abstraction des garanties fondamentales de procédure de la Constitution fédérale¹ ou des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Suisse, au premier rang desquels figure la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950². Les constitutions cantonales ne semblent en revanche pas jouer un grand rôle dans ce domaine.

Une grande part du contentieux administratif entre dans le champ d'application des garanties conventionnelles ou constitutionnelles de procédure, lesquelles sont généralement directement applicables. Un particulier peut par conséquent directement les invoquer dans une procédure administrative à laquelle il est partie. Par ailleurs, les garanties de procédure influent sur l'interprétation de la législation sur la procédure administrative, en vue d'assurer une interprétation conforme de celle-ci à celles-là.

1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

2 CEDH – RS 0.101.

La présente contribution n'examine évidemment pas toutes les formes d'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif. Le sujet est extrêmement vaste, si bien que seules quelques questions fondamentales ou d'actualité seront traitées. Le champ d'application du droit à un procès équitable (II) ainsi que le droit d'accéder à un juge (III) représentent, en quelque sorte, le socle de ces garanties. Le droit d'être entendu constitue également une garantie essentielle dans le cadre des procédures administratives ou judiciaires, en vertu de l'article 29, alinéa 2, Cst. notamment. Il connaît de nombreuses ramifications et sa portée est affinée par touches jurisprudentielles successives, par exemple en lien avec la consultation de documents ou notes internes (IV) ou le désormais fameux « droit de répliquer » (V). Enfin, le principe *ne bis in idem* (VI) et les sanctions administratives pécuniaires (VII) soulèvent de nombreuses questions à cheval sur le droit administratif et le droit pénal, attestant, si besoin était, la perméabilité des différents domaines du droit (VIII).

II. Le champ d'application du droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable, ancré à l'article 6 CEDH notamment³, concerne d'une part les droits et obligations de caractère civil et, d'autre part, les accusations en matière pénale. Ces deux notions n'étant pas définies par la convention, c'est à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il revient d'en déterminer les contours et, par là-même, de fixer le champ d'application du droit à un procès équitable.

Outre le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ainsi qu'établi par la loi, le droit à un procès équitable regroupe diverses garanties, en particulier le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, la publicité des débats et le prononcé public du jugement, le droit d'être entendu ainsi que l'égalité des armes. En matière pénale, s'y ajoutent le droit de ne pas s'auto-incriminer, la présomption d'innocence et les droits de la défense.

³ Cf. également art. 14, § 1, du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II – RS 0.103.2).

A. L'interprétation autonome et extensive des notions conventionnelles

La Cour européenne des droits de l'homme a très tôt considéré, à l'occasion de ses arrêts *Engel et autres*⁴ et *König*⁵ notamment, que les notions d'accusation en matière pénale et de contestation sur les droits et obligations de caractère civil devaient être interprétées de façon autonome, c'est-à-dire sans se référer exclusivement au sens qui leur est attribué sur le plan national. Pareille démarche s'avère indispensable en présence de notions vagues, lesquelles seraient dès lors susceptibles de revêtir des significations différentes selon les Etats parties⁶.

L'interprétation autonome des notions d'accusation en matière pénale et de contestations sur les droits et obligations de caractère civil a eu pour conséquence d'étendre le champ d'application du droit à un procès équitable ou, autrement dit, de lui conférer une portée extensive⁷. Cette approche, parfois qualifiée de « politique législative »⁸, a en effet pour conséquence d'étendre le champ d'application de l'article 6 CEDH à des domaines qui relèvent traditionnellement du droit public.

B. Les contestations sur des droits et obligations de caractère civil

Pour être en présence de *contestations sur des droits et obligations de caractère civil*, deux exigences doivent être réunies : il faut, d'une part, l'existence d'une « contestation relative à un droit » et, d'autre part, que le droit concerné revête un « caractère civil ». Les principes adoptés par la Cour pour déterminer si l'affaire en cause présente ces deux caractéristiques sont, pour la plupart, résumés dans son arrêt *Bentham*⁹.

4 ACEDH *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.

5 ACEDH *König c. Allemagne*, du 28 juin 1978, n° 6232/73.

6 FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e éd., Paris 2012, p. 254.

7 SUDRE (n. 6) p. 256.

8 ACEDH *König* (n. 5), opinion séparée du Juge MATSCHER; JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2012, p. 430-432; SUDRE (n. 6) p. 254.

9 ACEDH *Bentham c. Pays-Bas*, du 23 octobre 1985, n° 8848/80, §§ 32-36.

Les Juges de Strasbourg estiment, à propos de l'existence d'une « contestation relative à un droit », que ce terme ne doit pas être compris dans une acception trop technique et qu'il convient d'en donner une définition matérielle et non formelle¹⁰. La contestation doit être réelle et sérieuse¹¹ et peut porter sur l'existence du droit, son étendue ou ses modalités d'exercice¹². Elle peut en outre concerner des questions de fait ou de droit¹³. A noter en revanche que la procédure dans laquelle s'inscrit la contestation ne doit pas présenter un lien trop ténu avec le droit en cause, des répercussions lointaines ne suffisant pas à justifier une application de l'article 6 CEDH¹⁴.

S'agissant de la notion de « droits et obligations de caractère civil », la Cour relève que celle-ci ne peut s'apprécier à la seule lumière du droit interne de l'Etat partie¹⁵. En ce sens, la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière ne sont pas déterminantes¹⁶. De même, la contestation en cause peut opposer plusieurs particuliers entre eux ou un justiciable à une autorité publique, que celle-ci agisse comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique¹⁷. Seul importe en définitive le *caractère* du droit en question, lequel est *privé* lorsque la situation ou l'acte litigieux a une incidence sur les droits patrimoniaux de l'intéressé¹⁸.

10 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, du 23 juin 1981, n^{os} 6878/75 et 7238/75, § 45.

11 ACEDH *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, n^{os} 7151/75 et 7152/75, § 81.

12 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 49.

13 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 51; ACEDH *Albert et Le Compte c. Belgique*, du 10 février 1983, n^{os} 7299/75 et 7496/76, § 29.

14 ACEDH *Ringeisen c. Autriche*, du 16 juillet 1971, n^o 2614/65, § 94; ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 47.

15 ACEDH *König* (n. 5) §§ 88-89.

16 ACEDH *Ringeisen* (n. 14) § 94; ACEDH *König* (n. 5) § 90; MICHEL HOTTELIER/HANSPETER MOCK/MICHEL PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^e éd., Berne 2011, p. 646; SUDRE (n. 6) p. 387.

17 ACEDH *König* (n. 5) § 90.

18 ACEDH *Ortenberg c. Autriche*, du 25 novembre 1994, n^o 12884/87, § 28; ACEDH *Procola c. Luxembourg*, du 28 septembre 1995, n^o 14570/89, § 39; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 646; SUDRE (n. 6) p. 388.

Cette large définition a permis aux Juges de Strasbourg de considérer que l'article 6, paragraphe 1, CEDH devait s'appliquer aux *sanctions disciplinaires* qui impliquent une suspension ou un retrait de l'autorisation d'exercer une activité professionnelle¹⁹. Le *contentieux en matière d'assurances sociales* est lui aussi compris dans la notion de contestations sur des droits et obligations de caractère civil. La Cour a ainsi considéré que le refus de prestations de l'assurance et de l'aide sociales relève de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, tout comme l'obligation de cotiser à la sécurité sociale²⁰. Il en va de même s'agissant des décisions administratives touchant l'*exercice du droit de propriété*, comme le refus de délivrer un permis de construire, le permis d'exproprier délivré à une commune ou le classement d'une parcelle en site naturel protégé²¹. Enfin,

¹⁹ ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) §§ 44-50; ACEDH *Albert et Le Compte* (n. 13) §§ 27-28; ACEDH *H. c. Belgique*, du 30 novembre 1987, n° 8950/80, §§ 44-48; pour des arrêts du Tribunal fédéral allant dans le même sens, cf. ATF 109/1983 Ia 217, 229, *Rudolf Schaller*; ATF 123/1997 I 87, 88-89, B.; ATF 126/2000 I 228, 230, A. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 6 CEDH ne trouve par contre pas application s'agissant d'une amende disciplinaire prononcée à l'encontre d'un avocat: ATF 125/1999 I 417, 419-420, B.; ATF 128/2002 I 346, A. Sur l'application de l'art. 6 CEDH aux sanctions disciplinaires, cf. HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 141; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 647; RENUCCI (n. 8) p. 449-450; SUDRE (n. 6) p. 389-390.

²⁰ ACEDH *Feldbrugge c. Pays-Bas*, du 25 mai 1986, n° 8562/79, §§ 26-40; ACEDH *Deumeland c. Allemagne*, du 29 mai 1986, n° 9384/81, §§ 60-74; ACEDH *Salesi c. Italie*, du 26 février 1993, n° 13023/87, §§ 17-19; ACEDH *Schuler-Zraggen c. Suisse*, du 24 juin 1993, n° 14518/89, §§ 44-46; ACEDH *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*, du 9 décembre 1994, nos 19005/91 et 19006/91, §§ 47-60. Pour des arrêts du Tribunal fédéral sur la question, cf. ATF 119/1993 V 375, 377-381, K. (refus de prestations de l'assurance-chômage); ATF 121/1995 V 109, 110-111, F. (litige relatif aux cotisations à l'assurance-maladie et à l'assurance accident). Le Tribunal fédéral estime en revanche que la décision sur l'assistance judiciaire ne revêt pas un caractère civil: arrêt TF 2D_46/2012 du 16 janvier 2013, c. 3.2, à paraître in RSDIE 3/2013. Sur l'application de l'art. 6 CEDH au contentieux social, cf. MICHEL HOTTELIER, « La portée du principe de la publicité des débats dans le contentieux des assurances sociales », *SJ* 1996 p. 645, p. 646-647; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 139-140; RENUCCI (n. 8) p. 450-451; SUDRE (n. 6) p. 390-391.

²¹ ACEDH *Allan Jacobsson c. Suède*, du 25 octobre 1989, n° 10842/84, §§ 66-74; ACEDH *Sporrong et Lönnroth c. Suède* (n. 11) §§ 79-83; ACEDH *Oerlemans c. Pays-Bas*, du 27 novembre 1991, n° 12565/86, §§ 45-49. Pour un exemple d'arrêt du Tribunal fédéral, s'agissant de l'installation d'une antenne de téléphonie mobile, cf. ATF 128/2002 I 59, A. Sur l'application de l'art. 6 CEDH au contentieux relatif à l'exercice du droit de propriété, cf. MOOR/POLTIER (n. 16) p. 649-650; RENUCCI (n. 8) p. 442; SUDRE (n. 6) p. 391.

et sans prétendre à l'exhaustivité du panorama ainsi dressé, le *contentieux de la fonction publique* est lui aussi soumis à l'article 6, paragraphe 1, CEDH lorsque la contestation porte sur un enjeu de nature essentiellement patrimoniale, comme le versement des salaires ou des pensions²². Il est en revanche inapplicable lorsque le fonctionnaire participe à l'exercice de la puissance publique et si l'objet du litige concerne le caractère spécial de la relation entre l'intéressé et l'Etat partie en question²³. Le Tribunal fédéral partage cette position en reconnaissant « une présomption que l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics », mais en admettant des exceptions si l'exclusion de l'accès à un Tribunal est expressément prévue par la loi pour des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat et si l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique²⁴.

C. Les accusations en matière pénale

La notion d'*accusations en matière pénale* est, à l'instar de la notion de *contestations sur des droits et obligations de caractère civil*, interprétée de façon autonome et extensive par la Cour européenne des droits de l'homme. Selon les Juges de Strasbourg, la notion d'« accusations » doit être interprétée comme comprenant « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »²⁵ mais aussi, plus largement, toutes les mesures « impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur

²² ACEDH *Francesco Lombardo c. Italie*, du 26 novembre 1992, n° 11519/85, § 17; ACEDH *Massa c. Italie*, du 24 août 1993, n° 14399/88, § 26; ACEDH *De Santa c. Italie*, du 2 septembre 1997, n° 25574/94, §§ 16-18; ACEDH *Abenavoli c. Italie*, du 2 septembre 1997, n° 25587/94, § 16.

²³ ACEDH *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19 avril 2007, n° 63235/00, § 62. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur ce point, cf. RENUCCI (n. 8) p. 442-445. Cf. également MOOR/POLTIER (n. 16) p. 648; SUDRE (n. 6) p. 392-395. Pour un inventaire complet des causes considérées par la Cour comme des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, cf. JENS MEYER-LADEWIG, *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, 3^e éd., Baden-Baden 2011, p. 121-123.

²⁴ Arrêt TF 8C_453/2009 du 7 avril 2010, c. 2.2; cf. également RSDIE 3/2011 p. 474 (TF, 15.12.2010), c. 2.2.

²⁵ ACEDH *Serves c. France*, du 20 octobre 1997, n° 20225/92, § 42.

la situation » de l'intéressé²⁶. Sont donc considérées comme une « accusation » au sens de l'article 6 CEDH une arrestation, une inculpation, une garde à vue ou encore l'ouverture des enquêtes préliminaires²⁷.

Pour déterminer si les accusations sont à « caractère pénal », la Cour développe trois critères dans son arrêt *Engel et autres*. Elle observe premièrement la *qualification retenue par le droit interne* de l'Etat partie : ce critère opère différemment selon que celui-ci qualifie de pénale l'accusation en cause – la Cour se remettra alors en principe à cette appréciation – ou non – cette indication n'aura alors qu'une valeur formelle et indicative²⁸. Les Juges de Strasbourg observent deuxièmement la *nature même de l'infraction*, laquelle doit revêtir une certaine gravité pour être qualifiée de pénale²⁹. Troisièmement, la Cour tient compte *du but et de la sévérité de la sanction* encourue : une privation de liberté ou une amende d'un montant élevé sera un indice déterminant pour retenir le caractère pénal de l'infraction. A noter que la sévérité de la sanction doit s'apprécier de façon relative, puisqu'elle peut être légère en elle-même mais lourde par rapport au comportement ou à l'acte reproché³⁰.

Le premier critère, celui de la qualification juridique de l'infraction par l'Etat partie, constitue un simple point de départ pour les Juges

26 ACEDH *Öztürk c. Allemagne*, du 21 février 1984, n° 8544/79, § 55.

27 ACEDH *Wemhoff c. Allemagne*, du 27 juin 1968, n° 2122/64, § 19; ACEDH *Neumeister c. Autriche*, du 27 juin 1968, n° 1936/63, § 18; ACEDH *Ringeisen* (n. 14) § 110; ACEDH *Eckle c. Allemagne*, du 15 juillet 1982, n° 8130/78, §§ 73-74; ACEDH *Brusco c. France*, du 14 octobre 2010, n° 1466/07, §§ 49-50; sur la notion d'accusation, cf. également CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., Munich/Bâle/Vienne 2012, p. 397-399; MEYER-LADEWIG (n. 23) p. 124-125; RENUCCI (n. 8) p. 453-454; SUDRE (n. 6) p. 399-400.

28 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) §§ 81-82 : cette distinction amène la Cour à considérer que « l'autonomie » de la notion de « matière pénale » opère pour ainsi dire à sens unique ».

29 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) § 82.

30 ACEDH *Öztürk* (n. 26) § 53. Sur les trois « critères Engel », cf. GRABENWARTER/PABEL (n. 27) p. 393-397; ALEXANDER LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 244-245; MEYER-LADEWIG (n. 23) p. 126-127; RENUCCI (n. 8) p. 455-456; SUDRE (n. 6) p. 400; DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Zurich/St-Gall 2013, p. 190.

de Strasbourg³¹, l'essentiel de leur examen portant sur la nature de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction. La Cour estime que ces deuxième et troisième critères sont de nature alternative et la réalisation de l'un d'eux suffit en principe à retenir la nature pénale de l'accusation³². Elle s'autorise néanmoins une approche cumulative, et donc une appréciation globale, lorsque « l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale »³³.

Trois domaines relevant traditionnellement du droit public, selon la conception généralement retenue par les Etats parties, doivent être compris dans la notion d'« accusations en matière pénale » telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et méritent d'être mentionnés ici. Les *sanctions administratives* relèvent de l'article 6 CEDH, sous son volet pénal, lorsqu'elles présentent un caractère punitif et dissuasif, comme le retrait du permis de conduire³⁴. Sont également qualifiées de pénales les sanctions pécuniaires prononcées pour violation du droit de la concurrence³⁵, les amendes infligées par des juridictions financières³⁶ et les infractions douanières³⁷. Les *sanctions fiscales* relèvent également de la matière pénale, car quel que soit leur montant, ces infractions présentent une finalité à la fois préventive et répressive³⁸. Enfin, les *sanc-*

31 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) § 82.

32 ACEDH *Lutz c. Allemagne*, du 25 août 1987, n° 9912/82, § 55.

33 ACEDH *Jussila c. Finlande*, du 23 novembre 2006, n° 73053/01, § 31; ACEDH *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, du 9 octobre 2003, nos 39665/98 et 40086/98, § 86 et les références citées; RENUCCI (n. 8) p. 455-456; FRÉDÉRIC SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^e éd., Paris 2011, p. 276-277.

34 Cf. *infra* VI, B, 1.

35 ACEDH *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, du 27 septembre 2011, n° 43509/08, §§ 38-44; ACEDH *Société Stenuit c. France*, du 27 février 1992, n° 11598/85.

36 ACEDH *Guisset c. France*, du 26 septembre 2000, n° 33933/96, § 59.

37 ACEDH *Salabiaku c. France*, du 7 octobre 1988, n° 10519/83, § 24; RENUCCI (n. 8) p. 457-458; SUDRE (n. 6) p. 401-404; SUDRE et al. (n. 33) p. 278-279.

38 ACEDH *Bendenoun c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 (redressement fiscal); ACEDH *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, du 29 août 1997, n° 19958/92 (amendes pour fraude fiscale); ACEDH *Segame SA c. France*, du 7 juin 2012, n° 4837/06 (redressement fiscal); HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 140; RENUCCI (n. 8) p. 459-460; SUDRE (n. 6) p. 404-405.

tions disciplinaires peuvent donner lieu à une application de l'article 6 CEDH sous son volet pénal, notamment dans les domaines militaire³⁹ et pénitentiaire⁴⁰.

III. Le droit d'accéder au juge

L'article 29a Cst. pose le principe selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire ». Nous examinerons brièvement la garantie d'accès au juge avant d'analyser les exceptions à celle-ci.

A. La garantie

L'article 29a Cst., adopté le 12 mars 2000 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, garantit de façon générale l'accès à un tribunal. La garantie offerte par cette disposition va ainsi plus loin que l'article 6, paragraphe 1, CEDH, ce dernier garantissant uniquement l'accès à un juge pour les contestations sur des droits et obligations de caractère civil et les accusations en matière pénale. L'article 29a Cst. implique ainsi que les actes de l'administration puissent être examinés, en droit et en fait, par un tribunal présentant les garanties de l'article 30, alinéa 1, Cst.⁴¹. Le

³⁹ ACEDH *Engel et autres* (n. 4) §§ 80-85 (peine privative de liberté de trois ou quatre mois pour infractions à la discipline militaire).

⁴⁰ ACEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, du 28 juin 1984, n^{os} 7819/77 et 7878/77, §§ 67-73 (perte de la remise de peine pour mutinerie et incitation à la mutinerie); ACEDH *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, du 9 octobre 2003, n^{os} 39665/98 et 40086/98, §§ 69-130 (perte de la remise de peine pour menaces et voies de fait). L'applicabilité de l'art. 6 CEDH aux sanctions pénitentiaires est néanmoins niée lorsque celles-ci n'allongent pas la durée de détention du requérant, comme dans l'affaire suivante: ACEDH *Payet c. France*, du 20 janvier 2011, n^o 19606/08, § 98 (détention en cellule disciplinaire en raison d'une évasion et de dommages causés aux locaux de l'établissement); cf. également RENUCCI (n. 8) p. 461-462; SUDRE (n. 6) p. 401.

⁴¹ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 511-512; ATF 130/2004 I 312, 327, A. SA; ATF 133/2007 IV 278, 284, X.; ATF 136/2010 I 323, 328, T.; ATF 138/2012 I 154, 158-159, X.; RSDIE 3/2011 p. 472 (TF, 12.04.2011), c. 3.2; LOCHER (n. 30) p. 221-222; PASCAL MAHON, « Art. 29a », in: AUBERT/MAHON (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 276.

contrôle des actes purement matériels⁴² ou internes⁴³ doit cependant être réservé, de même que le contrôle abstrait des actes normatifs⁴⁴.

B. Les exceptions possibles

L'article 29a, 2^e phrase, Cst. prévoit que « la Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». Pour le Conseil fédéral, pareilles exceptions ne doivent être admises que restrictivement : elles ne peuvent viser que des actes difficilement justiciables – comme les actes gouvernementaux soulevant essentiellement des questions politiques – ou des actes qui ne se prêtent pas au contrôle d'un juge en raison de la séparation des pouvoirs ou de la démocratie directe. Elles ne peuvent en aucun cas porter sur des domaines relevant du champ d'application de l'article 6 CEDH⁴⁵. Plusieurs exceptions prévues par le droit fédéral méritent d'être relevées ici.

1. *Les décisions cantonales revêtant un caractère politique prépondérant*

L'article 86, alinéa 2, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁴⁶ impose aux cantons d'instituer un *tribunal* comme dernière instance cantonale dans toutes les affaires sujettes au recours en matière de droit public, c'est-à-dire une juridiction administrative disposant d'une compétence générale ou spéciale et d'un plein pouvoir d'examen à l'égard du droit et des faits⁴⁷. L'article 86, alinéa 3, LTF permet néanmoins au

42 Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, p. 4184 ; MAHON (n. 41) p. 276.

43 ATF 136/2010 I 323, 329, T. ; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 191-192 ; YVES NICOLE, « Droit constitutionnel et droit administratif général », *JdT* 2011 I p. 3, 8.

44 ANDREAS KLEY, « Art. 29a », in : EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2008, p. 608 et 611.

45 Message du Conseil fédéral (n. 41) p. 531 ; MAHON (n. 41) p. 277.

46 LTF – RS 173.110.

47 Cf. THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 437-438.

législateur cantonal de prévoir une autorité non judiciaire s'agissant des décisions à caractère politique prépondérant⁴⁸.

La notion de « décision revêtant un caractère politique prépondérant » est une notion juridiquement indéterminée. Pour la doctrine, elle doit être interprétée de façon restrictive et une application de l'article 86, alinéa 3, LTF ne doit être admise que si l'aspect politique prévaut sans discussion⁴⁹. Elle doit en revanche être exclue lorsque la décision porte une atteinte individuelle à des droits privés⁵⁰. Comme exemples de décisions à caractère politique prépondérant, les auteurs mentionnent notamment l'adoption d'un plan directeur cantonal, la grâce ou encore la localisation de grands établissements publics, comme des hôpitaux ou des écoles⁵¹.

Le Tribunal fédéral souscrit à cette interprétation restrictive et considère qu'il faut que la connotation politique de la cause « s'impose de manière indubitable et relègue à l'arrière-plan les éventuels intérêts privés en jeu »⁵². La Haute Cour admet ainsi le caractère politique prépondérant d'une décision par laquelle le gouvernement cantonal impose à une commune de grouper ses écoles avec celles d'une autre commune⁵³ ou celle par laquelle une autorité politique autorise l'ouverture d'une enquête pénale à l'encontre d'un juge cantonal⁵⁴. A juste titre, le Tribunal fédéral ne reconnaît en revanche pas le caractère politique prépondérant d'une décision portant sur une demande

48 Message du Conseil fédéral (n. 42) p. 4124.

49 ESTHER TOPHINKE, « Art. 86 », in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2011, p. 1149-1150; ALAIN WURZBURGER, « Art. 86 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (éd.), *Commentaire de la LTF*, Berne 2009, p. 845.

50 WURZBURGER, (n. 49) p. 846.

51 YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008, p. 1134-1135; HANSJÖRG SEILER, « Art. 86 », in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, Berne 2007, p. 348-349; WURZBURGER, « Art. 86 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (n. 49) p. 846.

52 ATF 136/2010 I 42, 46, *Fondation A.X.*

53 Arrêt TF 2C_885/2011 du 16 juillet 2012, c. 2.2.

54 ATF 135/2009 I 113, 116-117, *A.X. et Y.*

d'exonération fiscale⁵⁵ ou celle relative à l'octroi d'une concession hydraulique⁵⁶.

2. *Le contentieux en matière de droits politiques fédéraux*

L'article 88, alinéa 1, lettre b, LTF prévoit que le Tribunal fédéral peut être saisi d'un recours en matière de droit public contre les décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux qui concernent les droits politiques fédéraux. Cette disposition constitue une exception à l'article 29a Cst., ces deux autorités n'étant pas des tribunaux au sens de l'article 30 Cst. et le Tribunal fédéral ne revoyant en principe pas les faits⁵⁷.

Les *décisions de la Chancellerie* qui sont visées par cette disposition sont celles relatives au non-enregistrement d'un parti dans le registre des partis, au non-aboutissement d'une initiative populaire ou d'un référendum, à la validité formelle de la liste de signatures ou au titre de l'initiative⁵⁸. Il s'agit de l'un des rares cas où une décision de l'administration fédérale peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral sans passer par le Tribunal administratif fédéral⁵⁹. Les *décisions des gouver-*

⁵⁵ ATF 136/2010 I 42, 46-47, *Fondation A.X.* Le Tribunal fédéral admet dans cette affaire que la cause revêt un caractère politique, puisque la fondation en cause est une institution d'utilité publique qui fait des attributions régulières à la Faculté de médecine de l'Université de Genève. Il considère que cet « intérêt politique à favoriser la recourante sur le plan financier n'est cependant qu'accessoire par rapport aux intérêts privés de la fondation à obtenir une exonération fiscale ».

⁵⁶ ATF 136/2010 II 436, 439, *WWF Schweiz et consorts*. Le Tribunal fédéral prend en compte le fait que la décision litigieuse « ne comprend [...] pas uniquement l'acte d'octroi de la concession, mais règle également de façon détaillée les droits et obligations de la concessionnaire ».

⁵⁷ Cf. art. 97, al. 1, et 105, al. 2, LTF.

⁵⁸ Art. 80, al. 2 et 3, de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (LDP – RS 161.1); DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; VINCENT MARTENET/GUILLAUME LAMMERS, « L'accès au juge en matière de droits politiques fédéraux », in: ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI (éd.), *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich 2011, p. 315-316; BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Zurich 2008, p. 46; WURZBURGER, « Art. 82 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (n. 49) p. 746.

⁵⁹ Cette absence de possibilité de recours au Tribunal administratif fédéral est expressément mentionnée à l'art. 32, al. 1, let. b, LTAF; cf. également DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; TORNAY (n. 58) p. 46.

nements cantonaux concernées sont celles qui portent sur la violation des dispositions sur le droit de vote ou sur des irrégularités affectant les votations ou la préparation et l'exécution des élections au Conseil national⁶⁰.

Il découle également de l'article 88, alinéa 1, lettre b, LTF que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral⁶¹. Cette exception à l'article 29a Cst. se fonde d'une part sur le principe de la séparation des pouvoirs⁶² et, d'autre part, sur l'idée selon laquelle les actes de ces deux autorités ne se prêtent pas à un contrôle du juge en raison de leur caractère essentiellement politique⁶³.

S'agissant des *actes de l'Assemblée fédérale* qui sont visés ici, il s'agit de mentionner la décision par laquelle elle statue sur la validité des initiatives populaires⁶⁴ et la validation des élections au Conseil national⁶⁵. Les *actes du Conseil fédéral* concernés sont notamment la brochure explicative adressée au corps électoral sur les objets soumis à la votation fédérale⁶⁶, les arrêtés de validation du résultat d'une votation⁶⁷ ou encore les messages soumis à l'Assemblée fédérale en vue du traitement des initiatives populaires⁶⁸. En revanche, le Tribunal fédéral s'estime désormais compétent pour examiner, sous l'angle de la liberté de vote, si les électeurs étaient correctement informés avant la votation⁶⁹.

⁶⁰ Art. 77, al. 1, LDP. Pour deux exemples de jurisprudence, cf. ATF 136/2010 II 132, *Güntert, Sorg et Besson*; ATF 137/2011 II 177, *Laube*. Cf. également DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 316-318; TORNAY (n. 58) p. 46.

⁶¹ Cf. également art. 189, al. 4, Cst.

⁶² Message du Conseil fédéral (n. 41) p. 539-540; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶³ MAHON, « Art. 189 », in: AUBERT/MAHON (n. 41) p. 1449.

⁶⁴ Art. 173, al. 1, let. f, Cst., 75 LDP et 98 de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (loi sur le Parlement, LParl – RS 171.10); MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶⁵ Art. 53 LDP; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶⁶ Art. 10a et 11 LDP.

⁶⁷ Art. 15 LDP.

⁶⁸ Art. 97 LParl.

⁶⁹ ATF 138/2012 I 61, 86-87, *Kiener Nellen*; cf. également arrêt TF 1C_182/2011 du 20 décembre 2011, c. 7.4; arrêt TF 2C_174/2011 du 20 décembre 2011.

IV. La consultation de documents ou notes internes

A. La formation interne de l'opinion des membres de l'autorité

Les membres d'une autorité administrative ou judiciaire sont fréquemment amenés à rédiger des notes ou à produire des documents internes dont le but est de contribuer à la formation interne de l'opinion des membres de l'autorité. Le cas échéant, ces notes ou documents passent en revue les différentes décisions que pourrait prendre l'autorité, esquissent différentes motivations possibles d'une décision ou encore font état de doutes qui animent les membres de l'autorité. Ils contribuent alors à la qualité du processus décisionnel. Garantir aux parties à la procédure un accès général à ces notes ou documents risquerait d'entraver ce processus. En même temps, il ne serait pas admissible que des informations pertinentes pour la décision, factuelles en particulier, soient cachées par ce moyen aux parties. Aussi une solution nuancée s'impose-t-elle, dont les contours sont précisés par la jurisprudence.

Lorsque les notes ou documents servent exclusivement à la formation interne de l'opinion des membres de l'autorité⁷⁰ et ne contiennent aucune pièce déterminante pour la prise de décision⁷¹, leur communication aux parties ne se justifie en principe pas. Le droit d'accès au dossier garanti par le droit d'être entendu, en vertu de l'article 29, alinéa 2, Cst. et, pour les procédures administratives fédérales, par l'article 26 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968⁷² protège de manière suffisante les parties. Ces documents ou notes internes n'équivalent pas à des actes servant de moyens de preuve au sens de l'article 26, alinéa 1, lettre b, PA ou des dispositions cantonales correspondantes. Un projet ou une proposition de décision n'est, en particulier, pas transmis aux parties⁷³, à moins qu'une disposition spéciale ne l'exige⁷⁴.

En matière d'examens par exemple, le Tribunal fédéral admet que les grilles de correction, l'échelle des notes ou les notes personnelles des

⁷⁰ ATF 132/2006 II 485, 495, 3G *Mobile AG*.

⁷¹ Arrêt TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.2.1.

⁷² PA – RS 172.021.

⁷³ ATF 132/2006 II 485, 495, 3G *Mobile AG*.

⁷⁴ Cf. spécialement art. 30, al. 2, de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart – RS 251).

examineurs ne soient pas remises au candidat, pour autant que celui-ci soit en mesure de comprendre l'évaluation faite de son travail⁷⁵. A notre sens, tel doit être le cas *avant* l'échéance du délai de recours et non pas seulement dans la procédure de recours. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas toujours claire sur ce point⁷⁶.

B. Les documents ou notes propres à servir de base à la décision

Lorsque les notes ou documents servant de base à la décision ne sont pas internes, les parties ont le droit d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur sujet, sous réserve des exceptions admissibles au regard de l'article 27 PA ou de la législation cantonale correspondante. Cet article de la procédure administrative fédérale est, à notre sens, compatible avec les articles 29, alinéa 2, Cst. et 6 CEDH.

Lorsque des notes ou des documents sont simplement *propres* à servir de base à une décision, ils ne sont en principe pas non plus internes, dans la mesure où les justiciables peuvent en tirer des arguments conduisant à une autre décision que celle rendue par l'autorité. A cet égard, des avis ou rapports sur des questions litigieuses en relation avec l'état de fait ne sont en principe pas internes⁷⁷, à moins que leur contenu soit reproduit dans un autre document accessible aux parties.

Une appréciation objective est justifiée sur la question de savoir si un document est propre à servir de base à une décision⁷⁸. Lorsqu'un doute existe sur ce point et que l'autorité concernée refuse de donner l'accès à un document litigieux, il est levé par l'autorité de recours⁷⁹, aux termes d'une analyse au cas par cas⁸⁰. Elle demande alors que le document en

⁷⁵ Arrêt TF 2D_25/2012 du 6 novembre 2012, c. 3.4 et les références jurisprudentielles.

⁷⁶ Cf., pour un exemple, arrêt TF 2D_25/2012 du 6 novembre 2012, c. 3.4.

⁷⁷ DPC 2013/2, p. 275 (TAF, 17.04.2013), c. 4.

⁷⁸ *Ibid.* Le fait pour l'autorité en cause de qualifier un document d'*interne* n'est en aucun cas décisif (cf. DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Zurich/St-Gall 2013, p. 251-252 et les références).

⁷⁹ *Id.*, c. 7.

⁸⁰ *Id.*, c. 7.5. Cf. également BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, « Art. 26 », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zurich 2009, p. 558 s.

cause lui soit communiqué et examine elle-même si celui-ci est propre à servir de base à la décision. Cette analyse est effectuée sans que les parties soient habilitées à se déterminer sur ce dernier point. A défaut, elles accèderaient, le cas échéant, à des documents ou notes valablement qualifiés d'internes. En outre, lorsque l'autorité de recours considère qu'un document ou une note interne contient des passages propres à servir de base à la décision, elle ne doit communiquer que ces passages à la partie ou aux parties concernées⁸¹. Un document ou une note possède ainsi parfois un caractère hybride.

Dans le contentieux de la fonction publique par exemple, le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, que des notes relatives à l'audition du personnel d'une institution – un tribunal cantonal en l'occurrence – devaient être rendus accessibles à une employée licenciée, car ils servaient de base à la décision⁸². Ces notes permettaient *in casu* de qualifier les faits de motifs objectifs et suffisants de résiliation des rapports de travail⁸³. L'arrêt du Tribunal fédéral est également pertinent sur un autre point. En effet, le fait que l'autorité ayant pris la décision de résiliation des rapports de travail – le gouvernement cantonal – n'ait pas eu accès à ces notes ne suffisait pas pour en barrer l'accès à l'employée en cause. En effet, le gouvernement se fondait sur un rapport du tribunal cantonal qui contenait divers griefs dirigés contre cette dernière. Le rapport avait certes été communiqué à celle-ci, mais les notes d'audition représentaient les véritables moyens de preuve⁸⁴.

V. Le « droit de répliquer »

A. Les procédures judiciaires

Le droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 CEDH, comprend en principe « le droit, pour les parties au procès, de prendre connaissance

⁸¹ Pour une approche différente, cf. la décision incidente du TAF B-831/2011 du 18 juillet 2011, dans laquelle un document a été remis dans son intégralité à la partie recourante.

⁸² Arrêt TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.3.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter »⁸⁵. Dans plusieurs affaires concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 6, paragraphe 1, CEDH au motif qu'une partie à une procédure devant une autorité cantonale ou fédérale n'avait pas été invitée à s'exprimer sur les observations d'une autorité judiciaire inférieure, d'une autorité administrative ou de la partie adverse⁸⁶.

Cette jurisprudence consacre ce que l'on appelle souvent, quoique de manière réductrice, le « droit de répliquer » ou, selon une terminologie encore mouvante, le « droit de réplique », le « droit à répliquer » ou encore le « droit à la réplique ». Il s'agit plus précisément d'un droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation versée au dossier ou, plus largement, présentée au tribunal, puis de se déterminer à son propos. Des restrictions sont néanmoins admissibles, comme le prévoit du reste l'article 27 PA ou la législation cantonale correspondante.

Le Tribunal fédéral a étendu la portée de ces principes à toutes les procédures judiciaires, y compris donc à celles qui ne sont pas visées par l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁸⁷. Le « droit de répliquer » a ainsi une portée générale, peu importe de surcroît que la pièce ou la prise de position en cause contienne ou non de nouveaux arguments de fait ou de droit ou qu'elle soit ou non susceptible d'influer sur le jugement⁸⁸.

Une question délicate, sur laquelle nous nous attarderons ici, a dernièrement retenu l'attention des juges. Un tribunal est-il tenu d'inviter la partie concernée à se déterminer ou peut-il se contenter de lui communiquer la pièce ou l'observation ? La Cour européenne des droits de l'homme paraît plutôt exiger une invitation lorsque le justiciable n'est pas assisté d'un avocat, que le droit applicable ne prévoit pas un

⁸⁵ ACEDH *Schaller-Bossert c. Suisse*, du 28 octobre 2010, n° 41718/05, § 39 et la jurisprudence citée.

⁸⁶ Cf. notamment ACEDH *Schaller-Bossert* (n. 85) § 39 et les références jurisprudentielles; ACEDH *Werz c. Suisse*, du 17 décembre 2009, n° 22015/05, § 55; ACEDH *Kessler c. Suisse*, du 26 juillet 2007, n° 10577/04, § 32; ACEDH *Ressegatti c. Suisse*, du 13 juillet 2006, n° 17671/02, § 30.

⁸⁷ ATF 133/2007 I 100, 102-104, A.; cf. également ATF 138/2012 I 154, 157, X.; ATF 137/2011 I 195, 197, A. Cf. notamment MARKUS LANTER, « Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen », *ZBl* 2012, p. 167-182, 171.

⁸⁸ ATF 133/2007 I 100, 102-103, A.

second échange d'écritures et que le document en cause a été envoyé « pour information »⁸⁹. Une obligation d'inviter les parties à se déterminer, valable en toutes circonstances, ne ressort cependant pas de la jurisprudence.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, exige que le dépôt d'actes par d'autres participants à la procédure soit communiqué⁹⁰. Pour le surplus, il se montre pragmatique et, dans un arrêt de principe récent, admet qu'un tribunal se contente de communiquer une pièce ou une observation à une partie si on peut attendre de cette dernière qu'elle se détermine rapidement sans y avoir été expressément invitée ou qu'elle demande de pouvoir le faire si elle estime cela nécessaire⁹¹. Cette jurisprudence est convaincante dans son principe, à tout le moins lorsque le justiciable est assisté d'un avocat, ce qui était le cas en l'espèce⁹². Lorsque le justiciable ne bénéficie pas d'une telle assistance et ne dispose pas lui-même de connaissances juridiques adéquates, une grande prudence est de mise, si bien qu'une invitation est en principe requise, à moins que le droit de se déterminer sur le document communiqué ressorte clairement du droit applicable⁹³.

L'arrêt précité prête néanmoins à la critique lorsque l'on examine de plus près le déroulement des faits. Ainsi, le Tribunal administratif du canton de Schwyz a communiqué, par courrier du 16 décembre 2011, au recourant des observations de trois pages du Département cantonal de la sécurité ainsi que des observations de deux pages de la commune de Arth; il a rendu son arrêt le 18 janvier 2012 et l'a notifié le 2 février 2012⁹⁴. Le laps de temps entre la réception du courrier et la décision paraît bref, compte tenu de la période des fêtes de fin d'année les séparant, pour inférer de l'absence de réaction de la partie concernée qu'elle avait renoncé à se déterminer. La jurisprudence doit encore être affinée sur ce point afin de mieux tenir compte de toutes les circonstances de

⁸⁹ ACEDH *Schaller-Bossert* (n. 85) § 42.

⁹⁰ ATF 137/2011 I 195, 197, A.

⁹¹ ATF 138/2012 I 484, 486-487, X. AG.

⁹² ATF 138/2012 I 484, 488, X. AG. Cf. également LANTER (n. 87) p. 176 s.

⁹³ Cf. également LANTER (n. 87) p. 175 s.

⁹⁴ ATF 138/2012 I 484, 488-489, X. AG.

l'espèce. Une règle selon laquelle une absence de réaction – ne serait-ce que pour solliciter un délai – dans un délai de dix jours à compter de la réception d'un courrier du tribunal implique une renonciation à se déterminer⁹⁵ est trop schématique et ne saurait être retenue.

B. Les procédures administratives

Le Tribunal fédéral a récemment franchi un pas supplémentaire en déduisant directement de l'article 29, alinéa 2, Cst. un « droit de répliquer » au sens étroit dans la mesure où les déterminations de l'instance précédente ou de la partie adverse « contiennent de nouveaux éléments qui sont admissibles au plan procédural et matériellement susceptibles d'influer sur le jugement à rendre »⁹⁶. L'arrêt concernait une procédure devant l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio et de télévision, qui n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁹⁷.

Cette extension est, à notre sens, justifiée. Il convient néanmoins de s'interroger sur le fondement de la différence opérée par le Tribunal fédéral entre les procédures administratives et les procédures judiciaires non visées par l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Dans les premières, le « droit de répliquer » porte sur les prises de position qui contiennent des nouveaux éléments admissibles sur le plan procédural et matériellement susceptibles d'influer sur le jugement à rendre. Dans les secondes, il n'est pas soumis à une telle limitation.

Le Tribunal fédéral paraît justifier cette différence en rattachant le « droit de répliquer » au sens étroit à l'article 29, alinéa 2, Cst. et celui plus large à l'article 29, alinéa 1, Cst., en admettant une interprétation à géométrie variable de cette disposition⁹⁸. Ce point mériterait une motivation plus soignée de la part de la Haute Cour. L'article 29, alinéa 1, Cst. n'opère pas une telle distinction. Par ailleurs, dans son arrêt initial étendant le droit de répliquer à toutes les procédures judiciaires, le Tribunal fédéral a, à juste titre, expressément lié le droit d'être entendu

⁹⁵ Cf. LANTER (n. 87) p. 175-177, qui évoque toutefois quelques nuances.

⁹⁶ ATF 138/2012 I 154, 156-157, X. (citation provenant du chapeau de l'arrêt).

⁹⁷ ATF 138/2012 I 154, 158-159, X.

⁹⁸ ATF 138/2012 I 154, 157-158, X.

à l'équité de la procédure⁹⁹. Il lui appartient désormais de justifier sa jurisprudence différenciée, en expliquant pourquoi elle s'impose matériellement. S'il ne trouve aucune explication convaincante, il serait bien inspiré d'y renoncer.

VI. Le principe *ne bis in idem* en procédure administrative

Le principe *ne bis in idem* reconnaît au justiciable le droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de cet Etat. Ancré à l'article 4 du protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH¹⁰⁰ et à l'article 14, paragraphe 7, du Pacte ONU II, ce principe n'est pas expressément consacré par la Constitution fédérale mais en découle implicitement¹⁰¹. Il poursuit un double objectif: d'un point de vue *général*, il reconnaît aux décisions pénales une autorité qui ne peut, en principe, être remise en question; du point de vue du *justiciable*, il permet à celui-ci d'attacher une certaine confiance en sa situation¹⁰². Nous nous attacherons ici à examiner dans quelle mesure la coexistence de plusieurs sanctions, en particulier pénales et administratives, peut porter atteinte à ce principe.

A. Le principe *ne bis in idem* et les sanctions administratives

1. *Le caractère pénal des sanctions administratives en cause*

Pour que la coexistence d'une sanction administrative et d'une sanction pénale puisse emporter violation du principe *ne bis in idem*, il faut tout d'abord que la première ait été rendue dans le cadre d'une procédure qui peut être qualifiée de « pénale » au sens de la jurisprudence rendue par la Cour¹⁰³. Nous nous contenterons ici de renvoyer à la notion

⁹⁹ ATF 133/2007 I 100, 103-104, A.

¹⁰⁰ Protocole n° 7 – RS 0.101.07.

¹⁰¹ ATF 137/2011 I 363, 365, X. et les références citées.

¹⁰² RENUCCI (n. 8) p. 586.

¹⁰³ ACEDH *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, du 10 février 2009, n° 14939/03, §§ 48-57 et les références citées.

d'« accusation en matière pénale » examinée ci-dessus¹⁰⁴ et, pour des exemples concrets, à l'analyse faite au titre suivant de deux domaines du droit administratif spécial présentant des tensions certaines avec cette garantie¹⁰⁵.

2. La définition du « bis »

L'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 empêche la conduite d'une nouvelle procédure lorsque l'intéressé a déjà été acquitté ou condamné pour la même infraction par *un jugement définitif*. Selon le rapport explicatif relatif au protocole, une décision est définitive « si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer »¹⁰⁶.

Selon l'article 4, paragraphe 2, du protocole n° 7, le principe *ne bis in idem* ne s'oppose toutefois pas à la réouverture d'une procédure définitivement clôturée lorsque des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu¹⁰⁷. Il est également admis que la procédure peut être reprise, à la demande de l'intéressé, lorsque le jugement a été rendu par défaut¹⁰⁸. Il ressort en outre des termes « par les juridictions du même Etat » que l'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 a un champ d'application limité au plan national et n'empêche pas la poursuite, pour la même infraction, de plusieurs procédures pénales dans

¹⁰⁴ Cf. *supra* II, C.

¹⁰⁵ Cf. *infra* VI, B.

¹⁰⁶ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, § 22; cf. également ACEDH *Nikitine c. Russie*, du 20 juillet 2004, n° 50178/99, § 37; ACEDH *Horciag c. Roumanie*, du 15 mars 2005, n° 70982/01.

¹⁰⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32, CCPR/C/CG/32 du 23 août 2007, § 56; RENUCCI (n. 8) p. 586; MARINA EUDES, « Article 14 », in: DECAUX (éd.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris 2011, p. 360.

¹⁰⁸ Conseil de l'Europe (n. 106) § 22; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32 (n. 107) § 54.

différents Etats¹⁰⁹. Ceux-ci doivent néanmoins chercher, par la conclusion de conventions internationales, à éviter qu'une personne soit jugée pour la même infraction dans plusieurs Etats¹¹⁰.

3. La définition de l'« idem »

La principale difficulté soulevée par l'application du principe *ne bis in idem* consiste à déterminer si les infractions pour lesquelles l'intéressé a été poursuivi ou jugé à plusieurs reprises sont les mêmes. La Cour relève à ce propos qu'il existe plusieurs façons de répondre à cette question ou, autrement dit, de définir l'« idem »¹¹¹. Sa jurisprudence est d'ailleurs passablement fluctuante sur ce point.

Une *première approche*, suivie par les Juges de Strasbourg dans l'affaire *Gradinger*¹¹² notamment, consiste à examiner si le justiciable a été poursuivi ou condamné à plusieurs reprises pour un même comportement (« *idem factum* »), sans égard à la qualification juridique qui est faite de celui-ci. Dans cette affaire, le requérant avait été condamné pour homicide par négligence à l'issue d'une procédure pénale, puis pour conduite en état d'ivresse dans le cadre d'une procédure administrative. Pour la Cour, les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement et il y a lieu de retenir une violation de l'article 4 du protocole n° 7, quand bien même les deux infractions diffèrent dans leur appellation, leur nature et leur but¹¹³. Adoptant une *deuxième approche* plus restrictive, dans l'affaire *Oliveira*¹¹⁴ notamment, la Cour estime qu'un même comportement peut être constitutif de plusieurs infractions. Dans un tel cas de figure, celui du concours idéal d'infractions, il y a lieu d'admettre qu'un même fait pénal puisse s'analyser en deux infractions distinctes, lesquelles peuvent alors être examinées par des juridictions

¹⁰⁹ ACEDH *E.G.M. c. Luxembourg*, du 20 mai 1994, n° 24015/94, § 2; arrêt TF 1C_456/2012 du 15 février 2013, c. 3.2; ATF 123/1997 II 464, 466, I.; RENUCCI (n. 8) p. 586; EUDÉS (n. 107) p. 360.

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme (n. 107) § 57; cf. notamment art. 54-58 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 (CAAS – JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62).

¹¹¹ ACEDH *Zolotoukbine* (n. 103), § 70.

¹¹² ACEDH *Gradinger c. Autriche*, du 23 octobre 1995, n° 15963/90.

¹¹³ ACEDH *Gradinger* (n. 112) § 55.

¹¹⁴ ACEDH *Oliveira c. Suisse*, du 30 juillet 1998, n° 25711/94.

différentes. Selon cette deuxième interprétation du principe *ne bis in idem*, le fait de prononcer une condamnation pour lésions corporelles par négligence et une seconde pour défaut de maîtrise du véhicule, en lien avec un même comportement, n'emporte ainsi pas violation de l'article 4 du protocole n° 7¹¹⁵. Dans une *troisième approche*, suivie notamment dans l'affaire *Franz Fischer*¹¹⁶, la Cour estime que la pluralité de poursuites est possible en cas de concours idéal d'infractions, à condition que ces infractions ne partagent pas les mêmes « éléments essentiels ». Dans cette affaire, les Juges de Strasbourg ont ainsi considéré que l'infraction administrative de conduite sous l'emprise de l'alcool et l'infraction d'homicide par imprudence causé dans un état d'ivresse partageaient les mêmes « éléments essentiels » et qu'une violation de l'article 4 du protocole n° 7 devait être retenue¹¹⁷. Selon cette approche, une violation du principe *ne bis in idem* peut néanmoins être écartée lorsque les deux infractions ne se recoupent que légèrement : deux infractions se distinguent ainsi suffisamment lorsqu'elles diffèrent quant à l'intention criminelle et au but visés¹¹⁸ ou quant à leurs gravité et conséquences¹¹⁹.

Dans l'affaire *Zolotoukhine*, la Cour estime que cette pluralité d'approches adoptées jusque là « est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction » et se considère « à présent appelée à harmoniser l'interprétation de la notion de « même infraction » – l'élément *idem* du principe *non bis in idem* – aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 »¹²⁰. Les Juges de Strasbourg observent que la Cour de

115 ACEDH *Oliveira* (n. 114) §§ 25-29; pour d'autres affaires où la Cour a suivi cette deuxième approche, cf. ACEDH *Göktan c. France*, du 2 juillet 2002, n° 33402/96, § 50; ACEDH *Gauthier c. France*, du 24 juin 2003, n° 61178/00, § 2; ACEDH *Öngün c. Turquie*, du 10 octobre 2006, n° 15737/02, § 3.

116 ACEDH *Franz Fischer c. Autriche*, du 29 mai 2001, n° 37950/97.

117 ACEDH *Franz Fischer* (n. 116) §§ 28-32; pour un état de fait et une solution identique, cf. également ACEDH *W.F. c. Autriche*, du 30 mai 2002, n° 38275/97, §§ 20-28; ACEDH *Sailer c. Autriche*, du 6 juin 2002, n° 38237/97, §§ 21-28.

118 ACEDH *Rosenquist c. Suède*, du 14 septembre 2004, n° 60619/00; ACEDH *Auser-Sporn c. Autriche*, du 7 décembre 2006, n° 37301/03, §§ 41-46; ACEDH *Storbråten c. Norvège*, du 1^{er} février 2007, n° 12277/04; ACEDH *Haarvig c. Norvège*, du 11 décembre 2007, n° 11187/05.

119 ACEDH *Garretta c. France*, du 4 mars 2008, n° 2529/04.

120 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 78.

justice de l'Union européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme retiennent comme critère pertinent l'identité des faits matériels et non la qualification juridique de ceux-ci¹²¹, tout en relevant que ces deux Cours se fondent sur des dispositions faisant expressément référence à l'identité des *faits* (« mêmes faits ») et non des *infractions* (« même infraction »)¹²². Malgré cette différence d'ordre rédactionnel, la Cour estime devoir se rallier à cette position. En effet, « la Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoirs »¹²³; or une approche privilégiant la qualification juridique des deux infractions s'avère trop restrictive pour les droits de la personne et « risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective »¹²⁴.

Il convient dès lors d'interpréter cette disposition « comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde <infraction> pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »¹²⁵.

B. Deux domaines du droit administratif en tension avec le principe *ne bis in idem*

Différents domaines du droit administratif donnent lieu à des tensions avec le principe *ne bis in idem*. Deux seront évoqués dans la présente contribution : le droit de la circulation routière (1) et le droit des étrangers (2).

121 Cf. respectivement arrêt de la CJUE *Leopold Henri Van Esbroeck*, du 6 mars 2006, C-436/04 et arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme *Loayza-Tamayo c. Pérou*, du 17 septembre 1997, série C n° 33.

122 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 79; cf. respectivement art. 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (CAAS – JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 ss) et l'art. 8, § 4, de la convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969.

123 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 80.

124 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 81.

125 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) §§ 80-82; sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour, cf. GRABENWARTER/PABEL (n. 27) p. 474-476; SUDRE et al. (n. 33) p. 437.

1. *Le droit de la circulation routière*

La loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958¹²⁶ prévoit un certain nombre d'infractions donnant lieu à des sanctions pénales et à des sanctions administratives, les premières étant prononcées par le juge pénal et les secondes par les autorités administratives. Selon la gravité de l'infraction, le juge pénal est ainsi amené à prononcer une amende, une peine pécuniaire, un travail d'intérêt général ou une peine privative de liberté¹²⁷; de son côté, l'autorité administrative prononcera soit un avertissement, soit un retrait de permis¹²⁸. Cette dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière soulève inévitablement des questions sous l'angle du principe *ne bis in idem*.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu différents arrêts portant spécifiquement sur le principe *ne bis in idem* en lien avec un retrait du permis de conduire décidé suite à une condamnation pénale pour infraction au droit de la circulation routière¹²⁹. Elle y relève premièrement que le retrait du permis de conduire constitue une sanction pénale au sens de l'article 4 du protocole n° 7, en raison de son caractère punitif et dissuasif¹³⁰. Elle y considère ensuite qu'un retrait du permis de conduire ou son annulation représente une conséquence directe et prévisible de la condamnation pénale prononcée précédemment. Cette étroite connexion entre les deux mesures amène les Juges de Strasbourg à estimer que le retrait du permis s'apparente à une peine complémentaire à la condamnation pénale. La procédure administrative ne devant ainsi pas être considérée comme une « nouvelle procédure », la Cour

¹²⁶ LCR – RS 741.01.

¹²⁷ Art. 90 à 103 LCR; pour un examen détaillé des sanctions pénales prévues par la LCR, cf. YVAN JEANNERET, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR)*, Berne 2007.

¹²⁸ Art. 16 à 16d LCR; pour une analyse des sanctions administratives prévues par la LCR, cf. BENOÎT CARRON, « Théorie et pratique du retrait de permis », in: WERRO/PROBST (éd.), *Journées du droit de la circulation routière*, Berne 2012, p. 80 ss.

¹²⁹ ACDEH R.T. c. Suisse, du 30 mai 2000, n° 31982/96; ACEDH Nilsson c. Suède, du 13 décembre 2005, n° 73661/01; ACEDH Maszni c. Roumanie, du 21 septembre 2006, n° 59892/00, §§ 61-70.

¹³⁰ ACEDH Maszni (n. 129) § 66; cf. également ACEDH Maligne c. France, du 13 septembre 1998, n° 27812/95, §§ 31-40.

estime qu'il n'y a pas lieu de retenir une violation du principe *ne bis in idem*, l'élément « *bis* » faisant défaut¹³¹. Le Tribunal fédéral s'appuie également sur la nature complémentaire du retrait de permis pour écarter toute violation de cette garantie. Il ajoute que celle-ci n'est violée que si le juge de la première procédure est en mesure d'apprécier l'état de fait sous tous ses aspects juridiques; or, en matière d'infractions à la LCR, le juge pénal et l'autorité administrative disposent chacun d'un pouvoir de décision limité et l'état de fait ne peut être examiné sous tous ses aspects juridiques que par les deux autorités prises ensemble¹³². Le Tribunal fédéral précise en outre que l'autorité administrative ne peut, sauf exceptions, s'écarter des constatations de fait du jugement pénal entré en force lorsqu'elle statue sur le retrait du permis de conduire¹³³.

Cette dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière peut-elle survivre à l'arrêt *Zolotoukhine*? Le Tribunal fédéral répond par l'affirmative en considérant premièrement que cet arrêt n'aborde pas la problématique du cumul des procédures administrative et pénale en matière d'infractions aux règles de la circulation routière. Il estime en outre qu'il n'y est pas clairement signifié que le critère de l'« identité des faits » a vocation à s'appliquer à toutes les doubles procédures. Deuxièmement, le Tribunal fédéral observe que les sanctions pénales et administratives prévues par la LCR poursuivent des buts différents et considère que seul le concours du juge pénal et de l'autorité administrative permet de saisir l'acte délictueux dans son ensemble. Troisièmement, les Juges de Mont-Repos ajoutent que l'Assemblée fédérale et la majorité des cantons se sont à plusieurs reprises opposées au transfert de la sanction du retrait de permis de conduire au juge pénal, respectivement à la création de tribunaux de la circulation qui seraient amenés à connaître de l'ensemble des infractions aux règles de la circulation routière¹³⁴.

¹³¹ ACEDH *Maszni* (n. 129) §§ 67-68.

¹³² ATF 137/2011 I 363, 368, X.; ATF 125/1999 II 402, 404-405, A.; YVAN JEANNERET, « L'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ou la fin du retrait administratif du permis de conduire », *RDAF* 2010 I p. 263 ss, p. 269.

¹³³ ATF 137/2011 I 363, 368, X.; ATF 123/1997 II 97, 104, Z.; ATF 109/1983 Ib 203, 204, B.; ATF 96/1970 I 766, 773-774, *Fischer*; JEANNERET (n. 132) p. 270.

¹³⁴ ATF 137/2011 I 363, 369-370, X.; du même avis, cf. CÉDRIC MIZEL, « Ne bis in idem: l'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ne s'applique pas au retrait du permis de conduire suisse », *Revue interdisciplinaire de la Circulation routière* 2011 p. 27 ss,

Si nous nous rallions à la solution retenue par le Tribunal fédéral, nous ne sommes pas convaincus par les arguments qu'il avance. Tout d'abord, si l'arrêt *Zolotoukhine* ne porte pas spécifiquement sur la dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière, il n'en demeure pas moins que le critère de l'« identité des faits » qui y est retenu pour interpréter l'« *idem* » est appelé à s'imposer de façon générale, y compris en matière de retrait du permis de conduire¹³⁵. Par conséquent, les considérations du Tribunal se rapportant aux buts différents poursuivis par les procédures pénale et administrative n'ont plus lieu d'être sous l'angle de cette nouvelle approche. La Cour le signifie clairement lorsqu'elle déclare que « les faits des deux infractions représentent le seul point de comparaison »¹³⁶. Enfin, l'argument du Tribunal fédéral tiré de la forte légitimité démocratique du système prévu par la LCR n'est pas pertinent; les Etats parties ne sauraient en effet justifier une violation du principe *ne bis in idem* par le seul fait que le système de double procédure litigieux repose sur une base légale dont la révision a été, à plusieurs reprises, refusée par le législateur national¹³⁷.

Nous sommes d'avis que l'arrêt *Zolotoukhine* trouve pleinement à s'appliquer en matière de circulation routière, puisqu'il harmonise de façon générale la notion d'« *idem* ». En revanche, la Cour n'y reconsidère pas son appréciation selon laquelle le retrait du permis de conduire s'apparente à une peine complémentaire à la condamnation pénale et ne s'inscrit ainsi pas dans le cadre d'une « nouvelle procédure ». Cette règle jurisprudentielle, qui relève de la notion de « *bis* » et que l'arrêt *Zolotoukhine* a laissée intacte, permet toujours, en l'absence d'indications contraires, de considérer que le système de double procédure prévu par la LCR ne viole pas l'article 4 du protocole n° 7.

p. 29-31; également en faveur d'exceptions à l'unicité de la procédure, « à tout le moins lorsque pour des raisons objectives et fondées, toutes les conséquences d'un acte délictueux ne peuvent être jugées ensemble », cf. HANSPETER MOCK, « *Ne bis in idem*: Strasbourg tranche en faveur de l'identité de faits », *RTDH* 2009 p. 867 ss, p. 879; d'un avis contraire, cf. JEANNERET (n. 132) p. 269-271.

¹³⁵ Cf. la formulation générale employée dans *ACEDH Zolotoukhine* (n. 103) § 82.

¹³⁶ *ACEDH Zolotoukhine* (n. 103) § 97.

¹³⁷ Cf. également art. 4, § 3, protocole n° 7, lequel exclu toute dérogation au titre de l'art. 15 CEDH.

2. *Le droit des étrangers*

Lorsqu'un étranger séjournant en Suisse commet une infraction pénale, il s'expose, comme tout un chacun, à une condamnation pénale. A l'inverse des citoyens suisses, il risque également une révocation de son autorisation, en application des articles 62, 63 et 84, alinéa 3, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005¹³⁸, voire une interdiction d'entrée en Suisse, prévue à l'article 67 de cette loi.

Cette dualité de procédures, pénale et administrative, est susceptible de soulever des questions sous l'angle du principe *ne bis in idem*. En effet, la procédure administrative de révocation de l'autorisation et, le cas échéant, d'interdiction d'entrée est généralement initiée alors que l'étranger exécute sa condamnation pénale, à un moment où celle-ci revêt nécessairement un caractère définitif. L'élément « *bis* » est donc en principe réalisé. L'élément « *idem* » l'est également, puisque la sanction pénale et la mesure administrative ont pour origine les mêmes faits. Il convient ainsi de s'interroger sur la nature de la révocation de l'autorisation de présence et de l'interdiction d'entrée : présentent-elles un *caractère pénal*? Une réponse positive à cette question pourrait impliquer la reconnaissance d'une violation du principe *ne bis in idem*.

La Cour européenne des droits de l'homme nie la nature pénale de ces mesures en estimant que celles-ci « doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif »¹³⁹. En d'autres termes, elles poursuivraient pour finalité essentielle la protection de la société et ne présenteraient dès lors pas un caractère pénal. Pareille appréciation, partagée par le Tribunal fédéral¹⁴⁰ et le Tribunal administratif fédéral¹⁴¹, ne fait cependant pas l'unanimité. Dans deux opinions jointes aux arrêts *Maaouia* et *Üner*, l'une concordante, l'autre dissidente, le Juge COSTA estime que la mesure d'interdiction du territoire présente

¹³⁸ LEtr – 142.20.

¹³⁹ ACEDH *Üner c. Pays-Bas*, du 18 octobre 2006, n° 46410/99, § 56; cf. également ACEDH *Maaouia c. France*, du 5 octobre 2000, n° 39652/98, § 39.

¹⁴⁰ ATF 137/2011 I 128, 133-134, X.; arrêt TF 2C_19/2011 du 27 septembre 2011, c. 3; arrêt TF 2C_282/2012 du 31 juillet 2012, c. 2.5; arrêt TF 2C_267/2013 du 6 mai 2013, c. 2.2.1.

¹⁴¹ Arrêt TAF C-1446/2012 du 3 septembre 2012, c. 6.7 et les références citées.

un caractère aussi bien préventif que répressif, à l'instar d'ailleurs de toute sanction pénale¹⁴². Il relève en outre que cette mesure représente « une sanction aussi lourde, peut-être plus lourde, qu'une peine d'emprisonnement, même plus longue mais non assortie d'une interdiction du territoire et d'une expulsion »¹⁴³. Enfin, l'ancien président à la Cour européenne des droits de l'homme procède par comparaison et considère qu'il est incohérent de retenir la nature administrative de l'interdiction d'entrée tout en admettant la nature pénale d'une majoration d'impôts pour mauvaise foi¹⁴⁴, d'une ordonnance de confiscation prise en complément d'une peine privative de liberté¹⁴⁵, d'une contrainte par corps visant à garantir le paiement d'une amende¹⁴⁶ ou encore d'un retrait de points sur un permis de conduire¹⁴⁷.

Les éléments avancés par le Juge COSTA nous semblent intéressants et mériteraient d'être discutés par la Cour et le Tribunal fédéral. Relevons que si ceux-ci devaient renverser leur jurisprudence et admettre le caractère pénal des mesures de révocation d'une autorisation de présence et d'interdiction d'entrée sur le territoire, deux conclusions différentes pourraient être envisagées sous l'angle du principe *ne bis in idem*. Les Juges de Strasbourg et de Mont-Repos pourraient considérer que ces mesures constituent des peines complémentaires à la première condamnation pénale¹⁴⁸, comme cela est le cas du retrait de permis de conduire¹⁴⁹; pareille issue permettrait d'écartier toute violation de l'article 4 du protocole n° 7. À l'inverse, la Cour et le Tribunal fédéral pourraient nier le caractère complémentaire de ces

¹⁴² ACEDH *Maaouia* (n. 139), opinion concordante du Juge COSTA, § 4.

¹⁴³ ACEDH *Üner* (n. 139), opinion dissidente du Juge COSTA, § 17.

¹⁴⁴ ACEDH *Bendenoun* (n. 38).

¹⁴⁵ ACEDH *Welch c. Royaume-Uni*, du 9 février 1995, n° 17440/90.

¹⁴⁶ ACEDH *Jamil c. France*, du 8 juin 1995, n° 15917/89.

¹⁴⁷ ACEDH *Malige* (n. 130); sur cette comparaison, cf. ACEDH *Maaouia* (n. 139), opinion dissidente du Juge COSTA, § 4; cf. également CÉDRIC RAUX, « Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007 p. 837, 847-850.

¹⁴⁸ Cela semble être l'avis du Juge COSTA: cf. son opinion concordante jointe à ACEDH *Maaouia* (n. 139) § 6.

¹⁴⁹ Cf. *supra* VI, B, 1.

mesures¹⁵⁰ et constater une violation de cette garantie. Il convient cependant de relever que cette deuxième solution, *a priori* plus protectrice des principaux intéressés, ne serait pas forcément à leur avantage : les Etats parties maintiendraient certainement ces mesures – la Cour leur reconnaît le droit de contrôler l’entrée des non-nationaux sur leur sol et, en principe, d’en expulser les étrangers délinquants¹⁵¹ – mais celles-ci seraient simplement décidées parallèlement à la sanction pénale, dans le cadre d’une seule et même procédure. Or les Etats parties doivent tenir compte, dans le cadre de l’examen de la conformité d’une mesure d’expulsion ou d’interdiction du territoire, avec l’article 8 CEDH, du temps écoulé depuis la commission de l’infraction et de la conduite de l’intéressé durant cette période, notamment en prison¹⁵². Ces éléments ne pourraient plus être pris en compte et le respect de l’article 4 du protocole n° 7 amènerait – paradoxalement – les Etats parties à ignorer la jurisprudence rendue par la Cour sous l’angle de l’article 8 CEDH.

VII. Le contrôle judiciaire des sanctions administratives pécuniaires

A. Le pouvoir d’examen complet

Les sanctions administratives pécuniaires sont en principe considérées comme pénales au sens de l’article 6 CEDH¹⁵³, à moins de ne pas être

¹⁵⁰ Il n’est selon nous pas certain que ces mesures puissent être qualifiées de complémentaires. En effet, dans ses arrêts *Nilsson* (n. 129), *R.T.* (n. 129) et *Maszni* (n. 129), la Cour qualifie de peine complémentaire le retrait du permis de conduire car elle estime que celle-ci est « la conséquence directe et prévisible de la condamnation pénale » et en raison du « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les deux procédures. S’agissant des mesures de révocation de l’autorisation et d’interdiction d’entrée, celles-ci peuvent être prononcées plusieurs années après le jugement pénal ; le *lien temporel suffisamment étroit* fait alors défaut. D’autre part, l’autorité administrative jouit dans ce cadre d’une importante marge d’appréciation (cf. art. 96 LEtr ainsi que la forme potestative employée aux art. 62, 63, 67, al. 2, et 84, al. 3, LEtr ; cf. également ATF 135/2009 II 377, 381-382, X. *et Y.* et les références citées) ; peut-on considérer dans ces conditions que ces mesures constituent la *conséquence prévisible* du jugement pénal ?

¹⁵¹ Parmi beaucoup d’autres, cf. ACEDH *Boultif c. Suisse*, du 2 août 2001, n° 54273/00, § 46 et les références citées.

¹⁵² ACEDH *Boultif* (n. 151) § 51 ; ACEDH *Üner* (n. 139) § 57.

¹⁵³ Cf. *supra* II, C.

supérieures à quelques centaines de francs¹⁵⁴. Sur ce dernier point, l'importance de la sanction doit être déterminée non pas en fonction de la sanction effectivement prononcée mais de la sanction maximale pouvant être infligée. L'éventuel effet dissuasif résulte de cette dernière.

Si la procédure de première instance se déroule devant des organes qui ne sont pas intégrés aux structures judiciaires ordinaires – tels que des organes administratifs ou disciplinaires –, il est admis que ces organes ne remplissent pas les exigences du procès équitable¹⁵⁵. Le justiciable doit toutefois bénéficier d'un recours devant un organe judiciaire indépendant, doté de la plénitude de juridiction et respectant toutes les garanties de l'article 6 CEDH¹⁵⁶.

Le recours de « pleine juridiction » suppose que le juge détienne « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise »¹⁵⁷. La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur le fait que le tribunal se comporte effectivement comme un tribunal de pleine juridiction, par exemple en recueillant lui-même des preuves et en procédant à une nouvelle audition de témoins.

B. L'examen de la quotité de la peine

L'exigence d'un examen complet en fait comme en droit soulève de nombreuses questions. L'une d'entre elle seulement sera examinée ici. Elle se rapporte à la quotité de la peine, en d'autres termes au montant de la sanction. La Cour européenne des droits de l'homme se montre pour l'instant sibylline à cet égard, en se focalisant sur le fait que l'autorité judiciaire de recours puisse vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et, le cas échéant, modifier la sanction¹⁵⁸. Le Tribunal fédéral insiste, quant à lui, sur l'examen de la sanction à l'aune du droit

¹⁵⁴ Cf. notamment LOCHER (n. 30) p. 252 s. et 279 s.

¹⁵⁵ ACEDH *Riepan c. Autriche*, du 14 novembre 2000, n° 35115/97, § 39 et les arrêts cités.

¹⁵⁶ ACEDH *Menarini* (n. 35) §§ 59 et 67; ATF 139/2012 I 72, 80-84, *Publigroupe SA*; cf. également un arrêt de la Cour AELE *Posten Norge AS*, du 18 avril 2012, E-15/10, § 100.

¹⁵⁷ ACEDH *Menarini* (n. 35) § 59.

¹⁵⁸ *Id.*, § 65.

applicable, y compris des principes généraux de l'activité de l'Etat régi par le droit au sens de l'article 5 Cst.¹⁵⁹.

Le montant de la sanction ne saurait être laissé à l'appréciation d'une autorité qui n'est pas un tribunal au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Sur ce point, un contrôle limité à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation ne nous paraît pas suffisant. En réalité, l'autorité judiciaire de recours doit également être habilitée à procéder à sa propre appréciation quant au montant de la sanction, en la substituant le cas échéant à celle de l'autorité administrative.

Certes, la distinction entre le contrôle de l'abus du pouvoir d'appréciation et celui de l'opportunité d'une décision, au sens de l'article 49, lettres a et c, PA, est critiquée par une partie de la doctrine récente¹⁶⁰. Que la distinction manque de netteté¹⁶¹ n'est guère contestable. On ne saurait néanmoins en déduire que, s'agissant du pouvoir d'appréciation, un contrôle judiciaire portant sur les seuls abus ou excès y relatifs suffit dans toutes les situations. Il s'agit bien plus de définir le rôle du juge par rapport à l'administration dans un Etat de droit. L'intensité du contrôle judiciaire varie en fonction de divers critères. La présente contribution n'a pas pour but de fournir une réponse générale à cette problématique fort complexe, mais se borne à quelques considérations en lien avec les sanctions administratives pécuniaires, pénales au regard de l'article 6 CEDH. A moins que ces sanctions soient fixées dans des tabelles ou très étroitement encadrées par la jurisprudence, elles sont prononcées par une autorité qui jouit d'un pouvoir d'appréciation important. Nier qu'un tel pouvoir existe revient à ignorer la réalité juridique et factuelle. L'autorité judiciaire de recours ne peut pas se contenter d'examiner s'il y a eu abus ou excès de pouvoir d'appréciation. S'y limiterait-elle qu'elle

¹⁵⁹ ATF 139/2012 I 72, 82-83, *Publigroupe SA*. Cf. spécialement LOCHER (n. 30) p. 19-25.

¹⁶⁰ Cf. spécialement la contribution de Thierry TANQUEREL dans le présent ouvrage; cf. également BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen – Gestaltungs Kompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010, entre autres p. 207-209 et 315-405, qui préconise de renoncer à la distinction entre notions juridiques indéterminées et pouvoir d'appréciation, puis propose une nouvelle typologie de l'appréciation.

¹⁶¹ Cf. notamment SCHINDLER (n. 160) p. 328.

admettrait que la sanction pénale au sens de l'article 6 CEDH soit, dans une certaine mesure, arrêtée par une autorité non judiciaire. Elle est tenue de procéder à *sa propre appréciation* et il est parfaitement envisageable qu'elle modifie la sanction en appréciant différemment les critères pertinents applicables¹⁶². Elle n'est pas non plus habilitée, eu égard ne serait-ce qu'à l'article 6 CEDH, à fixer un maximum admissible de la sanction dans un cas concret, en indiquant que toute sanction ne dépassant pas ce montant peut être prononcée par l'autorité administrative. A défaut, cela signifierait que cette dernière fixe une sanction pénale sans qu'une autorité judiciaire procède à sa propre appréciation quant à la sanction effectivement adéquate *in casu*. Une analogie avec la procédure pénale *stricto sensu* se justifie sur ce point. Dans une telle procédure, il est inconcevable qu'un tribunal pénal, lorsqu'il est saisi, par exemple en cas d'opposition à une ordonnance pénale, ou même lorsqu'il statue sur appel, se borne à se prononcer sur la sanction pénale maximale admissible, puis à s'assurer que l'ordonnance pénale ou le jugement attaqué ne la dépasse pas. Il lui appartient d'apprécier lui-même le montant opportun de la sanction¹⁶³, éventuellement avec une certaine retenue en cas d'appel puisque le jugement attaqué émane déjà d'un tribunal¹⁶⁴, ce qui n'est pas le cas dans la problématique ici étudiée.

¹⁶² Cf., dans une optique générale, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 2009, p. 205: «Unangemessenheit bedeutet inopportune Wahl unter mehreren rechtlich zulässigen Rechtsfolgen»; cf. également OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, «Art. 49», in: WALDMANN/WEISSENBARGER (éd.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zurich 2009, p. 994; TANQUEREL (n. 47) p. 172.

¹⁶³ S'agissant de l'appel, cf. art. 398, al. 1 («La juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement») et al. 3 (motifs d'appel), 399, al. 4, let. b (appel sur la quotité de la peine), du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP – RS 312.0). S'agissant du jugement à la suite d'une opposition à une ordonnance pénale, cf. art. 356, al. 1 et 2, CPP. Cf. spécialement, à propos de l'appel, MARKUS HUG, «Art. 398», in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 1920 s.

¹⁶⁴ HUG (n. 163) p. 1920 s.; en faveur d'une grande retenue en raison du fait que la tâche incombe principalement au «premier juge», MARLÈNE KISTLER VIANIN, «Art. 398», in: KUHN/JEANNERET (éd.), *Code de procédure pénale suisse – Commentaire romand*, Bâle 2011, p. 1776.

Un exemple permet d'illustrer notre propos. Supposons que la législation applicable prévoit une sanction entre 100 000 et 1 million de francs. Dans un cas concret, l'autorité administrative arrive, dans son processus interne de décision, à la conclusion que la sanction doit se situer dans une fourchette entre 300 000 et 400 000 francs. Elle décide finalement d'infliger au justiciable une sanction de 375 000 francs et n'omet aucun critère pertinent dans sa décision. Le justiciable ainsi condamné recourt et exige un examen complet de la sanction en fournissant différents éléments à l'appui de son recours. Dans une telle hypothèse, l'autorité judiciaire peut parfaitement considérer que l'autorité administrative n'a pas violé le droit applicable et que celle-ci disposait effectivement d'un pouvoir d'appréciation correspondant à la fourchette sus-indiquée, mais estimer qu'une autre pondération des critères est préférable *in casu* et modifier la sanction pour la fixer, par exemple, à 325 000 francs. Elle ne saurait en revanche se contenter de confirmer la sanction au motif que l'autorité administrative n'a ni abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation.

En Suisse, le Tribunal administratif fédéral peut – et doit si le recours porte de manière recevable sur ce point – lui-même fixer une sanction sans être tenu d'établir l'existence d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation¹⁶⁵ ; l'article 49, lettre c, PA lui reconnaît cette compétence si besoin est¹⁶⁶. A notre sens, un examen complet du montant de la sanction par un tribunal est directement prescrit par le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH, cette garantie fondant elle-même un tel examen lorsque les normes procédurales applicables sont trop restrictives¹⁶⁷. Une retenue de la part du tribunal n'est pas justifiée car il est lui-même en mesure de déterminer le niveau approprié de la sanction

¹⁶⁵ Cf. déjà VINCENT MARTENET, « Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 183-224, 195.

¹⁶⁶ Cf., de manière générale, MOOR/POLTIER (n. 16) p. 797-799.

¹⁶⁷ Comp., dans une perspective générale, ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 375: « Zu berücksichtigen ist jedoch, dass einige verfassungsmässige Rechte und Prinzipien für eine Ausschöpfung der Kognition sprechen [...] ». Ce point n'a pas été examiné par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Menarini* (n. 35).

après avoir examiné les faits et le droit¹⁶⁸. L'approche adoptée par la Cour AELE est correcte sur ce point et devrait inspirer notamment le Tribunal administratif fédéral :

« As a preliminary point, the Court remarks that the review of legality of the decisions of ESA [EFTA Surveillance Authority] is supplemented by the unlimited jurisdiction which it is afforded by Article 35 SCA [Surveillance and Court Agreement]. Under that jurisdiction, the Court, in addition to carrying out a full review of the lawfulness of the penalty, is empowered to substitute *its own appraisal* for ESA's and, consequently, to cancel, reduce or increase the fine or penalty payment imposed. »¹⁶⁹

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit dans la même perspective :

« [La] compétence [de pleine juridiction] habilite le juge, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission [européenne] et, en conséquence, à supprimer, à réduire ou à majorer l'amende ou l'astreinte infligée. »¹⁷⁰

Enfin, une révision de l'article 49 PA est tout à fait envisageable, peut-être souhaitable. La réflexion ne saurait cependant consister uniquement en la suppression de sa lettre c pour le recours devant une instance judiciaire. Elle doit englober également la formulation de la lettre a afin de permettre, notamment dans les cas où cela se justifie ou *a fortiori* s'impose dans un Etat de droit, à l'autorité judiciaire de substituer complètement son appréciation à celle de l'administration ou d'une autorité administrative.

¹⁶⁸ Comp., dans une optique plus large, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/St-Gall 2010, p. 108 : « Dient das Ermessen dazu, *Einzelfallgerechtigkeit* zu ermöglichen [...], so besteht kein Grund für eine beschränkte richterliche Überprüfung, weil sich dabei keine Fragen stellen, welche die Verwaltungsgerichte weniger gut beurteilen können als die Verwaltungsbehörden ». La remarque est correcte et montre que l'existence d'un pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative peut coexister avec un examen complet par l'autorité judiciaire.

¹⁶⁹ Arrêt *Posten Norge AS* (n. 156) § 267 (nous mettons en évidence).

¹⁷⁰ CJUE, arrêt *KME c. Commission européenne* du 8 décembre 2011, aff. C-389/10 P, § 130 et les nombreuses références jurisprudentielles.

VIII. Conclusion

Les diverses garanties fondamentales de procédure que nous venons de passer en revue influent profondément sur le contentieux administratif. Tant les autorités judiciaires ou administratives que les parties à une procédure et leurs représentants sont bien avisés s'ils en tiennent compte avant de rendre une décision, respectivement d'accomplir un acte procédural. Il appartient, par exemple, aux avocats de tirer tous les enseignements de la jurisprudence récente relative au « droit de répliquer ». Ils doivent s'organiser de manière adéquate afin d'être en mesure de réagir rapidement à la communication d'une pièce ou d'une observation de la partie adverse ou de l'autorité précédente.

Le contentieux administratif demeure en quelque sorte sous influence, tant de la Constitution fédérale que de la CEDH et d'autres conventions internationales. La protection des justiciables s'en trouve renforcée. Les autorités sont, quant à elles, amenées à emprunter les ponts qui existent entre la procédure administrative, le droit constitutionnel et le droit international liant la Suisse. La réflexion s'élargit de cette manière, conduisant parfois le Tribunal fédéral à étendre certaines avancées procédurales au contentieux devant des autorités non judiciaires. L'évolution n'est sans doute pas encore terminée sur ce point et plusieurs chantiers jurisprudentiels demeurent ouverts, mais le Tribunal fédéral reconnaît, de manière réjouissante, la perméabilité de différents domaines du droit et types de contentieux.

Si une réflexion élargie se justifie afin de déterminer les règles et principes applicables au contentieux administratif, elle ne saurait pour autant ignorer le besoin de protection concret du justiciable dans une procédure. Il s'agit par ailleurs de ne pas entraver inutilement le déroulement d'une procédure administrative ou judiciaire. Aussi une approche circonstanciée est-elle indiquée afin de prendre en compte ce besoin de protection d'une part et les exigences d'efficacité et de célérité de la procédure d'autre part.

L'évolution des voies de droit cantonales

BENOÎT BOVAY

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat

I. Introduction

Pour éviter un afflux de recours au Tribunal fédéral et permettre à celui-ci de limiter son pouvoir d'examen aux questions de droit, sur la base d'un dossier de faits établi devant les instances précédentes, l'arrêt fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999¹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005², la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005³ et les modifications correspondantes de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968⁴, a imposé aux cantons d'instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil, de droit pénal et de droit public (art. 191*b*, al. 1, Cst.⁵). Au-delà de cette exigence structurelle, qui exige un filtre judiciaire avant notre Haute Cour et garantit ainsi l'accès au juge imposé par les articles 29*a* Cst. et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁶, la LTF a prévu plusieurs dispositions concernant la procédure cantonale.

L'article 86, alinéa 2, LTF concerne les autorités précédant le Tribunal fédéral en matière de droit public: les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral⁷. L'article 86, alinéa 3, LTF pose

1 FF 1999 7831.

2 LTF – RS 173.110.

3 LTAF – RS 173.32.

4 PA – RS 172.021.

5 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101.

6 CEDH – RS 0.101.

7 Par exemple, l'art. 146 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD – RS 642.11).

l'exception du caractère politique prépondérant autorisant une autre autorité qu'un tribunal dans ces cas où l'aspect politique l'emporte sur le caractère judiciaire.

L'article 110 LTF définit ce qu'il faut entendre par jugement par une autorité judiciaire cantonale: si, en vertu de la LTF, les cantons sont tenus d'instituer un tribunal comme autorité cantonale de dernière instance, ils font en sorte que ce tribunal ou une autre autorité judiciaire, statuant en instance précédente, examine librement les faits et applique d'office le droit déterminant. Pour assurer l'accès à la procédure cantonale à ceux qui pourraient ensuite recourir au Tribunal fédéral, le principe d'unité de la procédure exige que la qualité de partie soit reconnue au moins aussi largement que la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (art. 111, al. 1, LTF). En découle logiquement la possibilité pour une autorité fédérale qui aurait le droit de recourir au Tribunal fédéral⁸ de recourir devant les autorités cantonales précédentes ou, pour autant qu'elle le demande, de participer à la procédure devant celles-ci. Pour la même raison, l'autorité qui précède le Tribunal fédéral doit avoir au moins le même pouvoir d'examen s'agissant des griefs juridiques et des faits; la loi pose comme exigences minimales celles mentionnées aux articles 95 à 98 LTF.

Enfin, pour assurer l'exercice effectif du droit de recours, la notification des décisions est réglée à l'article 112 LTF. Cette disposition est en réalité plus large, puisqu'elle concerne aussi le contenu minimum des décisions, qui doivent contenir les conclusions, les allégués, les moyens de preuves offerts et les déterminations des parties lorsqu'elles ne résultent pas des pièces du dossier, les motifs déterminants en fait et en droit, soit notamment les dispositions légales appliquées, un dispositif et l'indication des voies de droit, ce qui implique la mention de la valeur litigieuse dans les cas où la loi requiert une valeur litigieuse minimale. En droit public, on pense notamment aux clauses minimales de compétence pour les marchés publics (art. 83, let. f, LTF), la responsabilité étatique (art. 85, al. 1, let. a, LTF) ou les rapports de travail de droit public (art. 85, al. 1, let. b, LTF).

⁸ On rappelle que la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux et les unités qui leur sont subordonnées peuvent recourir si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attribution (art. 89, al. 2, let. a, LTF), disposition qui avait été discutée lors de son approbation, le projet du Conseil fédéral étant plus large (cf. BO/CE 2003 909).

Concernant la notification des décisions, dans les domaines où les autorités fédérales ont qualité pour recourir, le Conseil fédéral définit lesquelles doivent être notifiées par les autorités cantonales pour éviter un trop grand nombre d'envois (art. 112, al. 4, LTF). Pour les autres, il appartient à l'autorité fédérale de réclamer cette notification qui fera partir le délai de recours.

Pour éviter un recours prématuré au Tribunal fédéral, lorsque le dispositif est notifié seul, la LTF impose la possibilité pour les parties de demander la motivation de la décision cantonale dans les trente jours, le caractère exécutoire de la décision étant reporté soit à l'échéance du délai de trente jours pour demander la motivation lorsque celle-ci n'est pas requise, soit à la réception des considérants (art. 112, al. 2, LTF). Précédemment, sous l'empire de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943⁹, pour éviter l'exécution anticipée d'une décision dont on ne connaissait que le dispositif, un recours devait être déposé dès réception de celui-ci, quitte à développer la motivation une fois connus les considérants, ce qui compliquait et alourdissait l'exercice.

Comme pour les recours incomplets et lacunaires, le Tribunal fédéral peut renvoyer une décision non conforme à l'article 112 LTF à l'autorité cantonale en l'invitant à la parfaire; il peut aussi l'annuler (art. 112, al. 3, LTF).

Il y a six ans, lors des Journées de droit administratif consacrées aux nouveaux recours fédéraux en droit public, les juges et professeurs JEAN-CLAUDE LUGON, ETIENNE POLTIER et THIERRY TANQUEREL avaient consacré leur contribution aux conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons¹⁰. Ces trois auteurs avaient présenté une étude très complète sur la nécessité d'une autorité judiciaire, voire d'un tribunal supérieur statuant avant le Tribunal fédéral, sur les différentes exigences de procédure susmentionnées et avaient passé en revue les lois genevoises, vaudoises et valaisannes pour déterminer quelles modifications paraissaient nécessaires suite à l'entrée en vigueur de la LTF.

⁹ aOJ – RO 60 269.

¹⁰ LUGON JEAN-CLAUDE, POLTIER ETIENNE, TANQUEREL THIERRY (2006), « Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, p. 103 ss.

Dans ce bref bilan, forcément imparfait vu les disparités et les subtilités cantonales, il est dès lors intéressant de dresser un panorama de l'évolution des voies de droit cantonales en relation avec les exigences les plus délicates de la LTF. En première partie, il convient d'examiner dans les cantons romands les changements structurels, concernant l'organisation judiciaire cantonale; dans les deux parties subséquentes, ce seront les incidences de la procédure relatives aux décisions à caractère politique prépondérant et aux décisions incidentes.

II. Modification de l'organisation judiciaire cantonale

A. Fribourg

Sur son site internet¹¹, la Direction de la sécurité et de la justice (DSJ) de l'Etat de Fribourg a souligné les principaux projets réalisés ces dernières années. Concernant la réorganisation de la justice, il s'agit, dès 2007, non seulement de la constitution d'un conseil de la magistrature, ayant comme activité principale la surveillance des autorités judiciaires et de leurs membres, mais aussi l'élection des juges par le Grand Conseil.

Pour le droit public, le Tribunal administratif a été supprimé en application de l'article 123, alinéa 3, de la Constitution cantonale du 16 mai 2004¹². A l'instar d'autres cantons, comme on le verra ci-dessous, Fribourg a intégré la juridiction administrative au tribunal supérieur du canton, c'est-à-dire au Tribunal cantonal, en créant les cours administratives, fiscale et des assurances sociales¹³. Conformément à l'article 3, alinéa 3, LJ/FR, la juridiction administrative est exercée par le Tribunal cantonal, ainsi que par les autorités spéciales de la juridiction administrative. Le Tribunal cantonal est l'autorité supérieure en matière civile, pénale et administrative (art. 35, al. 1, LJ/FR).

¹¹ www.fr.ch/dsj/fr/pub/dsj_conseiller/projets.htm (état des liens internet de la présente contribution au 17 avril 2013).

¹² Cst./FR – RS 131.219.

¹³ Voir la loi d'organisation du Tribunal administratif du 24 avril 1990 (LOTA/FR – RS/FR 151.1) abrogée par la loi sur la justice du 31 mai 2010 (LJ/FR – RS/FR 130.1). Cette dernière loi a permis de regrouper dans un seul texte la plupart des règles d'organisation judiciaire jusqu'alors dispersées dans une vingtaine de lois spécifiques.

La section administrative comprend au moins une cour administrative, une cour fiscale et une cour des assurances sociales (art. 43, al. 4, LJ/FR). Mises à part ces deux dernières cours spécifiques, la clause générale de compétence attribuée au Tribunal cantonal, dernière instance cantonale, toutes les contestations administratives qu'une loi ne place pas dans la compétence définitive d'une autre autorité (art. 87, al. 1, LJ/FR). On rappelle que le Tribunal cantonal fribourgeois connaît en instance cantonale unique des actions de droit administratif dont le jugement n'est pas attribué par la loi à une autre autorité (art. 87, al. 2, LJ/FR).

B. Genève

Assez tardivement, le canton de Genève a réformé son système judiciaire, en particulier dans le domaine de la justice administrative, suite aux travaux d'une commission *ad hoc* intitulée « Justice 2010 », instituée en 2008 par le Grand Conseil. Cette commission a travaillé en 2008 et 2009 sur les divers projets de lois nécessaires pour adapter la législation genevoise aux réformes de la justice fédérale¹⁴.

On savait les Genevois attachés aux deux instances cantonales de recours, par exemple, en matière de constructions, à la Commission de recours en matière de constructions qui précédait le Tribunal administratif. Pour remplacer la plupart des commissions de recours de première instance¹⁵, une Commission cantonale de recours en matière administrative (CCRA) a été créée dans un premier temps pour reprendre une partie de leurs compétences (impôts, construction, police des étrangers, circulation routière). Cette CCRA a fonctionné comme juridiction de première instance de droit public. Sur recours, le Tribunal administratif cantonal statuait en deuxième instance sur les décisions de la CCRA ayant fait l'objet d'un recours et en instance unique dans

¹⁴ Cf. rapport du 1^{er} septembre 2008 de la Commission *ad hoc* Justice 2010 chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi d'organisation judiciaire, PL 10253-A, p. 28 ss et 52.

¹⁵ Neuf commissions ont disparu, à savoir les deux Commissions de recours en matière d'impôts, la Commission de recours en matière de constructions, la Commission de recours de police des étrangers, la Commission de recours des fonctionnaires de la police et de la prison, la Commission de recours du personnel enseignant dans l'instruction publique, la Commission de recours de conciliation et d'estimation en matière d'expropriation, la Commission de recours de l'Université et la Commission centrale des améliorations foncières.

les domaines confiés auparavant aux commissions de l'Université, du personnel enseignant dans l'instruction publique, des fonctionnaires de la police et de la prison et des améliorations foncières.

Dans un deuxième temps, dès le 1^{er} janvier 2011, la CCRA a été remplacée par le Tribunal administratif de première instance (TAPI). Le Tribunal administratif et le Tribunal cantonal des assurances ont à ce moment été supprimés comme autorités judiciaires indépendantes et sont devenus des cours de la Cour de justice cantonale, à savoir la Cour de droit public subdivisée en deux chambres, la Chambre administrative (CJCA) et la Chambre des assurances sociales (CJCAS)¹⁶.

C. Jura

L'organisation judiciaire en matière administrative n'a pas été modifiée dans le canton du Jura à la suite de la réforme de la justice fédérale. Sont restés compétents en première instance de recours, selon le type de décisions prises au niveau communal ou cantonal, le juge administratif et la Cour administrative du Tribunal cantonal.

Certaines modifications de la loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978¹⁷, entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2009, ont élargi la compétence de la Cour administrative. Celle-ci connaît des recours formés contre les décisions prises par le gouvernement et par les organes de l'administration cantonale¹⁸, sauf l'exception, traitée plus loin, des décisions présentant un caractère politique prépondérant¹⁹. Ainsi, la Cour administrative du Tribunal cantonal connaît non seulement en première ou deuxième instance de recours des pourvois formés contre des décisions prises par le gouvernement, les organes de l'administration cantonale, le juge administratif, la Commission cantonale des recours en matière d'impôts, les organes des églises reconnues ou de leurs paroisses compétents en matière d'impôts et autres contributions, les collectivités et établissements publics qui dépendent du canton, les personnes et organismes privés chargés de l'accomplissement de tâches publiques relevant du canton, mais aussi d'autres autorités, commissions et instances lorsque le droit intercanto-

¹⁶ Cf. <http://ge.ch/justice/reforme-administrative>.

¹⁷ Code de procédure administrative, CPA/JU – RS/JU 175.1.

¹⁸ Cf. art. 160, let. a et b, CPA/JU.

¹⁹ Cf. art. 172 ss CPA/JU.

nal, la loi ou le décret le prévoient, par exemple en matière de registre du commerce et de registre foncier²⁰.

D. Neuchâtel

La nouvelle loi neuchâteloise sur l'organisation judiciaire du 27 janvier 2010²¹ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Le Tribunal fiscal (tribunal administratif de première instance, mais en matière fiscale uniquement) et le Tribunal administratif (institution hybride pour partie autonome et pour partie section du Tribunal cantonal) ont été supprimés.

Le Tribunal cantonal est devenu le seul et unique tribunal supérieur du canton. On y trouve la Cour de droit public, qui traite également des recours en matière fiscale, ainsi que ceux dirigés contre les décisions rendues par l'autorité inférieure de surveillance des avocates, avocats et du notariat, et qui comprend également les tribunaux arbitraux prévus par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994²², la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981²³, la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959²⁴, ainsi que la loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992²⁵⁻²⁶.

²⁰ Art. 160 CPA/JU.

²¹ OJN/NE – RS/NE 161.1.

²² LAMal – RS 832.10.

²³ LAA – RS 832.20.

²⁴ LAI – RS 831.20.

²⁵ LAM – RS 833.1.

²⁶ Le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil du 31 août 2009 à l'appui du projet de loi portant adoption d'une nouvelle organisation judiciaire neuchâteloise et adaptation (1^{re} partie) de la législation cantonale à la réforme de la justice fédérale, 09.038, est particulièrement intéressant dans la mesure où il brosse un panorama historique de l'organisation judiciaire neuchâteloise de 1848, date du coup d'Etat, à nos jours. Il souligne que les projets législatifs ayant une incidence sur l'organisation judiciaire cantonale ont été réunis dès 2004 dans un projet nommé « Marguerite », car il s'agissait d'accorder entre elles toutes les révisions législatives, regroupées sous la dénomination de « Pétales » – au nombre de 20 – et spécialement de coordonner leurs incidences sur l'organisation de la justice neuchâteloise, afin de proposer une révision de la loi d'organisation judiciaire pour le début de l'année 2008. Ce train de mesures a notamment introduit un conseil de la magistrature. Le choix d'une seule et unique Cour de droit public est fondé sur la difficulté de délimiter avec précision le domaine des assurances sociales par rapport aux autres domaines du droit administratif.

E. Valais

En 2006, le Grand Conseil a adopté la loi modifiant le droit judiciaire, en particulier la loi d'organisation judiciaire du 27 juin 2000²⁷ et la loi sur la procédure et la juridiction administrative du 6 octobre 1976²⁸ supprimant le Tribunal cantonal des assurances pour en faire une Cour du Tribunal cantonal, soit la Cour des assurances sociales.

F. Vaud

Dans le canton de Vaud, le vaste programme CODEX 2010, regroupant plusieurs réformes judiciaires, a aussi supprimé le Tribunal administratif et le Tribunal cantonal des assurances.

On rappelle que le premier était relativement récent, puisqu'il avait été instauré au début des années 1980 suite à une votation populaire créant ce nouveau tribunal, organisé par l'ancienne loi vaudoise sur la juridiction et la procédure administratives du 18 décembre 1989, entrée en vigueur en 1991²⁹. Les Vaudois avaient hésité à créer un tribunal administratif à la française, c'est-à-dire appartenant à l'ordre exécutif, tel le Conseil d'Etat français. Dans une solution bien vaudoise, il avait finalement été admis que le Tribunal administratif n'était ni une autorité exécutive, ni une autorité judiciaire, mais un quatrième ordre spécifique prévu par l'ancienne Constitution vaudoise du 1^{er} mars 1885. Puis, quelques années plus tard, il avait été décidé, sans réticence, d'incorporer le Tribunal administratif à l'ordre judiciaire. Enfin, en raison de la nouvelle Constitution vaudoise du 14 avril 2003³⁰ prévoyant l'intégration de la justice administrative au Tribunal cantonal, les dispositions organisationnelles de l'aLJPA/VD ont été abrogées et le Tribunal administratif est devenu la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP) dès le 1^{er} janvier 2008.

Une importante discussion a eu lieu concernant le sort du Tribunal cantonal des assurances. Rattaché au Tribunal cantonal, mais disposant

²⁷ Remplacée depuis le 1^{er} janvier 2011 par la loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009 (LOJ/VS – RS/VS 173.1).

²⁸ LPJA/VS – RS/VS 172.6.

²⁹ aLJPA/VD.

³⁰ Cst./VD – RS 131.231.

d'une structure propre, il était présidé par un juge cantonal et composé de juges des assurances qui n'avait pas ce même statut. La question s'est posée de savoir s'il fallait plutôt le rattacher aux tribunaux de première instance ou en faire un tribunal supérieur cantonal (ce qui n'était pas une exigence de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000³¹. Le choix s'est porté sur le remplacement du Tribunal cantonal des assurances par une cour spécifique du Tribunal cantonal, la Cour des assurances sociales (CASSO) dès le 1^{er} janvier 2008 également. L'ancienne loi spécifique sur le Tribunal des assurances du 2 décembre 1959³², ainsi que l'aLJPA/VD n'avaient plus de véritable raison d'être, cette dernière ayant été amputée de la moitié de ses dispositions qui concernaient le Tribunal administratif (sur une soixantaine d'articles).

A dès lors été élaborée une seule loi sur la procédure administrative, de la première instance jusqu'aux instances de recours, dans tous les domaines du droit public, que ce soit en droit administratif général ou en droit des assurances sociales. La loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008³³ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009³⁴. A la différence de l'aLJPA/VD, la nouvelle loi ne contient plus l'aspect organisationnel de la juridiction en matière de droit public, qui est maintenant inclus dans la loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979³⁵ et dans le règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007³⁶.

Il faut souligner deux grandes nouveautés pour les Vaudois, qui tiennent à l'organisation de la procédure non contentieuse, qui n'était jusque-là pas réglée par la loi, et à la faculté de faire juger des actions de droit administratif par les cours de droit public, alors que, traditionnellement,

³¹ LPGA – RS 830.1.

³² aLTAs/VD.

³³ LPA/VD – RS/VD 173.36.

³⁴ Cf. Exposé des motifs et projet de loi de mai 2008 sur la procédure administrative, l'aLPJA/VD et l'aLTAs/VD, modifiant une trentaine de lois spéciales et proposant une loi sur la procédure administrative, disponible sur www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/Seance_du_28_octobre_2008/81_Texte_CE.pdf.

³⁵ LOJ/VD – RS/VD 173.01.

³⁶ ROTC/VD – RS/VD 173.31.1.

le canton de Vaud a confié ce domaine aux seuls tribunaux civils, ce qui a suscité quelques importantes controverses quant à la compétence entre tribunaux civils et administratifs selon qu'il s'agissait du contentieux par voie d'action ou du contentieux par voie de recours³⁷. Néanmoins, cette nouveauté – connue de longue date dans les autres cantons – n'a pas trouvé d'application concrète, puisque la LPA/VD exige au surplus que la loi spéciale sur laquelle est fondée l'action de droit administratif confie cette compétence à la Cour cantonale de droit public et qu'aucune loi spéciale n'a été modifiée dans ce sens depuis l'entrée en vigueur de la LPA/VD.

G. Synthèse

Même si la LTF n'a pas exigé plus que des tribunaux supérieurs statuant comme autorités judiciaires précédant immédiatement le Tribunal fédéral dans tous les domaines, y compris de droit administratif, les cantons ont pour la plupart modifié leur organisation judiciaire en profitant de l'élan imprimé par cette nouvelle loi et de la réforme constitutionnelle introduite par l'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999.

Au cours de cette dernière décennie, les cantons romands qui connaissent encore un tribunal administratif distinct du tribunal cantonal l'ont dissout pour en faire une cour du tribunal cantonal, seule autorité cantonale de justice administrative supérieure. Le contentieux des assurances sociales y a été rattaché, soit au sein de la cour de droit public, soit en tant que cour spécifique. Les cantons ont cherché à donner une plus grande transparence et lisibilité à leur organisation judiciaire.

³⁷ Cf. notamment la thèse de doctorat de BLANCHARD THIBAUT (2005), *Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif*, Lausanne, et l'affaire de la concession du central d'appels téléphoniques des taxis lausannois qui a largement occupé toutes les instances judiciaires vaudoises, voire fédérales, ainsi que le Tribunal neutre désigné de cas en cas pour trancher ce type de conflit de compétences aujourd'hui confié à la Cour constitutionnelle (CCST) rattachée au Tribunal cantonal, cf. arrêts TA/VD GE02/0048 du 1^{er} novembre 2002, TF 2P.288/2002 du 24 février 2003, Chambre des recours du TC du 11 février 2004, Tribunal neutre du 6 septembre 2004, TA/VD GE.2004.0055 du 7 avril 2005, TF 2P.118/2005 du 8 décembre 2005, CCST CCST.2006.0007 du 16 février 2007 et TF 2C_71/2007 du 9 octobre 2007.

Genève a tenu à maintenir dans plusieurs domaines un double degré de juridiction administrative pourtant non exigé par le droit fédéral. Vaud continue à faire cavalier seul en prévoyant pour la forme une procédure d'action en matière administrative auprès des cours de droit public du Tribunal cantonal, mais en ne leur attribuant aucun cas, faute de lois spéciales qui enlèveraient cette compétence traditionnellement octroyée aux tribunaux civils. Les Vaudois restent attachés à l'ancienne distinction entre les contentieux administratifs objectif et subjectif, ce dernier ayant probablement un aspect pécuniaire plus approprié à un traitement civil malgré les spécificités pointues de droit public de ce type de contentieux (par exemple, en matière d'expropriation).

III. Les recours contre les décisions à caractère politique prépondérant

Si l'article 6 CEDH impose l'accès à une autorité judiciaire indépendante dans les domaines qu'il peut concerner (droits et obligations de caractère civil notamment)³⁸ et si l'article 29a Cst. permet à la Confédération et aux cantons d'exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels pour autant qu'une loi formelle le prévoit, l'article 86 LTF est moins généreux, puisque les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs statuant comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf si une autre loi fédérale autorise le recours au Tribunal fédéral contre une décision d'une autre autorité judiciaire que celle de dernière instance ou, seule possibilité offerte aux cantons, contre les décisions revêtant un caractère politique prépondérant.

³⁸ Selon la Commission européenne des droits de l'homme, l'art. 6 CEDH ne s'applique que si les conditions suivantes sont remplies: il doit y avoir une contestation, réelle et sérieuse (JAAC 1998/62 n° 94, p. 916 [CommEDH, 11.09.1997]), sur un droit ou une obligation de nature civile que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. La contestation peut concerner aussi bien l'existence même du droit que son étendue ou ses modalités d'exercice. Enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en cause, en ce sens qu'il doit représenter l'un des objets au moins de la contestation (JAAC 60/1996 n° 103, p. 876 [CommEDH, 26.10.1995]). Pour une casuistique des cas dans lesquels des contestations administratives portent « sur des droits et obligations de caractère civil », cf. BOVAY BENOÎT (2000), *Procédure administrative*, Berne, p. 41 ss.

Bien entendu, les cantons ont quand même la possibilité d'attribuer à une autorité judiciaire la compétence pour statuer sur ces décisions à caractère politique prépondérant³⁹.

Dans la mesure où beaucoup de décisions ont un caractère politique, il faut que celui-ci prévale « sans discussion sur toute autre considération [...] le manque de justiciabilité peut constituer un tel indice, encore que, souvent, la difficulté pour le juge d'appréhender une situation conduira plutôt à restreindre son pouvoir d'examen »⁴⁰. Les exemples donnés par ALAIN WURZBURGER dans son commentaire de la LTF sont le plan directeur, la grâce ou la localisation de grands établissements tels qu'hôpitaux ou écoles⁴¹.

Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral rappelle que la notion de caractère politique prépondérant doit faire l'objet d'une interprétation restrictive dès lors qu'elle constitue une exception à la garantie de l'accès au juge fondée sur l'article 29a Cst.⁴². En raison de cette notion indéterminée, concrétisée de façon variable, il est intéressant d'examiner comment les cantons romands ont appliqué l'article 86, alinéa 3, LTF.

³⁹ Cf. WURZBURGER ALAIN (2009) n° 24 *ad* art. 86 LTF, in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (éd.), *Commentaire de la LTF*, Berne.

⁴⁰ *Id.*, n° 25 *ad* art. 86 LTF.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Cf. ATF 136/2010 II 436, *WWF Schweiz und Mitb.*, résumé in RDAF 2011 I 406 avec note d'ETIENNE POLTIER concernant l'octroi d'une concession hydro-électrique: même si celle-ci revêt un aspect politique, l'acte de concession règle aussi de manière détaillée les droits et obligations du concessionnaire, en particulier en relation avec la législation sur les eaux, sur la protection de la nature, du paysage et de l'environnement. Dans sa note, ETIENNE POLTIER évoque un autre arrêt, ATF 136/2010 I 42, *Fondation A.X.* (RDAF 2010 II 300), qui exclut le caractère politique prépondérant d'une décision d'exonération fiscale d'une fondation. Il déduit de l'arrêt fédéral que, pour les concessions, même s'il s'agit d'actes émanant en première instance d'une autorité politique, les exigences de l'art. 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI – RS 943.02) imposent un contrôle judiciaire, alors même qu'en droit fédéral les concessions échappent à toute voie de recours (art. 32 LTAF) ou au moins d'un recours au Tribunal fédéral (art. 83, let. p, LTF).

A. Fribourg

Dans son message du 24 juin 2008 au Grand Conseil accompagnant le projet de loi d'adaptation à la LTF (accès à une autorité judiciaire en matière de droit public), le Conseil d'Etat considère que le droit fribourgeois répond déjà très largement aux exigences de la LTF puisqu'il attribue un vaste champ de compétences au Tribunal cantonal et qu'en outre les articles 7a et 114, alinéa 2, du code de procédure et de juridiction administratives du 23 mai 1991⁴³ permettent de remédier à d'éventuelles lacunes sous l'angle de l'accès à une autorité judiciaire. Ces dispositions étendent le droit à un contrôle juridictionnel, mais en dehors du champ d'application du CPJA/FR, en autorisant le Tribunal cantonal à statuer sur recours, même si la loi déclare que la décision est définitive, dans la mesure où un tel contrôle juridictionnel est exigé par le droit fédéral ou international et n'est pas assuré par une autre autorité.

Le projet de 2008 tendait à préciser les cas exceptionnels où l'accès à une autorité judiciaire était exclu et à supprimer les exceptions qui n'étaient plus admissibles au regard du droit fédéral. Le message est très complet et il est intéressant de le citer :

« Pour tracer la ligne de démarcation entre les cas où il est encore possible d'exclure ou de restreindre l'accès à une autorité judiciaire au niveau cantonal et ceux où cela n'est plus admis, la doctrine propose de prendre en considération les éléments suivants :

- l'exigence d'une base légale formelle pour exclure l'accès à une autorité judiciaire
- le caractère exceptionnel que doit avoir une telle exclusion
- le manque de <justiciabilité> de la cause exclue
- le respect de la séparation des pouvoirs et de l'exercice des droits politiques
- la prépondérance manifeste de l'intérêt public par rapport à l'éventuelle atteinte portée aux droits des particuliers (plus cette atteinte est grave, moins l'exclusion sera admissible)
- la compatibilité avec la CEDH, notamment dans la mesure où la notion de <contestations sur des droits et obligations de caractère civil> de l'article 6 CEDH a été étendue par la jurisprudence à certaines contestations qui, en Suisse, relèvent du droit public.

⁴³ CPJA/FR – RS/FR 150.1.

Le manque de justiciabilité doit porter sur le caractère politique et non pas sur la nécessité d'un large pouvoir d'appréciation ni sur l'exigence de connaissances techniques pointues. L'absence d'un droit à l'octroi d'une prestation déterminée ne suffit pas non plus à exclure l'accès à une autorité judiciaire au niveau cantonal.

La doctrine cite unanimement parmi les principaux changements pour les cantons la possibilité de recourir contre le refus total ou partiel d'une prestation à laquelle la législation ne donne pas un droit, par ex. contre le résultat d'examens. On notera que, dans ces cas, l'autorité judiciaire peut exercer son contrôle avec une forte retenue, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment »⁴⁴.

Ce même message dresse un catalogue des décisions pour lesquelles le caractère politique prépondérant a été admis et de celles où ce même caractère a été refusé :

« 3.2.2 Caractère politique prépondérant admis

- les actes de gouvernement (par ex. dans le domaine des relations extérieures)
- les relations du gouvernement avec le parlement (mais ce sont rarement de véritables décisions)
- les élections des membres des autorités cantonales faites par le peuple, le Parlement ou le gouvernement
- les décisions du Parlement cantonal (au moins celles susceptibles de referendum)
- certaines décisions touchant à l'exercice des droits politiques, comme l'invalidation d'une initiative ou le refus de soumettre un acte au referendum financier
- l'adoption d'un plan directeur en matière d'aménagement ou d'instruments de planification, par ex. dans le domaine de la santé ou de la formation
- l'exercice du droit de grâce
- l'exercice du pouvoir général de surveillance, y compris le refus de donner suite à une plainte dans ce domaine.

3.2.3 Caractère politique prépondérant non admis

- les décisions relatives au statut des personnes au service de l'Etat, y compris le droit disciplinaire, la classification, les promotions et les révocations

⁴⁴ Message du 24 juin 2008 (disponible sur www.fr.ch/publ/files/pdf13/2007-11_077_message.pdf), p. 3.

- les autorisations, permis et concessions, même si la législation ne donne aucun droit à leur octroi ou à leur renouvellement
- les subventions et autres aides publiques, même si la législation ne donne aucun droit à leur octroi ou à leur renouvellement
- les décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité obligatoire, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession
- les contestations considérées par la jurisprudence comme « de droit civil » au sens de l'article 6 alinéa 1 CEDH.

La question des naturalisations a été tranchée par le souverain le 1^{er} juin 2008. Conformément à la loi fribourgeoise du 9 mai 2007 modifiant la loi sur le droit de cité fribourgeois (ROF 2007_055), le Tribunal cantonal pourra être saisi en dernière instance cantonale d'un recours contre les décisions des communes ou du Grand Conseil; cette loi remplit les exigences de la loi fédérale du 18 décembre 2007 (FF 2008, p. 45), qui prévoit l'obligation d'un recours auprès d'une autorité judiciaire cantonale »⁴⁵.

En fonction des exigences de la LTF, il n'y a donc pas eu d'adaptation pour prévoir un recours au Tribunal cantonal ou à une autre autorité judiciaire contre les actes législatifs de l'Etat, ce que le droit fédéral n'impose pas et dans la mesure où le canton de Fribourg ne connaît pas le contrôle abstrait des normes.

Les commissions cantonales de recours, si elles ont un caractère judiciaire et ne sont pas subordonnées à une autre instance cantonale, remplissent les conditions posées pour l'accès à une autorité judiciaire et pour l'instance précédant le Tribunal fédéral (par exemple la Commission de recours en matière d'améliorations foncières). Il en va de même des décisions des églises reconnues, qui peuvent s'organiser et avoir une juridiction propre dans le cadre de leur autonomie⁴⁶.

Dans ce même message, l'autorité cantonale a aussi souligné que le droit fédéral n'exigeait pas une double instance judiciaire en matière de droit public et permettait aux décisions rendues en seule instance de recours

⁴⁵ Suivant un arrêt TF 1D_15/2007 du 13 décembre 2007, le législateur fribourgeois n'a pas admis le recours contre une décision du Conseil de la magistrature concernant la révocation disciplinaire d'un membre du pouvoir judiciaire (Message du 24 juin 2008 [n. 44], p. 4).

⁴⁶ Message du 24 juin 2008 (n. 44), p. 4.

par une cour du Tribunal cantonal ou un juge unique appartenant à celle-ci de remplir les exigences fédérales.

Cette même exigence d'une autorité judiciaire supérieure n'est au surplus pas applicable aux décisions contre lesquelles le droit fédéral prévoit un recours auprès d'une autorité fédérale ou directement auprès du Tribunal administratif fédéral, ce qui est le cas de certaines décisions prises en application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005⁴⁷, de la loi sur le notariat du 20 septembre 1967⁴⁸ ou de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 9 février 1994⁴⁹⁻⁵⁰.

Commentant un arrêt du Tribunal administratif du 3 octobre 2006, DENIS LOERTSCHER et LUC VOLLERY ont salué la décision de cette autorité admettant la recevabilité d'un recours contre une décision du Conseil d'Etat de ne pas renouveler un contrat de partenariat de créations culturelles octroyant à une association des subventions annuelles, en rappelant que les décisions du Conseil d'Etat sont sujettes à recours au Tribunal administratif en application de l'article 114, alinéa 1, lettre a, CPJA/FR et que l'article 86, alinéa 3, LTF ne saurait couvrir les décisions relatives à des subventions, même lorsque la législation ne confère pas un droit à celles-ci, quand bien même ces décisions présentent la particularité de pouvoir être attaquées au Tribunal fédéral par le seul recours constitutionnel subsidiaire et non par un recours en matière de droit public en raison de l'exception figurant à l'article 83, lettre k, LTF⁵¹.

B. Genève

La loi des 18 et 19 septembre 2008 modifiant l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941⁵² a limité les cas dans lesquels le Grand Conseil rendait des décisions non susceptibles de recours au Tribunal administratif en abrogeant la clause générale de l'article 58

⁴⁷ LEtr – RS 142.20.

⁴⁸ LN/FR – RS/FR 261.1.

⁴⁹ LA-AVS/AI/FR – RS/FR 841.1.1.

⁵⁰ Message du 24 juin 2008 (n. 44), p. 5.

⁵¹ RFJ 2007, p. 149.

⁵² L 10253 disponible sur www.ge.ch/grandconseil/data/loisvotee/L10253.pdf.

de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985⁵³, qui prévoyait que les décisions du Grand Conseil revêtant un caractère politique prépondérant et toutes les règles d'organisation interne du Grand Conseil ne pouvaient pas être portées devant une autorité cantonale de recours, ce qui était notamment le cas des demandes de levée d'immunité et des décisions en matière de grâce⁵⁴.

Dans son rapport, la Commission *ad hoc* Justice 2010⁵⁵ a admis que, parmi les exceptions à l'accès au juge, il avait été tout particulièrement débattu de l'article 58 LPA/GE excluant de façon générale les recours contre les décisions du Grand Conseil. Le Secrétariat général du Grand Conseil (SGGC) avait élaboré une liste qui avait paru beaucoup trop longue à la Commission, car toute une série de décisions à caractère politique prétendument prépondérant n'en étaient pas. En conclusion, la Commission avait maintenu l'abrogation de l'article 58 LPA/GE sans introduire de disposition spécifique relative aux mesures d'organisation du Grand Conseil en considérant que, à l'exception de l'exclusion durable d'un député, tous les cas soulevés par le SGGC ne pouvaient pas être sujets à recours, puisqu'il ne s'agissait tout simplement pas de décisions proprement dites⁵⁶.

La jurisprudence genevoise a eu l'occasion de se prononcer sur ce caractère politique prépondérant à plusieurs reprises. Reconnaisant qu'il fallait interpréter de façon stricte l'article 86, alinéa 3, LTF dérogeant à la garantie de l'accès au juge, la Chambre administrative de la Cour de justice n'a admis que les situations qui revêtaient à l'évidence un caractère politique, dans lesquelles un contrôle par le juge n'apparaissait pas admissible, ce qui était notamment le cas de décisions du Conseil d'Etat ou du Grand Conseil portant sur la levée du secret de fonction d'un de leurs membres ou d'un ancien membre⁵⁷. En revanche, la lecture des travaux préparatoires démontre clairement la volonté du législateur

⁵³ LPA/GE – RS/GE E 5 10.

⁵⁴ Cf. art. 2r et 209 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC/GE – RS/GE B 1 01).

⁵⁵ Cf. rapport de la Commission *ad hoc* Justice 2010 (n. 14), p. 28 ss.

⁵⁶ *Id.*, p. 32.

⁵⁷ Art. 132, al. 7, let. b, de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ/GE – RS/GE E 2 05); arrêt C/JCA/GE du 30 juillet 2012 (ATA/451/2012), c. 2 et 3.

de ne pas soustraire le prononcé de sanctions disciplinaires prises par le bureau du Grand Conseil à l'encontre de députés enfreignant le règlement, ne se conformant pas à une injonction du bureau ou violant le secret de fonction. Ces sanctions consistent soit dans un blâme, soit dans l'exclusion des commissions pour une durée maximale de 6 mois (art. 32*b*, al. 1, LRG/GE). La Chambre administrative a jugé dans une affaire qui consistait en l'exclusion des commissions d'un député que bien que prise par une autorité politique, une telle décision est une sanction de caractère disciplinaire qui n'a pas que des conséquences organisationnelles, mais prive notamment le député des jetons de présence relatifs aux séances de commission. L'examen par une autorité judiciaire est dès lors admissible et justifié, à l'instar de la très grande majorité des sanctions disciplinaires prononcées sur la base de la législation genevoise de la fonction publique ou de diverses autres professions et activités réglementées⁵⁸. Une décision similaire a été prise concernant un autre député du Mouvement Citoyen Genevois, également exclu des séances de commission⁵⁹.

C. Jura

Les modifications du CPA/JU ont instauré un recours auprès de la Cour administrative même contre les décisions du gouvernement sous réserve de l'article 162 CPA/JU. C'est cette disposition qui exclut le recours devant le Juge administratif et la Cour administrative contre les décisions revêtant un caractère politique prépondérant.

Un catalogue non exhaustif figure dans la loi: décisions relatives à l'approbation d'actes législatifs et de tarifs, décisions relatives à des plans (sauf plans d'affectation ou décisions sur opposition à des expropriations, des remembrements ou remaniements), décisions concernant un sursis ou la remise de contributions dans des cas présentant une importance particulière, notamment lorsque l'intérêt économique du canton est en jeu, décisions concernant la sûreté intérieure du canton, décisions créant des rapports de service ou octroyant des promotions dans la fonction publique, sauf en cas de discrimination en raison du sexe.

⁵⁸ Arrêt CJCA/GE du 30 juillet 2012 (ATA/451/2012), c. 5.

⁵⁹ Arrêt CJCA/GE du 30 juillet 2012 (ATA/450/2012).

Dans son rapport, la Commission de justice est convaincue que l'ensemble des exceptions mentionnées à l'article 162 CPA/JU revêtent un caractère politique prépondérant « sauf peut-être les nominations, mais c'est le seul moyen qui a été trouvé pour éviter que les nominations ne passent au tribunal. Il faut éviter que ces cas n'arrivent devant la justice administrative alors que l'on peut régler cela tout en restant dans l'administration cantonale »⁶⁰.

En doctrine, cette disposition est considérée comme non exhaustive, ce qui permettrait d'admettre quand même un recours devant le Juge administratif ou à la Chambre administrative pour des décisions figurant dans la liste, mais ne revêtant pas de caractère politique prépondérant⁶¹. En analysant cette disposition, PIERRE BROGLIN reconnaît le caractère politique prépondérant aux plans directeurs des communes et du canton, aux décisions fiscales en matière d'allègement et de privilèges fiscaux, à la nomination de chefs de service ou de hauts fonctionnaires, mais non de fonctionnaires subalternes⁶².

⁶⁰ Journal des débats du Parlement de la République et Canton du Jura, No 9-2009, séance du mercredi 27 mai 2009, p. 414.

⁶¹ Cf. BROGLIN PIERRE (2009), « Questions choisies en procédure administrative: effet suspensif, mesures provisionnelles, élargissement de l'accès au juge et fêtes », *RJJ* 2009, p. 1 ss, spéc. p. 12 et 13.

⁶² L'auteur ajoute: « Ce qui a dès lors changé, c'est que désormais peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif les décisions sur le résultat d'examens, d'avocat ou de notaire par exemple, et les décisions concernant l'octroi ou le refus d'autorisation de construire ou de mettre en service des installations techniques ou des véhicules ou encore, dans le domaine de l'éducation, des décisions relatives à l'admission à l'école et à sa fréquentation. Peuvent également faire l'objet d'un recours de droit administratif les mesures d'exécution. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification du CPA JU, le 1^{er} septembre 2009, seuls les litiges relatifs à l'obligation de payer les frais et au montant de ceux-ci pouvaient être portés devant les instances ordinaires de la juridiction administrative. Compte tenu de ces importants changements, l'art. 160 CPA JU mentionne désormais le gouvernement dans la liste des autorités dont les décisions peuvent être portées devant la Chambre administrative, alors qu'avant ce n'était qu'à titre exceptionnel que les décisions du gouvernement pouvaient faire l'objet d'un recours devant cette instance. Il en allait de même des décisions prises au sujet des rapports de service du personnel de l'Etat, de même que certaines décisions dans les cas prévus par la loi, par exemple en matière de marchés publics (art. 161 let. a CPA JU) » (BROGLIN [n. 61] p. 13). Cf. aussi BROGLIN PIERRE (2009), *Manuel de procédure administrative jurassienne*, Courrendlin, n° 271.

La jurisprudence du Tribunal cantonal du Jura a exclu le caractère politique prépondérant et dès lors admis la recevabilité du recours d'une entreprise contre la décision du gouvernement cantonal révoquant le privilège fiscal octroyé à la société bénéficiaire qui avait transféré son siège hors du canton du Jura au cours de la période d'exonération⁶³.

Le recours a également été déclaré recevable contre une décision du Gouvernement cantonal refusant d'entrer en matière sur une demande de reconsidération d'une décision de subventionnement pour la construction de bâtiments ruraux, car il s'agissait d'une subvention à laquelle le bénéficiaire avait le droit s'il remplissait les conditions d'octroi de l'aide financière prévue par la législation; il ne s'agissait donc plus d'une exception de l'article 162 CPA/JU⁶⁴.

D. Neuchâtel

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1980 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979⁶⁵, le canton de Neuchâtel applique un système généralisé d'accès au juge pour les causes relevant du droit public: depuis la création du Tribunal administratif, l'ensemble des litiges en matière de droit public – sous réserve de quelques exceptions – peuvent faire l'objet d'un examen par cette instance judiciaire, que ce soit par la voie d'un recours ou celle d'une saisine directe (action de droit administratif).

Dans son rapport au Grand Conseil à l'appui du projet de loi portant adaptation de la législation cantonale à la LTF (garantie de l'accès au juge) du 24 septembre 2008⁶⁶, le Conseil d'Etat a considéré que la législation neuchâteloise répondait très largement aux exigences posées par l'article 29a Cst. et la LTF en matière de droit public. Le Conseil d'Etat a par la suite présenté au Grand Conseil, en complément des adaptations cantonales déjà effectuées, un projet de loi adaptant la législation

⁶³ Arrêt TC/JU ADM 128/2009 du 21 octobre 2010.

⁶⁴ Arrêt TC/JU ADM 156/2010 du 10 novembre 2011.

⁶⁵ LPJA/NE – RS/NE 152.130.

⁶⁶ Rapport « Garantie de l'accès au juge en droit public », réf. 08.043, disponible sur: www.ne.ch/neat/documents/Autorites/gc_1414/ODJ_1702/GC_2008_11_files/08043.pdf.

cantonale à la réforme de la justice fédérale, adopté le 2 novembre 2010 : à compter du 1^{er} janvier 2011, l'article 28 LPJA/NE stipule que les décisions du Conseil d'Etat ne peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une instance cantonale que dans les cas prévus par la loi.

Parallèlement, une voie de recours contre certaines décisions du Conseil d'Etat a été introduite dans divers actes législatifs, dont la loi de santé du 6 février 1995⁶⁷. Celle-ci prévoit notamment que les seules décisions du Conseil d'Etat pouvant faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal sont celles prises en application de l'article 109, alinéa 2, LS/NE, soit la remise à titre gracieux ou onéreux des médicaments (art. 124*b*, al. 1, LS/NE).

Dans sa jurisprudence, la Cour de droit public du Tribunal cantonal a eu l'occasion d'admettre la recevabilité d'un recours de l'Hôpital de la Providence, fondation de droit privé, contre le refus de la reconnaissance d'utilité publique au sens des articles 84 ss LS/NE compte tenu des critères de reconnaissance (intégration dans la planification et absence de but lucratif) et dans la mesure où cette reconnaissance était une condition préalable à un possible soutien financier des pouvoirs publics, ce qui rendait les intérêts privés, en particulier financiers, des institutions prépondérants par rapport au caractère prétendument politique de la décision⁶⁸.

E. Valais

A teneur de l'article 74 LPJA/VS, le recours de droit administratif n'est pas recevable lorsque l'affaire relève de la compétence du Grand Conseil, de la Cour des assurances sociales ou lorsqu'il existe une autre voie de droit ordinaire.

Les articles 75 et 76 LPJA/VS posent des exceptions selon l'objet des décisions ou selon le domaine juridique : ainsi, le recours n'est pas recevable contre les décisions relatives à l'approbation d'un acte législatif, à l'exercice de la haute surveillance sur l'administration cantonale, contre l'octroi ou le refus de subventions, de crédits et garanties d'indemnités ou

⁶⁷ LS/NE – RS/NE 800.1.

⁶⁸ Cf. arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois CDP.2012.218 du 7 novembre 2012.

d'autres prestations pécuniaires de droit public auxquelles la législation ne confère pas un droit, contre les décisions de planification sanitaire, contre les nominations de promotion et transferts d'agents exerçant une fonction publique, contre les décisions concernant la sûreté intérieure du canton, contre les décisions du Grand Conseil en matière de ponts et de chaussées lorsqu'elles ont trait à la classification des routes, contre les décisions en matière d'impôts lorsqu'elles concernent l'indexation sur le plan communal, le principe d'adhérer à une convention sur la répartition intercommunale de l'impôt ou les modalités de répartition et le dépôt des comptes et du budget.

L'article 77*bis* LPJA/VS fait partie des modifications du 9 novembre 2006 et constitue l'exception aux exceptions: même s'il y a exception au sens des articles 75 et 76 LPJA/VS, le recours de droit administratif est néanmoins recevable lorsque le droit fédéral exige qu'un tribunal supérieur statue comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral. Il n'y a donc exclusion que lorsqu'il y a caractère politique prépondérant.

En matière de naturalisation ordinaire, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler aux autorités valaisannes, suite à un recours dirigé contre une décision du Grand Conseil refusant une naturalisation ordinaire, que l'absence de voie de droit n'était pas conforme aux articles 86, alinéa 2, LTF et 50 de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952⁶⁹. En pareil cas, l'article 86, alinéa 2, LTF était directement applicable, ce qui avait pour effet de fonder la compétence d'une autorité judiciaire cantonale et de rendre irrecevable un recours interjeté directement devant le Tribunal fédéral, faute d'épuisement des instances cantonales⁷⁰.

F. Vaud

Comme c'était déjà le cas dans l'aLJPA/VD, la LPA/VD prévoit que les décisions du Grand Conseil et du Conseil d'Etat, en première instance et sur recours, ne sont pas susceptibles de recours au Tribunal cantonal⁷¹.

⁶⁹ LN – RS 141.0.

⁷⁰ Arrêt TF 1D_9/2010 du 4 janvier 2011.

⁷¹ Art. 92, al. 2, LPA/VD.

L'article 92, alinéa 1, LPA/VD donne au Tribunal cantonal, spécifiquement à ses cours de droit public, la compétence générale pour connaître des recours contre les décisions et décisions sur recours rendues par les autorités administratives lorsqu'une loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître.

C'est une compétence générale et subsidiaire qui, vu le nombre plus limité de compétences spécifiques accordées à d'autres autorités, constitue la voie principale de recours auprès d'une autorité supérieure. Pour les autres instances de recours que le Tribunal cantonal, c'est la voie du recours administratif qui diffère un peu de celle du recours de droit administratif devant la CASSO et la CDAP.

Les modifications de la législation, adoptées dans le cadre de CODEX 2010⁷² n'ont maintenu la voie de recours au Conseil d'Etat que pour les décisions auxquelles l'article 86, alinéa 3, LTF était applicable, soit les décisions à caractère politique prépondérant. De même, en tant qu'autorité de première instance, le Conseil d'Etat ne devait plus rendre que des décisions présentant un caractère politique prépondérant et, dès lors, soustraites au contrôle judiciaire cantonal. Aux yeux du législateur, il n'y avait plus lieu de maintenir une clause identique à l'article 4, alinéa 3, aLJPA/VD qui réservait quand même la compétence du Tribunal cantonal pour statuer sur des décisions rendues par le Conseil d'Etat ou par une autre autorité administrative (décisions à caractère définitif) lorsque la voie de recours au Tribunal fédéral était ouverte en vertu de l'article 98 aOJ, aujourd'hui de l'article 86, alinéa 3, LTF. La clause d'exclusion n'est ainsi plus destinée à empêcher les recours contre les décisions des autorités gouvernementales et législatives, mais bien à indiquer que les décisions du Conseil d'Etat et du Grand Conseil, essentiellement en matière de grâce et de pétition, ont en principe un caractère politique prépondérant selon l'exception prévue à l'article 86, alinéa 3, LTF.

De façon pragmatique, dans son message, le Conseil d'Etat admet que si le Tribunal fédéral devait néanmoins juger qu'une décision rendue

⁷² Exposé des motifs et projets de lois de janvier 2008 relatif à la réforme de la juridiction administrative et de la juridiction des assurances sociales – CODEX 2010 volet « droit public » disponible sur: www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/Seance_du_6_mai_2008/53_Texte_adopté_par_CE.pdf.

par l'une de ces autorités ne revêtait pas un tel caractère politique, le recours au Tribunal cantonal serait alors ouvert par la force du droit fédéral impératif⁷³. Il faut souligner que le canton de Vaud dispose d'une Cour constitutionnelle qui peut être saisie d'un recours abstrait contre les actes normatifs, ainsi qu'en matière de droits politiques; elle statue en outre sur les conflits de compétences.

IV. Les recours contre les décisions incidentes

A. Principes

Le remplacement de l'aOJ par la LTF a été accompagné de nombreuses modifications souvent symétriques de la PA. Tout particulièrement, les types de décisions (art. 90 ss LTF) et le régime du recours contre les décisions préjudicielles et incidentes ont été unifiés.

A teneur des articles 92 LTF et 46 PA, les décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément et portant sur la compétence ou une demande de récusation peuvent et doivent faire l'objet d'un recours immédiat, car elles ne pourront plus être attaquées ultérieurement. Ces objets doivent être traités *in limine litis*.

Les articles 93 LTF et 46 PA autorisent le recours immédiat contre les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

Mis à part le cas de l'entraide pénale internationale, qui exclut le recours contre les décisions préjudicielles et incidentes sauf en matière de détention extraditionnelle ou de saisie d'objets de valeur⁷⁴, les autres décisions préjudicielles et incidentes peuvent être attaquées ultérieurement par un recours dirigé contre la décision finale dans la mesure seulement où elles influent sur le contenu de celle-ci⁷⁵.

L'objectif de ces différentes conditions successives et de cette cascade de dispositions est d'éviter que le Tribunal fédéral ne puisse être saisi plus

⁷³ Exposé des motifs et projet de loi de mai 2008 (n. 34), p. 45 et 46.

⁷⁴ Art. 93, al. 2, LTF.

⁷⁵ Art. 93, al. 3, LTF et 46, al. 2, PA.

d'une fois dans la même affaire⁷⁶. Pour éviter que la procédure cantonale empêche un recours contre une décision préjudicielle et incidente, alors qu'il serait ouvert immédiatement au Tribunal fédéral, le droit cantonal doit évidemment respecter ces possibilités de recours immédiat au moins dans les mêmes conditions qu'aux articles 92 et 93 LTF⁷⁷.

Le premier cas, à savoir celui du préjudice irréparable, n'est pas nouveau puisqu'il figurait déjà l'article 87, alinéa 2, aOJ. Ce préjudice devait être d'ordre juridique, et non pas seulement le pur inconvénient de devoir suivre une procédure susceptible d'être prolongée ou rendue plus coûteuse en raison de la décision préjudicielle ou incidente contestée. Il faut vraiment que le préjudice soit irréparable, c'est-à-dire qu'une décision finale favorable au recourant ne le ferait pas disparaître⁷⁸. Un préjudice économique n'est en principe pas irréparable. En revanche, la démolition d'un bâtiment contestée pour des raisons de protection du patrimoine constitue à l'évidence un préjudice irréparable, car il sera difficile de reconstruire ce bâtiment une fois la démolition faite.

Est en revanche plus novatrice pour les publicistes l'autre possibilité qui tient à l'économie de la procédure: cette condition suppose non seulement que l'admission du recours par le Tribunal fédéral puisse conduire immédiatement à une décision finale, mais surtout que le recours immédiat évite une procédure probatoire longue et coûteuse.

La première condition n'est remplie que si le Tribunal fédéral lui-même peut mettre fin à la procédure tout de suite, simplement en statuant sur le recours et dans la mesure où il parvient à une solution inverse à celle retenue par l'autorité précédente⁷⁹. Il convient donc que le Tribunal fédéral n'ait pas à procéder à des mesures probatoires ou à renvoyer la cause à une autorité précédente pour nouvelle décision⁸⁰. Parmi les exemples donnés par le Commentaire de la LTF, il y a l'admission de

⁷⁶ Cf. CORBOZ BERNARD (2009) n° 6 *ad* art. 93 LTF, *in*: *Commentaire de la LTF* (n. 39).

⁷⁷ Cf. LUGON/POLTIER/TANQUEREL (n. 10) p. 129.

⁷⁸ Cf. notamment ATF 134/2008 I 83, *Labo Cosprophar AG* et autres références citées par CORBOZ (n. 76) n°s 16 et 17 *ad* art. 93 LTF.

⁷⁹ Cf. ATF 133/2007 III 629, *X. et Y.*, et CORBOZ (n. 76) n°s 20 et 21 *ad* art. 93 LTF.

⁸⁰ ATF 127/2001 III 433, *G.L.*

la responsabilité quant à son principe⁸¹, le rejet du moyen tiré de la réticence au sens de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908⁸²⁻⁸³, le rejet du moyen tiré de la prescription⁸⁴ ou l'annulation d'une décision d'irrecevabilité rendue en première instance⁸⁵. En revanche, n'a pas été jugé de nature à mettre fin immédiatement à la procédure un jugement portant exclusivement sur la qualification d'un contrat parce qu'un jugement inverse ne permettrait pas de mettre fin à la procédure⁸⁶.

Quant au second critère, il faut apprécier l'ampleur prévisible de la procédure probatoire – et uniquement celle-ci – et déterminer si le principe de l'économie de la procédure justifie de s'écarter de la règle générale selon laquelle une cause ne peut être soumise au Tribunal fédéral qu'une seule fois⁸⁷. Il convient de se référer notamment à la jurisprudence relative à l'article 50, alinéa 1, aOJ dont est tirée cette autre possibilité de recourir contre un jugement préjudiciel et incident. C'est cependant une nouveauté en matière de droit public.

Comment les cantons ont-ils repris cette exigence dans leurs lois de procédure administrative ?

B. Modifications des procédures cantonales

A Fribourg, l'article 120 CPJA/FR prévoit que les décisions incidentes sont susceptibles d'un recours séparé lorsqu'elles concernent la compétence, la récusation, la langue de la procédure, l'effet suspensif et l'assistance judiciaire gratuite. Les conditions sont donc plus larges que les exigences de l'article 92 LTF.

Elles reprennent ce qui avait été prévu précédemment par la jurisprudence, sous l'empire de l'aOJ. Il n'y a pas non plus d'exigence que la décision incidente soit notifiée séparément: cela paraît cependant évident, car on voit mal la possibilité de recourir immédiatement si, dès l'abord,

⁸¹ ATF 116/1990 II 480, *Schweizerische Eidgenossenschaft*.

⁸² LCA – RS 221.229.1.

⁸³ ATF 111/1985 II 388, *La Genevoise Compagnie générale d'assurances*.

⁸⁴ ATF 97/1971 II 136, *Wirz*.

⁸⁵ ATF 123/1997 III 414, *Gesellschaften A., B. und C.*

⁸⁶ ATF 110/1984 II 90, *A.*

⁸⁷ Cf. CORBOZ (n. 76) n° 33 *ad art.* 93 LTF.

la décision incidente concernant un des aspects évoqués à cet alinéa 1 de l'article 120 CPJA/FR fait directement partie de la décision au fond qui est notifiée. A ce moment-là, il y aura un recours en mettant en cause ces aspects en plus des autres de la décision contestée.

L'article 120, alinéa 2, CPJA/FR reprend précisément les conditions de l'article 93, alinéa 1, LTF: dans les autres cas, les décisions incidentes ne sont susceptibles d'un recours séparé que si elles sont de nature à causer un préjudice irréparable à une partie ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

Dans sa jurisprudence, la deuxième Cour administrative du Tribunal cantonal a mis en évidence que la notion de préjudice irréparable de l'article 120, alinéa 2, CPJA/FR était la même que celle figurant à l'article 45 PA, de sorte que la jurisprudence développée à ce propos pouvait être appliqué par analogie en droit cantonal⁸⁸.

⁸⁸ Cf. arrêt de la deuxième Cour administrative 602 2011-97 du 18 avril 2012: « il est admis qu'en procédure administrative, la condition du préjudice irréparable est déjà remplie lorsque le recourant peut faire valoir un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification immédiate de la décision incidente qu'il conteste (F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne, 1983, p. 142). Cet intérêt peut être juridique ou de fait et englobe ainsi aussi les intérêts économiques des parties, pour autant que le recours vise à empêcher autre chose qu'une simple prolongation de la procédure ou son renchérissement (ATF 136 II 30 et autres références citées). Si l'on peut exiger que le désavantage que doit subir le recours présente un certain poids, il n'est pas nécessaire cependant que le préjudice soit d'une importance existentielle (en droit zurichois BEZ 1998 no 33). Encore faut-il que le dommage encouru soit établi ou rendu vraisemblable, une simple éventualité ne suffisant pas (R. Schaer, Juridiction administrative neuchâteloise, Neuchâtel, 1995, p. 121). En droit de la construction, un tel intérêt a été retenu dans le cas d'un recours formé contre une décision qui ne portait pas sur l'octroi du permis de construire, mais sur celui d'un permis – préalable – d'implantation dans la mesure où celui-ci mettait fin à une étape bien délimitée de la procédure de permis de construire (ATF 135 II 30 consid. 1.3.5) ». Dans cette affaire, le Préfet du district de la Veveyse avait suspendu la procédure de permis de construire et invité le constructeur à déposer une demande de dérogation au sens de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions du 2 décembre 2008 (LAtEc/FR – RS/FR 710.1), ce qui ne mettait en rien fin à une étape délimitée de la procédure de permis de construire, mais qui constituait tout au plus une étape formelle courante et faisant partie intégrante de cette procédure menée devant une seule et même autorité sans qu'il y ait de préjudice irréparable pour le constructeur.

A Genève, l'article 57 LPA/GE prévoit que sont susceptibles d'un recours les décisions finales, les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence et celle incidentes, si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. Il s'agit d'une modification résultant de la loi des 18 et 19 septembre 2008 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire.

Le cas du préjudice irréparable était déjà connu auparavant; a été ajouté le critère de l'économie de procédure. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer que la notion de préjudice irréparable avait la même teneur que l'article 93, alinéa 1, lettre a, LTF et que la deuxième catégorie, calquée sur l'article 93, alinéa 1, lettre b, LTF, avait été adoptée pour des motifs d'économie de procédure.

Dans cette deuxième catégorie, la première des deux conditions cumulatives requises est réalisée si la juridiction amenée à statuer peut mettre fin une fois pour toutes à la procédure en jugeant différemment la question tranchée dans la décision incidente; la deuxième condition est d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse⁸⁹. Dans une autre affaire, tout en soulignant que les critères de l'article 57, lettre c *in fine*, LPA/GE devaient être interprétés de la même façon que ceux de l'article 93, alinéa 1, lettre b, LTF, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable un recours dirigé contre une décision d'ouverture d'une enquête administrative contre un employé communal. La décision d'ouverture d'une telle enquête, comme une inculpation pénale, ne marquait pas l'adoption d'une mesure ou d'une sanction à l'égard du fonctionnaire, mais représentait l'étape initiale d'une procédure au cours de laquelle

⁸⁹ Cf. arrêt CJCA/GE du 16 octobre 2012 (ATA/693/2012). Dans cette affaire, le jugement incident du TAPI avait déclaré recevable un recours dirigé par deux locataires contre la vente de l'appartement par la société propriétaire. Dans la mesure où avait par ailleurs été joint à cette procédure de recours le recours déposé par l'Association genevoise de défense des locataires (ASLOCA), la Chambre administrative de la Cour de justice a considéré que les conditions de l'économie de procédure n'étaient pas remplies, dans la mesure où l'admission du recours contestant la recevabilité du recours des locataires n'était pas de nature à mettre un terme à la procédure qui devait de toute façon se poursuivre concernant l'ASLOCA, et ne permettait pas non plus à la recourante d'éviter une procédure longue et coûteuse.

l'intéressé disposait de la faculté de faire connaître son point de vue, de faire valoir les moyens probatoires qu'il jugeait pertinents, dans le respect plus général du droit d'être entendu. Il était erroné de considérer que, s'il obtenait gain de cause, le recourant pourrait réintégrer immédiatement ses fonctions sans subir une enquête administrative car, poussé à l'extrême, son interprétation de la loi équivaldrait à rendre impossible toute espèce d'enquête à l'égard d'un agent public sur la seule base de la position affichée par l'intéressé, indépendamment de l'intérêt public lié à l'établissement de la vérité et au fonctionnement efficace du service public⁹⁰.

Dans la République et Canton du **Jura**, l'article 119 CPA/JU a aussi été modifié en suivant très précisément le contour des dispositions fédérales: les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence et sur la récusation peuvent faire l'objet d'un recours, mais ne peuvent plus être attaquées ultérieurement; les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent créer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

L'alinéa 4 de cette disposition reprend au surplus une énumération de décisions incidentes susceptibles de faire l'objet d'un recours: mesures provisionnelles (en particulier refus ou retrait de l'effet suspensif), suspension de la procédure, refus de l'appel en cause, jonction et disjonction des causes, décisions relatives à l'assistance judiciaire, établissement des faits et droit des parties d'être entendues. L'article 93, alinéa 3, LTF est repris à l'article 119, alinéa 5, CPA/JU.

En revanche, à **Neuchâtel**, l'article 27 LPJA/NE, même modifié en 1999 et 2006, se limite à prévoir un recours contre les décisions incidentes si elles sont de nature à causer un grave préjudice.

Dans un arrêt du 10 avril 2012, la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois a statué sur un recours concernant la suspension

⁹⁰ Cf. ATA/GE du 23 juin 2009 (ATA/305/2009).

de l'activité avec maintien du traitement d'un employé engagé par un département cantonal par contrat de droit public. Contre les mesures provisoires ne préjugant pas du sort d'une éventuelle procédure de renvoi pour justes motifs, un recours immédiat a été déclaré irrecevable. La Cour cantonale a souligné que la notion de préjudice irréparable devait être interprétée restrictivement car la voie du recours séparé contre les décisions incidentes devait avoir un caractère exceptionnel. Il appartenait au recourant d'alléguer et d'établir un tel dommage, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute⁹¹.

Dans une autre affaire concernant une décision de renvoi prise par le Tribunal cantonal annulant une décision de l'Office de l'assurance-invalidité qui avait rejeté une demande de prestation, le Tribunal fédéral n'a pas eu à examiner si le droit neuchâtelois était ou non conforme au droit fédéral, s'étant contenté d'appliquer ses propres critères, figurant à l'article 93 LTF, pour décider si un recours immédiat était possible. Le recours contre le jugement incident du Tribunal cantonal a été déclaré irrecevable, car le seul fait de devoir attendre que l'Office de l'assurance-invalidité de Neuchâtel se prononce sur la réduction du revenu d'invalidité ne pouvait pas être considéré comme une mesure d'instruction susceptible d'entraîner une prolongation de la procédure de plusieurs années ou des coûts importants permettant une exception aux principes jurisprudentiels limitant les recours incidents⁹². Il est cependant évident que le principe d'unité de procédure valant aussi pour ces types de recours incidents, afin d'éviter un blocage de l'accès au Tribunal fédéral, doit amener les autorités neuchâteloises, par une modification légale, à admettre cet autre cas de recours contre les jugements incidents.

Le Canton du Valais est-il meilleur élève à cet égard? A l'instar du droit neuchâtelois, l'article 41 LPJA/VS n'a pas été modifié: sont susceptibles de recours les décisions préjudicielles ou incidentes pouvant causer un préjudice irréparable.

La Cour de droit public du Tribunal cantonal a rappelé que la LPJA/VS subordonnait le recours distinct contre une décision incidente à la vrai-

⁹¹ Cf. arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal CDP.2012.61 du 10 avril 2012.

⁹² Arrêt TF 9C_919/2012 du 22 novembre 2012.

semblance d'un préjudice irréparable. Tel a été le cas d'une décision de mesures provisionnelles admettant provisoirement l'exploitation d'un aménagement hydroélectrique sur le Rhône dans la mesure où une telle installation pouvait porter atteinte durant cette période à l'écoulement naturel des eaux⁹³. On peut donc faire en Valais les mêmes critiques que celles concernant le canton de Neuchâtel.

Dans le canton de **Vaud**, l'article 74, alinéa 3, LPA/VD prévoit le recours immédiat contre les décisions incidentes portant sur la compétence ou sur une demande de récusation, de même que les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles⁹⁴. A l'instar du droit fédéral, les autres décisions incidentes notifiées séparément sont susceptibles de recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable au recourant ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse⁹⁵.

La jurisprudence a notamment admis que le préjudice irréparable n'était pas nécessairement un préjudice d'ordre juridique (notion appliquée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence vu l'objectif de restreindre les possibilités de saisir la Cour suprême avant la fin du procès au niveau cantonal), mais pouvait être interprété dans le sens qu'un préjudice de fait était suffisant: en d'autres termes, si le recourant pouvait établir l'existence d'un intérêt digne de protection à obtenir une décision immédiate de l'autorité de recours, cette condition était satisfaite. Une telle définition du préjudice irréparable correspond à celle applicable en procédure administrative fédérale. Ainsi, une décision refusant à la recourante la communication directe de pièces de son dossier est

⁹³ RDAF 2011 I 90 (TC/VS, 27.08.2010).

⁹⁴ On souligne qu'un recours incident auprès de la Cour des assurances sociales ou de droit public a été expressément introduit par le Grand Conseil concernant les décisions du juge instructeur sur mesures provisionnelles ou relatives à l'effet suspensif suite aux jurisprudences de la CASSO et de la CDAP contestant le principe d'un tel recours interne, Cf. BOVAY BENOÎT, BLANCHARD THIBAUT, GRISEL RAPIN CLÉMENTINE (2012), *Procédure administrative vaudoise*, Bâle, ch. 3.3 *ad art.* 74 LPA/VD et ch. 5 *ad art.* 94 LPA/VD.

⁹⁵ Art. 74, al. 4, LPA/VD.

susceptible de l'entraver dans une certaine mesure dans l'exercice de ses droits au stade de l'objection au préavis de l'Office de l'assurance invalidité et donc de lui causer un préjudice irréparable rendant recevable le recours contre la décision incidente⁹⁶.

V. Conclusion

Force est de considérer qu'à quelques exceptions près les cantons se sont bien alignés sur les exigences de la LTF tant concernant l'exception à l'exigence d'une autorité judiciaire précédant le Tribunal fédéral pour les cas de décisions à caractère politique prépondérant – avec plus ou moins de détails sur ce qu'il faut inclure dans une telle catégorie – ou la nécessité d'ouvrir plus largement le recours contre les décisions incidentes à deux exceptions cantonales près. Il y a cependant peu de jurisprudence publiée.

On voit mal l'intérêt qu'auraient les cantons à barrer le passage au Tribunal fédéral en matière de décision incidente ou devant une autorité judiciaire, sauf à essayer un revers rapide devant le Tribunal fédéral soucieux d'assurer une voie de recours judiciaire aussi large que possible dans les cantons pour le décharger par la suite d'un trop grand nombre de recours.

⁹⁶ Cf. Arrêt CASSO/VD AI 530/09-368/2009 du 9 novembre 2009.

Les actes attaquables

CHRISTIAN BOVET

Professeur à l'Université de Genève

ANGELA CARVALHO

Assistante-doctorante à l'Université de Genève

I. Introduction

Affirmer que le contentieux a pour objet les actes attaquables relève de la tautologie. Le rappeler d'entrée de cause n'est cependant pas inutile dans la mesure où la vie administrative est constituée de nombreux actes dont une bonne partie n'est pas attaquable. Les autorités et les praticiens sont souvent confrontés à des questions délicates dans ce domaine. Dès lors, même si ces acteurs du droit administratif ont une connaissance approfondie de la matière, ils devraient trouver dans cette modeste contribution quelques éléments dogmatiques qui les assisteront dans leur travail quotidien: revenir aux fondements du droit permet parfois de résoudre un problème qui paraissait particulièrement complexe. Les expériences faites dans différents secteurs du droit administratif sont également une source d'inspiration; un vaste tour d'horizon ouvre par nature de nouvelles voies de réflexion.

Le fait que l'on soit en présence d'un acte (en soi) attaquable ne signifie pas nécessairement que les parties pourront recourir contre lui ou autrement s'en plaindre sur le plan procédural¹. Le législateur peut, par exemple, avoir choisi de l'exclure du contentieux administratif² ou d'en

1 Sur la réclamation, voir la contribution de VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN dans cet ouvrage.

2 A titre d'illustration, voir arrêt TF 1A.157/2005 et 1A.189/2005 du 6 octobre 2005, c. 3, excluant le recours au Tribunal fédéral dans le cadre de la loi fédérale sur l'application de sanctions internationales du 22 mars 2002 (Loi sur les embargos, LEmb – RS 946.231). Le recours au département compétent, puis au Conseil fédéral, est en revanche ouvert (*id.*, c. 4).

différer la contestation à un stade ultérieur de la procédure³. De même, un recours peut être irrecevable pour d'autres motifs, tels que le défaut d'intérêt du recourant⁴. Si l'acte attaqué est certes un élément essentiel du contentieux administratif, il n'en doit pas moins être considéré comme l'une de ses composantes et être placé dans l'ensemble plus large de cette branche du droit.

II. Actes

En raison de leur nombre et de leur caractère concret, les décisions forment statistiquement l'essentiel du contentieux administratif (A). On ne saurait cependant ignorer que les droits et les obligations des citoyens peuvent aussi être affectés par des actes normatifs (B) et des actes relatifs aux droits politiques (C). La présentation de ces trois catégories d'actes tient de l'inventaire à la PRÉVERT⁵: si elle n'en a malheureusement pas la poésie, elle tend à tout le moins, par sa systématisation, à offrir au lecteur un peu de temps pour qu'il puisse se consacrer à des activités plus (ré)créatives⁶.

A. Décisions

1. Définition

Les lois de procédure administrative définissent généralement ce qu'il faut entendre par le terme « décision ». Ainsi, à teneur de l'article 5, alinéa 1, de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968⁷:

³ Dans le cadre de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (EIMP – RS 351.1), une décision incidente antérieure à la décision de clôture ne peut faire l'objet d'un recours séparé que si elle cause un dommage immédiat et irréparable (art. 80e, al. 2, EIMP). Voir ég. ATF 138/2012 IV 40, 44, *Oberzolldirektion und Bundesamt für Justiz*, c. 2.3.1.

⁴ Le Tribunal fédéral rejette systématiquement le recours interjeté par un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers. Seul un recours formé dans son intérêt personnel est admis. Voir ATF 133/2007 V 239, 243, *Société M.*, c. 6.3.

⁵ JACQUES PRÉVERT, « Inventaire », *Paroles*, Paris 1996.

⁶ A l'image du « juge d'instruction en vacances assis sur un pliant » ou du « petit garçon qui entre à l'école en pleurant [et] qui sort de l'école en riant » (*id.*).

⁷ PA – RS 172.021.

« Sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet :

- a. de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ;
- b. de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations ;
- c. de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations ».

Le droit cantonal apporte des compléments, nuances et précisions. Par exemple, la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985⁸ ajoute que ces mesures sont « individuelles et concrètes »⁹ – ce qui peut paraître en partie superfétatoire, puisque celles-ci interviennent dans des « cas d'espèce »¹⁰. Par contre, elle étend de manière évidemment pertinente son champ d'application au droit public cantonal et communal¹¹.

La jurisprudence a elle-même développé cette notion. Dans un arrêt récent, après avoir cité le texte de l'article 5, alinéa 1, PA, le Tribunal fédéral rappelle que :

*« Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind »*¹².

On peut ainsi retenir de ces différentes définitions cinq éléments principaux :

⁸ LPA/GE – RS/GE E 5 10.

⁹ Art. 4, al. 1, LPA/GE. Voir ég. l'art. 4, al. 1, du code de procédure et de juridiction administrative fribourgeois du 23 mai 1991 (CPJA/FR – RS/FR 150.1), l'art. 2, al. 1, de la loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle jurassienne du 30 novembre 1978 (CPA/JU – RS/JU 175.1), l'art. 49 de la loi sur la procédure et la juridiction administrative bernoise (LPJA/BE – RS/BE 155.21). La loi sur la procédure administrative zurichoise ne dispose pas de définition légale de la décision ; la notion est celle de l'art. 5 PA. Voir à ce sujet TOBIAS JAAG, MARKUS RÜSSLI, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, n° 410 et n° 2002a ; ALFRED KÖLZ, JÜRIG BOSSHART, MARTIN RÖHL, *Kommentar zum Verwaltungsrechtplegesetz des Kantons Zürich*, 2^e éd., Zurich 1999, n° 11 ad art. 4-31 VGR.

¹⁰ Élément important qui les distingue des décisions générales, voir *infra* section II, A, 3, a.

¹¹ Art. 4, al. 1, LPA/GE.

¹² ATF 135/2008 II 38, *Carbura c. BWL.*, c. 4.3.

- Il doit s’agir d’une *mesure*, c’est-à-dire d’une intervention active de l’autorité, comme une injonction, une interdiction, une inscription dans un registre officiel¹³, mais aussi la constatation d’une situation juridique ou un acte de procédure.
- Le prononcé de la mesure doit avoir été fait par une autorité administrative, ce qui lui confère son caractère *unilatéral*. Cette caractéristique distingue la mesure du contrat (privé ou public) qui suppose une manifestation de volonté réciproque et concordante des parties (*bilatéral*).
- La mesure est prise dans un cas *concret*, ou en d’autres termes, elle régit une situation déterminée ou déterminable.
- Elle doit affecter directement les *droits et/ou les obligations* des administrés. L’objet de la mesure peut porter sur la création (let. a), la constatation (let. b) ou bien encore le rejet de ces derniers au sens de l’article 5, alinéa 1, PA. Sur le plan procédural, elle peut également déterminer à quel moment elle devient exécutoire ou encore, fixer des droits et obligations pendant le déroulement de la procédure administrative sans y mettre fin¹⁴.
- Enfin, la mesure lie de manière *obligatoire* les parties, soit les administrés visés par la décision tout comme l’autorité qui la rend. En effet, en cas de recours, le pouvoir de traiter l’affaire passe à l’autorité de recours; l’autorité de base s’en trouve ainsi dessaisie¹⁵.

Deux exemples tirés du droit suisse de la concurrence permettent, à la fois, d’illustrer ces propos et de montrer les difficultés que l’on peut rencontrer lorsqu’il s’agit de qualifier certains actes administratifs. Chacun s’accorde aujourd’hui à reconnaître que l’*ouverture d’une enquête préalable*¹⁶ ou d’une enquête (approfondie)¹⁷ par le Secrétariat de la

13 Par exemple: à teneur de l’art. 5, al. 3, de l’ordonnance fédérale sur l’assainissement des sites pollués du 26 août 1998 (OSites – RS 814.680), « [l’autorité compétente] inscrit au cadastre les sites dont la pollution est établie ou très probable ».

14 Art. 5, al. 2, PA.

15 Art. 67 LPA/GE. A noter que, à Genève, l’effet dévolutif n’est pas complet: l’autorité de base peut modifier ou retirer sa demande jusqu’à ce que l’autorité de recours tranche.

16 Art. 26, al. 1, de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart – RS 251).

17 Art. 27, al. 1, LCart.

Commission de la concurrence (Comco)¹⁸ ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA¹⁹. En effet, la loi sur les cartels octroie à l'autorité, dans ces cas, une très grande liberté d'appréciation²⁰. En outre et surtout, il n'existe aucun droit à l'ouverture d'enquêtes en droit de la concurrence, « la procédure administrative en matière de cartels ne protégeant pas en première ligne les intérêts privés de particuliers, mais au contraire l'intérêt public à une concurrence efficace »²¹. Enfin, sous réserve de mesures provisionnelles, cette démarche n'empêche pas les entreprises de poursuivre les activités visées par l'enquête; toutefois, si celles-ci devaient, au terme de l'enquête, être considérées comme un accord illicite ou un abus de position dominante, les parties pourraient s'exposer aux sanctions de l'article 49a LCart.

Le Tribunal fédéral a en revanche laissé ouverte la question de savoir si la détermination de la Comco, au terme d'une procédure d'examen approfondi, de permettre une *concentration d'entreprises*, sans charge ni condition, constituait une décision²². L'hypothèse est tout à fait intéressante sur le plan académique, dans la mesure où le Parlement fédéral a institué dans ce cadre un régime d'opposition plutôt que d'autorisation comme prévu dans le projet du Conseil fédéral; la volonté du législateur de « réduire la bureaucratie à son minimum »²³ plaide donc en faveur du rejet de la thèse de la décision. Il faut cependant aussi reconnaître que

18 D'entente avec un membre de la présidence de la commission.

19 PATRICK DUCREY, BENOÎT CARRON, n° 13 *ad art.* 26 LCart et n° 21 *ad art.* 27 LCart, in: MARTENET/BOVET/TERCIER (éd.), *Commentaire romand du droit de la concurrence (CR Concurrence)*, 2^e éd., Bâle 2013. Voir ég. JÜRIG BORER, *Wettbewerbsrecht: Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2011, n° 5 *ad art.* 26 LCart et n° 7 *ad art.* 27 LCart.

20 DUCREY/CARRON (n. 19) n° 11 *ad art.* 26 LCart et n° 14 *ad art.* 27 LCart. Voir ég. BEAT ZIRLICK, CHRISTOPH TAGMANN, n° 66 *ad art.* 26 LCart, in: AMSTUTZ/REINERT (éd.), *Kartellgesetz (Basler Kommentar)*, Fribourg/Zurich 2009.

21 DUCREY/CARRON (n. 19) n° 11 *ad art.* 26 LCart, citant les ATF 130/2004 II 521, *Cornèr Banca SA*, c. 2.9, et 135/2008 II 60, *Crédit Suisse*, c. 3.1.2. Comme le rappellent par ailleurs ces auteurs (*id.*), l'enquête préalable visée par l'art. 26 LCart n'aboutit pas à une décision susceptible de recours; « il n'y a [donc] aucune raison de permettre le recours contre la « décision » d'ouverture de l'enquête préalable ».

22 ATF 131/2005 II 497, *Etablissement Ed. Cherix et Filanosa SA.*, c. 4.1.

23 *Id.*, c. 4.4, avec des références relatives à l'interprétation historique du système mis en place par la LCart.

même en cas de silence de l'autorité au terme du délai de quatre mois prévu à l'article 33, alinéa 3, LCart, il existe de bons arguments pour qualifier cette situation de décision :

« D'une part, il faut admettre avec une partie de la doctrine que, matériellement, ce silence ne se distingue guère d'une décision d'approbation ou, selon la formule du professeur Knapp, « d'une décision constatant la non-réalisation de la situation juridique visée à l'art. 10 al. 2 LCart » (avis de droit, p. 12). D'autre part, dans la mesure où, sous réserve de certaines exceptions (cf., en particulier, l'art. 43 al. 4 LCart), la procédure d'examen des concentrations d'entreprises suit les règles générales de la procédure administrative (en vertu de l'art. 39 PA), on ne devrait pas agréer trop facilement une dérogation à celles-ci; en principe, il serait souhaitable qu'une telle dérogation figure de manière expresse dans la loi sur les cartels »²⁴.

C'est le lieu de rappeler que, durant cette période, « [l]es effets de droit civil d'une concentration soumise à l'obligation de notifier sont suspendus »²⁵. Sous réserve d'une autorisation de réalisation provisoire, les parties devront donc attendre la détermination de la Comco – y compris par son silence – avant de pouvoir procéder aux opérations de concentration. Comme le souligne notre Haute Cour, la question est encore plus délicate lorsque la Comco donne son accord à la transaction avant l'échéance du délai de quatre mois et « après que les sociétés participantes ont proposé un nouveau projet intégrant les propositions de la Commission »²⁶. En dépit de cette véritable analyse de fond, le Tribunal fédéral a renoncé à se prononcer, les tiers – tels que les concurrents, les fournisseurs et les consommateurs – n'ayant, à teneur de ce même arrêt, pas qualité pour recourir dans ce type de procédure²⁷.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Art. 34 LCart.

²⁶ ATF 131/2005 II 497, 507, *Etablissement Ed. Cherix et Filanosa SA*, c. 4.4. CHRISTIAN BOVET, BENOÎT MERKT, n° 38 *ad* art. 33 LCart, in: *CR Concurrence* (n. 19).

²⁷ Interprétation restrictive de l'art. 43, al. 4, LCart. Voir ég. CHRISTIAN BOVET, « Les tiers devant les Commissions fédérales des banques, de la concurrence et de la communication », in: TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 145 ss, p. 157. Pour une critique détaillée, voir ANDRAS PALASTHY, « Contrôle des concentrations d'entreprises: le tiers face au « feu vert » du gardien de la concurrence », *Jusletter* du 16 août 2004.

2. *Délimitations*

Pour cerner encore mieux la notion de décision, il convient de la distinguer de quatre autres situations juridiques. Les règles gouvernant les activités de la Comco dans ce domaine illustrent bien ces délimitations.

a. Par rapport aux préavis

Les autorités peuvent parfois être amenées à donner leur avis sur des projets de loi voire sur les effets de règles légales en vigueur. Le législateur a voulu «institutionnaliser» et renforcer cette possibilité pour la Comco, qui est appelée à enquêter dans tous les secteurs économiques (autorité «généraliste»): parmi les nombreux instruments destinés à garantir et à promouvoir une véritable politique de la concurrence, la Comco dispose de la faculté d'émettre et de publier des préavis sur des projets d'actes normatifs fédéraux ou cantonaux, notamment en matière de droit économique et plus particulièrement lorsqu'ils «limitent ou influencent de quelque manière la concurrence»²⁸. Ces préavis ne remplissent pas les critères que nous avons présentés en relation avec les décisions et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un recours.

b. Par rapport aux expertises et autres conseils ou avis

La Comco peut établir des *expertises* sur l'application de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995²⁹ à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires³⁰; elle peut même être entendue dans la procédure devant le Tribunal fédéral³¹. Cette démarche intervient également en procédure civile, que ce soit de manière impérative, lorsque «la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause»³², ou facultativement, dans le cadre de l'article 47 LCart qui permet à la Comco d'élaborer des avis à l'intention d'autres autorités «sur des questions de principe

²⁸ Pour plus de détails, voir PIERRE TERCIER, VINCENT MARTENET, «art. 46 LCart», in: *CR Concurrence* (n. 19).

²⁹ LMI – RS 943.02.

³⁰ Voir VINCENT MARTENET, n° 9 *ad* art. 10 LMI, in: *CR Concurrence* (n. 19).

³¹ Art. 10, al. 2, LMI. Voir MARTENET (n. 30) n° 14.

³² Art. 15, al. 1, LCart. Voir JEAN-MARC REYMOND, «art. 15 LCart», in: *CR Concurrence* (n. 19).

touchant la concurrence »³³. Le compte-rendu de 1997 sur les relations entre les tribunaux civils et la Comco³⁴ rappelle opportunément que :

« 15. L'avis est adressé au tribunal. Comme il s'agit d'une forme d'expertise judiciaire, il devrait être soumis aux parties pour détermination.

16. Contre l'avis de la Commission, il n'y a pas de recours possible. Les parties conservent la faculté de remettre en cause selon les voies de la procédure civile la décision finalement prise par le juge civil de suivre ou de ne pas suivre l'avis de la Commission ».

Ce mécanisme légal d'expertise est fréquent en *droit de la régulation* : il a une portée générale en matière de surveillance des prix, l'autorité compétente devant, d'une part, mentionner l'avis du Surveillant des prix dans sa décision et, d'autre part, si elle s'en écarte, s'en expliquer³⁵. Il peut aussi être prévu spécifiquement par des réglementations sectorielles, par exemple l'article 11a, alinéa 2, de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997³⁶ selon lequel l'Office fédéral de la communication (OFCOM) consulte la Comco pour déterminer si un fournisseur occupe une position dominante sur un marché donné³⁷.

Les autorités, l'administration et les entreprises peuvent aussi parfois librement solliciter l'*avis* ou le *conseil* d'une autorité spécialisée, sans que cette requête ne se fonde sur un devoir prévu par la loi³⁸. Alors qu'en principe les destinataires de ces avis ou conseils sont libres de les

33 Art. 47, al. 1, LCart. Voir PIERRE TERCIER, VINCENT MARTENET, « art. 47 LCart », in: *CR Concurrence* (n. 19).

34 DPC 1997/4, p. 598.

35 Art. 15, al. 2^{ter}, de la loi fédérale concernant la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPR – RS 942.20). A titre d'illustration, voir la décision de la Commission fédérale de la communication (ComCom), du 10 mars 2010 (« *Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen [MLF]* »), en particulier p. 43 ss. Le recours contre cette décision au Tribunal administratif fédéral a fait l'objet d'un arrêt TAF A-2969/2010 du 28 février 2012. Voir ég. JACQUES BONVIN, OLIVIER SCHALLER, « art. 14 LSPr », in: *CR Concurrence* (n. 19). Pour plus de détails, voir LÉO SCHÜRMAN, « art. 14 LSPr », in: SCHÜRMAN/SCHLUEP (éd.), *KG + PüG: Kartellgesetz – Preisüberwachungsgesetz*, Zurich 1988, p. 864.

36 LTC – RS 784.10. Voir TERCIER/MARTENET (n. 28) n° 16.

37 Voir ég. art. 72 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunications (OST – RS 784.101.1), à teneur duquel : « Lorsque la Commission de la concurrence est consultée, elle prend position dans un délai de quatre semaines ».

38 En particulier, art. 23, al. 2, LCart.

suivre ou non, il arrive que la loi – bien qu’il ne s’agisse pas d’un acte attaquant – attache certaines conséquences juridiques à un comportement qui ne serait pas conforme aux indications données par l’autorité. Tel est le cas de l’article 49a, alinéa 3, lettre a, LCart³⁹ qui permet à une entreprise d’annoncer une restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets⁴⁰: en substance, si la Comco ouvre une enquête dans un délai de cinq mois et que l’entreprise met en œuvre la restriction à la concurrence, elle pourra faire l’objet d’une sanction prévue par l’article 49a, alinéa 1, LCart; si la Comco émet en revanche un avis positif ou ne réagit pas à cette annonce, aucune sanction ne pourra être prononcée, même si le comportement est considéré comme illicite en fin de compte⁴¹.

³⁹ Voir ég. art. 15 ss de l’Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence du 12 mars 2004 (OS LCart – RS 251.5).

⁴⁰ La Comco a élaboré un formulaire d’annonce disponible sur son site internet à l’adresse: www.weko.admin.ch/dienstleistungen/00106/index.html?lang=fr. Une révision de cette disposition est par ailleurs en cours, notamment afin d’améliorer la lisibilité de cette procédure et de raccourcir le délai de cinq mois à deux mois. Voir art. 49a, al. 5, du projet 2012 de révision de la LCart (FF 2012 3713; Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l’organisation de l’autorité de la concurrence, du 22 février 2012, FF 2012 3631). A ce propos, BEAT ZIRLICK, BENDICHT LÜTHI, FRANK STÜSSI, « Die Revision des Kartellgesetzes – ein Zwischenbericht », RDS 132/2013 I, p. 27, 47 ss; CHRISTIAN BOVET, « Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence: une introduction », in: HOCHREUTENER/STOFFEL/AMSTUTZ (éd.), *Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision / Pratique du droit de la concurrence: Abus de position dominante, procédure, révision*, Zurich/Bâle/Genève, 2013, p. 1 ss, 18. Il faut reconnaître que la situation n’est guère satisfaisante. Par exemple, pour des états de fait relativement proches portant sur le développement de réseaux de fibre optique (« fibre to the home » [FTTH]) en collaboration avec Swisscom, pas moins de trois types différents de procédures ont été suivis: (i) dans le cas des réseaux de Saint-Gall, Zurich, Berne, Lucerne et Bâle, celle d’une annonce conformément à l’art. 49a, al. 3, let. a, LCart (DPC 2012/2, p. 209, § 6, qui fait allusion par erreur à l’art. « 49 Abs. 3 Bst. a », qui n’existe pas); (ii) quant à Fribourg, les parties optèrent pour la notification d’un projet de concentration d’entreprises; cette qualification ayant été rejetée (DPC 2011/3, p. 423), le Secrétariat a demandé aux parties si elles souhaitaient que leur notification soit traitée comme une annonce selon l’art. 49a, al. 3, let. a, LCart... mais celles-ci n’ont jamais répondu (DPC 2012/2, p. 171, § 24); (iii) et à Lausanne, ce fut une demande de conseil selon l’art. 23, al. 2, LCart (DPC 2012/3, p. 721, § 1).

⁴¹ Notes explicatives relatives à l’ordonnance sur les sanctions LCart, p. 15, commentaire de l’art. 19, let. c, OS LCart. Texte disponible sur le site internet de la Comco à l’adresse: www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr.

c. Par rapport aux recommandations

L'article 8 LMI permet à la Comco d'adresser des recommandations de trois façons :

- à la Confédération, aux cantons et aux communes, des recommandations non seulement sur des actes législatifs envisagés⁴², mais aussi *existants*⁴³;
- à chacun de ces niveaux, elle peut effectuer des enquêtes sur des activités ou secteurs économiques particuliers et adresser des recommandations aux autorités concernées⁴⁴;
- en collaboration avec les cantons et les services fédéraux concernés, elle garantit et peut formuler des recommandations sur la bonne exécution des règles sur la reconnaissance de certificats de capacité selon l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes⁴⁵.

Malgré l'ampleur de ces démarches – également prévues, pour les deux premières et en termes plus généraux, par la LCart⁴⁶ –, aucune voie de droit n'est à juste titre ouverte contre ces recommandations.

d. Par rapport aux plans

La planification selon la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979⁴⁷ met en présence, successivement, deux types d'instruments :

⁴² Cpr art. 46, al. 2, LCart.

⁴³ « Recommandation du 5 juillet 2004 selon l'art. 8, al. 2, LMI en l'affaire marchés publics Genève concernant le Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RS/GE L 6 05.01) », in : DPC 2004/4 p. 1180 ss, ch. 4.

⁴⁴ Art. 8, al. 3, LMI. « Recommandations de la Comco du 17 mai 1999 à l'attention des collectivités publiques des cantons et communes concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure », in : DPC 1999/2 p. 267 ss, ch. 23.

⁴⁵ Art. 4, al. 3*bis*, et 8, al. 4, LMI. Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP – RS 0.142.112.681).

⁴⁶ Art. 45, al. 2, LCart, selon lequel la Comco « peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique ».

⁴⁷ LAT – RS 700.

- les *plans directeurs*, qui tendent à déterminer dans les grandes lignes le cours que doit suivre l'aménagement des territoires cantonaux⁴⁸. Ils définissent au moins: (i) « la façon de coordonner les activités qui ont des effets sur l'organisation du territoire, compte tenu du développement souhaité » et (ii) « l'ordre dans lequel il est envisagé d'exercer ces activités et les moyens à mettre en œuvre » ;
- les *plans d'affectation*, qui « règlent le mode d'utilisation du sol »⁴⁹. Ainsi, ils « délimitent en premier lieu les zones à bâtir, les zones agricoles et les zones à protéger »⁵⁰. Le droit cantonal peut prévoir d'autres zones d'affectation⁵¹, notamment à l'intérieur de la zone à bâtir (immeubles, villas, zone industrielle, etc.)⁵².

S'agissant du contentieux⁵³:

- Le Tribunal fédéral a reconnu en quelques mots⁵⁴ que les plans directeurs devaient être traités comme des *actes normatifs* cantonaux⁵⁵ et que la voie du recours en matière de droit public était ouverte,

48 Art. 6, al. 1, LAT. Pour plus de détails, THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011, n° 1101 ss; ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le régime juridique des plans: l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne 1996, p. 27; PETER HÄNNI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berne 2013, p. 114 ss.

49 Art. 14, al. 1, LAT.

50 Art. 14, al. 2, LAT.

51 Art. 18, al. 1, LAT.

52 TANQUEREL (n. 48) n° 1097.

53 Sur le complètement par l'art. 6, al. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH – RS 0.101) des garanties de procédure déjà énoncées à l'art. 33 LAT, voir MICHEL HOTTELIER, « Les droits octroyés par la Constitution fédérale et par la CEDH en matière de planification territoriale », in: FOËX (éd.), *Planification territoriale: Droit fédéral et spécificités cantonales*, Genève/Zurich/Bâle, 2013, p. 47.

54 ATF 136/2010 I 265, 267, *Politische Gemeinde Lindau*, « Die Festsetzung des Richtplans erfolgt durch den Kantonsrat (§ 32 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes vom 7. September 1975 über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht [Planungs- und Baugesetz, PBG/ZH; LS 700.1]). Dabei kommen im Wesentlichen die Grundsätze des kantonalen Rechtssetzungsverfahrens zur Anwendung. Der Richtplan unterliegt deshalb der Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass im Sinne von Art. 82 lit. b BGG ». Pour plus de détails, TANQUEREL (n. 48) n° 1111.

55 Art. 82, let. b, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2010 (LTF – RS 173.110).

faute d'exclusion selon l'article 83 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁵⁶.

- La même voie de recours s'offre au justiciable contre les plans d'affectation, mais sous l'angle de l'article 82, lettre a, LTF (« décisions rendues dans des causes de droit public »)⁵⁷. Avec TANQUEREL, il faut cependant préciser, d'une part, qu'il faut recourir directement contre le plan; « le contrôle préjudiciel, à l'occasion par exemple de l'octroi ou du refus d'une autorisation de construire, est en principe exclu »⁵⁸. D'autre part, une voie de recours cantonale est dans ce cas imposée par l'article 33, alinéas 2 à 4, LAT⁵⁹.

3. Types et portée

Les décisions peuvent prendre de nombreuses formes, qui peuvent en particulier déterminer les conditions auxquelles ces actes sont attaquables.

a. Décisions individuelles et collectives (générales ou « de portée générale »)⁶⁰

Par nature, les décisions portent sur des cas concrets (« cas d'espèce »), que ce soit un seul cas ou un groupe de cas définis par un contexte de faits précis et spécifique (« une situation singulière, une chose désignée, une date précise »⁶¹)⁶².

⁵⁶ LTF – RS 173.110.

⁵⁷ Souligné par les auteurs. Voir art. 34, al. 1, LAT.

⁵⁸ TANQUEREL (n. 48) n° 1126. Cpr pour le plan directeur *id.*, n° 1111.

⁵⁹ Voir ég. art. 86, al. 2, LTF. Sur l'application de l'art. 33 LAT dans le canton de Vaud, JACQUES HALDY, « Les mesures de planification dans le canton de Vaud », in: FOËX (éd.), *Planification territoriale: Droit fédéral et spécificités cantonales*, Genève/Zurich/Bâle, 2013, p. 167. Cpr pour le plan directeur TANQUEREL (n. 48) n° 1111.

⁶⁰ En allemand, on fait référence à « *Allgemeinverfügung* ». En français, par contre, le Tribunal fédéral fait alternativement référence à « décision générale » (ATF 101/1975 Ib 37, *Provins Valais*, c. 2), « décision collective » (ATF 123/1997 I 63, *Beer et consorts*, c. 2c) et « décision de portée générale » (ATF 112/1986 Ib 249, c. 2b).

⁶¹ PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, *Droit administratif, Volume II: les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011, p. 198.

⁶² FELIX UHLMANN, n° 41 *ad* art. 5 VwVG, in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2009.

Le critère des destinataires de la décision permet de qualifier cette dernière de⁶³ :

- individuelle, lorsque la décision est adressée à un ou plusieurs destinataire(s) déterminé(s)⁶⁴ ;
- collective (générale ou « de portée générale »), lorsque la décision vise un relativement grand nombre de destinataires qui ne sont pas spécifiquement déterminés, mais qui sont néanmoins déterminables⁶⁵.

C'est naturellement la seconde catégorie qui suscite les questions les plus délicates : la décision collective est certes une décision au sens de

⁶³ Cependant MOOR/POLTIER (n. 61) p. 200, pour qui, même en cas de décision collective, la « situation [est] individuelle/concrète ». Ce qui est en soi correct, mais soulignons que la décision n'est en revanche pas individuelle.

⁶⁴ UHLMANN (n. 62) n° 41. Voir ég. ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER, FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich 2010, n° 859 ; PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, MARKUS MILLER, *Allgemeines Verwaltung*, 3^e éd., Berne, 2009, p. 238, n° 49 ; ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER, MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich 2013, n° 325 ou bien encore BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 253 et p. 255.

⁶⁵ Pour une présentation récente et détaillée, JULIE-ANTOINETTE STADELHOFER, n° 26 *ad art. 16c-16d LETC*, in : *CR Concurrence* (n. 19). A titre d'illustration, voir la décision de portée générale n° 1129 de l'Office fédéral de la santé publique, du 22 janvier 2013 (FF 2013 419 ; entrée en force le 22 février 2013, selon publication à la FF 2013 2361), sur l'autorisation de produits fabriqués conformément à des prescriptions techniques étrangères selon l'art. 16c de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC – RS 946.51), qui fait partie du groupe de normes tendant à l'application autonome, par la Suisse, du « principe Cassis de Dijon » à certaines importations en provenance de l'Union européenne et l'Espace économique européen (Message du Conseil fédéral concernant la révision partielle de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce, du 25 juin 2008 [FF 2008 6643]). A teneur de la décision précitée : « Les boissons spiritueuses selon l'annexe II du règlement (CE) n° 110/2008, fabriquées conformément à la législation européenne et se trouvant légalement sur le marché dans l'Union européenne, peuvent être importées, fabriquées et commercialisées en Suisse même si elles ne satisfont pas aux prescriptions techniques en vigueur en Suisse ». Sur les modalités, le contenu et les effets de ces décisions de portée générale, voir art. 7 à 9, de l'ordonnance réglant la mise sur le marché de produits fabriqués selon des prescriptions techniques étrangères et la surveillance du marché de ceux-ci du 19 mai 2010 (OPPEtr – RS 946.513.8). Les destinataires déterminables de cette décision sont ici, en tous les cas, les producteurs, exportateurs, importateurs, distributeurs et détaillants de ces boissons. Le requérant est un « destinataire spécial » (pour le cercle des requérants potentiels, voir art. 4, al. 1, OPPEtr).

l'article 5 PA et, sur le plan procédural, obéit largement aux mêmes règles que la décision individuelle; « [t]outefois, ses particularités relatives au cercle des destinataires la rapprochant de la norme rendent nécessaire un régime procédural différent par rapport à la décision individuelle, notamment pour ce qui est du droit d'être entendu, de la notification et du droit de recourir »⁶⁶. En l'absence de disposition légale qualifiant expressément un acte de décision de portée générale⁶⁷, la délimitation avec une ordonnance ou un arrêté peut être relativement ardue. Comme le souligne le Tribunal fédéral:

« *Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt gestaltet sich mitunter schwierig. In allgemeiner Weise lässt sich der Rechtssatz als generell-abstrakte Anordnung definieren, die sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richtet und auf die Regelung unbestimmt vieler Fälle abzielt. Demgegenüber bezieht sich der Einzelakt regelmässig auf einen oder eine bestimmte Anzahl von Adressaten und enthält eine verbindliche Anordnung zu einem oder mehreren konkreten Sachverhalten. Zwischen Rechtssatz und Verfügung steht die sogenannte Allgemeinverfügung, welche sich zwar nicht an einen bestimmten Personenkreis richtet, d.h. nicht individueller, sondern genereller Natur ist, jedoch eine bestimmte Situation regelt. Ihrer Konkretheit wegen wird die Allgemeinverfügung in Lehre und Rechtsprechung den Verwaltungsakten zugeordnet* »⁶⁸.

Ce caractère concret est déterminant pour classer cet acte parmi les décisions⁶⁹, plutôt que les normes, par nature générales et abstraites⁷⁰. L'ob-

66 STADELHOFFER (n. 65) n° 27.

67 Outre *supra* n. 65 voir p. ex. les art. 33, al. 2, 37, al. 3, 40, al. 4, et 67 de l'ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires du 12 mai 2010 (OPPh – RS 916.161).

68 ATF 112/1986 Ib 249, A AG, c. 2b.

69 En particulier, FRANÇOIS BELLANGER, « Le recours en matière de droit public », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 46. Voir ég. ALAIN WURZBURGER, n° 43 *ad* art. 82 LTF, in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (éd.), *Commentaire de la LTF*, Berne 2009. Pour leur part, MOOR/POLTIER (n. 61) p. 201, parlent du critère d'« immédiateur », à savoir si « l'acte désigne exclusivement et directement une ou plusieurs situations précises pour en faire le fondement direct d'un droit ou une obligation, c'est cette situation qui reçoit ainsi un régime juridique, et on se trouve en présence d'une décision ».

70 UHLMANN (n. 62) n° 44 ss, se réfère à des ordonnances qui constituent des actes « individuels/abstraites » (« *individuell-abstrakte Anordnungen* ») qui, en dépit des

jet de la décision générale doit être suffisamment délimité, pour permettre d'exclure celle-ci du cercle des actes normatifs: si l'on essaie de « visualiser » cette situation, on peut dire que l'on est en présence d'une multitude de décisions portant sur un ou plusieurs objets déterminés (« concrets ») et que, pour des motifs tenant notamment à l'efficacité de l'administration et à la difficulté voire à l'impossibilité de déterminer précisément et individuellement chacun des destinataires, il est préférable de présenter la détermination de l'autorité sous la forme d'une décision unique et de la notifier par voie édictale⁷¹. La décision de portée générale ne concerne pas l'ensemble des administrés, mais seulement un groupe relativement bien défini – quoique large – de ceux-ci.

Sur le plan du *contentieux*, « [l]a décision générale se rapproche fortement de la norme lorsque le cercle des destinataires est ouvert et que ceux-ci ne sont touchés que potentiellement [...]. Dans ce cas, lors de

apparences, ne sont pas si éloignés des décisions de portée générale, qui sont, quant à elles, des actes « généraux/concrets » (*id.*, n° 43); la limite est ainsi parfois ténue. Outre les éléments pertinents rappelés par cet auteur, notons que le choix du législateur peut aussi en partie tenir à la praticabilité de telle ou telle solution. Ainsi, le Conseil fédéral aurait pu songer au mécanisme de la décision de portée générale, plutôt que de l'ordonnance, pour la mise en œuvre de sanctions internationales conformément à la LEmb; exemple de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Taliban du 2 octobre 2000 (RS 946.203), citée par UHLMANN (n. 62) n° 45, en tant qu'acte « individuel/abstrait ». Les listes des personnes visées par ces mesures sont cependant régulièrement mises à jour, ce qui impliquerait des décisions formelles régulières qui se rapprocheraient dans une large mesure de décisions individuelles. Qui plus est, les mécanismes onusiens sont relativement compliqués voire opaques. A titre d'illustration, ACEDH *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, n° 10593/08.

⁷¹ Tel est le cas de la décision portant sur la cinquantaine de boissons spiritueuses définies de façon précise dans l'annexe II du règlement (CE) n° 110/2008 (n. 63) et qui, si elle était rendue individuellement, devrait être adressée à un relativement grand nombre de destinataires, eux-mêmes déterminables, mais dont il peut par exemple demeurer difficile d'identifier chacun d'eux en rapport avec un objet déterminé figurant cette liste, lui aussi identifiable et relativement limité, mais qui peut être fabriqué, exporté, importé, distribué ou vendu au détail avec plusieurs autres produits figurant sur la même liste. Il en résulterait non seulement une multiplicité de décisions similaires adressées à la même entreprise, mais aussi le risque d'omettre telle ou telle entreprise pour un ou plusieurs produits. Les décisions de portée générale sont donc des instruments utiles tant pour les autorités que pour les administrés (FF 2013 419).

l'application de la décision générale dans un cas particulier, l'examen préjudiciel de la légalité reste possible »⁷².

b. Décisions formatrices et constatatoires

Les décisions *formatrices* sont celles qui ont pour objet « de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations »⁷³. Le champ d'action de ces décisions est relativement large dans la mesure où elles peuvent (i) affecter de nombreuses manières, positivement comme négativement, les droits, prérogatives, obligations et devoirs des administrés; (ii) combiner des droits et des obligations; et (iii) aussi bien donner véritablement naissance à de nouveaux droits ou obligations que concrétiser et individualiser « des droits et obligations préexistant en vertu de la loi »⁷⁴. Font ainsi notamment partie de cette catégorie les autorisations de police et les décisions de taxation fiscale⁷⁵.

TANQUEREL assimile par ailleurs aux décisions formatrices celles qui affectent la situation juridique d'administrés par un effet de stigmatisation officielle, comme les blâmes ou les avertissements formels⁷⁶. Ces décisions ont une influence négative sur la personnalité du destinataire de la décision, par exemple sur le plan de sa réputation et de sa situation professionnelle. Outre les hypothèses liées aux rapports de travail, citons le mécanisme de la publication de la décision ou d'un résumé de celle-ci (« *naming and shaming* ») prévu désormais⁷⁷ explicitement par l'article 34 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés

72 WURZBURGER (n. 69) n° 44.

73 Art. 5, al. 1, let. a, PA.

74 TANQUEREL (n. 48) n° 817.

75 MOOR/POLTIER (n. 61) p. 184-185.

76 TANQUEREL (n. 48) n° 817.

77 Voir p. ex. le communiqué de presse de l'ancienne Commission fédérale des banques (CFB), du 15 juillet 2002, intitulé « La CFB reproche à UBS son manque de diligence en relation avec des fonds liés à la famille Abacha et ordonne un contrôle », disponible sur le site internet de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), à l'adresse: www.finma.ch/archiv/ebk/f/archiv/2002/pdf/m150702-01f.pdf. A ce propos, voir URS ZULAUF, « Procédure devant la CFB (« Enforcement »): Drame en cinq actes et épilogue », in: THÉVENOZ/BOVET (éd.), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 165, 191 ss.

financiers du 22 juin 2007⁷⁸; cette disposition précise expressément que la FINMA peut même, dans ce cadre, rendre publiques des « données personnelles des assujettis concernés »⁷⁹. L'article 16 de la loi générale genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997⁸⁰ permet de bien comprendre la distinction qu'il convient tout de même d'opérer entre les décisions formatrices *stricto sensu* et les cas assimilés :

- Dans ceux-ci, les droits et obligations liés directement au rapport de droit administratif ne sont ni créés ni modifiés au moment du prononcé de la décision : ils ne sont influencés qu'*indirectement et à titre éventuel*, typiquement en relation avec une postulation à un nouveau poste ou un processus de promotion. C'est l'hypothèse du blâme prévu à l'article 16, alinéa 1, lettre a, chiffre 1, LPAC qui peut être prononcé par le supérieur hiérarchique : certes, les droits de la personnalité du fonctionnaire ou de l'employé sont atteints par cette mesure puisque sa réputation est entachée par le blâme, mais sa position au sein du service concerné demeure inchangée.
- En revanche, sous réserve de l'entrée en force de l'acte, les droits et obligations de l'administré – y compris du fonctionnaire ou de l'employé visé par une mesure – sont *immédiatement* affectés par une décision formatrice au sens étroit⁸¹, par exemple en cas de réduction de traitement⁸² ou de retour au statut d'employé en période probatoire⁸³. C'est pourquoi la compétence pour prononcer ces sanctions a été confiée à une autorité supérieure, telle que le chef de département, voire le Conseil d'Etat.

Quant aux décisions *constatatoires*, elles ont pour objet « de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations »⁸⁴. Le

⁷⁸ LFINMA – RS 956.1.

⁷⁹ A ce propos, CHRISTIAN BOVET, « De la CFB 2007 à la FINMA 20.. », in: THÉVENOZ/BOVET (n. 77), p. 197, 210 ss.

⁸⁰ LPAC – RS/GE B 5 05.

⁸¹ Cas envisagés aux let. b et c de l'art. 16, al. 1, LPAC.

⁸² Art. 16, al. 1, let. b, ch. 3, LPAC.

⁸³ Art. 16, al. 1, let. c, ch. 4, LPAC.

⁸⁴ Art. 5, al. 1, let. b, PA.

droit d'obtenir le prononcé de telles décisions⁸⁵ est soumis aux conditions cumulatives suivantes⁸⁶ :

- Il faut évidemment que l'autorité sollicitée et rendant la décision en constatation soit celle qui est compétente pour le faire (« sur le fond », comme le précise l'art. 25, al. 1, PA).
- La loi exige en outre un intérêt « digne de protection »⁸⁷. Tel est le cas lorsque le requérant, faute d'une décision constatant sans tarder l'existence, l'absence ou l'étendue de certains droits et obligations, risque de se trouver dans une situation où l'autorité compétente prenne des mesures à son encontre ou, au contraire, omette d'en prendre à son avantage⁸⁸. Alors qu'en droit fédéral un simple intérêt de fait suffit (« *ein bloss tatsächliches Interesse* »)⁸⁹, le texte de l'article 49, alinéa 2, LPA/GE requiert expressément un « intérêt juridique ».
- La formulation « genevoise » peut en revanche être retenue d'une manière générale pour la troisième condition, à savoir que cet intérêt doit être « personnel et concret »⁹⁰. Le requérant ne peut ainsi pas faire valoir un intérêt collectif et abstrait, en particulier lorsque celui-ci se rapporterait à une situation juridique théorique qui concernerait un grand nombre voire un nombre indéterminé de personnes⁹¹. Par ailleurs, si la requête peut concerner des droits

⁸⁵ Sous l'angle de la bonne foi, le caractère formel et liant l'autorité est naturellement central: il permet de distinguer cette situation de simples informations générales données à un administré ou de prises de position (arrêt TAF B-4037/2007 du 29 février 2008, c. 7.1.1). Par rapport à la démarche plus particulière de la fourniture de conseil dans le cadre de l'art. 23, al. 2, LCart, *id.*, c. 4.1.

⁸⁶ En particulier, art. 25 PA.

⁸⁷ Art. 25, al. 2, PA et 49, al. 2, LPA/GE.

⁸⁸ ATAF 2008/29 du 4 octobre 2007, c. 1.3: « *Für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens wird ein Feststellungsinteresse vorausgesetzt. Ein solches ist gegeben, wenn die antragstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde* ».

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Art. 49, al. 2, LPA/GE.

⁹¹ Arrêt TAF B-3694/2010 du 6 avril 2011, c. 2.1.2.

et des obligations qui se réaliseront dans le futur, ceux-ci doivent être suffisamment déterminés au moment du dépôt de la requête ou, à tout le moins, de la décision⁹². L'important arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral⁹³, en relation avec le mécanisme de l'annonce⁹⁴ d'une restriction de la concurrence prévu à l'article 49a, alinéa 3, lettre a, LCart⁹⁵, illustre parfaitement cette condition: (i) la complexité de l'affaire⁹⁶, (ii) la grande difficulté d'apprécier au moment de l'annonce, faute d'études empiriques, les effets réels de la mesure envisagée⁹⁷, (iii) le caractère ouvert des normes du droit de la concurrence, laissant une grande liberté d'appréciation et latitude de jugement à l'autorité⁹⁸, et (iv) le processus dynamique de ce domaine, par opposition à celui plus « statique » d'autres matières comme le droit fiscal⁹⁹, ont en fin de compte amené la juridiction de recours à exclure un droit des établissements concernés à obtenir une décision constatatoire; cet ensemble d'incertitudes créait une situation rendant impossible un acte formel conforme aux principes de sécurité juridique et de bonne foi administrative. Certes, cette jurisprudence

⁹² ATAF 2008/29 du 4 octobre 2007, c. 1.3. Voir ég. arrêt TAF B-3694/2010 du 6 avril 2011, c. 2.1.2, qui souligne notamment que: « *Insbesondere kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein* ». Ou l'arrêt TAF B-4037/2007 du 29 février 2008, c. 7.3: « [...] *wenn sich der Verfügungsgegenstand als hinreichend feststellungsfähig erweisen würde* [...] ».

⁹³ Arrêt TAF B-4037/2007 du 29 février 2008. Voir notamment l'examen attentif et détaillé de la jurisprudence fédérale dans ce domaine invoquée par les recourants, *id.*, c. 7.3.3.

⁹⁴ Ce système de l'annonce n'est pas entièrement satisfaisant, c'est pourquoi plusieurs améliorations ont été proposées dans le cadre de la révision en cours de la LCart. Voir le projet de nouvel art. 49a, al. 5, P-LCart (FF 2012 3713) et le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, du 22 février 2012, (FF 2012 3631). Voir ég. CHRISTIAN BOVET, « Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence: une introduction », in: HOCHREUTENER/STOFFEL/AMSTUTZ (n. 40) p. 1, 18.

⁹⁵ Sur la nature de ce mécanisme (question laissée en fin de compte ouverte), arrêt TAF B-4037/2007 du 29 février 2008, c. 5.

⁹⁶ *Id.*, c. 4.1, 5.2.2 et 7.4.

⁹⁷ *Id.*, c. 7.3.1 et 7.3.2.

⁹⁸ *Id.*, c. 4.2.2, 7.3.2.1 et 7.3.3.3.1.

⁹⁹ *Id.*, c. 7.3.3.1.

limite l'utilité du mécanisme d'annonce de la LCart¹⁰⁰; elle correspond toutefois aux exigences de la procédure administrative.

- Qui plus est, l'intérêt ainsi défini ne doit pas entrer en conflit avec un autre intérêt public ou privé qui, en particulier par sa nature et son importance, l'emporterait¹⁰¹.
- Enfin, la décision en constatation revêt un caractère subsidiaire par rapport à d'autres procédures, en particulier celles tendant à l'octroi d'une prestation ou d'une autorisation ou encore les décisions formatrices¹⁰². De la même façon, cette démarche ne saurait être admise pour contourner les conséquences négatives d'un délai de recours échu¹⁰³.

Certaines lois instituent un régime spécial qui présume en particulier l'intérêt de l'autorité à rendre une décision en constatation. Ainsi, aux termes de l'article 32 LFINMA: « Si la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation ». L'intégration de cet instrument dans le catalogue des mesures que peut prendre la FINMA octroie une base légale expresse, qui manquait sous l'empire de la CFB, pour intervenir à l'encontre d'établissements ou de responsables qui ne sont plus soumis à sa surveillance¹⁰⁴. La FINMA a d'abord marqué certaines réticences à utiliser cette faculté¹⁰⁵, mais elle devrait désormais y avoir recours plus

100 Cet arrêt exclut en particulier l'application du mécanisme de l'annonce aux cas limite (« *Grenzfälle* »), mais maintient l'intérêt de la démarche pour les cas répondant aux conditions de précision explicitées dans cet arrêt. Voir au passage les considérations du TAF *de lege ferenda*, *id.*, c. 9.2.

101 Arrêt TAF B-3694/2010 du 6 avril 2011, c. 2.1.2. Voir ég. arrêt TAF B-4037/2007 du 29 février 2008, c. 7.1.1.1.

102 ATAF 2008/29 du 4 octobre 2007, c. 1.3, et arrêt TAF B-3694/2010 du 6 avril 2011, c. 2.1.2.

103 JAAC 2001/65 n° 7, cité par TANQUEREL (n. 48) n° 822.

104 Dans son Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), du 1^{er} février 2006 (FF 2006 2741), le Conseil fédéral fait néanmoins référence à une « pratique éprouvée de la CFB, de l'OFAP et de l'Autorité de contrôle LBA » (*id.*, p. 2793).

105 Voir notamment le Rapport annuel 2010 de la FINMA, p. 87 ss. Ce document est disponible sur le site internet de la FINMA à l'adresse: www.finma.ch/ff/finma/publikationen/Documents/finma_jbr_2010_f.pdf.

souvent¹⁰⁶. A notre sens, le mécanisme du *Gewährsbrief*, qu'utilisait la CFB faute de mieux, devrait être considéré comme désuet avec la pleine entrée en vigueur de la LFINMA le 1^{er} janvier 2009¹⁰⁷. Cette « lettre » de l'autorité de surveillance – qui, en substance, indique à l'ancien dirigeant d'une banque ou d'un négociant qui pourrait ne plus remplir les conditions de la garantie d'une activité irréprochable que s'il entend reprendre une activité de ce type dans un établissement, il devra préalablement en informer l'autorité de surveillance, qui lui fera alors part *in concreto* de ses objections ou de son approbation – semble en effet avoir toujours cours¹⁰⁸. Elle a pourtant des effets proches de ceux de la décision constatatoire combinée à une interdiction (au moins potentielle) d'exercer une activité dans le domaine financier, tout en n'offrant pas les mêmes garanties procédurales¹⁰⁹. La FINMA devrait donc préférer les mesures que lui donne la loi.

¹⁰⁶ La prise de position du Conseil fédéral, du 12 mai 2010 (« Rôle joué par l'Autorité de surveillance des marchés financiers dans la crise financière – Enseignements pour l'avenir: Rapport en réponse au postulat David (08.4039) et à la motion CER-N (09.3010) », p. 27 ss), sous l'angle de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA), vaut à notre sens aussi pour les décisions en constatation de l'art. 32 LFINMA: « Des mesures de droit administratif n'entraient d'ailleurs même pas en ligne de compte, car les personnes concernées n'étaient plus actives dans le secteur surveillé par la FINMA. D'un point de vue général, cette situation est insatisfaisante. Le Conseil fédéral recommande donc à la FINMA de mener des procédures à l'égard de membres de directions d'établissements assujettis même après leur départ, et d'agir conformément à l'intention, exposée dans sa nouvelle politique en matière d'enforcement, de recourir au nouvel instrument légal de l'interdiction d'exercer notamment à l'égard des représentants des niveaux hiérarchiques les plus élevés, s'il peut être prouvé de manière concrète et suffisante juridiquement qu'ils ont commis une violation grave du droit de la surveillance. Car si l'on ne s'en sert pas, tous les outils de surveillance déjà en place ou susceptibles d'être introduits laissent à désirer ». Ce document est disponible à l'adresse internet: www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01697/?lang=fr.

¹⁰⁷ RO 2008 5205.

¹⁰⁸ L'arrêt TAF B-1360/2009 du 11 mai 2010, est un cas quelque peu limite sur le plan temporel, puisque le *Gewährsbrief* de la CFB date du 3 décembre 2008, soit très peu de temps avant l'entrée en vigueur de la LFINMA et le refus de la FINMA d'ouvrir une procédure formelle et, le cas échéant, de rendre une décision en constatation en date du 22 janvier 2009. Voir la partie « Faits » de cet arrêt, c. G-I.

¹⁰⁹ *Id.*, en particulier c. 3.5.1 et 5.

c. Décisions finales, partielles et incidentes

La dernière classification que l'on peut proposer trouve avant tout son intérêt dans la faculté – offerte ou non aux parties – de recourir :

- Comme une décision *finale* met un terme à la procédure de première instance, il est naturel que son prononcé ouvre les voies de droit pour le cas échéant la contester.
- Ainsi que cela ressort de son qualificatif, la décision *partielle* vise à trancher une question de principe liée au fond ou une (autre) partie de l'objet du litige¹¹⁰. Cette hypothèse concrétise le principe d'économie de procédure: la décision partielle devrait permettre de faire avancer significativement la procédure, par exemple parce que le règlement de la question de principe facilitera une négociation sur les modalités de sa mise en œuvre¹¹¹. Son contentieux

¹¹⁰ En particulier, FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd., Berne 1983, p. 140 ss.

¹¹¹ A titre d'illustration, voir la décision de la Commission fédérale de la communication (ComCom) du 21 novembre 2007, *Sunrise c. Swisscom (Zugang zum schnellen Bitstrom)*, disponible sur le site internet de cette autorité à l'adresse: www.comcom.admin.ch/themen/00500/00781/index.html?lang=fr, p. 6: « Mit einem Teilentscheid oder einer Teilverfügung wird gemäss Lehre und Rechtsprechung über einen Teil des Verfügungsgegenstands, resp. über einen Grundsatz- oder Teilaspekt des Streitgegenstandes entschieden und damit das Verfahren insoweit endgültig erledigt [...]. Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass ein Teilentscheid nur in Frage stehen kann, wenn die Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet zu bejahren ist. Ist sie hingegen zu verneinen, wird das Gesuch im Rahmen eines umfassenden Endentscheids abzuweisen sein. Den Parteien ist zuzustimmen, dass die vorgängige Klärung der Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs im Rahmen eines Teilentscheids verhindert, dass ein aufwändiges und komplexes Beweisverfahren durchgeführt wird, das sich schliesslich als umsonst erweist für den Fall, dass die Marktbeherrschung durch die Beschwerdeinstanz verneint wird. Ein solches Vorgehen hat im umgekehrten Fall allerdings auch zur Folge, dass sich die Umsetzung des vom Gesetzgeber anvisierten Zugangsregimes und die dadurch zu erzielende Marktöffnung weiter verzögern, was grundsätzlich nicht im öffentlichen Interesse sein kann. Gibt jedoch selbst die Gesuchstellerin einen Aufwand und Ressourcen schonenden prozessualen Vorgehensweise Vorrang gegenüber einer möglichst raschen erstinstanzlichen Festlegung der Zugangsbedingungen, besteht kein Grund, dieser Präferenz nicht zu folgen ». Voir ég. BELLANGER (n. 69) p. 49, qui donne comme exemples les décisions constatant le caractère illicite d'une décision d'adjudication d'un marché public et réservant la question des dommages et intérêts, ainsi qu'une décision mettant fin à la procédure pour un ou plusieurs des consorts et laissant subsister la procédure pour les autres consorts.

est régi par des règles identiques à celles applicables aux décisions finales.

- Quant aux décisions *incidentes*, elles portent avant tout, à l'image de la liste de l'ancien article 45 PA¹¹², sur des points de procédure, que ce soit en rapport avec l'instruction de l'affaire, les droits provisoires des parties ou d'autres questions de nature procédurale comme la jonction des causes ou l'avance des frais. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, elles peuvent cependant aussi viser des objections de fond ou de procédure, ou encore des décisions de renvoi pour autant que celles-ci laissent une certaine marge de manœuvre à l'autorité inférieure¹¹³. La distinction entre décisions incidentes et partielles, en particulier, est importante puisque la réforme des juridictions fédérales, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007¹¹⁴, a modifié la « mécanique » du contentieux applicable aux secondes. Ainsi, sous réserve de dispositions spéciales¹¹⁵:
 - celles portant sur la compétence ou sur une demande de récusation doivent faire l'objet d'un recours immédiat¹¹⁶, faute de quoi les parties sont présumées les avoir acceptées¹¹⁷;
 - les autres décisions incidentes sont soumises au régime général de l'article 46 PA et 93 LTF dans le sens où elles peuvent faire l'objet d'un recours immédiat, alternativement, si (i) elles peuvent

112 RO 1969 757. Cette disposition considérait que constituaient en particulier des décisions incidentes séparément susceptibles de recours, celles sur : la compétence ; la récusation ; la suspension de la procédure ; l'obligation de renseigner, de témoigner ou de produire des pièces ou l'exclusion d'une partie de l'audition des témoins ; le refus d'autoriser la consultation des pièces ; le refus d'admettre des preuves ; les mesures provisionnelles ; ou le refus d'octroyer l'assistance judiciaire. Voir ég. la liste proposée par BERNARD CORBOZ, n° 14 *ad* art. 93 LTF, in : *Commentaire de la LTF* (n. 69).

113 En particulier, ATF 134/2008 II 124, *Steuerverwaltung des Kantons Schwyz*, c. 1.3. Voir ég. TANQUEREL (n. 48) n° 831.

114 RO 2006 1205 (LTF) et 2006 2197 (LTAF et PA).

115 Outre les art. 80e EIMP et 107 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi – RS 142.31), auxquels renvoie implicitement l'art. 93, al. 2, LTF, voir l'art. 24, al. 4, LTC.

116 Art. 45, al. 1, PA et 92, al. 1, LTF.

117 Art. 45, al. 2, PA et 92, al. 2, LTF.

causer un préjudice irréparable¹¹⁸ ou si (ii) « l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse »¹¹⁹;

- dans les autres cas, mais aussi lorsque les parties n'ont pas immédiatement recouru contre les décisions mentionnées aux articles 46, alinéa 1, PA et 93, alinéa 1, LTF, les parties peuvent attaquer ces décisions incidentes avec la décision finale « dans la mesure où elles influent sur le contenu de celle-ci »¹²⁰.

La délimitation entre ces différents types de décisions n'est pas toujours aisée¹²¹, à tel point que les juridictions de recours, elles-mêmes, parfois hésitent voire simplement renoncent à qualifier les décisions dont elles sont saisies¹²². L'approche pragmatique de CORBOZ, fondée sur la systématique de la LTF et qui consiste à « qualifier de décision incidente toute décision qui n'est ni finale (art. 90 LTF), ni partielle (art. 91 LTF) »¹²³, permet un premier tri, sans éliminer toutes les ambiguïtés puisque pour attribuer une décision à une catégorie, il faut d'abord exclure les deux

¹¹⁸ Art. 46, al. 1, let. a, PA et 93, al. 1, let. a, LTF. Cette situation n'est pas nouvelle et est similaire à celle que l'on trouvait sous le régime des anciens art. 45, al. 1, PA et, en relation avec l'ancien recours de droit public, 87, phrase 2 (dans la version initiale de 1943; ancien RS 3 521 et RO 1948 545) et 87, al. 2, OJ (version adaptée à la Constitution fédérale de 1999; RO 2000 417). On se bornera donc à rappeler que le préjudice doit être d'ordre juridique (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (n. 64), n° 913). Sur le caractère irréparable, voir les casuistiques détaillées citées par FELIX UHLMANN, SIMONE WÄLLE-BÄR, n° 8 ss *ad* art. 46 VwVG, in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *VwVG Praxiskommentar* (n. 62) et CORBOZ (n. 112) n° 17 *ad* art. 93 LTF.

¹¹⁹ Art. 46, al. 1, let. b, PA et 93, al. 1, let. b, LTF. A ce propos, voir en particulier CORBOZ (n. 112) n° 19 ss *ad* art. 93 LTF, qui souligne que ces dispositions comportent trois conditions cumulatives principales, à savoir que (i) l'admission du recours peut conduire à une décision finale et que cela permette d'éviter une procédure (ii) longue et (iii) coûteuse.

¹²⁰ Art. 46, al. 2, PA et 93, al. 3, LTF.

¹²¹ HANS PETER WALTER, « *Das Teilurteil vor Bundesgericht* », in: LEUPOLD/RÜETSCHI/STAUBER/VETTER (éd.), *Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p 241 ss, souligne même, p. 246, que: « *In der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege dagegen besteht zum Teilentscheid eine eher verwirrlche Terminologie* ».

¹²² A titre d'illustration, ATAF 2009/35 du 12 février 2009, c. 3.1.

¹²³ CORBOZ n° 7 *ad* art. 92 LTF, in: *Commentaire de la LTF* (n. 69).

autres. De même, le critère – proposé par BELLANGER¹²⁴ – de la liquidation complète d'une ou plusieurs conclusions offre un moyen supplémentaire d'affiner l'analyse. Il arrive cependant fréquemment que les parties fassent valoir dans leurs conclusions des objections de fond ou de procédure pouvant donner lieu à des décisions incidentes. Il convient dès lors de déterminer si ces conclusions portent une véritable question de principe ou un point essentiel de l'objet du litige (*Streitgegenstand*)¹²⁵ : on est alors en présence d'une décision partielle, non d'une décision incidente. En fin de compte, on pourrait se satisfaire de l'échappatoire proposée par WALTER, à savoir que la portée pratique de la distinction entre décision partielle et incidente en droit fédéral serait limitée car, souvent, les décisions que l'on hésite à attribuer à l'une ou l'autre catégorie peuvent, quoi qu'il en soit, être contestées sous l'angle des articles 46, alinéa 1, lettre b, PA et 93, alinéa 1, lettre b, LTF¹²⁶.

B. Actes normatifs

1. De droit fédéral

Il est notoire que l'article 190 Cst.¹²⁷ immunise les *lois fédérales* de tout contrôle effectué par le Tribunal fédéral portant sur leur conformité au droit supérieur. Ainsi, la juridiction saisie est tenue de les mettre en œuvre, même si elle constate une incompatibilité avec leur constitutionnalité¹²⁸.

Cependant, depuis quelques années, certains parlementaires souhaiteraient relativiser l'immunité de ces lois et combler par la même occasion, l'absence de contrôle exercé par les tribunaux à leurs égards¹²⁹. Deux

¹²⁴ BELLANGER (n. 69) p. 49.

¹²⁵ Pour GYGI (n. 110) p. 140: « Die *Endverfügung* regelt das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der Verfügung bildet ». La décision partielle règle donc une partie de l'objet proprement dit de la décision, par opposition à une « simple » objection de fond ou de procédure par exemple.

¹²⁶ WALTER (n. 121) p. 246 ss.

¹²⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

¹²⁸ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1 « L'Etat », 2^e éd., Berne 2013, n° 1942.

¹²⁹ FRÉDÉRIC BERNARD, « Pour un contrôle concret de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux », *Jusletter* du 14 janvier 2013, n° 6.

initiatives parlementaires déposées respectivement en 2005¹³⁰ et 2007¹³¹ demandaient une modification de la Constitution allant dans ce sens : les lois fédérales devraient pouvoir être contrôlées non pas abstraitement mais, au moins, à l'occasion d'un cas d'application. Cela redynamiserait la légitimité constitutionnelle et donnerait un poids prépondérant aux droits fondamentaux s'y trouvant. Cependant, les deux initiatives parlementaires ont malheureusement été rejetées par l'Assemblée fédérale et rayées définitivement de l'agenda politique.

Pour rappel, la portée de l'article 190 Cst. ne s'étend pas aux *ordonnances législatives*. Elles sont ainsi attaquables quant à leur conformité avec la Constitution devant les juridictions mais uniquement lors d'actes les concrétisant (contrôle concret)¹³².

2. De droit cantonal

Selon l'article 82, lettre b, LTF, notre Haute Cour connaît des recours en matière de droit public concernant les *actes normatifs cantonaux*. Le principal grief avancé est celui de leur non-conformité avec le droit supérieur.

Les constitutions cantonales, en tant qu'actes normatifs suprêmes des cantons, renferment naturellement des dispositions importantes, au côté d'autres règles de droit. Le Tribunal fédéral refuse cependant, en cas de recours formé directement contre des dispositions constitutionnelles, de contrôler *abstraitement* leur constitutionnalité¹³³. Les juges fédéraux rappellent en effet leur jurisprudence constante¹³⁴, à savoir que :

¹³⁰ STUDER, Initiative parlementaire « Juridiction constitutionnelle » (05.445) du 7 octobre 2005.

¹³¹ MÜLLER-HEMMI, Initiative parlementaire « Faire en sorte que la Constitution soit applicable pour les autorités chargées de mettre en œuvre le droit » (07.476) du 5 octobre 2007.

¹³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 128) n° 1929.

¹³³ WURZBURGER (n. 69) n° 94 *ad* art. 82 LTF.

¹³⁴ ATF 104/1978 Ia 215, *Unité Jurassienne, Charpiloz et Vecchi*, c. 1b qui confirme la règle posée dans un arrêt datant de 1891 (ATF 17/1891 622, *Gemeinde Wollishofen*, c. 1).

«L'intention du constituant ne peut pas avoir été de confier [...] le contrôle d'une prescription constitutionnelle cantonale à un *autre* organe fédéral, soit à la Cour constitutionnelle»¹³⁵.

Sous cette réserve, tous les autres actes cantonaux peuvent faire l'objet d'un *contrôle abstrait* fondé sur l'article 82, lettre b, LTF. Deux voies judiciaires se présentent à eux :

- Le recours est formé directement devant le Tribunal fédéral, faute de voies judiciaires cantonales prévues à cet effet¹³⁶. C'est le cas, par exemple, dans le canton de Neuchâtel¹³⁷.
- Si de telles voies existent, le citoyen se doit d'épuiser les instances cantonales pour pouvoir recourir au niveau fédéral contre la décision validant l'acte¹³⁸. En effet, le contrôle de la constitutionnalité des lois cantonales est prévu dans quelques cantons. C'est en particulier le cas de Genève¹³⁹, Jura¹⁴⁰, Nidwald¹⁴¹, Vaud¹⁴² et Grisons. A titre d'illustration, l'article 55, alinéa 2, chiffre 1, de la Constitution du canton des Grisons du 14 septembre 2003¹⁴³ prévoit que les lois

¹³⁵ Souligné par les auteurs. En effet, l'Assemblée fédérale effectue un contrôle abstrait des constitutions cantonales dans le cadre de la procédure de garantie prévue aux art. 51, al. 2, et 172, al. 2, Cst.

¹³⁶ Art. 87, al. 1, LTF. Voir ég. ATF 136/2012 I 241, *Association Oxyromandie, Diethelm et Starobinski*, c. 1.2: «le recours en matière de droit public est ouvert contre tous les actes normatifs cantonaux. La loi attaquée ne peut, en droit genevois, faire l'objet d'aucun recours cantonal, de sorte que le recours est directement recevable». Jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Cst./GE.

¹³⁷ Art. 83 *ss a contrario* de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst./NE – RS 131.233). Arrêt TF 2C_825/2011 du 24 avril 2012, c. 1. Voir ég. ATF 135/2009 V 309, *homes X., Y., W. et V.*, c. 1.3 ou encore arrêt TF 2C_728/2011 du 23 décembre 2011, c. 1.1.

¹³⁸ Art. 87, al. 2, LTF et art. 86, al. 1, let. d, LTF.

¹³⁹ Art. 124, let. a, et art. 226, al. 1, de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst./GE – RS/GE A 2 00).

¹⁴⁰ Art. 104, al. 1, de la Constitution de la République et canton du Jura du 20 mars 1977 (Cst./JU – RS 131.235).

¹⁴¹ Art. 69, al. 2, ch. 2, de la Constitution du canton de Nidwald du 10 octobre 1965 (Cst./NW – RS 131.216.2).

¹⁴² Art. 136, al. 2, de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst./VD – RS 131.231).

¹⁴³ Cst./GR – RS 131.226.

et les ordonnances peuvent faire l'objet d'un « [...] recours pour violation [...] du principe de la primauté du droit au rang supérieur ».

Dans tous les cas, les actes normatifs cantonaux peuvent être contrôlés à l'occasion d'un acte d'application les concrétisant (contrôle *concret*)¹⁴⁴.

C. Actes relatifs aux droits politiques

L'article 82, lettre c, LTF ouvre la voie judiciaire aux recours concernant la violation de dispositions sur le droit de vote ainsi que sur les élections et votations populaires. Le champ d'application de cette disposition, défini largement, comprend notamment le vote électronique, le droit d'initiative, le droit d'élire ou d'être élu ou encore la préparation des votations¹⁴⁵.

La violation peut porter tant sur des droits politiques fédéraux que cantonaux¹⁴⁶. Cependant, seules les décisions rendues par les autorités citées à l'article 88 LTF sont susceptibles d'être attaquées devant notre Haute Cour. Ce qui exclut les actes rendus par l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral¹⁴⁷.

L'acte enfreignant les droits politiques – et, à ce titre, subséquentement attaquant – peut prendre diverses formes :

- Il peut s'agir d'un *acte normatif* contenant des dispositions violant l'exercice même du droit de vote¹⁴⁸.
- Le recours peut aussi être formé à l'encontre d'une *décision*. Celle-ci peut en particulier porter sur le matériel de vote – que ce soit la formulation de la question soumise aux électeurs ou le message explicatif émis par le gouvernement cantonal – ou la constatation des résultats des votations¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001, FF 2001 p. 4000 ss, p. 4118.

¹⁴⁵ WURZBURGER (n. 69) n° 115 *ad* art. 82 LTF.

¹⁴⁶ Art. 77, al. 1, let. a, et respectivement 80, al. 1, de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (LDP – RS 161.1).

¹⁴⁷ WURZBURGER (n. 69) n° 111 *ad* art. 82 LTF.

¹⁴⁸ ATF 131/2005 I 386, Ziegler, c. 2.2.

¹⁴⁹ BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 33 et la jurisprudence citée. Le Tribunal fédéral est aussi souvent appelé à se prononcer sur la conformité des initiatives populaires cantonales au droit

- Le Tribunal fédéral a jugé que l’orientation donnée par le Conseil d’Etat sur la manière de répartir les emplacements pour l’affichage des partis politiques en vue d’une votation était un *acte matériel* portant atteinte aux droits politiques et donc attaquable¹⁵⁰.
- Enfin, l’*abstention* d’une autorité législative à la concrétisation d’une initiative populaire cantonale est considérée comme étant une initiative non formulée et sujette à recours¹⁵¹.

Quelle que soit la forme de l’acte incriminé, l’objet du recours doit obligatoirement être dans un rapport matériellement proche des droits politiques, sous peine d’être considéré comme irrecevable par le Tribunal fédéral¹⁵².

III. Droit à une décision

L’administré doit pouvoir obtenir une décision de l’autorité compétente. Ce droit s’appuie sur deux moyens principaux : la protection constitutionnelle contre le déni de justice (A) et les règles sur les actes matériels que l’on trouve dans les lois de procédure (B).

A. Déni de justice

Le déni de justice permet en quelque sorte à l’administré de contourner le sésame de la procédure contentieuse : la décision. En effet, « lorsqu’une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision »¹⁵³. Cette disposition distingue deux types de dénis de justice : le déni formel (*Rechtsverweigerung*) et le déni matériel (*Rechtsverzögerung*). Le premier se réfère à une absence d’application ou une application partielle de la loi par l’autorité

supérieur. Même si tous les cantons connaissent le droit d’initiative, c’est dans le canton de Genève qu’il est le plus utilisé et corollairement le plus contesté. Pour STÉPHANE GRODECKI, *L’initiative populaire cantonale et municipale à Genève*, Genève/Zurich/Bâle 2008, n° 1486, ledit examen de conformité prend là encore la forme d’une *décision* qui peut être déferée devant les juridictions. Voir ég. ATF 133/2007 I 110, *Slatkine et Pétroz*, c. 3.1.

¹⁵⁰ ATA/GE du 24 août 2012 (ATA/570/2012), c. 8.

¹⁵¹ ATF 115/1989 Ia 148, *Comité d’initiative « soins à domicile », S., G. et T.*, c. 4.a.

¹⁵² ATF 136/2010 I 241, *Association Oxyromandie, Diethelm et Starobinski*, c. 1.1.2.

¹⁵³ Art. 4, al. 5, LPA/GE. Disposition analogue en droit fédéral : art. 46a PA.

saisie¹⁵⁴; tel est le cas lorsque celle-ci se considère comme incompétente, sans toutefois se prononcer concrètement sur sa compétence¹⁵⁵. Quant au deuxième, il consacre le principe de célérité: l'autorité saisie doit répondre dans le délai impératif prescrit par la loi¹⁵⁶ ou dans « un délai raisonnable ». Ce dernier s'apprécie eu égard aux circonstances particulières de la cause qui peuvent comprendre l'ampleur et la difficulté de l'affaire, le comportement du justiciable, l'enjeu du litige pour l'intéressé, ou encore les questions juridiques soulevées¹⁵⁷.

La distinction n'a cependant guère d'importance en pratique, car l'article 29 Cst., qui consacre les garanties générales de procédure, prohibe tant le refus que le retard injustifié de l'autorité¹⁵⁸. Dans les deux cas, l'absence d'objet n'est pas un obstacle à l'ouverture de la voie de droit. Le silence est ainsi assimilé à une décision et par conséquent, l'administré peut le contester. L'autorité de recours tranchera seulement la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité saisie s'est abstenue ou a tardé à statuer sans se prononcer sur le fond de la cause¹⁵⁹.

Le déni de justice étant une spécificité par rapport à l'octroi d'une décision, c'est tout aussi particulièrement qu'elle bénéficie d'un délai extraordinaire pour être contestée: elle peut l'être en tout temps¹⁶⁰. De par l'absence de décision, on ne peut en effet identifier aucun point de départ du délai de recours; cela explique le choix du législateur de laisser une totale liberté à l'administré, sous réserve d'un abus de droit¹⁶¹.

B. Actes matériels

Une évolution récente a permis d'intégrer dans le contentieux administratif fédéral¹⁶² et cantonal¹⁶³ « une catégorie résiduelle comprenant

¹⁵⁴ Arrêt TF 5A_279/2010 du 24 juin 2010, c. 3.3.

¹⁵⁵ MOOR/POLTIER (n. 61) p. 336.

¹⁵⁶ Par opposition à un délai d'ordre. Voir TANQUEREL (n. 48) n° 1501.

¹⁵⁷ Voir ATF 125/1999 V 188, R., c. 2a et ATF 135/2009 I 265, A. *und Mitb.*, c. 4.4. Voir ég. BOVAY (n. 64) p. 171.

¹⁵⁸ MOOR/POLTIER (n. 61) p. 336.

¹⁵⁹ TANQUEREL (n. 48) n° 1503. Art. 69, al. 4, LPA/GE.

¹⁶⁰ Art. 50 PA, art. 62, al. 6, LPA/GE.

¹⁶¹ CORBOZ n° 36 *ad* art. 100 LTF, in: *Commentaire de la LTF* (n. 69).

¹⁶² Art. 25a PA.

¹⁶³ P. ex. art. 4A LPA/GE.

l'ensemble de l'activité étatique se déroulant en dehors des formes juridiques patiemment échafaudées pour contrôler les agissements de l'administration »¹⁶⁴, à savoir les actes matériels¹⁶⁵. On est donc par nature en présence d'un concept polymorphe¹⁶⁶, qu'en français¹⁶⁷ l'on doit définir, à regret, négativement : ce sont des actes de l'administration qui ne revêtent pas une forme juridique, comme en particulier une décision, un plan, un contrat ou une concession.

Ces actes ne sont pas attaquables directement, mais moyennant le respect des *conditions* suivantes¹⁶⁸, par le biais d'une décision¹⁶⁹ que l'administré est en droit de solliciter et d'obtenir :

- En premier lieu, il doit s'agir d'actes matériels au sens du droit de procédure applicable. En droit fédéral, l'article 25a PA fait référence, dans le corps du texte allemand, à des « *Handlungen* », soit une notion relativement large¹⁷⁰ incluant de nombreux actes de l'autorité administrative¹⁷¹, tels que la fermeture d'un office de poste, le changement d'horaire d'un poste de douane, la fluorisation de l'eau, le

164 ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires*, RDS 2004 II p. 159 ss, n° 30. Notons cependant que ce rapport a été rédigé avant l'entrée en vigueur de l'art. 25a PA, le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 2197).

165 La note marginale de l'art. 4A LPA/GE se réfère pour sa part simplement à des « actes attaquables », sans les qualifier de « matériels ». Tant le corps du texte de cette disposition que celui de l'art. 25a PA parlent d'« actes ».

166 Ou « catégorie hétérogène », selon FLÜCKIGER (n. 164) n° 36.

167 L'expression allemande de « *verfügungsfreie Verwaltungshandlungen* » utilisée par KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (n. 64) n° 363, est à notre sens plus parlante.

168 L'arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013 offre une parfaite base d'analyse. Nous y ferons donc fréquemment référence.

169 A titre d'illustration, voir l'arrêt TAF B-19/2012 du 11 janvier 2012, en rapport avec un communiqué de presse de la FINMA dont le requérant demandait en particulier l'interdiction de la publication par le biais de mesures superprovisionnelles (communiqué publié le jour de la décision du TAF par l'autorité de surveillance et disponible sur son site internet à l'adresse: www.finma.ch/flaktuell/Pages/mm-kpt-20120111.aspx). Voir ég. la contribution de EVA SCHNEEBERGER, « Verfahrensfragen », se référant en plus à l'arrêt TAF non publié B-0645/2012 du 13 février 2012 (cet article paraîtra prochainement dans le Bulletin spécial de la FINMA en relation avec la « *FINMA Juristen-Konferenz* », du 14 novembre 2012).

170 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (n. 64) n° 363.

171 Pour un exposé détaillé, FLÜCKIGER (n. 164) n° 29 ss.

changement d'un nom de rue, l'inhumation d'une urne, etc.¹⁷². Les autres conditions de cette disposition permettent de saisir un peu mieux cette notion.

- La requête de l'administré doit contenir des *conclusions* conformes aux objectifs fixés par la règle pertinente. En droit fédéral comme en droit genevois, le requérant peut demander que l'autorité :
 - « a) s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ;
 - b) élimine les conséquences d'actes illicites ; ou
 - c) constate l'illicéité de tels actes tendant à obtenir une décision ».
- Cette requête doit être adressée à l'*autorité compétente*. Le Tribunal administratif fédéral souligne qu'il doit s'agir de « *die für den Realakt örtlich, sachlich und funktionell zuständige Verwaltungsbehörde* »¹⁷³. Pour sa part, l'article 4A, alinéa 3, LPA/GE indique de manière utile que : « Lorsqu'elle n'est pas désignée, l'autorité compétentes est celle dont relève directement l'intervention étatique en question ».
- Comme l'exige expressément l'article 25a PA, ces actes doivent être « fondés sur le *droit public* fédéral »¹⁷⁴. Alors qu'en vertu de l'organisation judiciaire imposée par notre structure fédérale, l'article 4A LPA/GE indique que ces actes peuvent, outre le droit (public) fédéral, avoir pour origine le droit cantonal ou communal¹⁷⁵.
- L'administré doit par ailleurs pouvoir faire valoir un *intérêt* digne de protection. On peut reprendre ici la jurisprudence relative aux articles 48, alinéa 1, lettre c, PA et 89, alinéa 1, lettre c, LTF¹⁷⁶ et se contenter de rappeler que cet intérêt :

¹⁷² P. ex. MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 34.

¹⁷³ Arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013, c. 5.

¹⁷⁴ Souligné par les auteurs.

¹⁷⁵ A notre sens, cette disposition de droit procédural cantonal devrait limiter l'impact de la controverse portant sur les effets de l'art. 25a PA à l'égard des autorités cantonales appliquant le droit public fédéral. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (n. 64) n° 367.

¹⁷⁶ Arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013, c. 7.1. Comme le rappelle l'ATF 133/2007 II 468, X., c. 1 : « Cette disposition reprend en particulier les exigences qui prévalaient sous l'empire de l'art. 103, let. a, OJ [aRS 3 p. 521] pour le recours de droit administratif (voir Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 p. 4000 ss, 4126) ».

« consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que le recourant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. L'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération [...]. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu »¹⁷⁷.

- L'acte doit en outre *affecter*¹⁷⁸ *les droits ou les obligations* de l'administré qui invoque l'application de l'article 25a PA ou d'une règle équivalente en droit cantonal. Le Tribunal administratif fédéral a, dans ce contexte, clarifié de manière significative cette condition :

« Das ‚Berührtsein‘ gemäss Art. 25a Abs. 1 VwVG dient der Grenzziehung zwischen rechtsschutzwürdigem und nicht rechtsschutzwürdigem tatsächlichem Verwaltungshandeln, wobei die Abgrenzung von der Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses schwierig ist. Von der Stossrichtung her haben aber beide ein ähnliches Ziel, nämlich den Ausschluss von Bagatell- resp. Popularbeschwerden. Wenn ein Realakt eine Person durch nicht beabsichtigte, aber im Zusammenhang mit einer tatsächlichen Handlung in Kauf genommene Rechtswirkungen (sog. Reflexwirkung) betrifft, verlangt die Lehre eine gewisse minimale Intensität des Berührtseins. Allerdings ist hierbei der anzulegende Massstab nicht streng zu handhaben, da der Gesetzestext kein ‚besonderes‘ Berührtsein verlangt. Es genügt deshalb für das Berührtsein, wenn eine potenzielle Rechtsverletzung glaubhaft gemacht wird; ob ein Grundrecht tatsächlich betroffen oder gar verletzt ist, bleibt im Rahmen der materiellen Prüfung zu klären »¹⁷⁹.

¹⁷⁷ ATF 133/2007 II 468, X., c. 1. Voir ég. ALAIN WURZBURGER, n° 22 *ad* art. 89 LTF, in: *Commentaire de la LTF* (n. 69); YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral: commentaire*, Berne 2008, nos 3118-3119 *ad* art. 89 LTF, et VERA MARANTELLI-SONANINI, SAÏD HUBER, n° 10 *ad* art. 48 VwVG, in: WALDMANN/WESSENBERGER (éd.), *VwVG, Praxiskommentar* (n. 62).

¹⁷⁸ Les termes « touchant » ou « *tangono* », respectivement dans les versions française et italienne de l'art. 25a PA ne donnent pas toute l'ampleur du verbe « *berühren* » que l'on trouve dans la version allemande de cette même disposition.

¹⁷⁹ Arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013, c. 8.1.1.

- Il faut enfin souligner que ce moyen revêt un caractère *subsidaire* : cette voie n'est ouverte que s'il n'existe aucune autre possibilité de faire valoir ledit intérêt protégé, respectivement lorsqu'il paraît déraisonnable (*unzumutbar*) d'attendre le prononcé d'une décision portant sur l'objet du litige¹⁸⁰.

Cet exposé sur les actes matériels conclut bien cette contribution : il montre à quel point le droit administratif est vivant et peut, notamment dans son contentieux, prendre en compte l'évolution des activités de l'administration.

¹⁸⁰ *Id.*, c. 7.1.

La qualité pour recourir

FRANÇOIS BELLANGER*

Avocat, Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

La question de la qualité pour recourir est un sujet central du contentieux administratif.

La qualité de partie à une procédure administrative appartient, selon l'article 6 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968¹, aux personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, mais aussi et souvent, surtout, aux autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision, soit celles qui ont qualité pour recourir contre celle-ci.

Lorsqu'un recours est déposé, la qualité pour recourir est bien entendu une condition *sine qua non* de la recevabilité du recours. Les articles 48 PA et 89 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005² conditionnent à ce titre l'ensemble du contentieux administratif. Ils servent de référence pour ce rapport dès lors que le droit cantonal ne peut limiter la qualité pour recourir par rapport au seuil fixé par l'article 89 LTF conformément à l'article 111, alinéa 1, LTF.

L'acquisition par des tiers de la qualité de partie par un appel en cause ou une intervention nécessite, outre les conditions spéciales qui pourraient être applicables, l'existence d'un intérêt digne de protection et une proximité par rapport à l'objet du litige identiques à ceux requis pour admettre la qualité pour recourir.

* Etat des références au 10 juin 2013. Je remercie Madame AURÉLIE GAVILLET, assistante à la Faculté de droit de Genève, pour la relecture de cette contribution et la mise au point de l'appareil critique.

1 PA – RS 172.021.

2 LTF – RS 173.110.

De nombreuses questions se posent régulièrement au regard de la qualité pour recourir des autorités.

Cette contribution vise à faire le point sur l'état de la jurisprudence dans ce domaine sept ans après la réforme de l'organisation judiciaire fédérale entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

La première partie sera consacrée à la qualité pour recourir, que nous qualifierons « d'ordinaire », au sens des articles 48, alinéa 1, PA et 89, alinéa 1, LTF (*infra* II.). Nous traiterons dans une deuxième partie de la qualité pour recourir en vertu de la loi, notamment des autorités, selon les articles 48, alinéa 2, PA et 89, alinéa 2, LTF (*infra* III.). Dans une troisième partie, nous examinerons le recours des autorités fondé sur les articles 48, alinéa 1, PA ou 89, alinéa 1, LTF (*infra* IV.). Enfin, la dernière partie traitera brièvement des autres qualités pour recourir concernant le recours contre les actes normatifs et le recours en matière de droits politiques (*infra* V.).

II. La qualité ordinaire pour recourir

Selon l'article 48, alinéa 1, PA, a qualité pour recourir quiconque: a) a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire; b) est spécialement atteint par la décision attaquée, et c) a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. A ces trois conditions, il est nécessaire d'ajouter une quatrième exigence, qui ne figure pas expressément dans les dispositions légales: l'existence d'un intérêt actuel.

L'article 89, alinéa 1, LTF utilise les mêmes conditions, sous réserve du terme « particulièrement » à sa lettre b au lieu du mot « spécialement », étant précisé que la version allemande de ces deux articles est identique et utilise le mot « besonders ». Toutefois, dès les premiers arrêts rendus sous l'empire de la LTF, le Tribunal fédéral a exposé que la qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1, PA correspond à celle prévue par l'article 89, alinéa 1, LTF. En conséquence, la jurisprudence développée en rapport avec cette dernière disposition est également valable pour l'article 48, alinéa 1, PA³.

3 ATF 131/2005 II 649, X., c. 3.1; HÄNER ISABELLE (2008), in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zurich, n° 1 ad art. 48 PA.

Nous pouvons donc traiter ces deux normes conjointement. Après avoir précisé brièvement la nature possible des recourants (*infra* A.), nous examinerons les quatre conditions de la qualité pour recourir (*infra* B.).

A. La nature du recourant

Le recourant peut être une personne physique ou morale. Dans ce dernier cas, si la personne morale est une association, on distingue le recours de l'association pour la défense de ses propres intérêts et le recours de l'association pour la protection des intérêts de ses membres.

Dans le premier cas, l'association a la qualité pour recourir si elle remplit les conditions usuelles pour que celle-ci soit admise. Dans le second cas, l'association, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public (nommé alors recours corporatif) pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux⁴.

Une collectivité publique peut aussi parfois recourir en fondant sa qualité pour recourir sur les articles 48, alinéa 1, PA ou 89, alinéa 1, LTF⁵.

B. Les conditions de la qualité pour recourir

L'admission de la qualité pour recourir requiert la réalisation de quatre conditions cumulatives que nous examinerons successivement: la participation à l'instance précédente (*infra* 1.), le fait d'être spécialement ou particulièrement atteint par la décision attaquée (*infra* 2.), avoir un intérêt digne de protection (*infra* 3.) et un intérêt actuel (*infra* 4.).

4 ATF 137/2011 II 40, *Diethelm et consorts*, c. 2.6.3; ATF 134/2008 II 120, *Ver-ein gegen Tierfabriken Schweiz VgT*, c. 2; ATF 133/2007 V 239, *Société M. de pharmacie, Association des Pharmacies du canton Y. et C.*, c. 6.4; ATF 130/2004 II 514, X., c. 2.3.3; arrêt TF 1C_367/2009 du 27 octobre 2009, c. 3.

5 Voir *infra* IV.

1. *La participation à l'instance précédente*

Les articles 48, alinéa 1, lettre a, PA et 89, alinéa 1, lettre a, LTF exigent qu'une partie à une procédure de recours ait participé à la procédure devant l'instance inférieure – qu'il s'agisse pour l'article 48 PA de l'instance ayant pris la décision initiale si c'est celle qui fait l'objet du recours⁶, ou de l'instance de recours précédente si cette décision initiale a fait l'objet d'un premier recours et que le recourant a succombé en tout ou partie dans ses conclusions, comme cela sera toujours le cas devant le Tribunal fédéral.

Cette condition découle du principe de la bonne foi selon lequel les parties doivent intervenir dans la procédure et faire valoir leurs griefs le plus tôt possible⁷, sous peine de se voir écarter de la procédure⁸. Elle est réalisée si le recourant a participé à l'instance précédente comme partie, voire comme simple participant, ou a été empêché de le faire parce que sa qualité pour recourir a été niée et son recours ayant abouti au jugement contesté a été déclaré irrecevable⁹.

6 Voir, par exemple, l'arrêt TAF C-6404/2011 du 25 mai 2012, c. 1.3.2 et 1.3.3.

7 Voir, notamment, GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, p. 900-901; KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main, n° 1986; MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, vol. 2, Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^e éd., Berne, p. 752; RHINOW RENÉ, KOLLER HEINRICH, KISS CHRISTINA, THURNHERR DANIELA, BRÜHL-MOSER DENISE (2010), *Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 2^e éd., Bâle, n° 1347; ZIMMERLI ULRICH, KÄLIN WALTER, KIENER REGINA (2004), *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne, p. 105-106; *contra* KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABELLE (1998), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich, nos 236 et 250; voir également de manière plus nuancée, HÄNER ISABELLE (2000), *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich, nos 334 à 338.

8 La CJCA a refusé l'application du principe de la bonne foi envers des recourants qui se fondaient sur une publication erronée dans la FAO des voies de recours n'indiquant pas que le recours était réservé aux personnes déjà intervenues dans la procédure conformément à l'art. 147 de la loi genevoise sur les constructions et les installations diverses (LCI/GE – RS/GE L 5 05) (arrêt CJCA/GE du 29 novembre 2011 [ATA/730/2011]).

9 Voir, par exemple, arrêt TF 1C_248/2012 du 1^{er} octobre 2012, c. 1.1 pour un cas d'admission de cette exigence et l'arrêt TF 8C_76/2011 du 25 octobre 2011, c. 1 pour un cas inverse.

Une exception à cette règle existe dans l'hypothèse où le recourant a été privé sans sa faute, en raison d'une erreur de l'autorité, de se constituer partie à la procédure devant l'autorité inférieure, alors même qu'il était en droit de le faire¹⁰. Ce sera, par exemple, le cas d'une personne qui, faute d'avoir été invitée par un avis personnel à prendre part à l'instance antérieure, a été empêchée sans sa faute d'agir, car elle ne pouvait avoir connaissance de son existence¹¹.

2. *Etre spécialement ou particulièrement atteint par la décision attaquée*

La nouvelle formulation de l'article 48, alinéa 1, lettre b, PA (« est spécialement atteint » au lieu de « est touché »), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, s'est faite en lien avec le nouvel article 89, alinéa 1, LTF qui exige que le recourant soit « particulièrement » atteint. Le législateur a introduit l'exigence de cette atteinte spéciale, car il avait constaté que la pratique avait parfois été trop généreuse dans la reconnaissance de la qualité pour agir de tiers¹². Il entendait ainsi réduire le nombre de tiers potentiels en exigeant un rapport étroit entre le recourant et l'objet du litige¹³.

Cette exigence implique que le recourant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. Elle est étroitement liée à l'exigence de l'intérêt digne de protection visé par l'article 48, alinéa 1, lettre c, PA¹⁴.

¹⁰ Voir, par exemple, l'arrêt TAF A-4356/2010 du 25 janvier 2011, c. 5.2.

¹¹ ATAF 2008/31 du 15 avril 2008, c. 3.1.

¹² Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4127, *ad* art. 83 LTF [devenu art. 89, al. 1, LTF dans la version finale], ch. 4.1.3.3; ATF 137/2011 II 40, *Diethelm et consorts*, c. 2.3 et les réf. cit.; ATF 135/2008 II 145, *A. et B.*, c. 6.1; ATF 133/2007 II 468, X., c. 1.

¹³ ATF 133/2007 II 468, X., c. 1; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que la décision d'une autorité de surveillance de ne pas donner suite à la plainte dirigée contre un notaire ne constituait pas une atteinte à un intérêt digne de protection du dénonciateur, parce que la procédure de surveillance disciplinaire des notaires – tout comme celle des avocats – vise à assurer l'exercice correct de la profession et à préserver la confiance du public et non pas à défendre les intérêts privés des particuliers.

¹⁴ Voir *infra* II.B.3.

L'intérêt invoqué, de fait ou de droit, doit se trouver avec l'objet de la contestation dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération¹⁵.

Le lien de connexité est clair lorsque le recourant est l'un des destinataires de la décision. Si le recourant est un tiers, il devra démontrer l'existence d'une communauté de fait entre ses intérêts et ceux du destinataire¹⁶.

Par exemple, les concurrents auront qualité pour agir contre l'octroi d'une autorisation de pratiquer la profession à un tiers, dès lors qu'ils subiront vraisemblablement un préjudice sous la forme d'une baisse de chiffre d'affaires¹⁷.

De même, le voisin d'un fonds pourra recourir si la décision concernant ce fonds lui cause un préjudice réel, car il est suffisamment proche de celui-ci pour risquer de subir les nuisances alléguées¹⁸. Pour des voisins plus éloignés, il est nécessaire de démontrer un préjudice effectif supérieur à celui subi par la grande majorité des personnes. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble directement voisin de la construction ou de l'installation litigieuse a, en principe¹⁹, la qualité pour recourir²⁰. Cette qualité peut être reconnue même en l'absence de voisinage direct, lorsqu'une distance relativement faible sépare l'immeuble du recourant

¹⁵ ATF 137/2011 II 40, *Diethelm et consorts*, c. 2.3 et les réf. cit.; 137/2011 II 30, X, c. 2.2.2; ATAF 2009/31 du 30 avril 2009, c. 4; 2009/17 du 13 février 2009, c. 3.1; 2009/1 du 30 janvier 2008, c. 6; 2007/1 du 7 mars 2007, c. 3.4 et les réf. cit.; arrêts TAF A-3762/2010 du 25 janvier 2012, c. 2.2 et les réf. cit.; A-98/2011 du 27 septembre 2011, c. 2.6 et les réf. cit.

¹⁶ ATF 110/1984 Ib 398, *Cloetta et consorts*, c. 1b.

¹⁷ ATF 98/1972 Ib 226, *Stadtbernischer Apothekerverein und Konsorten*.

¹⁸ Voir, par exemple, l'ATF 104/1978 Ib 307, *Association des riverains de l'aéroport de Genève (ARAG) et Rusbach*, c. 3b; ATF 110/1984 Ib 99, *Dr. Reiser*, c. 1b.

¹⁹ Même dans ce cas de proximité géographique, la qualité pour recourir peut être niée lorsque le voisin n'est pas atteint par la construction projetée. Par exemple, lorsque l'enjeu de la procédure est la dimension des sous-sols d'une construction, l'admission du recours n'est pas susceptible de procurer au recourant un avantage pratique, puisque l'impact visuel de la construction ne serait pas modifié et qu'il n'est pas démontré que l'utilisation souterraine de la parcelle serait à l'origine d'immissions atteignant spécialement le recourant (arrêt TF 1C_565/2012 du 23 janvier 2013). Le même raisonnement s'applique en cas de transformation intérieure d'une construction sans impact sur sa densité ou son aspect extérieur.

²⁰ ATF 133/2007 II 249, X., c. 1.3.2.

de la construction litigieuse²¹ ou lorsque le voisin peut, selon la topographie, le régime des vents, la situation des parcelles ou pour d'autres motifs encore, être touché plus que quiconque et se voir ainsi reconnaître la qualité pour recourir, alors même qu'il se trouverait à une distance relativement élevée de la construction litigieuse²².

La qualité pour recourir du voisin plus éloigné ne sera donc reconnue que si les immissions sont clairement perceptibles et dérangeantes²³, soit avec une certaine gravité et un certain degré d'évidence²⁴. Il devra être certain ou, à tout le moins, très vraisemblable, que l'installation litigieuse sera à l'origine d'immissions – bruit, vibrations, lumières ou autres – touchant les voisins spécialement²⁵. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a admis que des personnes habitant le long d'une route d'accès à une décharge pouvant percevoir nettement le trafic poids lourds supplémentaire généré par cette installation, ont qualité pour contester le projet. Dans le cas particulier, le trafic poids lourds supplémentaire modifiait la composition du trafic et était nettement perceptible, même si, d'un point de vue purement arithmétique, l'élévation du niveau de bruit restait inférieure à 1 dB(A)²⁶. A l'inverse, le Tribunal administratif fédéral a nié la qualité pour recourir des riverains d'une route en raison de l'utilisation de bus diesel à la place de trolleybus car ce changement ne générerait pas d'augmentation sensible de la pollution de l'air et des immissions de bruit²⁷.

Les voisins ne sont également pas libres d'invoquer n'importe quel grief pour justifier de leur qualité pour recourir. Ils ne peuvent en effet se

21 ATF 124/1998 II 293, *Politische Gemeinde Glattfelden und weitere Beschwerdeführer*, c. 3; 121/1995 II 171, *D. et H.*, c. 2b et les réf. cit.; ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (2004), «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, p. 176 ss et les réf. cit.

22 Arrêt TAF A-6536/2010 du 23 août 2011, c. 2.2 et les réf. cit.

23 ATF 110/1984 Ib 99, *Dr. Reiser*, c. 1b.

24 Arrêt TF 1A.47/2002 du 16 avril 2002, c. 3.5.

25 ATF 125/1999 II 10, X., c. 3a; arrêt TF 1C_387/2007 du 25 mars 2008, c. 3.1 et 3.2; ATAF 2007/1 du 7 mars 2007, c. 3.5 et les réf. cit.; arrêt TAF A-3014/2010, c. 3.2 et les réf. cit.

26 ATF 136/2010 II 281, *Eheleute A. und Mitb.*, c. 2.3 à 2.5 et les références citées au c. 2.3.

27 ATAF 2007/1 du 7 mars 2007, c. 3.6 à 3.9.

prévaloir d'un intérêt digne de protection à invoquer des dispositions édictées dans l'intérêt général ou dans l'intérêt de tiers que si elles peuvent avoir une influence sur leur situation de fait ou de droit²⁸. La jurisprudence a également souligné que le voisin peut être habilité à se prévaloir de normes qui ne sont pas destinées à le protéger si l'admission de son grief est susceptible de lui procurer un avantage pratique. Un recours dont le seul but est de garantir l'application correcte du droit demeure irrecevable, parce qu'assimilable à une action populaire²⁹.

En cas d'activités à risque provenant d'installations fixes, la qualité pour recourir du voisin est soumise à des exigences spécifiques. Tel est le cas des centrales nucléaires, des usines chimiques ou des installations de téléphonie mobile, qui constituent des exemples typiques d'activités à risques provenant d'installations fixes³⁰. Il a notamment été jugé, en matière de téléphonie mobile, qu'ont qualité pour recourir tous les propriétaires et habitants qui se trouvant à l'intérieur du périmètre au sein duquel le rayonnement atteint 10% ou plus de la valeur limite de l'installation³¹. En matière de lignes à haute tension, le périmètre de légitimation en droit se détermine de manière mathématique en fonction de la distance par rapport à la ligne³².

Le lien étroit n'existe pas pour celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate³³, comme l'actionnaire d'une société anonyme, qui

28 ATF 137/2011 II 30, X., c. 2.2.3; 133/2007 II 249, X., c. 1.3.2; arrêt TAF A-3014/2010 du 31 janvier 2011, c. 3.2.

29 AEMISEGGER HEINZ, HAAG STEPHAN (2010), *Commentaire pratique de la protection juridique en matière d'aménagement du territoire*, Genève/Zurich/Bâle, n° 123 ad art. 34 LAT; cf. également ATF 137/2011 II 30, X, c. 2.2.3 et 2.3 et les réf. cit.; arrêt TF 1C_320/2010 du 9 février 2011, c. 2.3

30 ZEN-RUFFINEN (n. 21) p. 181.

31 ATF 128/2002 II 168, A., B. und C.

32 La distance de légitimation équivaut au double de la distance de l'isoligne, toutefois à 20 m au moins. Elle est mesurée horizontalement à partir de l'axe de la ligne et s'applique des deux côtés de celle-ci, symétriquement par rapport à l'axe de la ligne. Le corridor qui en résulte constitue le périmètre de légitimation. Si l'isoligne de 1µT n'est pas symétrique par rapport à l'axe de la ligne, on applique tout de même la distance de légitimation trouvée des deux côtés de la ligne et de manière symétrique (cf. Lignes à haute tension – Aide à l'exécution de l'ORNI – Recommandations concernant l'exécution, les calculs et les mesures – Projet pour essai, juin 2007, disponible sur le site internet de l'OFEV [www.bafu.admin.ch/elektrosmog/01100/01108/04391/index.html?lang=fr], n. 8.5, p. 66 s.).

33 ATF 125/1999 V 339, SWICA Organisation de santé, c. 4a.

ne peut recourir contre une mesure dirigée contre la société³⁴ ou le bénéficiaire d'une procuration sur un compte bancaire dont il n'est pas le titulaire dans le cadre de l'entraide judiciaire³⁵. De même, la crainte d'avoir à subir des inconvénients économiques ne peut fonder la qualité pour recourir que si les inconvénients allégués ont une certaine importance et probabilité et que le recourant n'invoque pas uniquement des intérêts publics généraux³⁶.

Finalement, il appartient au recourant d'établir son préjudice et plus généralement les éléments de fait permettant de conclure à la recevabilité de son acte de contestation³⁷. Les exigences de preuves ne sont cependant pas trop élevées³⁸.

3. *Avoir un intérêt digne de protection*

L'intérêt digne de protection visé par les articles 48, alinéa 1, lettre c, PA et 89, alinéa 1, lettre c, LTF se détermine d'après des critères objectifs et, de manière générale, consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (intérêt suffisant au recours)³⁹.

En relation avec la condition précédente, cet intérêt de droit ou de fait doit être direct et concret; en particulier, le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grandes que l'ensemble des administrés⁴⁰⁻⁴¹. L'intérêt

34 ATF 116/1990 Ib 331, *Schweizerische Kreditanstalt und CS Holding*, c. 1c.

35 ATF 122/1996 II 130, *société H.*, c. 2b et c.

36 Arrêt TAF C-2110/2006 du 6 juin 2007, c. 2.5.

37 ATF 133/2007 II 249, X., c. 1.1.

38 ZEN-RUFFINEN (n. 21) p. 177 et les réf. cit.

39 ATF 133/2007 V 239, *Société M. de pharmacie, Association des Pharmacies du canton Y. et C.*, c. 6.2; ATF 133/2007 II 468, X., c. 1; ATF 131/2005 V 298, *Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents*, c. 3.

40 ATF 137/2011 II 40, *Diethelm et consorts*, c. 2.3; ATF 135/2009 II 145, *A. et B.*, c. 6.1; ATF 131/2005 II 649, X., c. 3.1 et les arrêts cités.

41 ATF 137/2011 II 40, *Diethelm et consorts*, c. 2.3; 137/2011 II 30, X., c. 2.2.2; 135/2009 II 145, *A. et B.*, c. 6; ATAF 2009/31 du 30 avril 2009, c. 4; 2009/17 du 13 février 2009, c. 3.1; 2009/1 du 30 janvier 2008, c. 6.

est absent si le recours se limite à invoquer la violation de normes édictées dans l'intérêt public sans que cette violation n'ait de rapport avec sa situation particulière⁴².

Le recourant ne peut en effet se prévaloir d'un intérêt digne de protection à invoquer des dispositions édictées dans l'intérêt général ou dans l'intérêt de tiers que si elles peuvent avoir une influence directe sur sa situation de fait ou de droit⁴³⁻⁴⁴.

Le recourant doit donc être touché dans ses intérêts de fait ou de droit dans une mesure et avec une intensité supérieures aux autres personnes⁴⁵. Cette condition est étroitement liée à celle de l'atteinte particulière.

En conséquence, cette exigence contient deux sous-conditions.

D'une part, le recourant doit être touché à titre individuel par la mesure contestée; un intérêt général ou théorique n'est pas suffisant⁴⁶. Il doit donc pouvoir se prévaloir à titre personnel de l'intérêt digne de protection.

42 Le fait de s'intéresser particulièrement à un sujet traité dans une émission de radio ou de télévision et d'avoir participé à ce titre à une procédure de plainte devant l'autorité de plainte en matière de radio et télévision ne suffit pas à établir une atteinte directe, concrète et d'une intensité particulière (Arrêt TF 2C_749/2007 du 21 février 2008); cf. à ce sujet, en droit des constructions, le voisin qui a un intérêt digne de protection à se prévaloir de dispositions relatives à la hauteur d'une construction (ATF 133/2007 II 249, X., c. 1.3.3), à sa densité, à la distance aux limites et aux immissions (ATF 127/2001 I 44, *Schmid*, c. 2).

43 ATF 137/2011 II 30, X., c. 2.2.3; 135/2009 II 145, *A. et B.*, c. 6.2.

44 Dans une procédure non contentieuse, la seule qualité de plaignant ou de dénonciateur ne donne pas le droit de recourir contre la décision prise; le plaignant ou le dénonciateur doit encore pouvoir invoquer un intérêt digne de protection à ce que l'autorité de surveillance intervienne. La jurisprudence a ainsi dénié la qualité pour recourir au plaignant dans le cadre d'une procédure disciplinaire dirigée contre un avocat, considérant que celui-là n'avait pas un intérêt propre et digne de protection à demander une sanction disciplinaire à l'encontre de l'avocat pour une éventuelle violation de ses obligations professionnelle car la procédure de surveillance disciplinaire des avocats a pour but d'assurer l'exercice correct de la profession par les avocats et de préserver la confiance du public à leur égard, et non de défendre les intérêts privés des particuliers (ATF 138/2012 II 162, X., c. 2.1.2).

45 ATF 127/2001 V 1, *P.*, c. 1b.

46 ATF 121/1995 II 176, *Claudia Leisinger-Bolleter u. Mitb.*, c. 3; ATF 116/1990 II 136, *M.*

D'autre part, l'intérêt du recourant doit être distinct de celui des autres membres de la collectivité publique en cause. Tel sera le cas si le recourant est touché dans ses intérêts de fait ou de droit dans une mesure et avec une intensité supérieures aux autres personnes⁴⁷.

4. *Avoir un intérêt actuel*

La quatrième condition, non écrite, est d'avoir un intérêt actuel à l'annulation ou la modification de la décision attaquée: l'intérêt digne de protection doit exister non seulement au moment du dépôt du recours, mais encore au moment où l'arrêt est rendu⁴⁸.

L'intérêt doit être actuel: il faut que le recours permette d'empêcher l'atteinte de se produire ou de perdurer.

Si l'intérêt s'éteint pendant la procédure, le recours sera déclaré sans objet⁴⁹.

Si l'atteinte s'est déjà produite et a cessé de déployer ses effets, le recours n'a plus de raison d'être. Ainsi, en matière de renvoi des étrangers en situation irrégulière, lorsque l'objet de la procédure est limité à l'exécution du renvoi et que cette exécution a déjà eu lieu, il n'y a en principe plus d'intérêt actuel digne de protection à la poursuite de la procédure⁵⁰.

Toutefois, les juridictions administratives dérogent à l'exigence d'un intérêt actuel, lorsque cette condition risquerait d'empêcher une juridiction de revoir une question de principe susceptible de se reproduire dans les mêmes circonstances⁵¹, voire lorsqu'il s'agit d'une décision non susceptible de se renouveler mais que les intérêts des recourants sont particulièrement touchés avec des effets qui vont perdurer⁵²⁻⁵³.

47 ATF 127/2001 V 1, P., c. 1b.

48 ATF 136/2010 II 101, *Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO) et Pro Natura*, c. 1.1.

49 ATF 123/1997 II 285, *Helvetia Nostra*, c. 4.

50 JAAC 65/2001 n° 7 (Comm. Rec. en matière d'asile, 19.04.2000), c. 2b et 2c.

51 ATAF 2009/31 du 30 avril 2009, c. 4; ATF 125/1999 II 497, *Claude Tamborini*, c. 1a et 1b; SJ 2001 I 172 (TF, 26.06.2000); ATF 111/1985 Ib 56, *Sozialdemokratische Partei der Schweiz*, c. 2b.

52 ATF 136/2010 II 101, *Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO) et Pro Natura*, c. 1.1; 135/2009 I 79, *X. und Y.*, c. 1.1. Voir l'ATAF 2009/9 du 22 décembre 2008 dans lequel le Tribunal administratif fédéral a renoncé à l'exigence

III. La qualité pour recourir en vertu de la loi

L'article 89, alinéa 2, LTF distingue le droit de recours des autorités fédérales (let. a et b), celui des communes ou autres collectivités publiques (let. c), et celui des tiers auxquels le droit fédéral reconnaît ce droit (let. d). L'article 48, alinéa 2, PA ne prévoit que le recours des autorités, organisation ou personnes auxquels le droit fédéral reconnaît ce droit, soit le cas visé par l'article 89, alinéa 2, lettre d, LTF. Examinons ces différentes catégories.

A. Le droit de recours des autorités fédérales

Tout d'abord, la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit⁵⁴, les unités qui leur sont subordonnées, ont la qualité pour recourir contre des actes remplissant deux conditions cumulatives.

En premier lieu, il doit s'agir d'une décision fédérale ou cantonale ou d'un acte normatif cantonal, entrant dans leur domaine d'attribution.

En second lieu, le respect de la législation fédérale dans le domaine d'attribution de l'autorité doit être mis en cause⁵⁵.

de l'intérêt actuel en raison des circonstances particulières du cas d'espèce, où les deux recourants étaient touchés dans leur honneur par la constatation, faite à leur rencontre dans la décision litigieuse, d'une action de concert en vue d'une offre d'acquisition, car elle avait créé dans le public l'impression, renforcée par l'écho médiatique de l'affaire, que les deux recourants auraient commis une irrégularité déjà dans le cadre de cette offre d'acquisition.

⁵³ ATF 137/2011 I 23, X.; 136/2010 II 101, *Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO) et Pro Natura*, c. 1.1, dans lequel l'exception a été admise dans le cadre d'autorisations de tir limitées dans le temps, car de telles autorisations sont toujours limitées dans le temps et, en l'absence d'admission de l'exception, un contrôle judiciaire serait impossible.

⁵⁴ Voir l'ATF 136/2010 V 106, *Secrétariat d'Etat à l'économie*, dans lequel le Tribunal fédéral a nié au SECO la qualité pour recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral dans le domaine de l'assurance chômage car l'art. 102 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI – RS 837.0) n'autorise le SECO à recourir au Tribunal fédéral que contre les décisions des Tribunaux cantonaux des assurances.

⁵⁵ Voir, par exemple, l'art. 14 de l'Ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police du 17 novembre 1999 (Org DFJP – RS 172.213.1) qui

Dans ces différents cas, 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 spécifique⁵⁶. La qualité pour recourir fondée sur l'article 89, alinéa 2, lettre a, LTF est donc autonome et abstraite⁵⁷. Elle suppose toutefois un intérêt pratique et actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée⁵⁸.

Ce droit de recours a pour particularité de pouvoir être exercé même si l'autorité n'a pas participé à la procédure antérieure conformément à l'article 111, alinéa 2, LTF. Cette disposition permet en effet à une autorité fédérale de recourir devant les autorités cantonales précédentes ou, pour autant qu'elle le demande, participer à la procédure devant celles-ci, sans qu'elle en ait toutefois l'obligation⁵⁹. Il convient de rappeler que selon l'article 1, lettre c, de l'ordonnance concernant la notification des décisions cantonales de dernière instance en matière de droit public du 8 novembre 2006⁶⁰, les autorités cantonales notifient sans délai et gratuitement aux autorités fédérales ayant qualité pour recourir les décisions de dernière instance qui peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral par un recours en matière de droit public. En conséquence, les autorités fédérales concernées par les décisions de dernière instance cantonale doivent se les voir notifiées même si elles ne sont pas parties à la procédure cantonale.

De plus, les autorités fédérales ne sont pas liées par l'objet du litige tel que défini à l'instance précédente et peuvent présenter des allégués de fait et droit nouveaux, voire demander une *reformatio in pejus*⁶¹.

attribue à l'Office fédéral des migrations la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, dans les domaines du droit des étrangers et de la nationalité, contre des décisions cantonales de dernière instance.

⁵⁶ ATF 131/2005 II 121, *Département fédéral de justice et police*, c. 1; 129/2003 II 11, *Bundesamt für Ausländerfragen*, c. 1.1.

⁵⁷ ATF 135/2009 II 338, *Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement*, c. 1.2.1.

⁵⁸ Arrêt TF 1C_467/2010 du 11 mai 2011, c. 1.2.

⁵⁹ Arrêt TF 2C_401/2012 du 18 septembre 2012, c. 1.4.

⁶⁰ RS 173.110.47.

⁶¹ ATF 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*; ATF 136/2010 II 359, *Bundesamt für Raumentwicklung*, c. 1.2.

B. Le droit de recours des communes ou autres collectivités publiques

L'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF confère aux communes et autres collectivités publiques la qualité pour agir lorsqu'elles invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par les constitutions cantonale ou fédérale. Cette disposition ouvre notamment aux communes la voie du recours pour violation de leur autonomie⁶².

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 appréciable⁶³. Le domaine d'autonomie protégé peut consister dans la faculté d'adopter ou d'appliquer des dispositions de droit communal, ou encore dans une certaine liberté dans l'application du droit fédéral ou cantonal⁶⁴. L'existence et l'étendue de l'autonomie communale dans une matière concrète sont déterminées essentiellement par la constitution et la législation cantonales⁶⁵.

En plus de cette règle générale, le Tribunal fédéral a admis qu'une mesure cantonale qui aurait pour effet de déséquilibrer fondamentalement les finances d'une commune au point de remettre en cause son existence porterait atteinte à son autonomie⁶⁶.

Les corporations de droit public dont l'organisation peut être comparée à celle d'une commune bénéficient de la même protection⁶⁷. Elles constituent les « autres collectivités de droit public » visées à l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF. Ainsi, une association intercommunale atteinte par une décision en tant que détentrice de la puissance publique peut

⁶² ATF 136/2010 I 265, *Politische Gemeinde Lindau*, c. 1.3; 135/2009 I 302, *Politische Gemeinde St. Gallen*, c. 1.1.

⁶³ ATF 126/2000 I 133, *Stadt Zürich*, c. 2.

⁶⁴ ATF 133/2007 I 128, *Communes de Corsier et de St-Légier-La Chiésaz*, c. 3.1.

⁶⁵ ATF 135/2009 I 43, *Politische Gemeinde Amden und Mitb.*, c. 1.2; 133/2007 I 128, *Communes de Corsier et de St-Légier-La Chiésaz*, c. 3.1; 129/2003 I 410, *Politische Gemeinde Tujetsch und Mitb.*, c. 2.1.

⁶⁶ Arrêt TF 2C_609/2007 du 27 novembre 2008; TF 2C_204/2006 du 21 mai 2007, c. 9; ATF 110/1984 Ia 50, *Gemeinde Thusis*, c. 4b.

⁶⁷ ATF 108/1982 Ia 82, *evangelisch-reformierte Kirche des Kantons St. Gallen und evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Straubenzell*, c. 1b.

se prévaloir de la garantie de son autonomie pour justifier de sa qualité pour recourir si elle invoque la violation de garanties qui lui sont reconnues par la constitution cantonale ou fédérale⁶⁸.

La question de savoir si un canton peut se prévaloir de l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF pour se plaindre de la violation de sa souveraineté garantie par l'article 3 Cst.⁶⁹ est controversée en doctrine⁷⁰. La jurisprudence n'a pas encore tranché la question⁷¹, mais semble s'orienter plutôt dans le sens d'un refus, notamment pour éviter de permettre aux cantons de contester les jugements de leurs tribunaux⁷².

Les établissements de droit public, quant à eux, n'ont pas la qualité pour défendre leur autonomie par un recours de droit public, même s'ils bénéficient de la personnalité morale⁷³.

C. Le droit de recours des personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours

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 utilise expressément les termes « loi fédérale », ce qui limite la possibilité d'octroyer ce droit de recours spécial au seul législateur fédéral.

Par exemple, l'article 34, alinéa 2, lettre c, de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979⁷⁴ prévoit que les cantons et les

68 Arrêt TF 1C_183/2007 du 5 février 2008.

69 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101.

70 En faveur d'une application aux cantons: SEILER HANSJÖRG (2007), n° 59 *ad* art. 89 LTF, in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, *Bundesgerichtsgesetz (BGG): Bundesgesetz über das Bundesgericht*, Berne; WALDMANN BERNHARD (2011), n° 59 *ad* art. 89 LTF, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle; dubitatif: DONZALLAZ YVES (2008), *Loi sur le Tribunal fédéral: commentaire*, Berne, n° 3160; en défaveur: WURZBURGER ALAIN (2009), n° 39 *ad* art. 89 LTF, in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, *Commentaire de la LTF*, Berne.

71 Arrêt TF 9C_476/2010 du 24 novembre 2010, c. 1.

72 ATF 133/2007 II 400, *Kanton Solothurn*, c. 2.4.1.

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

74 LAT – RS 700.

communes ont qualité pour recourir contre les décisions prises par l'autorité cantonale de dernière instance portant sur des autorisations visées aux articles 24 à 24*d* et 37*a* LAT⁷⁵. De même, l'article 73, alinéa 1, de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990⁷⁶ prévoit que l'administration fiscale cantonale dispose d'un droit de recours au Tribunal fédéral contre les décisions cantonales de dernières instances portant sur plusieurs des matières traitées par la loi.

L'article 48, alinéa 2, PA confère de la même manière la qualité pour recourir à toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir.

En présence d'une loi fédérale expresse instaurant un tel droit de recours spécial, la qualité pour recourir est donnée sans que le recourant doive remplir les critères généraux des articles 48, alinéa 1, PA et 89, alinéa 1, LTF. Il suffit que le recourant soulève des questions juridiques concrètes, relatives à un cas particulier⁷⁷.

IV. La qualité pour recourir des autorités selon l'article 89, alinéa 1, LTF

Si l'article 89, alinéa 1, LTF a été conçu pour des particuliers, il est reconnu que les collectivités publiques peuvent s'en prévaloir à certaines conditions. La pratique développée à cet égard sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire⁷⁸ reste valable depuis l'entrée en vigueur de la LTF⁷⁹. La légitimation des cantons n'a ainsi été ni restreinte, ni étendue avec l'entrée en vigueur de la LTF, plus particulièrement de

⁷⁵ Arrêt TF 1C_497/2011 du mai 2011, c. 1.2.

⁷⁶ LHID – RS 642.14.

⁷⁷ ATF 129/2003 II 1, *Bundesamt für Ausländerfragen und Migrationsamt des Kantons Zürich*, c. 1.1.

⁷⁸ aOJ.

⁷⁹ ATF 135/2009 I 43, *Politische Gemeinde Amden und Mitb.*, c. 1.3; 135/2009 II 156, *Commune de La Chaux-de-Fonds, Commune du Locle et Commune de Neuchâtel*, c. 3.1; 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.1; 133/2007 II 400, *Kanton Solothurn*, c. 2.4.2.

l'article 89 LTF⁸⁰. En revanche, elle a évolué depuis l'entrée en vigueur de la LTF. Nous distinguerons dans une première étape ce que nous qualifierons de « cadre classique » de cette qualité pour recourir (*infra* A.) avant de présenter dans une seconde étape les évolutions de la jurisprudence (*infra* B.).

A. Le cadre classique

La jurisprudence a admis la qualité pour recourir des collectivités publiques si elles sont touchées comme un particulier (*infra* 1.) ou dans ses prérogatives de puissance publique (*infra* 2.). Le contenu de ces deux notions n'est toutefois pas toujours clair et a donné lieu à une abondante casuistique. Commençons par la collectivité touchée comme un particulier.

1. La collectivité publique touchée comme un particulier

Les cantons, les communes et les autres entités publiques peuvent être particulièrement atteints par une décision et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification au sens de l'article 89, alinéa 1, lettres b et c, LTF si la décision les atteint de la même manière qu'un particulier, ou du moins de manière analogue, dans leurs intérêts juridiques ou patrimoniaux⁸¹. Tel est le cas lorsqu'ils agissent pour la sauvegarde de leur patrimoine administratif ou financier⁸².

⁸⁰ ATF 133/2007 II 400, *Kanton Solothurn*, c. 2.4.3; SEILER (n. 70) n° 37 *ad* art. 89 LTF.

⁸¹ ATF 133/2007 II 400, *Kanton Solothurn*, c. 2.4.2; 131/2005 II 58, *Conseil d'Etat du canton du Valais*, c. 1.3; 125/1999 II 192, *Eidgenössische Alkoholverwaltung und Eidgenössisches Finanzdepartement*, c. 2a/aa; 124/1998 II 409, *Staat Zürich*, c. 1e/bb; 123/1997 II 371, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*, c. 2b; 123/1997 II 425, *Etat de Vaud*, c. 3a; 123/1997 II 542, *Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement*, c. 2d; 135/2009 II 156, *Commune de La Chaux-de-Fonds, Commune du Locle et Commune de Neuchâtel*, c. 3.1; 135/2009 I 43, *Politische Gemeinde Amden und Mitb.*, c. 1.3; 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.1.

⁸² ATF 131/2005 II 58, *Conseil d'Etat du canton du Valais*, c. 1.3; 125/1999 II 192, *Eidgenössische Alkoholverwaltung und Eidgenössisches Finanzdepartement*, c. 2a/aa; 124/1998 II 409, *Staat Zürich*, c. 1e/bb; 123/1997 II 371, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*, c. 2b; 123/1997 II 425, *Etat de Vaud*, c. 3a; 123/1997 II 542, *Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement*, c. 2d.

Un canton, une commune ou une autre entité publique sont touchés comme un particulier par la délivrance d'une autorisation de construire une installation lorsque celle-ci provoque des nuisances sur des immeubles dont il ou elle est propriétaire⁸³. Il en va de même d'une collectivité publique dont le patrimoine financier est touché par la perception d'une contribution⁸⁴ ou la condamnation à payer des dommages-intérêts fondés sur une responsabilité de droit civil ou sur des fondements analogues⁸⁵.

Cette jurisprudence s'applique sans réserve aux corporations de droit public ainsi qu'aux unités administratives décentralisées et autres entités autonomes chargées de tâches publiques, à condition qu'elles soient dotées de la personnalité morale⁸⁶.

La situation est plus complexe lorsque la collectivité publique est touchée dans ses prérogatives de puissance publique.

2. *La collectivité publique touchée dans ses prérogatives de puissance publique*

La jurisprudence reconnaît aussi que l'article 89, alinéa 1, LTF confère la qualité pour recourir à un canton, une commune ou une autre entité publique lorsqu'il ou elle est touché(e) dans ses prérogatives de puissance publique et qu'il ou elle dispose d'un intérêt public propre digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'acte attaqué⁸⁷⁻⁸⁸. Il

⁸³ ATF 124/1998 II 293, *Politische Gemeinde Glattfelden und weitere Beschwerdeführer*, c. 3b.

⁸⁴ ATF 135/2009 II 156, *Commune de La Chaux-de-Fonds, Commune du Locle et Commune de Neuchâtel*, c. 3.1.

⁸⁵ ATF 124/1998 II 409, *Staat Zürich*, c. 1e/dd; pour d'autres exemples: WALDMANN (n. 70) n° 42 *ad art.* 89 LTF; DONZALLAZ (n. 70) n° 3174.

⁸⁶ HÄNER (n. 7) n° 826 et la jurisprudence citée; WALDMANN (n. 70) n° 41 *ad art.* 89 LTF.

⁸⁷ ATF 135/2009 I 43, *Politische Gemeinde Amden und Mitb.*, c. 1.3; 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.1; 133/2007 II 400, *Kanton Solothurn*, c. 2.4.2.

⁸⁸ ATF 135/2009 II 156, *Commune de La Chaux-de-Fonds, Commune du Locle et Commune de Neuchâtel*, c. 3.1 et les réf. cit.; 135/2009 II 12, *Kanton Zürich*, c. 1.2.1; WALDMANN (n. 70) nos 37 et 42 *ss ad art.* 89; WURZBURGER (n. 70) n° 39 *ad art.* 89 LTF; MARANTELLI-SONANINI VERA, HUBER SAID (2009), n° 21 *ad art.* 48 PA, in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève.

s'agit d'une notion difficile à cerner : l'analyse des arrêts du Tribunal fédéral permet d'avoir des indices sur sa portée, mais sans pouvoir donner une définition précise.

Historiquement, une entité publique peut ainsi faire valoir un intérêt public digne de protection dans l'accomplissement de ses prérogatives de puissance publique, par exemple :

- en tant que créancière d'un émolument⁸⁹,
- en tant que bénéficiaire d'une subvention⁹⁰,
- en tant que titulaire d'une compétence en matière de police des constructions⁹¹,
- lorsqu'elle prévoit de créer une installation sportive ou une décharge,
- lorsqu'elle ordonne des mesures de protection des eaux⁹²,
- en cas d'intérêt patrimonial important, notamment en matière de péréquation financière intercommunale⁹³,
- lorsque la collectivité publique est atteinte dans sa qualité d'employeur public tenu de payer des salaires⁹⁴,
- lorsque le droit cantonal attribue à la commune l'ensemble des revenus d'un impôt spécial et lui confère des compétences particulières pour le prélever, comme cela est prévu dans certains cantons en matière d'impôt sur les gains immobiliers⁹⁵.

En revanche, une atteinte aux intérêts fiscaux n'est pas suffisante. En effet, dans les affaires fiscales, en particulier dans le domaine harmonisé des impôts directs, avec l'article 73 LHID, le législateur a déjà fait en

⁸⁹ Arrêt TF 2C_712/2008 du 24 décembre 2008, c. 1.3.2; ATF 119/1993 Ib 389, X., c. 2e.

⁹⁰ ATF 122/1996 II 382, *Kanton Zürich und Politische Gemeinde Kappel am Albis*, c. 2b.

⁹¹ ATF 117/1991 Ib 111, *Stadt Zürich*, c. 1b.

⁹² Cf. ATF 123/1997 II 371, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*, c. 2c; 123/1997 II 425, *Etat de Vaud*, c. 3a; pour d'autres exemples: cf. WALDMANN (n. 70) n° 43 *ad art.* 89 LTF.

⁹³ ATF 135/2009 I 43, *Politische Gemeinde Amden und Mitb*, c. 1.3 (Saint-Gall).

⁹⁴ ATF 124/1998 II 409, *Staat Zürich*, c. 1e.

⁹⁵ Arrêt TF 2P.204/2006 du 21 mai 2007, c. 6; cf. en outre le catalogue d'exemples cité par SEILER (n. 70) n° 35 *s ad art.* 89 LTF, WALDMANN (n. 70) n° 43 *s ad art.* 89 LTF; WURZBURGER (n. 70) n° 40 *ss ad art.* 89 LTF.

sorte, en énonçant la liste des autorités ayant qualité pour recourir au sens de l'article 89, alinéa 2, lettre d, LTF, que les collectivités puissent si nécessaire défendre leurs intérêts par cette voie de droit⁹⁶. En conséquence, pour le Tribunal fédéral, la qualité pour recourir de la collectivité publique fondée sur la clause générale de l'article 89, alinéa 1, LTF apparaît dans ces cas-là comme inutile et doit en règle générale être écartée. Cette approche exclut en matière fiscale la possibilité d'un recours d'une autorité en dehors des cas visés par l'article 73 LHID.

De même, un simple intérêt financier de l'entité publique, qui n'est pas spécialement et directement lié à l'accomplissement d'une tâche publique, ne suffira pas plus, à lui seul, à lui conférer la qualité pour recourir⁹⁷. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un canton n'a pas qualité pour recourir contre l'arrêt de la dernière instance cantonale qui le condamne à payer une indemnité d'aide aux victimes d'infraction parce que l'allocation de cette indemnité relève d'un devoir d'assistance général. La charge économique que la décision implique pour le canton n'étant que le corrélat financier – inhérent à l'accomplissement de toute tâche publique – de protéger les victimes d'infraction, le canton ne défend rien d'autre qu'un intérêt financier général⁹⁸. Cette jurisprudence ancienne reste d'actualité.

Toutefois, récemment, le Tribunal fédéral a récemment admis l'application de ce principe dans un arrêt *Kanton Zürich* lorsqu'une décision concerne des intérêts publics importants d'un canton dans un domaine politique qui lui a été spécialement attribué pour légiférer⁹⁹. Cet arrêt concernait une autorisation d'exercer une profession réglementée au niveau cantonal dans le canton de Zurich. En faisant application de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995¹⁰⁰, le Tribunal administratif du canton de Zurich avait annulé la décision de la Direction de la santé dudit canton et avait contraint le canton à octroyer une autori-

⁹⁶ ATF 136/2010 II 274, *Einwohnergemeinde der Stadt Solothurn*.

⁹⁷ ATF 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.1 et les références; cf. aussi GADOLA ATTILIO R., « Die Behördenbeschwerde in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes – ein ‹abstraktes› Beschwerderecht? », *AJP* 1993 p. 1458 ss, p. 1467.

⁹⁸ ATF 123/1997 II 425, *Etat de Vaud*, c. 4d; 135/2009 II 156, *Commune de La Chaux-de-Fonds, Commune du Locle et Commune de Neuchâtel*, c. 3.1.

⁹⁹ ATF 135/2009 II 12, *Kanton Zürich*, c. 1.2.

¹⁰⁰ LMI – RS 943.02.

sation de pratiquer sans condition. Le Tribunal fédéral a d'abord relevé que, de manière générale, une autorisation isolée ne suffisait pas à ce qu'un canton se trouve touché de manière pertinente dans ses intérêts de puissance publique. Il a toutefois reconnu une portée plus considérable à une autorisation s'il faut prévoir qu'elle constituera un précédent et entraînera l'octroi d'un nombre important d'autres autorisations. Selon la Haute Cour, le risque d'une pareille évolution touche de manière importante les intérêts régaliens et dignes de protection du canton lorsque les autorisations à octroyer sont contraires à la réglementation cantonale en vigueur et que les intérêts de la santé publique sont en jeu¹⁰¹.

En revanche, la même qualité pour recourir a été niée par le Tribunal administratif fédéral au canton de Genève dans un litige concernant le cadastre viticole vu l'effet ponctuel et non général du jugement qui pouvait être prononcé¹⁰².

L'intérêt général à l'application correcte et uniforme du droit ne suffit pas à conférer la qualité pour recourir¹⁰³. En particulier, l'instance inférieure déboutée dans une procédure de recours n'est pas habilitée à attaquer devant le Tribunal fédéral la décision qui la désavoue¹⁰⁴.

Ces éléments montrent que le sort des recours est aléatoire. L'examen des arrêts donne l'impression d'une application de cas en cas, en fonction des circonstances particulières, sans une ligne directrice précise. Cette situation pourrait toutefois se modifier à l'avenir vu l'évolution de la jurisprudence.

B. L'évolution de la jurisprudence

L'évolution de la jurisprudence a essentiellement concerné la définition de l'entité publique agissant comme une personne privée: en quelques années, le Tribunal fédéral est passé de la reconnaissance de l'entité « propriétaire privé lésé dans ses droits » à celle de la reconnaissance de l'entité se trouvant dans une situation similaire à celle d'une personne privée en raison de ses activités ou de son organisation.

¹⁰¹ ATF 135/2009 II 12, *Kanton Zürich*, c. 1.2.2.

¹⁰² Arrêt TAF B-437/2010 du 8 juin 2010, c. 9.

¹⁰³ ATF 135/2009 II 12, *Kanton Zürich*, c. 1.2.1 et les réf. cit.

¹⁰⁴ ATF 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.1; 131/2005 II 58, *Conseil d'Etat du canton du Valais*, c. 1.3.

Le Tribunal fédéral a ainsi assimilé aux cas dans lesquels une commune est atteinte de la même manière qu'un particulier dans ses intérêts juridiques ou patrimoniaux, les décisions concernant les domaines de la fonction publique ou de la responsabilité de l'Etat ou qui, de manière plus générale, la touchent comme un propriétaire en ce qui concerne son patrimoine administratif ou financier¹⁰⁵.

Dans l'arrêt *Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu*¹⁰⁶, le Tribunal fédéral a jugé que la qualité pour agir des collectivités publiques est donnée au regard de l'article 89, alinéa 1, LTF lorsqu'elles sont touchées de façon identique ou analogue à un employeur privé, ce qui est en principe le cas dans les litiges de nature pécuniaire relevant du droit de la fonction publique.

S'agissant de la qualité pour recourir, la jurisprudence a également admis que l'autorité publique peut agir auprès du Tribunal fédéral en vertu de l'article 89, alinéa 1, LTF dans le domaine de la responsabilité de l'Etat fondée sur le droit public¹⁰⁷. En effet, par analogie avec les contestations pécuniaires en matière de fonction publique¹⁰⁸, il y a lieu d'admettre que l'autorité se trouve dans une situation comparable à celle d'un particulier recherché en responsabilité civile¹⁰⁹. Le Tribunal fédéral a même ajouté que cette jurisprudence posée au niveau cantonal vaut aussi lorsque la responsabilité de la Confédération est en jeu, bien que, dans ces litiges, le département fédéral concerné puisse aussi fonder sa qualité pour recourir sur l'article 89, alinéa 2, lettre a, LTF.

Au surplus, la qualité pour recourir des cantons a été admise par le Tribunal fédéral dans un litige opposant les cantons de Zoug et Zurich concernant le remboursement des prestations d'assistance en application des articles 31 ss de la loi fédérale sur la compétence en matière

¹⁰⁵ ATF 134/2008 I 204, *Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu*, c. 2.3; SJ 2012 I 97 (TF, 07.07.2011), c. 1; arrêt TF 2C_226/2012 du 10 juin 2013, c. 2.2.

¹⁰⁶ ATF 134/2008 I 204, *Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu*, c. 2.

¹⁰⁷ Arrêt TF 2C_397/2012 du 19 novembre 2012, c. 1.6.

¹⁰⁸ ATF 134/2008 I 204, *Zweckverband für soziale Dienstleistungen der Amtei Thal-Gäu*, c. 2.3.

¹⁰⁹ SJ 2012 I 97 (TF, 07.07.2011).

d'assistance des personnes dans le besoin du 24 juin 1977¹¹⁰. Le Tribunal fédéral a considéré que les deux cantons concernés n'agissaient pas de manière souveraine dans ce domaine et que le canton de Zurich, débiteur des prestations à rembourser, avait la qualité pour recourir comme une personne privée¹¹¹.

En revanche, le Tribunal fédéral a jugé que le canton du Valais n'était pas touché comme un particulier dans le cadre d'un litige concernant un contrat de droit administratif avec une société privée concernant la part du produit net des jeux que cette société devait verser à l'Etat du Valais. En effet, selon le Tribunal fédéral, cette convention, qui avait pour seul but de régler tous les points relatifs à la part de 3% du produit net des jeux revenant au canton, a été adoptée par le canton du Valais en faisant usage de ses prérogatives de puissance publique, avec pour conséquence que le canton n'était pas touché de la même manière qu'un particulier eu égard à l'article 89, alinéa 1, LTF¹¹².

Il y a donc une évolution qui permet de considérer qu'une collectivité publique peut recourir en fondant sa qualité pour recourir sur les articles 89, alinéa 1, LTF et 48, alinéa 1, PA dès qu'elle exerce une activité économique distincte d'une mission souveraine ou de service public, qu'elle met en œuvre des moyens, comme ses ressources humaines, au même titre qu'un privé, ou qu'elle est touchée dans ses intérêts financiers comme le serait un particulier.

V. Les autres recours

A. Le recours contre un acte normatif

Le recours est ouvert selon l'article 82, lettre b, LTF contre les actes normatifs cantonaux, pour autant que la règle de subsidiarité fixée à l'article 87 LTF soit respectée. La liste des exceptions de l'article 83 LTF ne s'applique pas aux recours contre des actes normatifs¹¹³.

¹¹⁰ LAS – RS 851.1.

¹¹¹ ATF 136/2010 V 351, *Kanton Zürich*, c. 2.3.

¹¹² Arrêt TF 2C_931/2010 du 28 mars 2011, c. 2.4.

¹¹³ Arrêt TF 2C_230/2010 du 12 avril 2011, c. 1.1, non publié in ATF 137/2011 I 167, *Dame X. et X.*

La qualité pour recourir est reconnue à toute personne à qui les dispositions contestées pourraient s'appliquer un jour¹¹⁴. Une atteinte virtuelle aux intérêts juridiquement protégés suffit, à condition qu'elle puisse être envisagée avec une certaine vraisemblance¹¹⁵. En revanche, l'invocation d'intérêts généraux ou de pur fait n'est pas suffisante¹¹⁶.

B. Le recours en matière de droits politiques

En vertu de l'article 82, lettre c, LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours en matière de droit public concernant le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires.

Le recours pour violation des droits politiques est ouvert à toute personne physique à qui 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 attaqué¹¹⁷. 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 avoir la qualité pour recourir au sens de l'article 89, alinéas 1 ou 2, LTF.

Les personnes morales n'ont en principe pas la qualité pour recourir, faute d'être titulaires des droits politiques. La qualité pour recourir est toutefois reconnue aux partis politiques et aux organisations à caractère politique formées en vue d'une action précise – telle que le lancement d'un référendum ou d'une initiative – pour autant qu'ils soient constitués en personne morale, qu'ils exercent leur activité dans la collectivité publique concernée par la votation en cause et qu'ils recrutent principalement leurs membres en fonction de leur qualité d'électeurs¹¹⁸.

114 HÄFELIN ULRICH, HALLER WALTER, KELLER HELEN (2006), *Bundesgericht und Verfassungsgerichtbarkeit nach der Justizreform – supplement zur 6. Auflage des «Schweizerisches Bundesstaatsrechts*, Zurich/Bâle/Genève, n° 2002.

115 ATF 136/2010 I 17, *Shisha Bar GmbH*, c. 2.1; 135/2009 II 243, *X. SA et consorts*, c. 1.2.

116 ATF 131/2005 I 198, *Apothekerverein des Kantons Solothurn sowie A., B., C. und D*, c. 2.1 et la jurisprudence citée.

117 ATF 128/2002 I 190, *Michel Rossetti*, c. 1.1.

118 Voir pour une jurisprudence récente l'arrêt TF 1C_302/2012 du 27 février 2013, c. 2.1.

Les collectivités de droit public (cantons, communes et établissements de droit public)¹¹⁹ ne sont pas non plus titulaires des droits politiques et n'ont pas qualité pour recourir dans ce domaine. Les communes peuvent néanmoins se voir reconnaître la qualité pour recourir en cette matière sur la base de l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un véritable recours pour violation des droits politiques au sens de l'article 82, lettre c, LTF, mais seulement d'un recours ordinaire pour violation des garanties constitutionnelles mentionnées à l'article 89, alinéa 2, lettre c, LTF¹²⁰.

VI. Conclusion

La réforme de l'organisation judiciaire fédérale en 2007 n'a pas provoqué de révolution en matière de qualité pour recourir. On ne constate pas de restriction massive de l'accès aux recours, qui aurait limité l'afflux des affaires au Tribunal fédéral. En revanche, on distingue dans les arrêts du Tribunal fédéral ou du Tribunal administratif fédéral souvent plus de rigueur dans l'examen des conditions de la qualité pour recourir. En particulier, les exigences de l'atteinte particulière et de l'intérêt digne de protection sont régulièrement examinées de manière distincte, de manière à permettre une appréciation plus précise de l'une ou de l'autre. La caractéristique principale de la jurisprudence reste toutefois l'expression par les juridictions du large pouvoir d'appréciation qui leur est donné par les dispositions légales sur la qualité pour recourir.

L'absence de révolution ne signifie pas que la matière n'ait pas évolué. Bien au contraire, on constate notamment l'assimilation plus fréquente et plus large des collectivités publiques à des personnes privées, avec pour conséquence l'existence d'une possibilité additionnelle de recours pour les autorités. En l'état, il s'agit d'une porte entre-ouverte. Cette fente pourrait néanmoins s'élargir avec l'évolution des activités de l'Etat qui sont de plus en plus traitées comme des actions à caractère économique.

¹¹⁹ HOFMANN DAVID (2011), « La qualité de l'Etat pour recourir », in: HOFMANN/WAELTI (éd.), *Actualités juridiques de droit public 2011*, Berne, p. 34 s.

¹²⁰ BESSON MICHEL (2011), « Legitimation zur Beschwerde in Stimmrechtssachen », *RJB* 2011 p. 843 ss, p. 854-855; ATF 136/2010 I 404, *Ville de Genève et Groupement Ville de Genève*, c. 1.1.2; JdT 2010 I p. 263 ss (TF, 28.09.2009). c. 1.

La procédure de recours devant le Tribunal fédéral

Thèmes choisis

CLAUDE-EMMANUEL DUBEY *

Greffier et conseiller scientifique auprès du Tribunal fédéral

I. Introduction

Inscrite dans le programme de la *Journée de droit administratif* de l'Université de Genève, la présente contribution a pour objet principal la procédure du recours *en matière de droit public*. Comme cette journée s'adresse plus particulièrement aux praticiens et même si le rappel de quelques règles générales demeure inévitable pour conserver une vision d'ensemble, les lignes qui suivent abordent certains aspects pratiques moins connus voire méconnus de cette voie de droit qu'une lecture attentive de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005¹ et de ses ordonnances d'exécution ne révèle pas nécessairement.

A cet effet, il paraît judicieux de s'écarter d'un commentaire article par article pour adopter une approche propre au praticien. Une telle approche consiste à examiner quelle voie de droit choisir, ce que l'on veut attaquer, ce que cela va coûter, dans quel délai, qui a qualité pour recourir. Elle consiste aussi à donner quelques précisions sur la manière de rédiger le mémoire dans sa partie préliminaire puis en droit voire en fait, ainsi que sur celle de solliciter l'effet suspensif ou des mesures provisionnelles. Enfin, il est utile de connaître les étapes de la procédure proprement dite, notamment sous l'angle des garanties de procédure équitable et la fin du procès sans jugement.

* Les opinions de l'auteur n'engagent en rien le Tribunal fédéral.

¹ LTF – RS 173.110.

II. Les opérations préalables à la rédaction d'un mémoire

A. Le choix de la voie de droit

La LTF prévoit trois recours principaux dits unifiés, en matière de droit public, en matière civile et en matière pénale, ainsi qu'un recours constitutionnel subsidiaire.

La jurisprudence répète que, lorsqu'un recourant a intitulé son recours de façon erronée, cette imprécision ne lui nuit pas à la condition que son recours remplisse les exigences légales de la voie de droit qui lui est ouverte². Il ne s'agit toutefois que de l'*intitulé* de l'écriture. Le respect des autres conditions reste par conséquent incontournable.

Les quatre voies de recours sont régies par un double jeu de dispositions générales, peu heureux du point de vue systématique; le premier se trouve aux articles 29 à 71 LTF, le second aux articles 90 à 112 LTF. Les quatre voies sont au surplus soumises à des conditions spécifiques de recevabilité qui diffèrent selon la matière en cause.

Si la voie du recours en matière pénale est assez largement ouverte, la voie du recours en matière civile fait l'objet d'une « mécanique compliquée »³, puisque sa recevabilité dépend de la nature pécuniaire, ou non, de l'affaire. Dans les affaires pécuniaires (art. 74, al. 1, LTF), le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à CHF 15 000.– en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer (let. a) et à au moins CHF 30 000.– dans les autres cas (let. b). Toutefois, même lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, le recours est recevable dans les cas décrits par l'article 74, alinéa 2, LTF, en particulier si la contestation soulève une question juridique de principe (let. a). Quant à la voie du recours en matière de droit public, elle demande « quelques instants de recueillement » en particulier devant le « degré de complexité et de complication » de l'article 83 LTF qui comporte plus de vingt exclusions, qui connaissent elles-mêmes pour

² ATF 133/2007 I 300, A.X. und B.X., c. 1.2 et 4.1.

³ WURZBURGER ALAIN (2005), « La nouvelle organisation judiciaire fédérale », *JdT* 2005 I 631, p. 644 ss.

certaines des exceptions ramenant à la règle⁴, sans compter que la recevabilité du recours dépend encore de conditions particulières en matière d'entraide pénale internationale (art. 84 LTF) ou dans les contestations pécuniaires en matière de responsabilité étatique et en matière de rapports de travail de droit public, la loi fixant une valeur litigieuse minimale, sous réserve toutefois de l'existence d'une question juridique de principe (art. 85 LTF).

Le choix de la voie de recours effectivement ouverte constitue par conséquent un enjeu de taille. En effet, même si les modalités formelles du cumul d'un recours unifié avec un recours constitutionnel subsidiaire sont prévues par l'article 119 LTF, le Tribunal fédéral n'examine une cause au fond qu'après avoir décidé de la seule voie de droit effectivement ouverte. L'enjeu pour le praticien consiste donc à obtenir du Tribunal fédéral qu'il tranche le litige avec le plus grand pouvoir d'examen. Le risque étant qu'en raison d'un choix erroné de la voie de droit, au pire, le mémoire de recours soit déclaré irrecevable en tout ou en partie, au mieux, le Tribunal fédéral limite son examen aux griefs constitutionnels – soit le plus souvent le grief d'arbitraire – s'ils sont suffisamment motivés (cf. art. 106, al. 2, LTF). Rien n'empêche toutefois le praticien hésitant de déposer séparément deux recours unifiés flanqués chacun d'un recours constitutionnel subsidiaire contre la même décision⁵.

Le risque de procéder par une voie de droit erronée disparaît lorsqu'il s'agit d'attaquer un acte normatif cantonal. L'article 82, lettre b, LTF est en effet la seule disposition qui ouvre une voie de recours auprès du Tribunal fédéral contre les actes normatifs cantonaux, les autres dispositions ne trouvant d'application que lorsqu'il s'agit de décisions (art. 72, al. 1, 78, al. 1, et 113 LTF). Il s'ensuit que seul le recours en matière de droit public est ouvert contre de tels actes sans égard au fait que la matière qu'ils régissent relève du droit civil, du droit pénal ou du droit public. En revanche, le recours en matière droit public et les conditions de sa recevabilité, dont il faut exclure l'article 83 LTF, qui ne concerne que les décisions, seront examinés par la Cour du Tribunal fédéral qui est

4 WURZBURGER ALAIN (2011), *Le Tribunal fédéral, comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Genève/Zurich/Bâle, p. 136 s.

5 Pour un exemple, cf. ATF 138/2012 I 367, X. SA, c. 1.

compétente pour traiter de la matière de fond conformément aux règles de répartition des articles 29 à 35 du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006⁶⁻⁷.

1. *Matière de droit public ou matière civile*

La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la cause. Lorsque la délimitation des deux domaines ne résulte pas déjà de l'article 72, alinéa 2, LTF, le Tribunal fédéral s'appuie sur diverses théories.

La *théorie des intérêts* qualifie les normes juridiques, ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement, de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés, notamment dans ce dernier cas en réduisant les inégalités entre cocontractants par une protection accrue de la partie la plus faible. La *théorie dite fonctionnelle* qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique. La *théorie de la subordination* assujettit au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue. Enfin, la *théorie dite modale* attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation).

Il est important de noter à cet égard qu'aucune de ces théories ne l'emporte *a priori* sur les autres⁸ et que la procédure suivie par les instances cantonales ne joue pas de rôle⁹.

⁶ RTF – RS 173.110.131.

⁷ Par exemple: arrêt TF 5C_1/2009 du 16 juin 2009, c. 1; arrêt TF 5C_4/2009 du 23 novembre 2009.

⁸ ATF 137/2011 II 399, *Union suisse des Installateurs Electriciens (USIE)*, c. 1 et les références citées.

⁹ ATF 138/2012 I 274, *Schweizerische Bundesbahnen SBB*, c. 1.2; 137/2011 II 399, *Union suisse des Installateurs Electriciens (USIE)*, c. 1.8.

Les frais de justice constituent une créance de droit public, même lorsqu'ils concernent une cause de droit civil. Il en va de même de la créance du défenseur d'office. Il s'ensuit que la créance en restitution du montant de l'assistance judiciaire est aussi une créance de droit public à l'encontre de la partie à qui elle a été octroyée. Lorsque la restitution est réclamée dans une procédure indépendante, c'est par conséquent la voie du recours en matière de droit public qui est ouverte, même lorsque l'assistance a été accordée sur le plan cantonal dans une cause de droit civil¹⁰.

2. *Matière de droit public ou matière pénale*

La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière pénale (art. 78 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature pénale ou publique de la matière en cause.

La question s'est posée notamment à propos de l'*amende* prévue par le droit vaudois pour sanctionner la violation par un soumissionnaire, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, des règles régissant les marchés publics. Elle a été tranchée à l'aide des règles habituelles d'interprétation. Le terme *amende* utilisé par le législateur n'est pas nécessairement décisif. En revanche, ont plaidé en faveur d'une qualification de droit public du rapport de droit la juxtaposition d'amendes et d'autres mesures administratives telles que l'avertissement ou la révocation de l'adjudication, l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés ainsi que la possibilité de prononcer l'amende alternativement ou cumulativement à l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et à l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés. Ont également plaidé en faveur d'une qualification de droit public la qualité de l'autorité prononçant l'amende, en l'espèce, une autorité administrative en lieu et place d'un juge, l'impossibilité de convertir l'amende en peine privative de liberté ainsi que la réserve explicite prévue par le droit cantonal d'autres poursuites judiciaires¹¹.

¹⁰ ATF 138/2012 II 506, *Regierung des Kantons Graubünden*, c. 1.

¹¹ ATF 138/2012 I 367, X. SA, c. 1.

La voie de droit ouverte ne préjuge en revanche pas du champ d'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹²: une amende qualifiée de droit public s'agissant de la recevabilité du recours peut ensuite être rangée parmi les sanctions pénales au sens des articles 6 et 7 CEDH¹³.

3. *Le recours constitutionnel subsidiaire*

Aux termes de l'article 113 LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui notamment ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public au sens des articles 82 ss LTF.

Comme cela résulte de l'article 113 LTF, le choix de procéder par la voie du recours constitutionnel ne dépend pas de la nature publique, civile ou pénale de la cause. Il ne dépend pas non plus de la nature constitutionnelle des griefs, ce que certains praticiens perdent de vue, parce qu'ils ont encore à l'esprit l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943¹⁴, ainsi que le rôle de l'ancien recours de droit public par rapport au recours de droit administratif. Il est dès lors plus facile sous cet angle. En réalité, la difficulté ne provient pas tant du choix correct de la voie du recours en matière de droit public ou du recours constitutionnel subsidiaire que des autres conditions de recevabilité de ce dernier. Quelques exemples permettent d'illustrer ce point.

- Nombre de recours constitutionnels sont en effet déclarés irrecevables simplement parce qu'ils sont dirigés contre des décisions du Tribunal administratif fédéral, ce qu'interdit l'article 113 LTF (*a contrario*), qui réserve cette voie de droit aux décisions des autorités cantonales de dernière instance.
- Lorsque le recours en matière de droit public est exclu parce que la décision en matière de droit des étrangers attaquée concerne une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit (art. 83, let. c, ch. 2, LTF), le recours constitutionnel subsidiaire est fréquemment déclaré irrecevable parce que le recou-

¹² CEDH – RS 0.101.

¹³ ATF 138/2012 I 367, X. SA, c. 5.2.

¹⁴ aOJ.

rant n'a pas la qualité pour recourir au sens de l'article 115 LTF. En effet, la qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire suppose un *intérêt juridique* à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 115, let. b, LTF)¹⁵, dont le recourant, qui n'a précisément pas de droit conféré par le droit fédéral ou international (art. 83, let. c, ch. 2, LTF), ne peut se prévaloir. Il convient de rappeler à cet égard que l'interdiction de l'arbitraire tirée de l'article 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999¹⁶ ne confère à elle seule pas une position juridique protégée au sens de l'article 115, lettre b, LTF¹⁷. La qualité pour recourir fait alors défaut. En pareille circonstance, il reste au recourant une seule possibilité, celle de se plaindre par la voie du recours constitutionnel subsidiaire de la violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel (« Star-Praxis »)¹⁸, pour autant qu'il ne s'agisse pas de moyens ne pouvant être séparés du fond¹⁹. Les griefs portant sur l'appréciation (anticipée) des preuves sont irrecevables parce qu'ils ne peuvent pas être séparés du fond²⁰.

- En droit des étrangers encore, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions qui concernent le renvoi (art. 83, let. c, ch. 4 *in fine*, LTF). Par conséquent, seul le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert contre les décisions cantonales de dernière instance rendues séparément sur la question des obstacles liés à l'exécution d'un renvoi. En effet, comme la personne sous le coup d'une décision de renvoi ne dispose pas, en cas d'obstacle à son renvoi, d'un droit à ce que le canton demande une admission provisoire à l'Office fédéral qui est exclusivement compétent pour décider en cette matière, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels spécifiques (protection de la vie humaine,

¹⁵ Cf. ATF 133/2007 I 185, X.

¹⁶ Cst. – RS 101.

¹⁷ ATF 133/2007 I 185, X., c. 6.1 et 6.3.

¹⁸ Cf. ATF 129/2003 I 217, A. *und Mitb.*, c. 1.4.

¹⁹ Cf. ATF 133/2007 I 185, X., c. 6; 114/1988 Ia 307, *Star Unterhaltungsbetriebe AG*, c. 3c.

²⁰ Arrêt TF 2D_73/2011 du 13 décembre 2011; arrêt TF 2C_943/2010 du 14 décembre 2010; ATF 136/2010 I 229, X., c. 5.3 sur la question de l'appréciation anticipée des preuves.

protection contre les traitements cruels, inhumains ou dégradants, etc.) ou la violation de droits de parties dont le manquement équivaut à un déni de justice formel²¹.

- En matière de marchés publics également, le recours constitutionnel subsidiaire pose le plus souvent un problème de qualité pour recourir. La notion d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'article 115, alinéa 1, lettre b, LTF correspond en principe à celle qui a été définie par la jurisprudence relative à l'article 88 aOJ pour admettre la qualité pour agir par la voie d'un recours de droit public²². Elle est par conséquent étroitement liée aux motifs de recours prévus par l'article 116 LTF, en ce sens que le recourant doit être titulaire du droit constitutionnel dont il invoque une violation. Or, de tels droits ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques. Ces dernières, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, une décision qui les traite en tant qu'autorités. Cette règle s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités ainsi qu'aux autres corporations de droit public qui agissent en tant que titulaires de la puissance publique. La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les communes et autres corporations de droit public, lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. La jurisprudence a admis une seconde exception en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, elles se plaignent de la violation de garanties qui leur sont reconnues par les Constitutions cantonales ou fédérale telles que leur autonomie, l'atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire²³. Ces

²¹ ATF 137/2011 II 305, X.

²² ATF 133/2007 I 185, X., c. 3 et 6.3.

²³ ATF 132/2006 I 140, *Comune di Bioggio*, c. 1.3.1; 129/2003 I 313, *Commune municipale de N.*, c. 4.1.

règles valent aussi en matière de marchés publics. En effet, à l'inverse d'un particulier, un canton ne peut pas demander des offres et adjudger des travaux en toute liberté. Il est obligé d'appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics, à l'effet notamment d'une gestion parcimonieuse des deniers publics, et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire, de sorte que sa position ne se confond pas avec celle d'un simple particulier, mais correspond à celle d'un détenteur de la puissance publique. Le canton n'entre par conséquent pas dans le champ d'application de la première exception. Il n'entre pas non plus dans le champ d'application de la seconde exception jurisprudentielle puisqu'il ne peut pas se prévaloir de l'article 50 Cst. Cette disposition n'a pour objet que de garantir l'autonomie des communes²⁴.

B. Les coûts de la procédure

1. La valeur litigieuse et le montant de l'avance de frais

Les articles 51 ss LTF exposent les règles de calcul de la valeur litigieuse. Ces règles permettent de s'assurer de la recevabilité du recours en matière de droit public dans les matières visées par l'article 85 LTF, l'article 83, lettre f, chiffre 1, LTF mis à part. Elles permettent également, ce qui n'est pas de moindre intérêt pour le justiciable, d'estimer le coût de la procédure judiciaire, autrement dit le coût des émoluments judiciaires (art. 65 LTF et le tarif des émoluments judiciaires du Tribunal fédéral²⁵) et partant le montant de l'avance de frais (art. 62 LTF). En revanche, le montant des dépens (art. 68 LTF) qui seront alloués par le Tribunal fédéral à la partie adverse qui a gain de cause est réglé par l'article 3 du règlement sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 31 mars 2006²⁶.

a. Calcul de la valeur litigieuse, cas particuliers

En matière de marchés publics, selon la pratique actuelle, la valeur litigieuse n'équivaut pas à la valeur du marché en cause au sens de

²⁴ Arrêt TF 2C_37/2013 du 17 janvier 2013.

²⁵ RS 173.110.210.1.

²⁶ RS 173.110.210.3.

l'article 83, lettre f, chiffre 2, LTF, mais entre dans une fourchette se situant entre 5 et 10% de cette valeur. En matière d'impôts, la valeur litigieuse correspond à la valeur des conclusions restées litigieuses devant l'instance précédente, en d'autres termes à la valeur des cotes encore litigieuses d'impôts fédéral et cantonal mais aussi, ce qui est fréquemment oublié, d'impôt communal, pour l'ensemble des périodes fiscales en cause.

Si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation (art. 51, al. 2, LTF). Son montant est fixé en règle générale entre CHF 200.– et 5000.– dans les contestations non pécuniaires. Ce sera un montant équivalent qui sera demandé à titre d'avance de frais (art. 62, al. 1, LTF). Il n'y a en revanche aucune garantie que le montant des frais judiciaires corresponde exactement au montant de l'avance de frais, puisque ceux-ci comprennent encore d'autres postes (art. 65, al. 1, LTF).

En matière de droit des étrangers, le montant de l'avance de frais est en général de CHF 2000.–. Il n'est pas rare qu'en matière de détention en vue du renvoi, il se justifie, en particulier en raison du grand dénuement de la personne détenue, de renoncer à percevoir une avance ou à condamner aux frais de la procédure fédérale. Dans les causes tendant à la suspension ou au retrait de l'autorisation d'exercer une profession indépendante, l'avance de frais s'élève en principe à CHF 2000.–. C'est aussi une avance de frais de CHF 2000.– qui sera demandée en matière d'horaires d'ouverture des magasins, en matière de reconnaissance des diplômes ou d'accès à certaines formations ou encore en cas de contestations relatives aux résultats d'examens. En matière d'aménagement du territoire et en matière de circulation routière, le montant de l'avance de frais s'élève en principe aussi à CHF 2000.–. En matière de droits politiques, la gratuité a été abandonnée au profit d'une avance de frais de CHF 1000.–²⁷.

Ces valeurs sont données ici à titre indicatif. Elles peuvent varier en fonction de l'appréciation que porte le président de la cour, s'agissant de l'avance de frais, ou la cour elle-même, s'agissant des frais judiciaires, sur l'importance de la cause pour le recourant, sur le travail qu'engen-

²⁷ ATF 133/2007 I 141, *Ghiringhelli*.

drera le traitement du recours, sur la façon de procéder des parties, ce qui est une manière élégante de dire qu'il sera tenu compte de l'ampleur parfois démesurée des mémoires déposés, ainsi que de la situation financière des parties (art. 65, al. 2, LTF).

b. Délai et modalités

Lorsqu'un recours est déposé auprès du Tribunal fédéral, il est transmis à la chancellerie de la cour désignée pour traiter de la cause (cf. art. 22 LTF; art. 29 ss et 36 RTF) pour enregistrement, attribution d'un numéro de rôle et ouverture du dossier physique. Ce dossier est ensuite transmis au greffier présidentiel, qui procède à un rapide examen de l'affaire à l'attention du président de la cour, qui décide des mesures d'instruction ainsi que du montant de l'avance de frais, sauf si le recours est manifestement irrecevable (art. 108 LTF) ou encore manifestement bien ou mal fondé (art. 109 LTF). Dans ces trois hypothèses, non seulement il est renoncé à demander une avance de frais mais il est également en principe renoncé à l'échange d'écritures (art. 102, al. 1, LTF *a contrario*), le montant des frais judiciaires étant alors fixé entre CHF 800.– et 1000.– en cas d'irrecevabilité manifeste et entre CHF 1000.– et 2000.– en cas de recours manifestement infondé.

Dans le cas classique, en règle générale, la chancellerie notifie par acte judiciaire une ordonnance à la partie recourante intitulée « avance de frais selon l'article 62 LTF » qui invite cette dernière à verser l'avance de frais dans un certain délai, propose des solutions de paiement (art. 48, al. 4, LTF) et l'avertit que le défaut de paiement n'équivaut pas à un retrait de recours. Un éventuel retrait doit en effet être déclaré par écrit. Le délai n'est pas donné en jours mais à date fixe et correspond en principe à 21 jours (délai approprié de l'art. 62, al. 3, LTF).

La partie recourante peut alors choisir entre plusieurs possibilités: effectuer l'avance de frais, ne rien faire dans le délai imparti, demander une prolongation de ce même délai, demander la possibilité de verser l'avance de frais par acomptes ou demander le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Si elle choisit de ne rien faire ou de demander une prolongation du délai, elle entre dans les prévisions de l'article 62, alinéa 3, LTF. Le juge doit alors fixer un délai supplémentaire. Une nouvelle ordonnance est

notifiée, qui comprend l'avertissement que le nouveau délai ne peut pas être prolongé et qu'à défaut de paiement, le recours est irrecevable.

Exceptionnellement, le président de la cour peut accorder par ordonnance la possibilité de verser l'avance de frais par acomptes. En pratique, le nombre d'acomptes est fixé à deux et n'excède jamais trois pour la fin d'un mois. L'attention de la partie recourante est alors expressément attirée sur le fait que d'autres facilités ou prolongations de délai pour le paiement de l'avance de frais ne seront pas accordées et sur le fait que la totalité de l'avance de frais doit être versée dans le délai imparti pour le dernier acompte, sous peine d'irrecevabilité. Ce dernier délai correspond au délai supplémentaire non prolongeable de l'article 62, alinéa 3, LTF.

La sanction du défaut de versement dans le délai consiste en un arrêt d'irrecevabilité au sens de l'article 108, lettre a, LTF. De jurisprudence constante en effet, l'irrecevabilité du recours pour défaut de paiement à temps de l'avance de frais ne procède pas d'un formalisme excessif ou d'un déni de justice, pour autant que les parties aient été averties de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le versement et des conséquences de l'inobservation de ce délai²⁸. Cette jurisprudence trouve aussi application en cas de facilités de paiement telles que l'autorisation sous conditions d'effectuer une avance de frais par acomptes²⁹.

Enfin, une demande de suspension de la procédure qui interviendrait entre la notification des ordonnances d'avance de frais et le versement de celle-ci ne dispense pas la partie recourante de procéder au paiement dans les délais impartis.

2. *L'assistance judiciaire*

a. Conditions formelles

L'assistance judiciaire est régie par l'article 64 LTF. Même si la rédaction de cette disposition est succincte, elle n'autorise pas une formulation laconique de la demande. L'assistance judiciaire doit faire l'objet d'une requête expresse écrite exposant les motifs et les moyens de preuve à

²⁸ ATF 133/2007 V 402, N., c. 3.3; 104/1978 Ia 105, *Eckert*, c. 5.

²⁹ Arrêt TF 2C_343/2012 du 19 avril 2012, c. 4.2.

son appui conformément à la règle générale de l'article 42, alinéas 1 et 2, LTF. Sur le fond, l'octroi de l'assistance judiciaire dépend de deux conditions qui doivent faire l'objet d'une motivation: la preuve de l'indigence actuelle du requérant, qui doit présenter et prouver d'une part ses charges et, d'autre part, ses ressources effectives ainsi que l'état de sa fortune, et les chances de succès du recours. A défaut de motivation, la requête est rejetée.

Contrairement à la pratique de certains cantons, les chancelleries de cour du Tribunal fédéral n'utilisent pas de formulaire officiel pour les requêtes d'assistance judiciaire. La partie requérante est tenue de présenter de manière appropriée sa situation financière au moment du dépôt de la requête. En particulier, elle doit établir son revenu mensuel moyen, y compris les revenus de fortune, et l'état de sa fortune et déposer les moyens de preuves y relatifs. Elle doit aussi établir le montant de ses dépenses et déposer les moyens de preuve y relatifs. Sur le plan formel, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de mettre lui-même de l'ordre dans les pièces produites et d'en déduire les revenus et les charges mensuels moyens de la partie qui requiert l'assistance judiciaire afin de constater, le cas échéant, l'existence d'un bénéfice ou d'un déficit. Le dépôt des pièces comptables en vrac sans exposer la situation financière ne respecte pas l'obligation d'exposer de manière appropriée la situation financière. C'est à la partie requérante qu'il appartient d'établir un tableau des postes financiers nécessaires à la décision. Il n'est pas interdit de s'aider d'un éventuel formulaire cantonal, pour autant qu'il comporte tous les postes requis par le droit fédéral. Le Tribunal fédéral n'est toutefois pas lié par l'éventuel octroi de l'assistance judiciaire sur le plan cantonal³⁰.

Lorsque la requête est mal formulée, insuffisamment motivée ou prouvée, un courrier est adressé à la partie requérante pour l'inviter à la parfaire dans un délai qui lui est imparti à cet effet. Comme en matière d'avance de frais, une demande de suspension de la procédure qui interviendrait après le dépôt d'une requête d'assistance judiciaire ne dispense pas la partie recourante de déposer une requête d'assistance judiciaire en bonne et due forme dans le délai imparti à l'effet de la parfaire.

³⁰ Arrêt TF 2C_820/2012 du 24 septembre 2012.

Lorsque la demande ne respecte pas les formes requises malgré une invitation à la parfaire et que le premier délai pour verser l'avance de frais est passé, la chancellerie notifie à la partie recourante une ordonnance de délai supplémentaire non prolongeable au sens de l'article 62, alinéa 3, LTF pour effectuer l'avance de frais sous peine d'irrecevabilité du recours.

Enfin, toujours sur le plan formel, la partie requérante est tenue d'exposer en quoi les conclusions de son recours ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec.

Quand déposer la requête et quelle suite lui est-elle donnée ?

La requête d'assistance judiciaire peut en soi être déposée en tout temps, même après le versement de l'avance de frais, en particulier en prévision des frais de procédure supplémentaires prévisibles ou en raison d'un brusque changement de la situation financière en cours de procédure. Il arrive fréquemment que la requête ne soit déposée qu'après notification de l'ordonnance fixant l'avance de frais et le délai pour effectuer le versement. Il arrive également que la requête ne soit déposée qu'après que le délai supplémentaire de l'article 62, alinéa 3, LTF ait été imparti. Quelles sont les suites possibles ?

- a) Lorsque le recours est manifestement irrecevable (art. 108 LTF), l'arrêt d'irrecevabilité sur le fond rendu par le juge unique (art. 64, al. 3, 2^e phrase, LTF) rejette simultanément la requête d'assistance judiciaire en précisant que le recours était d'emblée dénué de chances de succès.
- b) Lorsque les conditions de l'article 64, alinéa 1, LTF sont indubitablement remplies, le juge instructeur peut accorder lui-même l'assistance judiciaire (art. 63, al. 3 *in fine*, LTF).
- c) Lorsque la réalisation des conditions de l'article 64, alinéa 1, LTF mérite un examen, la cour doit statuer.
 - Lorsqu'elle rend une décision uniquement sur la requête d'assistance judiciaire, elle statue à trois juges (art. 64, al. 3, LTF). Lorsque la cour rejette la requête, elle impartit un délai supplémentaire non prolongeable au sens de l'article 62, alinéa 3, LTF pour effectuer l'avance de frais. Selon une décision de la Conférence des Présidents du Tribunal fédéral, lorsque la requête n'a été

déposée qu'après fixation du délai supplémentaire de l'article 62, alinéa 3, LTF, qu'elle est rejetée et que l'avance de frais n'a pas été effectuée dans ce dernier délai, le recours est irrecevable (art. 108, al. 1, let. a, LTF). En pratique, cela signifie qu'il n'y a pas de troisième délai pour effectuer l'avance de frais, conformément à la lettre de l'article 62, alinéa 3, LTF. Pour éviter l'irrecevabilité, une telle requête doit par conséquent non seulement être formellement complète mais également bien fondée.

- Lorsque la cour ne rend pas de décision séparée sur la requête d'assistance judiciaire, soit elle statue, à trois juges, selon la procédure de l'article 109, alinéa 2, lettre a, LTF et rejette à la fois le recours manifestement infondé et la requête d'assistance judiciaire au motif que les conclusions étaient d'emblée dénuées de succès, soit, elle statue avec l'arrêt de fond, à trois (art. 20, al. 1, LTF) ou cinq juges (art. 20, al. 2, LTF), après avoir dispensé la partie recourante d'effectuer l'avance de frais³¹.

b. Conditions matérielles

La condition de l'indigence est réalisée si la personne concernée ne peut assumer les frais du procès sans entamer les moyens nécessaires à son entretien et à celui de sa famille³². Pour déterminer l'indigence, il y a lieu de tenir compte de la situation financière du requérant dans son ensemble, soit d'une part de ses charges et, d'autre part, de ses ressources effectives ainsi que de sa fortune.

L'assistance judiciaire n'est en principe pas accordée aux personnes morales. La jurisprudence n'a pas exclu d'octroyer l'assistance judiciaire à une personne morale si son seul actif est en litige et si les personnes physiques qui en sont les ayants droit économiques sont sans ressources. Il faut cependant observer que cette éventualité a uniquement été réservée et que la jurisprudence, en interprétant strictement ces conditions, n'a pas pour autant accordé l'assistance judiciaire à une personne morale³³.

³¹ Arrêt TF 2C_972/2011 du 8 mai 2012, c. D.

³² ATF 128/2002 I 225, X., c. 2.5.1; 127/2001 I 202, X., c. 3b et les arrêts cités.

³³ Arrêt TF 2C_93/2013 du 28 février 2013, c. 3.1; arrêt TF 1B_522/2011 du 23 novembre 2011, c. 2.1; ATF 131/2005 II 306, X. *und Klaro GmbH*, c. 5.2; arrêt TF 5C.1/2002 du 20 février 2002; ATF 126/2000 V 42, D. SA, c. 4; 119/1993 Ia 337, E S.A., c. 4b.

Pour déterminer les charges d'entretien, le minimum d'existence du droit des poursuites n'est pas déterminant à lui seul. Il faut éviter de procéder de façon trop schématique, afin de pouvoir prendre en considération tous les éléments importants du cas particulier. En pratique, il convient de se fonder sur le minimum vital du droit des poursuites augmenté de 25%³⁴, auquel il convient d'ajouter le loyer, la cotisation d'assurance maladie obligatoire, les frais de transport nécessaires à l'acquisition du revenu. Les dettes d'impôt échues, dont le montant et la date d'exigibilité sont établis, peuvent être prises en compte dans la mesure où le requérant prouve qu'il affecte ses ressources disponibles à leur paiement³⁵.

Puis, la cour examine la balance concrète entre revenus et dépenses alléguées et prouvées pour en déduire un solde positif ou négatif. Une quasi-égalité entre dépenses et recettes ne conduit pas nécessairement à l'admission de l'assistance judiciaire³⁶.

Enfin, il est important de rappeler aux justiciables comme aux mandataires professionnels, que lorsqu'un défenseur d'office est accordé à la partie indigente, il se crée un rapport juridique de droit public entre l'Etat et l'avocat désigné, qui confère à ce dernier une prétention à être indemnisé aux conditions prévues par le droit. Le défenseur d'office n'a pas le droit de se faire indemniser par la partie indigente et n'est en particulier pas autorisé à lui demander un complément de l'indemnisation qu'il reçoit de l'Etat; un versement par la partie indigente est exclu même si l'indemnité de l'Etat ne correspond pas à l'entier des honoraires. Un défenseur d'office qui violerait ces règles serait passible d'une procédure disciplinaire³⁷. Lorsque la restitution de l'assistance judiciaire est réclamée dans une procédure indépendante, c'est la voie du recours en matière de droit public qui est ouverte, même lorsque l'assistance a été accordée sur le plan cantonal dans une cause de droit civil³⁸.

³⁴ ATF 124/1998 I 1, B.S., c. 2c.

³⁵ ATF 135/2009 I 221, H.X. et F.X., c. 5.1 et 5.2.

³⁶ Pour des cas concrets: cf. Arrêt TF 2C_820/2012 du 24 septembre 2012, arrêt TF 2C_635/2012 du 10 septembre 2012; arrêt TF 2C_430/2011 du 22 juin 2011.

³⁷ Arrêt TF 2D_50/2010 du 10 novembre 2010, c. 2; ATF 122/1996 I 322, R. S., c. 3b; 108/1982 Ia 11, X., c. 1.

³⁸ ATF 138/2012 II 506, *Regierung des Kantons Graubünden*, c. 1.

C. L'acte attaquable

D'après l'article 82 LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues dans des causes de droit public, contre les actes normatifs cantonaux et celles qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires.

A ce propos, il peut être intéressant pour une partie à la procédure précédente de savoir si un acte attaquable a fait, ou non, l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Il faut par conséquent savoir à cet égard que le Tribunal fédéral atteste uniquement l'entrée en force de ses propres arrêts. Cela signifie que c'est à l'autorité qui a rendu l'acte attaqué d'en attester l'entrée en force, le Tribunal fédéral se bornant à attester qu'au jour de la requête aucun recours n'a été enregistré.

1. *L'acte normatif cantonal*

La définition de l'acte normatif cantonal des articles 82, lettre b, et 87 LTF correspond à la notion d'arrêté cantonal de l'ancien droit (art. 84, al. 1, aOJ), de sorte que la jurisprudence antérieure conserve une certaine utilité. Cette notion couvre l'ensemble des lois, arrêtés et ordonnances cantonaux, y compris les actes normatifs édictés par les communes dès leur approbation par l'autorité cantonale³⁹, ainsi que les ordonnances administratives qui déploient leurs effets envers les tiers. Il s'agit d'un acte général et abstrait, qui peut s'appliquer à une pluralité de personnes et à différents biens⁴⁰. L'acte normatif cantonal doit être distingué de l'acte individuel qui vise une ou plusieurs personnes déterminées ou de l'acte général et concret. Les actes normatifs cantonaux ne sont pas soumis à la liste d'exclusion du recours en matière de droit public de l'article 83 LTF; ce dernier ne concerne que les décisions⁴¹.

A propos des actes normatifs cantonaux, deux cas particuliers méritent d'être examinés.

³⁹ Arrêt TF 2C_88/2009 du 19 mars 2010, c. 1; arrêt TF 1C_469/2008 du 26 mai 2009, c. 1 non publié aux ATF 135/2009 I 233, *A. et consorts*; arrêt TF 2P.89/2005 du 18 avril 2006, c. 1.1.

⁴⁰ ATF 132/2006 I 229, A., c. 4.4; arrêt TF 5C_4/2009 du 23 novembre 2009, c. 6.1.

⁴¹ Arrêt TF 2C_88/2009 du 19 mars 2010, c. 1.

Il arrive que les actes normatifs cantonaux puissent faire l'objet d'un recours cantonal (art. 87, al. 2, LTF *a contrario*). Lorsque le droit cantonal prévoit un tel recours, l'article 86 LTF est applicable (art. 87, al. 2, LTF), de sorte que le Tribunal fédéral ne peut être saisi qu'une fois cette voie cantonale épuisée. De pratique constante, toutefois, le Tribunal fédéral renonce à exiger l'épuisement de voies de recours cantonales dont la recevabilité doit sérieusement être mise en doute⁴². Le législateur cantonal est libre d'instituer une voie de recours contre les actes normatifs. S'il le fait, il est libre de fixer dans quel délai le recours doit être déposé et à partir de quelle date ce délai commence à courir. A supposer que le choix du législateur cantonal ait pour effet que l'arrêt de la dernière instance cantonale doive être rendu avant qu'un éventuel vote populaire sur l'arrêté en cause ne puisse avoir lieu, il serait possible que le Tribunal fédéral soit saisi d'un recours en matière de droit public contre l'arrêt de dernière instance cantonale avant que le vote populaire n'ait eu lieu. En pareille hypothèse, pour être recevable, le recours en matière de droit public doit néanmoins être déposé dans le délai de l'article 100, alinéa 1, LTF, sans égard à la date de la publication officielle des résultats de la consultation populaire. La pratique résultant de l'arrêt *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich, A. und B.*⁴³ ne trouve pas application en pareille hypothèse⁴⁴.

Il arrive aussi que la partie intimée au recours en matière de droit public objecte que le recours est tardif et irrecevable, car les nouvelles dispositions de l'arrêté attaqué ont matériellement la même teneur que les anciennes, si bien que les griefs auraient déjà pu et dû être soulevés lors de l'adoption du précédent arrêté. Selon la jurisprudence, lorsque le législateur reprend dans une nouvelle loi (ou un nouveau règlement) la teneur d'une ancienne réglementation, il assume le risque d'un recours sur l'ensemble des nouvelles dispositions, même si, sur les points contestés, le nouveau droit n'apporte pas de changement par rapport à l'ancien⁴⁵. Ce n'est qu'en présence de la révision partielle d'une loi que,

⁴² ATF 125/1999 I 412, A., c. 1c et les références citées.

⁴³ ATF 130/2004 I 82, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich, A. und B.*, c. 1.2.

⁴⁴ Arrêt TF 2C_830/2011 du 17 décembre 2011, c. 3, à propos du canton de Vaud.

⁴⁵ Cf. ATF 135/2009 I 28, *Einwohnergemeinde Zug und X.*, c. 3.1.1; 108/1982 Ia 126, *Hirsch*, c. 1b et 1c.

pour les dispositions demeurées inchangées, il est nécessaire que ces dernières s'inscrivent dans un cadre nouveau, compte tenu des modifications apportées, pour justifier l'ouverture d'un nouveau délai de recours permettant leur contrôle abstrait⁴⁶.

2. *La décision*

Les décisions, autres que celles énumérées par l'article 83 LTF, rendues par le Tribunal administratif fédéral (art. 86, al. 1, let. a, LTF), le Tribunal pénal fédéral (art. 86, al. 1, let. b, LTF), l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (art. 86, al. 1, let. c, LTF) et les autorités cantonales supérieures de dernière instance (art. 86, al. 1, let. d, et al. 2, LTF), peuvent en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public. La plupart des décisions ne posent à cet égard aucun problème particulier. Certaines méritent toutefois quelques remarques.

a. Le contenu minimal

Il arrive parfois que le contenu de la décision attaquant soit insuffisant. Une telle situation pose moins problème au recourant qu'au Tribunal fédéral. En effet, saisi d'un recours, le Tribunal fédéral doit en principe statuer sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105, al. 1, LTF). Il ne lui appartient pas de rechercher lui-même s'il existe des pièces utiles dans le dossier cantonal, d'en apprécier la crédibilité et d'établir son propre état de fait. C'est la raison pour laquelle, à teneur de l'article 112, alinéa 1, lettre b, LTF, les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral doivent contenir les motifs déterminants de fait et de droit. Elles doivent indiquer clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant. Lorsque l'état de fait est insuffisant, l'application des règles de droit pertinentes est impossible. Un tel manquement constitue donc une violation de l'article 112, alinéa 1, lettre b, LTF, soit du droit fédéral (art. 95, let. a, LTF), qui doit être dénoncée par la voie du recours en matière de droit public. Si une décision attaquée ne satisfait pas aux exigences fixées à l'article 112, alinéa 1, LTF, le Tribunal

⁴⁶ Cf. ATF 135/2009 I 28, *Einwohnergemeinde Zug und X.*, c. 3.1.1; 122/1996 I 222, *Adir Cumali u. Mitb.*, c. 1b; 110/1984 Ia 7, *Hegetschweiler*, c. 1d.

fédéral peut soit la renvoyer à l'autorité cantonale en invitant celle-ci à la parfaire, soit l'annuler (art. 112, al. 3, LTF)⁴⁷.

b. Le système des articles 90 à 94 LTF

Avec CORBOZ, il faut souligner que les articles 90 à 94 LTF sont conçus de manière que les qualifications qui résultent des dispositions lues dans l'ordre s'excluent les unes des autres, plus précisément la qualification précédente exclut la qualification suivante, jusqu'à l'absence de décision de l'article 94 LTF⁴⁸. Il importe de comprendre qu'une fois rendues, pour certaines séparément (art. 92, al. 1, LTF), les décisions qui sont visées par les articles 90 à 92 LTF doivent être attaquées immédiatement (art. 92, al. 2, LTF *a contrario* et 93, al. 3, LTF). Il s'ensuit que les décisions incidentes notifiées séparément qui ne portent pas sur la compétence ou sur une demande de récusation ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public que si elles peuvent causer un préjudice irréparable, ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93, al. 1, LTF).

A cet égard, les arrêts de renvoi prononcés par les autorités précédentes au sens de l'article 86 LTF soulèvent quelques difficultés.

En effet, les arrêts de renvoi sont considérés comme des décisions incidentes contre lesquelles le recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral n'est ouvert qu'aux conditions des articles 92 et 93 LTF, même si, par ces décisions, une question matérielle est tranchée partiellement. Ce principe connaît toutefois deux exceptions. Premièrement, lorsque l'autorité précédente à qui est renvoyée la cause ne dispose plus d'aucune marge d'appréciation et que le renvoi n'a pour objet plus que la mise en œuvre d'une simple calculation exigée par l'autorité de recours, la décision correspond en réalité à une décision finale au sens de l'article 90 LTF⁴⁹. Deuxièmement, lorsqu'une administration est tenue

⁴⁷ ATF 135/2009 II 145, *A. et B.*, c. 8.2; pour des exemples: cf. Arrêt TF 2C_863/2008 du 31 mars 2009; arrêt TF 4A_252/2007 du 15 novembre 2007.

⁴⁸ CORBOZ BERNARD (2009), n° 3 *ad* art. 91 LTF, in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, *Commentaire de la LTF*, Berne.

⁴⁹ Cf. ATF 134/2008 II 124, *Steuerverwaltung des Kantons Schwyz*, c. 1.3; par exemple des bordereaux d'impôt provisoires: arrêt TF 2C_608/2007 du 30 mai

par la décision de renvoi de rendre une nouvelle décision qui, selon elle, est contraire au droit, elle subirait un dommage irréparable (art. 93, al. 1, let. a, LTF) dès lors qu'elle ne pourrait pas attaquer sa nouvelle décision par la suite⁵⁰.

Enfin, en vertu du principe d'unité de la procédure de recours, les décisions des articles 91 à 94 LTF, partielles, préjudicielles ou incidentes ou de nature purement procédurale doivent être attaquées par la voie de droit ouverte dans le litige au fond et ne peuvent l'être si aucune voie de droit n'est ouverte⁵¹. En d'autres termes, la restriction de l'article 83 LTF vaut également pour les décisions incidentes de nature procédurale, par exemple en matière d'assistance judiciaire ou d'effet suspensif. En pratique, il arrive fréquemment que les décisions de ce type soient motivées de manière lapidaire et ne traitent que des motifs directement liés à leur dispositif sans exposer la toile de fond du litige. Comme le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29, al. 1, LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis, ni l'article 105, alinéa 1, ni l'article 99 LTF ne s'opposent à ce que les éléments de faits qui permettent de désigner la voie de droit ouverte sur le fond soient dûment exposés par la partie recourante, qui évite ainsi de se voir opposer une fin de non-recevoir.

III. Le mémoire de recours

A. Les exigences de motivation

1. Conditions de recevabilité

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29, al. 1, LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis⁵². D'après l'article 42, alinéa 2, LTF, si le recours n'est recevable que

2008, c. 1.2 et non pas en cas de renvoi pour déterminer le produit net de la liquidation de l'art. 55, al. 1, LIFD: arrêt TF 2C_1282/2012 du 8 janvier 2013.

⁵⁰ ATF 134/2008 II 124, *Steuerverwaltung des Kantons Schwyz*, c. 2.1 *in fine*; par exemple: arrêt TF 2C_333/2007 du 22 février 2008.

⁵¹ Arrêt TF 2C_34/2013 du 21 janvier 2013, c. 5.2; arrêt TF 2D_47/2012 du 12 décembre 2012.

⁵² ATF 136/2010 II 101, *Association suisse pour la protection des oiseaux (ASPO) et Pro Natura*, c. 1.

lorsqu'il soulève une question juridique de principe ou porte sur un cas particulièrement important au sens de l'article 84 LTF, il faut exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée.

La jurisprudence a élargi l'obligation de motivation des conditions de recevabilité, en exigeant, sous peine d'irrecevabilité, que la partie recourante expose en quoi les conditions de recevabilité sont réunies, dans la mesure où elles ne sont pas immédiatement données, en particulier en quoi elle a qualité pour recourir. La jurisprudence a précisé à cet égard qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de rechercher dans les actes du dossier si et dans quelle mesure la partie recourante dispose de la qualité pour recourir⁵³. Il en va ainsi de la qualité pour recourir d'un office⁵⁴ ou du voisin⁵⁵.

La jurisprudence exige aussi de la partie recourante qu'elle expose les conditions d'ouverture de la voie du recours en matière de droit public lorsqu'une clause d'exclusion de l'article 83 LTF pourrait être donnée⁵⁶. Ainsi, en matière d'autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donne droit (art. 83, let. c, ch. 2, LTF), la partie recourante adulte doit exposer de manière soutenable en quoi elle se trouve dans une situation de dépendance particulière fondant un droit au regroupement familial tiré de l'article 8 CEDH⁵⁷. Lorsque l'ouverture de la voie du recours en matière de droit public dépend des conditions de l'article 85 LTF, dans la mesure où elles ne sont pas immédiatement données, le recourant doit préciser quelle est la valeur litigieuse et en quoi la cause pose une question juridique de principe⁵⁸.

Les requêtes de révision au sens des articles 121 ss LTF et en restitution du délai doivent être motivées conformément aux exigences de l'article 42, alinéa 2, LTF⁵⁹.

53 Arrêt TF 2C_931/2010 du 28 mars 2011, c. 1.2.

54 ATF 134/2008 II 45, *Amt für Justiz Nidwalden*, c. 2.2.3.

55 ATF 133/2007 II 249, *X. und Mitb.*; 133/2007 II 353, *Swisscom Mobile AG, TDC Switzerland AG (sunrise) und Orange Communications SA*.

56 Arrêt TF 2C_331/2011 du 25 janvier 2012, c. 1.1.

57 Arrêt TF 2C_330/2012 du 18 octobre 2012, c. 1.2.

58 Arrêt TF 2C_775/2010 du 12 octobre 2010, c. 4.

59 Arrêt TF 2C_84/2009 du 24 février 2009, c. 1.2; arrêt TF 8F_8/2008 du 1^{er} juillet 2008.

2. *Contestation des faits*

En tant qu'autorité judiciaire suprême (art. 1, al. 1, LTF), le Tribunal fédéral est un juge du droit. Sa mission consiste avant toute chose à vérifier que la décision attaquée applique correctement le droit⁶⁰. C'est ce qui explique la règle, énoncée par les articles 105, alinéa 1, et 118, alinéa 1, LTF, qui veut que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Il est par conséquent inutile d'exposer une nouvelle fois les faits voire d'ajouter un « bref rappel » des faits ainsi que les moyens de preuves à leur appui dans un mémoire adressé au Tribunal fédéral. Il est également inutile de tenter d'y apporter subrepticement des corrections ou « améliorations » minimales ou infimes aux fins de « renforcer » la situation de la partie recourante.

Cette règle fondamentale connaît des exceptions. Selon le système des articles 97, alinéa 1, 105, alinéa 2, et 118, alinéa 2, LTF, il y a lieu d'abord de distinguer la situation visée par l'article 105, alinéa 2, LTF, dans laquelle, selon la lettre de la loi, le *Tribunal fédéral* est autorisé à rectifier ou compléter d'office les faits, sans y être obligé (art. 107, al. 2, LTF), de celle visée par l'article 97, alinéa 1, LTF, dans laquelle, toujours selon la lettre de la loi, c'est le *recours*, en d'autres termes la *partie recourante*, qui critique les constatations de faits (art. 97, al. 1, LTF), ce qui ne ressort, il est vrai, pas toujours clairement des arrêts publiés.

Il faut également distinguer les griefs à cet effet : soit les faits ont été établis de façon manifestement inexacte, soit ils l'ont été en violation du droit. A propos de ce dernier point, il convient de porter une attention particulière au droit dont la partie recourante entend invoquer la violation. Chacune de ces hypothèses exige un type de motivation particulier, raison pour laquelle il faut garder le système à l'esprit.

Selon les articles 105, alinéa 2, et 118, alinéa 2, LTF, le *Tribunal fédéral* peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95, ou en violation de l'article 116. Un jugement rendu sans que les faits nécessaires à l'application de la loi

⁶⁰ Arrêt TF 2C_687/2010 du 4 avril 2011, c. 2; arrêt TF 2C_531/2009 du 22 juin 2010, c. 3.

soient constatés est contraire au droit (art. 95, let. a, LTF)⁶¹. La « violation du droit au sens de l'article 95 » englobe l'hypothèse dans laquelle l'autorité précédente a perdu de vue les conditions d'application de la norme juridique elle-même⁶². Pour que le Tribunal fédéral se trouve en situation de rectification ou de complètement d'office des faits, il faut soit que l'erreur sur les faits saute aux yeux, soit que la partie recourante non seulement expose dûment en quoi le droit a été violé, mais encore obtienne gain de cause sur ce point, et enfin que le Tribunal fédéral estime pouvoir procéder à la correction du vice lui-même sans devoir renvoyer la cause pour complément d'instruction (art. 107, al. 2, LTF).

Selon l'article 97, alinéa 1, LTF, le *recours* peut critiquer les constatations de fait à la double condition que les faits aient été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF et que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause, ce que le recourant doit aussi rendre vraisemblable par une argumentation répondant aux exigences des articles 42, alinéa 2, et 106, alinéa 2, LTF, la notion de « manifestement inexacte » correspondant à celle d'arbitraire au sens de l'article 9 Cst.⁶³. Pour que le Tribunal fédéral entre en matière sur le grief relatif à l'établissement des faits, il faut que la partie recourante motive les deux conditions de l'article 97, alinéa 1, LTF.

En pratique, pour démontrer le caractère manifestement inexact, conformément aux exigences accrues de motivation de l'article 106, alinéa 2, LTF en matière d'interdiction de l'arbitraire, la partie recourante doit désigner avec précision le ou les faits pertinents qui auraient été établis de manière manifestement inexacte, en citant les termes de l'arrêt attaqué, ou qui auraient été écartés à tort, en se référant expressément aux pièces du dossier de la procédure précédente. Elle doit ensuite motiver son grief, ce qui exclut d'opposer simplement sa propre thèse à celle de l'autorité précédente (motivation qualifiée d'« appellatoire »). A cet effet, la partie recourante doit établir qu'elle a dûment et correctement,

⁶¹ ATF 133/2007 IV 293, X., c. 3.4.1; 134/2008 V 53, *Office cantonal des personnes âgées, Genève*, c. 4.3 et les références citées.

⁶² Pour un exemple d'application arbitraire du droit fiscal cantonal autorisant le Tribunal fédéral à compléter d'office les faits en ouvrant le dossier cantonal: Arrêt TF 2C_641/2009 du 21 janvier 2010.

⁶³ Cf. ATF 133/2007 II 249, X., c. 1.4.3.

en application du droit de procédure fédérale ou cantonale applicable devant l'instance précédente, allégué le ou les faits litigieux ainsi que les preuves à leur appui. Puis elle doit exposer concrètement en quoi l'autorité a admis, nié ou ignoré ce fait en se mettant en contradiction évidente avec ce qui résulte de ses allégations en procédure précédente. Le cas échéant, elle doit exposer concrètement en quoi, dans l'appréciation, anticipée ou non, des preuves, le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables.

Pour démontrer la violation du droit au sens de l'article 95 ou de l'article 116 LTF, la partie recourante devra motiver son grief en fonction de la nature de la règle qu'elle estime violée. Si elle entend se plaindre de la violation d'une loi fédérale, elle devra exposer la règle et ses conditions d'application de manière succincte, conformément aux exigences de l'article 42, alinéa 2, LTF et démontrer qu'un fait pertinent pour l'application de la disposition légale n'a pas été établi. Si elle entend se plaindre de la violation des garanties constitutionnelles de procédure, en particulier du droit d'être entendu (art. 29 ss Cst.) ou encore de la violation d'un autre droit fondamental, y compris conventionnel, en particulier d'arbitraire dans l'interprétation ou l'application de la règle de droit, elle devra exposer le contenu de ce droit et sa portée dans le contexte, puis démontrer concrètement en quoi l'instance précédente aurait violé les garanties qui en résultent conformément aux exigences accrues de l'article 106, alinéa 2, LTF, ce qui, au vu de la lettre des articles 116 et 118, alinéa 2, LTF, sera toujours le cas dans un recours constitutionnel subsidiaire.

Enfin, dans tous les cas, ce qui différencie l'article 97, alinéa 1, de l'article 105, alinéa 2, LTF est que la partie recourante devra rendre vraisemblable que la correction du vice invoqué est susceptible d'influer sur le sort de la cause, en d'autres termes, que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit.

Si ces exigences de motivation ne sont pas respectées, les griefs dirigés contre l'établissement des faits sont déclarés irrecevables, les faits invoqués sont réputés nouveaux et irrecevables (art. 99, al. 1, LTF), de telle sorte qu'il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (art. 105, al. 1, LTF).

3. *Contestation du droit*

La mission principale du Tribunal fédéral est d'appliquer le droit pour que les règles légales fédérales soient mises en œuvre uniformément dans toute la Suisse et pour que les libertés fondamentales soient effectivement garanties⁶⁴. Le droit cantonal n'est ainsi pas principalement l'objet d'un contrôle de la part du Tribunal fédéral. De cette description du rôle du Tribunal fédéral découlent les règles des articles 42, alinéas 1 et 2, 95 ainsi que 106, alinéas 1 et 2, et 117 LTF.

Aux termes de l'article 42, alinéa 1, LTF, le mémoire de recours doit contenir les conclusions et les motifs à l'appui de celles-ci. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42, al. 2, LTF). Pour satisfaire à cette obligation de motiver, la partie recourante doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi elle estime que l'autorité précédente a méconnu le droit; il n'est pas indispensable qu'elle indique expressément les dispositions légales – le numéro des articles de loi – ou les principes de droit qui auraient été violés; il suffit qu'à la lecture de son exposé, on comprenne clairement quelles règles de droit auraient été, selon elle, transgressées par l'autorité précédente⁶⁵. En d'autres termes, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, ce qui signifie qu'il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui⁶⁶. Les exigences de motivation de l'article 42, alinéa 2, LTF sont violées et le recours irrecevable (art. 108, al. 1, let. b, LTF) lorsque la motivation du recours formé devant le Tribunal fédéral est identique à celle qui était déjà présentée dans la procédure cantonale, sous réserve d'une violation manifeste du droit⁶⁷ ou qu'elle n'expose en aucune manière en quoi la décision attaquée violerait le droit, s'épuisant par exemple dans la simple expression de la volonté de recourir.

⁶⁴ WURZBURGER, (n. 4) p. 190.

⁶⁵ Cf. ATF 133/2007 IV 119, A., c. 6.3; 133 IV 286, B.X., c. 1.4; arrêt TF 5A_129/2007 du 28 juin 2007, c. 1.4 et les références citées.

⁶⁶ ATF 135/2009 II 384, X. und Y., c. 2.2.1.

⁶⁷ ATF 134/2008 II 244, *Stockwerkeigentümergeinschaft A.A. und Mitb.*, c. 2.3.

Aux termes de l'article 106, alinéa 2, LTF, le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant.

A cet égard, l'examen des recours déposés devant la II^e Cour de droit public impose les constats suivants : les parties recourantes perdent trop fréquemment de vue que le recours en matière de droit public permet de se plaindre de la violation du droit fédéral, ce qui inclut le droit constitutionnel et conventionnel, de sorte que le recours constitutionnel subsidiaire n'est pas nécessairement la seule voie de droit qui permet, malgré son nom, d'invoquer des griefs d'ordre constitutionnel. Elles perdent également souvent de vue que, sauf dans les cas cités expressément à l'article 95 LTF (let. c, d et e), le recours en matière de droit public ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel, mais qu'il leur est, en revanche, toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral (art. 95, let. a, LTF), en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'article 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels ou conventionnels. Les principaux domaines qui échappent à la vigilance des plaideurs sont le droit de procédure cantonal, le droit cantonal des marchés publics, le droit fiscal cantonal qui échappe à la loi sur l'harmonisation fiscale, ainsi que les règles cantonales d'application du droit fédéral lorsqu'en raison de la liberté accordée par le droit fédéral au législateur cantonal le Tribunal fédéral n'en examine l'interprétation et l'application que sous l'angle restreint de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

Lorsque la partie recourante se plaint de la violation d'un droit fondamental, garanti par les Constitutions fédérale et cantonales ou par un traité international, l'acte de recours doit, sous peine d'irrecevabilité (art. 108, al. 1, let. b, LTF), invoquer le droit fondamental nommément, en indiquant la disposition topique, contenir un exposé du droit fondamental violé et préciser concrètement en quoi consiste la violation à son égard⁶⁸. Plus précisément, lorsque la partie recourante se plaint d'arbitraire, elle doit invoquer l'article 9 Cst., exposer en quoi consiste

⁶⁸ ATF 136/2010 I 229, X., c. 4.1.

l'interdiction de l'arbitraire et en quoi concrètement elle est victime d'arbitraire dans l'interprétation ou l'application du droit. Elle ne peut pas se contenter de critiquer la décision attaquée comme elle le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure jouit d'une libre cognition; en particulier, elle ne peut se limiter à opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer par une argumentation précise que cette décision se fonde sur une interprétation ou une application de la loi.

Quelques points méritent encore d'être mentionnés sous l'angle de la recevabilité des griefs de violation du droit.

Lorsque la décision attaquée comporte plusieurs motivations indépendantes, alternatives ou subsidiaires, toutes suffisantes pour sceller le sort de la cause, la partie recourante doit, sous peine d'irrecevabilité du recours (art. 108, al. 1, let. b, LTF), démontrer que chacune d'elles est contraire au droit⁶⁹.

Du moment que le Tribunal fédéral applique le droit d'office, les nouveaux moyens de droit matériel sont recevables pour autant que l'argumentation juridique nouvelle repose sur les faits de la décision attaquée et non pas sur des faits nouveaux irrecevables au sens de l'article 99 LTF.

Enfin, la LTF ne connaît pas l'institution du recours joint, de sorte que la partie qui entend contester une décision doit le faire elle-même dans le délai de recours de l'article 100 LTF. A défaut, elle ne peut, dans sa détermination sur le recours formé par l'autre partie, que proposer de rejeter celui-ci; elle n'est pas admise à reprendre les conclusions formulées devant l'autorité précédente⁷⁰. En revanche, elle peut fonder ses conclusions en rejet du recours sur des motifs que l'instance inférieure n'a pas retenus, dans l'hypothèse où la motivation figurant dans l'arrêt attaqué ne devrait pas résister devant le Tribunal fédéral. Il s'agit là d'une conséquence de l'article 105, alinéa 1, LTF selon laquelle le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer le droit d'office. La partie intimée ne se trouve pas réduite à répondre aux griefs de la partie recourante, mais peut de son

⁶⁹ Arrêt TF 2C_1096/2012 du 7 novembre 2012, c. 2.1; arrêt TF 2C_176/2012 du 18 octobre 2012, c. 2; arrêt TF 2C_760/2009 du 17 avril 2010, c. 2.5.

⁷⁰ Cf. ATF 138/2012 V 106, *Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA)*, c. 2.1; arrêt TF 2C_77/2012 du 31 août 2012, c. 1.3.

côté faire en sorte que, malgré la solidité éventuelle des arguments de la recourante, la décision attaquée soit fondée quant à son résultat⁷¹.

B. Demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles

L'article 103 LTF prévoit qu'en règle générale, le recours n'a pas d'effet suspensif. Aux termes des articles 103, alinéa 3, et 104 LTF, le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, statuer différemment sur l'effet suspensif ou ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés.

La requête doit être motivée. Au besoin, les preuves doivent être produites. En principe, si l'effet suspensif est demandé et que les autres parties ne s'y opposent pas, il est accordé par le juge instructeur. En pratique, il s'agit du président de la cour, puisqu'à ce stade de la procédure, la cause n'est pas encore attribuée à un juge rapporteur. En cas de désaccord entre les parties, il y a en revanche lieu de peser les intérêts de la partie recourante à empêcher l'exécution de l'arrêt attaqué par rapport aux intérêts de la partie qui s'y oppose afin d'éviter que l'une ou l'autre ne subissent un dommage irréparable.

A cet égard, il est important que la réponse à la demande, sollicitée par ordonnance de la chancellerie de la cour, soit motivée. Selon la jurisprudence en effet, il est en principe renoncé à la pesée des intérêts lorsque l'autorité intimée se déclare d'accord avec la demande ou lorsqu'aucune réponse n'est déposée dans le délai imparti. Dans ce dernier cas, il est présumé que l'autorité intimée n'a rien à reprocher à l'effet suspensif. En revanche, lorsque cette autorité s'en remet à la justice ou qu'elle s'oppose à l'effet suspensif, la pesée des intérêts doit avoir lieu⁷².

En matière de contributions, un préjudice irréparable fait régulièrement défaut dès lors qu'en cas d'admission du recours, la collectivité publique rembourse, avec intérêts, le montant versé à tort, de sorte qu'il y a lieu de rejeter toute requête d'effet suspensif, sous réserve de motifs sérieux dont l'existence doit être établie par la partie requérante. Tel peut être le

⁷¹ Arrêt TF 2C_738/2012 du 27 novembre 2012, c. 1.2; arrêt TF 2C_693/2009 du 4 mai 2010, c. 1.4 non publié aux ATF 136/2010 II 441, *Eidgenössische Steuerverwaltung*; voir aussi ATF 122/1996 I 253, P. AG, c. 6c.

⁷² ATF 107/1981 Ia 269, S. AG, c. 1.

cas lorsque la créance fiscale est à ce point importante qu'elle causerait de graves difficultés de paiement. Dans ce cas, l'intérêt privé l'emporte sur l'intérêt public au paiement de la créance⁷³.

En matière de droit des étrangers, l'effet suspensif est en principe accordé à l'étranger qui est en Suisse. Il est en revanche refusé lorsque l'étranger peut attendre l'issue de la procédure à l'étranger. En matière de détention en vue du renvoi, la mesure provisionnelle tendant à la libération immédiate du détenu est refusée parce qu'elle rendrait largement sans objet un jugement de la cause sur le fond. Une mesure provisoire tendant à suspendre l'exécution immédiate du renvoi peut exceptionnellement être ordonnée en application de l'article 104 LTF, lorsqu'une décision de renvoi ordinaire au sens de l'article 64 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005⁷⁴ fait l'objet d'un recours sur le plan cantonal (art. 64, al. 3, LEtr) ainsi que d'une demande de restitution de l'effet suspensif et que l'autorité cantonale se trouve dans l'impossibilité de statuer avant l'exécution du renvoi sur la demande de restitution de l'effet suspensif. Il en va de l'effectivité de la voie de recours prévue par l'article 64, alinéa 3, LEtr⁷⁵. Pour le surplus, il n'est pas exclu qu'une autre mesure provisionnelle soit ordonnée en particulier, en ce sens qu'un congé de durée limitée soit accordé au recourant, le moment venu, de façon à ce qu'il puisse assister à la naissance de son enfant, l'autorité étant libre de décider si le congé a lieu sous surveillance, ou non⁷⁶.

En matière de réglementation des taxis, lorsqu'il est notoire qu'il existe une liste d'attente de plusieurs années pour l'obtention d'une autorisation A, le retrait immédiat de l'autorisation cause en principe un dommage difficilement réparable dès lors qu'il sera suivi d'une redistribution de dite autorisation.

En matière de contrôle abstrait, l'effet suspensif n'est en principe pas accordé aux recours dirigés contre des actes normatifs de portée générale, sous réserve que les chances de succès du recours apparaissent à ce point manifestes qu'il se justifie de déroger au principe.

⁷³ *Id.*, c. 2.

⁷⁴ LEtr – RS 142.20.

⁷⁵ Cf. pour un exemple: arrêt TF 2C_1139/2012 du 21 décembre 2012.

⁷⁶ Arrêt TF 2C_791/2010 du 19 octobre 2010.

Une décision négative ne peut être suspendue dans ses effets⁷⁷.

Une requête de mesures provisionnelles concluant à ce qu'interdiction soit faite à un avocat de représenter un client dans une procédure cantonale jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral pour défaut d'indépendance du mandataire professionnel, se justifie en principe par le fait qu'un tel conflit d'intérêt et manque d'indépendance contraire aux obligations de l'article 12 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000⁷⁸ peut conduire au défaut de postuler de ce dernier, qu'une éventuelle interdiction de représenter vise à assurer la bonne marche du procès et que les deux parties ont intérêt à ce que la procédure au fond soit d'emblée menée conformément aux principes constitutionnels et légaux en vigueur.

C. La formulation des conclusions

L'article 42, alinéa 1, LTF exige que le mémoire de recours indique les conclusions.

Les conclusions doivent être formulées de manière précise, de façon à ce que le Tribunal fédéral sache ce qui est contesté, ce qui ne l'est pas (art. 107, al. 1, LTF) et ce qui est demandé. L'article 107, alinéa 2, LTF prévoit en effet que, si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance.

La jurisprudence a déduit de cette disposition que les recours unifiés et donc également le recours en matière de droit public ne sont pas des recours en cassation mais des recours en réforme, de sorte que la partie recourante ne peut, en principe, pas se borner à conclure à l'annulation de l'arrêt attaqué, mais doit, bien plutôt, prendre une conclusion au fond (art. 107, al. 2, LTF)⁷⁹. Toutefois, les cours de droit public ne déclarent

⁷⁷ Cf. notamment ATF 126/2000 V 407, *Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen*; MEYER ULRICH/DORMANN JOHANNA (2011), n° 3 *ad* art. 104 LTF et les réf. cit., in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (éd.), *Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar*, 2^e éd., Bâle.

⁷⁸ LLCA – RS 935.61.

⁷⁹ Cf. ATF 133/2007 III 489, X. AG, c. 3.1.

pas d'emblée irrecevables des conclusions en annulation de l'arrêt attaqué lorsqu'il ressort clairement du mémoire que les recourants entendent demander également l'annulation d'éléments de fond⁸⁰. En effet, les cours de droit public n'exigent pas systématiquement de la partie recourante qu'elle prenne des conclusions formelles, conformément à la pratique qui valait sous l'empire de l'aOJ⁸¹. Selon certains arrêts, il n'est pas nécessaire que les conclusions soient formulées explicitement pour qu'elles soient recevables; il suffit qu'elles ressortent clairement et sans équivoque des motifs allégués dans le mémoire⁸².

Une conclusion en constatation est en principe irrecevable: de telles conclusions ne sont admissibles que si une disposition légale spéciale le prévoit ou si la partie recourante fait valoir un intérêt digne de protection qui ne pourrait sinon être pris en considération. Lorsqu'une décision formatrice peut être rendue, il n'existe pas d'intérêt digne de protection à formuler une conclusion en constatation⁸³. De même, les conclusions que l'on qualifie parfois de « préparatoires » ou « préjudicielles », qui constituent en d'autres termes un motif d'annulation de l'arrêt attaqué, sont aussi irrecevables⁸⁴.

D'après l'article 107, alinéa 1, LTF, le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties. Il résulte de cette disposition que toute *reformatio in pejus* est exclue, également en matière de contributions publiques⁸⁵.

En matière de contrôle abstrait, la conclusion tendant à l'annulation de l'arrêté cantonal dans son ensemble est irrecevable lorsque le recours n'indique pas dans quelle mesure il s'en prend à chacune des disposi-

⁸⁰ Arrêt TF 1C_18/2008 du 15 avril 2008, c. 1.2.

⁸¹ ATF 108/1982 II 487, *M. M. Paiste & Sohn GmbH & Co. KG*, c. 1; 103/1977 Ib 91, *Nordostschweiz. Kraftwerke AG (NOK) und Schweiz. Bundesbahnen*, c. 2c.

⁸² ATF 135/2009 I 119, *S.*, c. 4; arrêt TF 1C_100/2008 du 18 juin 2008; arrêt TF 2C_63/2008 du 22 mai 2008, c. 1.5.

⁸³ ATF 126/2000 II 300, *Ruth Gonseth*, c. 2c; arrêt TF 2C_351/2007 du 8 mai 2008, c. 1.2.

⁸⁴ Arrêt TF 2C_162/2010 du 21 juillet 2010, c. 1.2; arrêt TF 2C_176/2008 du 26 août 2008, c. 1.3.

⁸⁵ Arrêt TF 2C_123/2012 du 8 août 2012, c. 7.3; arrêt TF 2C_788/2010 du 18 mai 2011, c. 4.4; RDAF 2009 II 531 (TF, 13.08.2009).

tions ni ne démontre que l'annulation de la disposition véritablement attaquée priverait l'arrêté cantonal de sens dans son entier. Dans ce cas, le Tribunal fédéral n'annule, cas échéant, que les dispositions qui ont fait l'objet d'un grief suffisamment motivé⁸⁶.

Enfin, lorsque le recours devant l'instance précédente est pourvu de l'effet dévolutif, les conclusions tendant à l'annulation des décisions de première instance sont irrecevables, puisqu'elles ont été remplacées par l'arrêt de l'instance directement précédente.

IV. Le dépôt du mémoire de recours et la procédure ultérieure

A. Le dépôt du mémoire

1. Le délai

Les dispositions relatives au délai se trouvent aux articles 44 ss LTF ainsi que 100 et 101 LTF. En raison de la primauté du droit fédéral, ces dispositions l'emportent sur les dispositions de droit intercantonal, notamment sur la règle de l'article 15, alinéa 2*bis*, de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/ 15 mars 2001⁸⁷ qui prévoit que les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas. Au demeurant, cette règle ne concerne que les recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale⁸⁸.

Selon l'article 44, alinéa 1, LTF, les délais dont le début dépend d'une communication ou de la survenance d'un événement courent dès le lendemain de celles-ci. Selon la jurisprudence, lorsque la notification d'une décision a lieu durant les fêtes, le premier jour suivant la fin de celles-ci compte dans le délai de recours⁸⁹.

Selon l'article 44, alinéa 2, LTF, une communication qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée

⁸⁶ Arrêt TF 2C_725/2010 du 31 octobre 2011, c. 1.4; arrêt TF 2C_88/2009 du 19 mars 2009, c. 3.3.

⁸⁷ AIMP – RS/GE L 6 05.

⁸⁸ Arrêt TF 2D_29/2012 du 21 novembre 2012, c. 1.2.

⁸⁹ ATF 132/2006 II 153, *Kanton Aargau*.

reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution. La présomption – reconnue précédemment par application analogique de la jurisprudence – selon laquelle en cas de demande de garde du courrier comme en cas de remise des envois postaux dans une boîte aux lettres ou une case postale, un envoi recommandé est réputé communiqué le dernier jour d'un délai de sept jours dès réception du pli par l'office postal du domicile du destinataire, demeure valable sous l'empire du nouveau droit⁹⁰. Le fait que la communication au sens de l'article 44, alinéa 2, LTF ait lieu durant une période de suspension des fêtes de l'article 46 LTF n'y change rien. En effet, cette dernière disposition a pour seul but de dispenser le justiciable de devoir entreprendre des démarches procédurales durant la période de fêtes. Elle n'empêche pas les tribunaux et les autorités de la juridiction administrative de rendre des décisions et de les notifier durant les fêtes⁹¹.

Contrairement à ce qui prévaut pour la détention pénale⁹², en vertu de l'article 112, alinéa 2, LEtr *a contrario*, la suspension des délais prévue par l'article 46 LTF est applicable dans la procédure de recours devant le Tribunal fédéral en matière de mesures de contraintes contre les étrangers⁹³.

Conformément à l'article 49 LTF, une notification irrégulière ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties, notion qui inclut aussi les autorités habilitées à recourir devant le Tribunal fédéral. En principe, une décision ne déploie aucun effet juridique aussi longtemps qu'une expédition complète n'a pas été notifiée ou, à tout le moins, n'a pas été portée à la connaissance des parties. En revanche, dès sa notification qui peut intervenir à des moments différents, le délai de trente jours commence à courir⁹⁴. Cette jurisprudence revêt une grande importance pratique, car elle permet de décider du caractère de force de chose jugée définitive d'un arrêt.

⁹⁰ ATF 134/2008 V 49, V.; pour un cas d'application arrêt TF 2C_740/2010 du 3 mars 2011, c. 2.3.

⁹¹ Arrêt TF 2C_740/2010 du 3 mars 2011, c. 2.3.

⁹² ATF 133/2007 I 270, X., c. 1.2.2.

⁹³ ATF 134/2008 II 201, *Bundesamt für Migration*, c. 1.2; arrêt TF 2C_253/2008 du 7 juillet 2008, c. 1.2.

⁹⁴ Arrêt TF 2C_401/2012 du 18 septembre 2012.

2. *Les annexes*

Selon l'article 42, alinéa 3, LTF, les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée si le mémoire est dirigé contre une décision. Toutefois, si la signature de la partie ou de son mandataire, la procuration ou les annexes prescrites font défaut, ou si le mandataire n'est pas autorisé, le Tribunal fédéral impartit un délai approprié à la partie pour remédier à l'irrégularité et l'avertit qu'à défaut le mémoire ne sera pas pris en considération (art. 42, al. 5, LTF). Cette disposition ne permet pas d'obtenir le droit de compléter son recours en raison des graves problèmes de santé du beau-père du mandataire⁹⁵. Au mieux, la partie recourante peut déposer une demande de restitution du délai aux conditions de l'article 50 LTF.

Par procuration, il faut entendre soit un acte écrit remplissant les conditions prévues aux articles 13 à 15 du Code des Obligations du 30 mars 1911⁹⁶, soit un document électronique remplissant les conditions prévues à l'article 42, alinéa 4, LTF. Si une telle procuration n'est pas jointe au mémoire, le Tribunal fédéral impartit un délai approprié à la partie pour remédier à l'irrégularité et l'avertit qu'à ce défaut, le mémoire ne sera pas pris en considération (cf. art. 42, al. 5, LTF). La loi ne permet pas au mandataire d'éviter cette conséquence en justifiant de ses pouvoirs par témoins ou par quelque autre moyen de preuve. C'est donc la validité même des pouvoirs de représentation que les articles 40, alinéa 2, et 42, alinéa 5, LTF subordonnent à la production d'une procuration écrite ou électronique. Les actes accomplis devant le Tribunal fédéral par un représentant dépourvu de procuration sont nuls et engageant, conformément aux règles générales sur la représentation (cf. art. 39 CO), la seule responsabilité de leur auteur, notamment quant aux frais de la procédure. Ces règles ont en premier lieu été édictées dans le but de protéger le prétendu représenté.

En application de l'article 66, alinéa 3, LTF, qui prévoit que les frais causés inutilement sont supportés par celui qui les a engendrés, le mandataire professionnel peut se voir condamner au paiement des frais de la

⁹⁵ Arrêt TF 2C_890/2010 du 18 novembre 2010, c. 4.

⁹⁶ CO – RS 220.

procédure fédérale, lorsqu'il a agi sans pouvoir, mais également lorsqu'il a agi de manière téméraire, que ce soit par la production d'un mémoire irrecevable ou par la qualité des arguments mis en évidence dans l'écriture de recours⁹⁷. Un mandataire professionnel à qui les motifs d'irrecevabilité manifeste des recours qu'il dépose auprès du Tribunal fédéral ont déjà été expliqués précédemment sera aussi condamné au paiement des frais de procédure s'il réitère les mêmes grossières erreurs⁹⁸.

B. La procédure ultérieure

1. *L'échange des écritures*

Après le dépôt du recours, son enregistrement et les premiers courriers en accusant réception, avertissant les parties concernées de son dépôt et annonçant que les mesures d'instruction seront ordonnées, la chancellerie attend les décisions du président de la cour pour mettre en œuvre la suite de la procédure.

Lorsque l'écriture est manifestement irrecevable au sens de l'article 108 LTF, l'arrêt d'irrecevabilité est rendu rapidement par le juge unique, sans demande d'avance de frais, ni ordonnance d'effet suspensif ou échange d'écritures. L'effet suspensif devient immédiatement sans objet et la requête d'assistance judiciaire rejetée parce que le recours était d'emblée dénué de chances de succès.

Pour les autres recours, en fonction des situations, la chancellerie de cour devra notifier une ordonnance ou plusieurs ordonnances invitant un recourant à élire domicile en Suisse (art. 39, al. 3, LTF), à compléter l'écriture déposée (art. 42, al. 5, LTF; défaut de signature manuscrite, défaut de production de la procuration ou des annexes, défaut de production de la décision attaquée), à payer l'avance de frais (art. 62 LTF) ou à compléter la demande d'assistance judiciaire jusqu'au délai pour effectuer l'avance de frais. Si l'avance de frais n'est pas effectuée dans le premier délai imparti, une seconde ordonnance de prolongation de délai, en général de dix jours, sera notifiée, indiquant qu'il s'agit du délai supplémentaire de l'article 62, alinéa 3, LTF non prolongeable dans

⁹⁷ RF 65 679, 682 (TF, 04.03.2010); arrêt TF 2C_778/2009 du 26 janvier 2010.

⁹⁸ Arrêt TF 2C_1058/2012 du 27 octobre 2012, c. 3.3; arrêt TF 2C_590/2012 du 19 juin 2012, c. 4.

lequel l'avance de frais doit être effectuée sous peine d'irrecevabilité du recours. Le régime applicable à l'avance de frais étant réglé par l'article 48, alinéa 4, LTF, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 48, alinéa 3, LTF. Il s'ensuit que le délai n'est pas observé si le paiement est effectué dans le délai en faveur d'une autre autorité que le Tribunal fédéral. Cette dernière n'est en outre pas tenue de transférer au Tribunal fédéral le montant reçu par erreur. Ce régime distinct s'impose spécialement du fait qu'au moment d'effectuer le paiement, la partie connaît avec certitude son destinataire – le Tribunal fédéral –, parce qu'elle dispose d'un bulletin de versement *ad hoc*. En cas d'inobservation du délai, seule reste ouverte la voie de la restitution aux strictes conditions de l'article 50 LTF⁹⁹.

Une fois l'avance de frais effectuée et les irrégularités du mémoire corrigées, il arrive que le recours se révèle manifestement infondé au sens de l'article 109, alinéa 2, lettre a, LTF. Dans ce cas, soit la chancellerie invite l'autorité précédente à communiquer au Tribunal fédéral le dossier de la cause sans échange d'écritures et à lui préciser si un moyen de droit cantonal est encore pendant qui nécessiterait la suspension de la procédure (art. 102, al. 2, LTF). A cet égard, l'instance précédant le Tribunal fédéral ne peut pas refuser d'entrer en matière sur une demande de révision au seul motif qu'un recours contre le jugement dont la révision est demandée a été introduit devant le Tribunal fédéral¹⁰⁰. Soit il est renoncé à la production du dossier de la cause et à l'échange d'écritures (art. 102, al. 1, LTF). Dans les deux cas, la cour statue à trois juges, dans la mesure du possible à bref délai, rejetant le recours manifestement infondé. La motivation est alors sommaire et le renvoi partiel ou complet aux considérants de l'arrêt attaqué constitue la règle (art. 109, al. 3, LTF). En revanche, lorsque le recours est manifestement bien-fondé (art. 109, al. 2, let. b, LTF), l'arrêt l'admettant n'est en principe rendu qu'après un échange d'écritures, de façon à ce que l'autorité qui succombe ait pu se faire entendre en déposant ses observations.

Dans les autres cas, la chancellerie communique un double du mémoire de recours aux parties à la procédure en les invitant à déposer une

⁹⁹ Arrêt TF 2C_84/2009 du 24 février 2009, c. 1.1.

¹⁰⁰ ATF 138/2012 II 386, P., c. 6; voir à ce propos: arrêt TF 2C_810/2009 du 26 mai 2010, c. 3.

éventuelle réponse dans un délai imparti à date fixe (environ un mois). Les autorités fédérales (aussi nommées autorités de surveillance) qui auraient qualité pour recourir au sens de l'article 89, alinéa 2, lettre a, LTF sont invitées à déposer des observations (par exemple: l'Office fédéral des migrations en matière de droit des étrangers, l'Administration fédérale des contributions en matière d'impôt fédéral direct ou d'impôt cantonal harmonisé). Lorsque le mémoire de recours contient une requête d'effet suspensif ou de mesures provisionnelles, la chancellerie, sur ordre du président de la cour, ajoute à l'ordonnance de communication du recours et à l'invitation à déposer une réponse dans un délai donné (environ un mois), une invitation à se déterminer sur la requête d'effet suspensif ou de mesures provisionnelles dans un délai fixé à date fixe (environ quatorze jours). Lorsque la requête est urgente, l'ordonnance en cause sera munie de l'injonction selon laquelle jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif, aucune mesure d'exécution de la décision attaquée ne pourra être prise. Il s'agit de mesures superprovisionnelles.

Une fois le délai pour déposer les observations sur la requête d'effet suspensif ou de mesures provisionnelles échu, le président rend une ordonnance admettant ou refusant dite requête.

Lorsqu'une voie de droit cantonal est encore pendante lors du dépôt du recours ou lorsque le recours est prématuré (par exemple, lorsque le projet d'arrêté cantonal n'a pas encore été publié selon le droit cantonal), le président rend une ordonnance de suspension de la procédure jusqu'à ce que la cause de la suspension soit écartée. Une fois la cause de suspension écartée ou sur requête de la partie la plus diligente, une ordonnance de reprise de la procédure est notifiée. Une partie peut en tout temps déposer une requête de mesures provisionnelles ou de suspension de la procédure motivée. En particulier, une partie qui, avant la fin de la procédure fédérale, pense avoir découvert un motif de révision du jugement cantonal doit former une demande de révision devant l'instance cantonale. Pour éviter que le Tribunal fédéral ne statue matériellement sur le recours pendant la procédure de révision cantonale, la partie doit présenter une demande de suspension de la procédure fédérale¹⁰¹. Ces requêtes de suspension, on l'a vu, n'ont toutefois pas par elles-mêmes

¹⁰¹ ATF 138/2012 II 386, P., c. 7.

pour effet de suspendre les délais de procédure courants, notamment le délai pour effectuer l'avance de frais ou pour déposer des observations.

2. *Le droit de réplique*

A l'heure actuelle, selon la jurisprudence, le droit d'être entendu, compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des articles 29 ss Cst., garantit notamment le droit à la réplique dans toutes les procédures judiciaires même dans les domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 CEDH, en ce sens que toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer¹⁰². Toutefois, dans un arrêt du 15 novembre 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'on pouvait, sans violer l'article 6 CEDH, attendre d'un mandataire professionnel qu'il connaisse la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral¹⁰³, et s'y conforme en déposant des observations complémentaires ou en demandant un délai à cet effet lorsqu'il reçoit les observations de la partie adverse pour information¹⁰⁴.

Selon la pratique de la II^e cour de droit public, lorsque les parties ont déposé leurs observations sur recours, la chancellerie notifie à la partie recourante une ordonnance dite de « communication des prises de position » en annexe de laquelle figurent la réponse de la partie adverse, les observations de l'autorité de surveillance ainsi que celles de l'autorité précédente. Cette ordonnance expose qu'aucun échange d'écritures supplémentaire n'est ordonné et que d'éventuelles observations doivent être déposées dans un délai imparti à date fixe (environ dix jours).

Il est arrivé qu'une partie recourante demande la prolongation de ce dernier délai. Dans ce cas, un courrier lui est adressé rappelant que le Tribunal fédéral a considéré qu'un deuxième échange d'écritures n'était pas nécessaire, que les observations des parties adverses ont été transmises pour information et qu'un bref délai a été fixé pour permettre – le cas échéant – de déposer des observations complémentaires. Ce courrier

¹⁰² ATF 137/2011 I 195, A. und Mitb., c. 2.3.1; 133/2007 I 100, A. und Mitb., c. 4.5.

¹⁰³ ATF 132/2006 I 42. X.

¹⁰⁴ ACEDH *Joos contre Suisse*, du 15 novembre 2012, n° 43245/07, § 30 ss.

rappelle aussi qu'une prolongation de ce délai n'est accordée que sur demande motivée et pour quelques jours uniquement et que par conséquent il est prolongé une dernière fois pour un laps de temps très bref.

C. La fin de la procédure sans jugement

1. *Les trois motifs*

Le juge instructeur statue comme juge unique sur la radiation du rôle des procédures devenues sans objet ou achevées par un retrait ou une transaction judiciaire (art. 32, al. 2, LTF).

Selon la doctrine, une procédure devient *sans objet* lorsqu'après le dépôt du recours, alors que la cause est pendante devant le Tribunal fédéral, il survient une circonstance de fait ou de droit qui fait perdre tout intérêt à ce qu'une décision soit rendue¹⁰⁵. Cet intérêt consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait aux parties en leur évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale ou matérielle occasionné par la décision attaquée. Si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, la cause doit être rayée du rôle¹⁰⁶, à moins qu'il n'y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel, s'agissant d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi au contrôle du Tribunal fédéral¹⁰⁷.

La procédure peut également prendre fin par le retrait du recours ou par transaction judiciaire entre les parties, ce qui peut arriver lorsque le Tribunal fédéral est saisi d'une action directe¹⁰⁸. En revanche, ne conduit pas à la radiation de la cause le fait qu'un tribunal « ne peut plus atteindre l'intéressé ». A défaut de base légale à cet effet, pareille circonstance n'équivaut en effet pas à un retrait, même tacite, du recours¹⁰⁹.

¹⁰⁵ AUBRY GIRARDIN FLORENCE (2009), n° 12 *ad* art. 32 LTF, in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, *Commentaire de la LTF*, Berne.

¹⁰⁶ ATF 118/1992 Ia 488, B., c. 1a et les arrêts cités.

¹⁰⁷ ATF 131/2005 II 670, *MCH Messe Schweiz AG und MCH Messe Basel AG*, c. 1.2 avec les références.

¹⁰⁸ Pour un exemple: arrêt TF 2E_1/2009 du 23 mars 2011.

¹⁰⁹ Arrêt TF 2C_656/2012 du 27 septembre 2012, c. 4.

La LTF ne prévoit pas l'acquiescement de l'intimé. Il s'agit d'un silence qualifié. En cas d'acquiescement, il n'est ainsi pas possible de rendre un arrêt de classement. Le Tribunal fédéral, qui applique le droit d'office (art. 106, al. 1, LTF), doit examiner le bien-fondé du recours et rendre un arrêt sur le fond. Il ne peut pas rendre une décision de classement et rayer la cause du rôle, car cela reviendrait à laisser subsister l'arrêt attaqué, ce qui ne correspond pas à la volonté des parties¹¹⁰.

2. Déterminations des parties

En pratique, comme les circonstances sont multiples et diverses et afin de sauvegarder le droit d'être entendu, dès la survenance de l'une d'elles, le juge instructeur notifie aux parties à la procédure une ordonnance les invitant à se déterminer sur la suite de la procédure en particulier sur la radiation envisagée. Il appartient alors aux parties de s'exprimer sur l'existence, ou non, d'un intérêt encore actuel au recours après la survenance de la circonstance en cause.

A cet égard, en matière de détention en vue du renvoi, il arrive fréquemment que l'expulsion de Suisse soit exécutée durant la procédure de recours devant le Tribunal fédéral. A priori, il n'y a plus d'intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée. Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que l'autorité de recours doit entrer en matière pour examiner le caractère licite de la détention d'une personne libérée en cours de procédure, dans la mesure où la partie recourante invoque d'une manière défendable une violation de l'article 5 CEDH¹¹¹.

Les parties devront également se déterminer sur les frais et dépens de la procédure en cours, si cela ne ressort pas déjà, le cas échéant, de la transaction judiciaire. En effet, lorsque le Tribunal fédéral raye une cause du rôle, il statue sur les frais de la procédure et les dépens par une décision sommairement motivée en application de l'article 71 LTF en relation avec l'article 72 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947¹¹², en tenant compte de l'état de choses existant

¹¹⁰ Cf. RDAF 2010 II 494, 498 ss (TF, 28.06.2010).

¹¹¹ ATF 137/2011 I 296, X., c. 4.3; 136/2010 I 274, X., et les références citées; pour un exemple devant le Tribunal fédéral: arrêt TF 2C_1139/2012 du 21 décembre 2012.

¹¹² PCF – RS 273.

avant le fait qui met fin au litige. En d'autres termes, il décide qui aurait succombé s'il avait dû trancher la cause au fond¹¹³.

¹¹³ Pour quelques exemples : arrêt TF 2C_771/2012 du 5 septembre 2012 ; ordonnance TF 2C_881/2010 du 7 janvier 2011 ; ordonnance TF 2C_78/2011 du 16 février 2011.

L'opposition et le recours hiérarchique

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN

*Docteur en droit, avocate,
chargée de cours suppléante à l'Université de Genève*

I. Introduction

L'opposition et le recours hiérarchique sont deux voies spécifiques dans le contentieux administratif qui ont en commun que l'on ne se tourne pas auprès du pouvoir judiciaire pour faire valoir ses droits. Le contrôle reste dévolu au pouvoir exécutif.

La présente contribution a pour objet de situer ces deux institutions dans le système du contentieux de droit public, notamment du point de vue du droit applicable et de leur articulation par rapport aux autres voies du contentieux.

II. L'opposition

A. Généralités

L'opposition est un moyen de droit permettant au destinataire d'une décision d'en obtenir le réexamen par l'autorité qui a statué avant qu'un juge ne soit éventuellement saisi. Il s'agit d'une demande, adressée à l'auteur d'une décision, visant à son annulation, à sa modification ou à la constatation de sa nullité après un examen complet en fait, en droit, et, le cas échéant, en opportunité¹.

Si la définition de l'instrument de l'opposition est généralement admise – le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'une « définition devenue aujourd'hui classique »² –, l'institution ne fait pas l'objet d'une

¹ ATF 125/1999 V 118, M. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 204; MOOR/POLTIER (2011) p. 629; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 276; TANQUEREL (2011) p. 424.

² ATF 125/1999 V 118, M.

terminologie consacrée dans les diverses lois de procédure ou de fond qui la connaissent.

En droit fiscal, la procédure par laquelle le contribuable saisit l'administration afin qu'elle procède à un nouvel examen de la décision avant qu'elle n'entre en force est appelée réclamation. Tel est le cas en matière d'impôt fédéral direct (art. 132 ss de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990³), en matière d'impôts directs des cantons et des communes (art. 48 de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990⁴; art. 9 ss de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001⁵) ou en matière de taxe sur la valeur ajoutée (art. 83 de la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009⁶), notamment. A Genève, la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985⁷ la désigne également comme réclamation, tout en précisant que l'opposition est assimilée à la réclamation (art. 50, al. 1, 2^e phrase, LPA)⁸.

Inversement, il ne faut pas confondre l'opposition telle que présentée ici avec la procédure d'opposition qui précède la prise d'une décision formelle par l'autorité. En effet, les procédures en matière d'expropriation (art. 35 et 55 de la loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930⁹) ou de droit de l'aménagement du territoire peuvent, selon les cantons pour les secondes¹⁰, connaître une procédure formalisée d'opposition qui est mise en place avant que l'autorité n'adopte un plan d'affectation. Tel est notamment le cas à Genève, où les avant-projets de plan sont tout d'abord soumis à une enquête publique pendant laquelle tout un cha-

³ LIFD – RS 642.11.

⁴ LHID – RS 642.14.

⁵ LPFisc/GE – RS/GE D 3 17.

⁶ LTVA – RS 641.20.

⁷ LPA/GE – RS/GE E 5 10.

⁸ Dans la suite de ce texte, il sera parlé d'opposition de manière générique, sauf lorsque la procédure dont il est question est désignée comme réclamation par la loi.

⁹ LEx – RS 711.

¹⁰ Selon l'art. 25 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT – RS 700), ce sont les cantons qui règlent la procédure d'approbation des plans d'affectation. Le droit fédéral ne fait qu'imposer que ceux-ci soient mis à l'enquête publique et qu'ils puissent faire l'objet d'un recours auprès d'un juge (art. 33 LAT).

cun peut en prendre connaissance et émettre des observations (art. 16, al. 1 et 2, de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987¹¹; art. 6, al. 1 et 2, de la loi générale sur les zones de développement du 22 juin 1957¹²). Au besoin, ils sont remaniés en fonction des observations recueillies pendant l'enquête (art. 16, al. 4, LaLAT/GE; art. 6, al. 5, LGZD/GE). La procédure d'opposition se tient ensuite et porte sur le projet de plan. Dans le cadre de celle-ci, seules les personnes disposant de la qualité pour recourir contre le plan qui sera finalement adopté ont qualité pour former opposition (art. 16, al. 5, LaLAT/GE; art. 6, al. 8, LGZD/GE). A l'issue de la procédure d'opposition, l'autorité compétente statue dans le même temps sur les oppositions et sur l'adoption du plan (art. 16, al. 6, LaLAT/GE; art. 6, al. 9, LGZD/GE).

B. Fonction

La fonction de l'opposition est double. D'une part, elle sert à garantir les droits procéduraux des administrés. D'autre part, elle a une fonction de filtre dans un but d'économie et de décharge des tribunaux.

L'opposition est essentiellement prévue dans les procédures dites de masse (*Massenverfahren*). Les procédures de masse sont des procédures dans lesquelles l'autorité administrative est appelée à rendre un nombre important de décisions individuelles dans son domaine de compétence¹³. Les procédures de masse doivent être distinguées des procédures collectives dans lesquelles l'autorité rend des décisions collectives, soit des décisions qui ont un nombre important de destinataires (cf. art. 11a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968¹⁴)¹⁵.

1. La garantie des droits procéduraux des administrés

Les procédures de masse ont comme caractéristique d'exiger de l'autorité qu'elle rende un très grand nombre de décisions dans un laps de

¹¹ LaLAT/GE – RS/GE L 1 30.

¹² LGZD/GE – RS/GE L 1 35.

¹³ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 204; SEILER (2007) p. 65.

¹⁴ PA – RS 172.01.

¹⁵ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 205.

temps souvent bref. Partant, l'autorité peut être appelée à sacrifier les droits procéduraux des parties afin de satisfaire à son objectif d'efficacité. Cela peut concerner l'obligation d'entendre les administrés avant que la décision ne soit rendue (art. 29 Cst.¹⁶; art. 29, 30 PA; art. 41 LPA/GE) ou l'obligation de motiver les décisions (art. 29 Cst.; art. 35 PA; art. 46, al. 1, LPA/GE)¹⁷. Des erreurs peuvent également survenir, dues au grand nombre de décisions à rendre¹⁸.

En contrepartie de cette éventuelle entorse au droit d'être entendu, l'opposition sert à garantir l'exercice complet de ce droit: avec la procédure d'opposition formée devant l'autorité qui a statué en premier lieu, l'administré a la possibilité de faire valoir sa position devant elle et a la garantie que celle-ci statuera avec le même pouvoir d'examen en fait et en droit que lorsqu'elle a statué en premier lieu. L'administré obtiendra en outre une décision respectant l'exigence de motivation¹⁹.

Partant, l'opposition sert à compléter une décision qui serait incomplète sur le plan procédural²⁰ en assurant la participation de l'administré au processus de décision, d'une part, et en lui réservant une décision motivée, d'autre part.

2. *L'effet de filtre*

Le grand nombre de décisions rendues dans le cadre des procédures de masse est en outre susceptible de causer une potentielle surcharge des tribunaux appelés à statuer sur la validité de celles-ci.

L'opposition a donc un effet de filtre puisque la décision rendue au terme de celle-ci est motivée et prend en compte la position que l'administré a fait valoir²¹. L'administré est alors en mesure de constater que sa po-

¹⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

¹⁷ MOOR/POLTIER (2011) p. 629; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 204; TANQUEREL (2011) p. 425.

¹⁸ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 276.

¹⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 208, 211; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 277; MOOR/POLTIER (2011) p. 630; TANQUEREL (2011) p. 425. Voir ég. ATF 132/2006 V 368, A.

²⁰ TANQUEREL (2011) p. 425.

²¹ MOOR/POLTIER (2011) p. 630.

sition a été prise en compte dans la décision, ce qu'il n'est pas toujours capable de faire à réception de la première décision.

Du point de vue de l'autorité, cela permet par ailleurs de réaliser un auto-contrôle de sa décision et le cas échéant de rectifier sa position²².

C. Eléments procéduraux

S'il existe une définition générale de la procédure d'opposition, il y a en revanche autant de formes de procédures d'opposition que de domaines juridiques qui la prévoient. En voici quelques illustrations.

1. *La voie de l'opposition*

Contrairement au recours, qui est ouvert contre les décisions administratives en vertu des lois générales d'organisation judiciaire ou de procédure, la voie de l'opposition n'est disponible que si la loi spéciale (matérielle ou de procédure) le prévoit. Lorsqu'elle existe, la mention dans les lois générales de procédure (art. 50 ss LPA/GE) de l'institution de l'opposition ne suffit pas à la rendre disponible pour les administrés.

Les modalités de la procédure d'opposition sont décrites soit dans la loi spéciale qui la prévoit, soit dans la loi spéciale de procédure qui régit le domaine concerné.

Ainsi, en droit fiscal, la procédure d'opposition est instituée et formalisée par les dispositions procédurales figurant dans les lois matérielles régissant l'impôt fédéral direct (art. 132 ss LIFD), les impôts directs cantonaux et communaux (art. 48 LHID) ou la taxe sur la valeur ajoutée (art. 83 LTVA). Lorsque la procédure est diligentée par l'autorité fédérale (l'administration fédérale des contributions en matière de TVA), les règles procédurales contenues dans la PA sont par ailleurs applicables (art. 81 LTVA). Lorsque la procédure est menée au plan cantonal, la loi cantonale de procédure administrative est en principe applicable. Genève dispose d'une loi spéciale de procédure, la LPFisc/GE, applicable pour les impôts directs cantonaux (art. 1 LPFisc/GE), la LPA étant applicable à titre subsidiaire (art. 2, al. 2, LPFisc/GE). La relation entre ces diverses lois est régie par le principe de la *lex specialis*,

²² KIESER (2009) n° 7 *ad* art. 52 LPGA.

voire, le cas échéant, par le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.).

Dans le domaine des assurances sociales, l'articulation est différente. L'opposition est instituée par l'article 52 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 qui s'applique aux assurances sociales régies par la législation fédérale (art. 2 LPGA)²³.

Dans la mesure où la LPGA a notamment pour objet de fixer les normes d'une procédure uniforme et de régler l'organisation judiciaire dans le domaine des assurances sociales (art. 1, let. b, LPGA), le renvoi à cette loi par les lois matérielles suffit à ouvrir la voie de l'opposition. D'ailleurs, les lois spéciales ne mentionnent la procédure d'opposition que pour la préciser voire y déroger²⁴.

2. *Les lois générales de procédure*

Dans ce contexte où l'opposition n'existe que de par la loi spéciale qui l'institue, les lois générales de procédure n'ont qu'une portée réduite.

Au niveau fédéral, la procédure d'opposition ne fait pas l'objet d'un chapitre *ad hoc* dans la PA. Cette loi se contente de prendre acte de l'existence de cette voie spécifique en réglant deux points de coordination entre l'opposition et la procédure qui la précède et qui la suit. Tout d'abord, la PA précise que la décision sur opposition est une décision au sens de son article 5 (art. 5, al. 2, PA). La PA prévoit ensuite la subsidiarité du recours au Conseil fédéral par rapport à une éventuelle procédure d'opposition (art. 74 PA). Mais la PA prévoit aussi – et surtout – que l'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre des décisions susceptibles d'être frappées d'opposition (art. 30, al. 2, let. c, PA), révélant la fonction de garantie des droits procéduraux de l'opposition.

²³ LPGA – RS 830.1.

²⁴ La loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10), la loi sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA – RS 832.20) et la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI – RS 831.20) ne prévoient pas expressément la voie de l'opposition dans leurs chapitres sur le contentieux mais s'y réfèrent pour la préciser (art. 84 LAVS; art. 105 LAA), voire l'exclure (art. 105a LAA; art. 69, al. 1, LAI).

Au niveau cantonal, la LPA/GE est un peu plus prolixe dans la mesure où elle contient un chapitre dédié à la procédure de réclamation où elle la définit et décrit certaines modalités procédurales (forme de la réclamation, effet suspensif, qualité pour former réclamation, délai) (art. 50 ss LPA/GE).

Au niveau fédéral comme au niveau cantonal, l'opposition ne constitue pas un recours au sens de la PA et de la LPA/GE. Les articles 44 ss PA et 57 ss LPA/GE ne sont pas applicables à la procédure d'opposition. En particulier, les règles concernant la recevabilité des recours ne s'appliquent pas – à tout le moins pas directement²⁵ – aux oppositions.

De même, la procédure d'opposition n'est pas une procédure judiciaire au sens de l'article 30 Cst., de sorte que les garanties de composition correcte, d'indépendance et d'impartialité ne sont pas applicables. En revanche, les garanties générales de procédure de l'article 29 Cst. s'appliquent, de sorte que l'opposant a le droit d'être entendu, le droit à voir une décision rendue dans un délai raisonnable, le droit restreint à la réplique²⁶ et le droit à être traité équitablement²⁷.

3. *La recevabilité*

Les éléments procéduraux qui donnent accès à l'opposition sont les mêmes que la clé d'accès au recours: acte attaqué, qualité pour former opposition et délai. Les dispositions spéciales prévoyant la voie de l'opposition sont le plus souvent peu détaillées quant aux conditions de recevabilité de celle-ci. Si le délai est systématiquement indiqué, de même que le fait que l'autorité est habilitée recevoir l'opposition est celle qui a statué, en revanche rares sont les cas où la question de la qualité pour former opposition est spécifiée.

Ces éléments, notamment l'objet de l'opposition et la qualité pour former opposition, doivent être appréciés de la même manière qu'en cas de recours dans la mesure où l'opposition est le préalable au recours.

²⁵ Voir *infra* II.C.3.

²⁶ ATF 138/2012 I 154, X.

²⁷ KIESER (2009) n° 2 *ad* art. 52 LPGA; SEILER (2007) p. 71.

a. Acte attaqué

Comme dans tout contentieux, l'acte attaqué susceptible d'opposition est la décision rendue par l'autorité (art. 132 LIFD; art. LHID; art. 83 LTVA; art. 52 LPGA). Lorsque l'autorité tarde à statuer ou refuse de rendre une décision alors que l'administré l'a mise en demeure de le faire, il s'agira de considérer qu'elle a refusé de statuer dans le cadre de la procédure sur opposition et de permettre ainsi la saisine du juge. Il serait en effet, à notre sens, vain d'exiger de l'administré qu'il forme opposition auprès de l'autorité qui, justement, refuse de statuer²⁸.

Dans le domaine des assurances sociales, les décisions incidentes relatives à l'ordonnancement de la procédure ne sont pas susceptibles d'opposition mais de recours direct auprès du juge des assurances sociales (art. 52, al. 1 *in fine*, et 56, al. 1, LPGA). Il s'agit par exemple de décisions se rapportant à la tenue d'une expertise²⁹.

b. Autorité compétente

L'autorité à saisir de l'opposition est l'autorité qui a rendu la décision attaquée. Il s'agit de l'élément qui caractérise l'opposition des autres voies contentieuses. Pour ce motif, on dit généralement que l'opposition n'a pas d'effet dévolutif³⁰.

Il est admis en pratique qu'il puisse y avoir, au sein de l'entité qui a rendu la décision, un service dédié à la gestion des oppositions³¹. Cela est par exemple le cas à la SUVA. En matière d'assurance-chômage, l'article 100, alinéa 2, de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982³² déroge à la règle et permet aux cantons de confier à des autorités tierces le traitement des oppositions aux décisions rendues par les offices régionaux de placement.

28 En exigeant que l'objet de la réclamation en droit des assurances sociales soit toujours une décision, KIESER (2009) n° 13 *ad* art. 52 LPGA parvient au même résultat.

29 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 208.

30 ATF 132/2006 V 368, A. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 276; SEILER (2007) p. 70.

31 KIESER (2009) n° 16 *ad* art. 52 LPGA.

32 LACI – RS 837.0.

c. Qualité pour former opposition

Les dispositions spéciales instituant les diverses procédures d'opposition sont généralement muettes sur la question de la qualité pour former opposition. A Genève, l'article 51, alinéa 3, LPA/GE prévoit que celui qui a qualité pour recourir a qualité pour former opposition.

Dans un arrêt de principe rendu en matière d'assurances sociales, le Tribunal fédéral a fait application, pour la définition de la qualité pour former opposition, du principe de l'unité de la procédure. Selon ce principe, la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral³³. Appliqué à l'opposition, le principe de l'unité de la procédure a pour conséquence que la qualité pour former opposition doit être appréciée de façon identique à la qualité pour recourir devant l'autorité judiciaire qui pourrait être saisie d'un recours contre la décision rendue sur opposition.

Partant, l'opposant doit pouvoir établir qu'il a un intérêt digne de protection à former opposition³⁴.

d. Délai

Dans les procédures mentionnées comme exemples dans la présente contribution, tous les délais d'opposition sont de 30 jours. Il ne serait pas impossible que la loi prévoie un délai plus court.

Le délai pour former opposition est un délai légal. En application des articles 22, alinéa 1, PA, 40, alinéa 1, LPGA et 16, alinéa 1, LPA/GE, il ne peut pas être prolongé, sauf circonstances exceptionnelles justifiant qu'il soit restitué pour cause d'empêchement (art. 24 PA, 41 LPGA et 16, al. 3, LPA/GE)³⁵. En matière d'impôt fédéral direct, des motifs de

³³ ATF 130/2004 V 560, *IV-Stelle des Kantons Aargau*, confirmé par l'ATF 131/2005 V 298, *Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents*. Développé sous l'empire de l'art. 103, let. a, de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ), le principe de l'unité de la procédure est consacré à l'art. 111 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110).

³⁴ SEILER (2007) p. 86.

³⁵ ACJCA/GE du 22 mai 2012 (ATA/317/2012).

service militaire, service civil, maladie, absence du pays ou autres motifs sérieux peuvent être invoqués (art. 133, al. 3, LIFD).

Savoir si les fériés s'appliquent dépend de la loi de procédure applicable. En matière d'assurances sociales et à Genève, les fériés valent pour toute la procédure, même avant le dépôt du recours (art. 38 LPG, art. 17A LPA/GE³⁶). Il en va de même sous l'empire de la PA (art. 22a PA). En revanche, la LPFisc/GE ne les prévoit pas.

e. Forme

La forme de l'acte d'opposition varie selon les procédures en cause.

Les exigences posées à la forme et au contenu de l'opposition en matière d'assurances sociales ne sont pas élevées³⁷. La procédure ne doit pas être compliquée³⁸. L'article 10, alinéa 3, de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002³⁹ permet que l'opposition soit formée au choix par écrit ou par oral lors d'un entretien personnel⁴⁰. Selon l'article 10, alinéa 4, OPGA, l'assureur consigne, en cas d'opposition orale, l'opposition dans un procès-verbal signé par l'opposant ou son représentant légal. Le défaut dans l'établissement du procès-verbal doit être supporté par l'assureur, lequel doit se laisser opposer que sa décision, dans ce cas, n'est pas entrée en force en raison de l'opposition⁴¹.

Qu'elle soit orale ou écrite, il faut que l'opposition contienne des conclusions et soit motivée (art. 10, al. 1, OPGA). S'il suffit que la volonté du

³⁶ L'art. 17A LPA/GE pourrait être abrogé sur proposition du Conseil d'Etat, lequel entend ne plus soumettre les délais de la procédure non-contentieuse à la suspension à raison des fériés: Projet de loi 11017 modifiant la loi sur la procédure administrative (suspension des délais), déposé le 22 août 2012.

³⁷ Arrêt TF 8C_404/2008 du 26 janvier 2009.

³⁸ SEILER (2007) p. 84.

³⁹ OPGA – RS 830.11.

⁴⁰ Lorsque l'opposition est formée contre une décision qui a pour objet une prestation ou la restitution d'une prestation fondée sur la LACI ou contre une décision prise par un organe d'exécution en matière de sécurité au travail au sens des art. 47 à 51 de l'ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983 (OPA – RS 832.30), elle doit être formée par écrit (art. 10, al. 2, OPGA).

⁴¹ RJN 2010 p. 521 (TC/NE, 05.05.2010).

destinataire d'une décision de ne pas accepter celle-ci ressorte clairement de son écriture ou de ses déclarations⁴², la jurisprudence exige que l'opposant expose les motifs de son désaccord avec la décision; à défaut, la procédure d'opposition ne revêtirait pas d'intérêt et ne pourrait devenir qu'une simple formalité avant le dépôt d'un recours, ce qui n'est pas le but de cette institution⁴³. Si l'opposition ne répond pas aux exigences légales, l'autorité doit impartir un délai à l'opposant pour la compléter ou la rectifier; il s'agit d'une obligation qui incombe à l'autorité en vertu de son devoir de renseigner selon l'article 27, alinéa 2, LPGA⁴⁴ et qui découle en outre de l'interdiction du formalisme excessif et de la protection de la bonne foi.

Inversement, en matière de TVA, les exigences de forme dans la procédure de réclamation sont analogues⁴⁵, voire plus précises, que celles valant pour les recours. L'article 83, alinéa 2, LTVA prévoit, outre l'indication des conclusions et des motifs, que la réclamation spécifie les moyens de preuve à l'appui de la réclamation et que ceux-ci y soient annexés. Si la réclamation est déposée par un représentant du réclamant, celui-ci doit justifier de ses pouvoirs. Si la réclamation ne remplit pas ces conditions ou que les conclusions ou les motifs n'ont pas la clarté requise, l'Administration fédérale des contributions (AFC) impartit au réclamant un délai supplémentaire de courte durée afin qu'il régularise sa réclamation (art. 83, al. 3 *ab initio*, LTVA). Malgré cette rigueur, la jurisprudence invite l'autorité à prendre en compte le fait que le réclamant agirait en personne, conformément à la jurisprudence développée en application de l'article 52 PA⁴⁶.

4. *La procédure devant l'autorité*

Le dépôt de l'opposition a généralement effet suspensif. Celui-ci est expressément prévu en droit des assurances sociales (art. 11 OPGA) et en droit genevois (art. 51, al. 2, LPA/GE). En matière fiscale, à Genève, la

42 Arrêt TF 8C_404/2008 du 26 janvier 2009.

43 Arrêt TF I_158/05 du 2 juin 2006.

44 Arrêt TF I_25/06 du 27 mars 2007.

45 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 215.

46 Arrêt TAF A-5274/2011 du 19 mars 2013.

réclamation a effet suspensif quant au montant contesté, de sorte que le contribuable doit verser les contributions qu'il reconnaît devoir (art. 40 LPFisc/GE).

Dans le cadre de la procédure d'opposition, le droit d'être entendu de l'opposant doit être assuré de manière effective⁴⁷. Outre le fait qu'il s'agit d'une obligation générale qui s'impose à l'autorité, il s'agit en l'occurrence de l'objet même de la procédure, puisque l'opposition a en effet pour fonction de compléter la décision d'origine qui n'aurait pas pleinement respecté ce droit de l'opposant.

La procédure est régie par la maxime de disposition. Avec les motifs et les conclusions de son opposition, l'opposant détermine l'objet du litige. Il conteste ce faisant l'aspect de la décision qui lui déplaît⁴⁸. C'est aussi pour cela que l'opposant doit exprimer suffisamment clairement l'objet et les motifs de l'opposition. Le fait que le contribuable doive payer la part d'impôt qu'il ne conteste pas⁴⁹ est également l'expression de la maxime de disposition.

Toutefois, l'effet de la maxime de disposition ne s'étend pas au pouvoir d'examen de l'autorité: celle-ci n'est pas liée par l'interdiction de la *reformatio in pejus*. En effet, dans la mesure où l'autorité saisie est une autorité administrative, son pouvoir d'examen est complet et s'exerce en fait, en droit et en opportunité⁵⁰ (art. 12, al. 1, LPGA; art. 135, al. 1, LIFD; art. 48, al. 3, LHID; art. 42, al. 1, LPFisc/GE; art. 50, al. 2, LPA/GE). En matière d'assurances sociales, lorsque l'assureur entend rendre une décision sur opposition plus défavorable à l'opposant, il doit l'avertir du risque qu'il court et de la possibilité qui est la sienne de retirer son opposition (art. 12, al. 2, OPGA)⁵¹. Il s'agit-là d'une application du principe de la bonne foi qui doit être respecté dans toute procédure. En revanche, en matière fiscale, les lois matérielles en matière d'impôts directs et de TVA prévoient que le retrait de la réclamation ne met pas un terme à la procédure (art. 134, al. 2, LIFD; art. 83, al. 5, LTVA). En

⁴⁷ ATF 132/2006 V 368, A.

⁴⁸ SEILER (2007) p. 82.

⁴⁹ Voir *supra* II.C.3.

⁵⁰ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 278.

⁵¹ ATF 131/2005 V 414, IV-Stelle Schaffhausen.

effet, la procédure fiscale est régie par la maxime d'office, de sorte que, si le réclamant a un pouvoir de disposition quant à l'entrée en force de la décision qui le concerne en décidant ou non de réclamer et de retarder ainsi l'entrée en force de chose décidée, il n'a pas le pouvoir de clore la procédure. La maxime de disposition cède donc dans ce cas le pas à la maxime d'office⁵².

La procédure d'opposition se clôt sur une décision sur opposition, qui remplace la décision initiale. Il s'agit d'une décision de type réformatoire. Le fait que l'autorité saisie soit l'autorité qui a déjà statué s'oppose à ce que la décision sur opposition soit cassatoire⁵³. Cela vaut à plus forte raison dans la procédure en matière d'assurances sociales, qui se doit, en outre, d'être simple et rapide⁵⁴.

La décision sur opposition doit être motivée. D'une part cela est imposé par les règles générales de procédure (art. 35, al. 1, PA; art. 46, al. 1, LPA/GE) ou spéciales applicables à l'opposition (art. 135 LIFD). D'autre part, la fourniture d'une motivation est l'un des objets de la procédure d'opposition puisque, dans les procédures de masse, on admet que la motivation des décisions rendues puisse faire défaut dans la mesure où cela peut être complété dans le cadre de la procédure d'opposition.

La décision sur opposition (art. 5, al. 2, PA; art. 4, al. 2, LPA/GE) est ensuite la décision susceptible d'être portée devant l'autorité judiciaire selon les règles ordinaires du contentieux.

En règle générale, la procédure d'opposition est gratuite (art. 52, al. 3, LPG; art. 135, al. 3, LIFD; art. 84, al. 1, LTVA).

5. *Une particularité*

En matière fiscale, la réclamation présente une particularité importante. Selon l'article 132, alinéa 2, LIFD, la réclamation déposée contre une décision de taxation déjà motivée peut être considérée comme un recours et transmise à la commission cantonale de recours en matière d'impôt si le contribuable et les autres ayants droit y consentent. L'article 83 LTVA

⁵² KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 216.

⁵³ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 277. Plus nuancé: SEILER (2007) p. 100.

⁵⁴ ATF 131/2005 V 407, M.

a une teneur analogue⁵⁵. Ces dispositions permettent aux parties à la procédure d'opter pour un recours direct en lieu et place de la procédure de réclamation.

Il s'agit-là d'une exception de taille au principe consacré aux articles 7 PA et 11 LPA/GE selon lequel la compétence des autorités administratives ne peut pas être créée par accord entre l'autorité et la partie⁵⁶. Cette possibilité ne peut être utilisée que si une base légale la prévoit, ce qui n'est pas le cas en droit des assurances sociales⁵⁷.

D. Synthèse

L'opposition est un instrument effectif du contentieux. Aussi, en référence à la définition donnée *supra* A, l'opposition ne doit pas être considérée comme une procédure de reconsidération, mais bien comme une procédure contentieuse. En effet, l'opposant a un droit inconditionnel à ce qu'une nouvelle décision soit rendue, même en l'absence de faits nouveaux ou de modification des circonstances. En outre, l'opposition entretient des liens étroits avec le recours car, quand elle est prévue, elle constitue une voie de droit qui doit préalablement être épuisée. Un recours formé contre une décision susceptible d'une opposition préalable n'est pas recevable.

L'expérience montre que l'opposition a toute son utilité. Dans les cantons, elle peut être utilisée dans d'autres domaines que les assurances sociales et les impôts. Tel est notamment le cas dans le canton de Vaud en matière de circulation routière ou à Genève en matière universitaire (art. 43, al. 2, de la loi sur l'université du 13 juin 2008⁵⁸).

Insatisfaisante s'il n'existait qu'elle, elle a toute sa place dans le contentieux traditionnel en tant qu'étape préalable de celui-ci. Elle sert dans ce cadre à compléter, sur le plan procédural, une décision d'origine prise par l'autorité dans des conditions de rapidité dans lesquelles on accepte que les droits des administrés – en premier lieu le droit d'être entendu

⁵⁵ On parle en allemand de *Sprungbeschwerde*. A propos de l'art. 84, al. 4, LTVA: arrêt TF 2C_659/2012 du 21 novembre 2012.

⁵⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) p. 215.

⁵⁷ SEILER (2007) p. 87.

⁵⁸ LU/GE – RS/GE C 1 30.

et le droit à une décision motivée – puissent ne pas être pleinement respectés.

La démarche de former opposition ou de réclamer n'est pas qu'une formalité. La non-utilisation de la voie de l'opposition dans les délais prescrits entraîne l'entrée en force de la décision. L'opposition présente également un risque pour l'administré. Celui-ci encourt en effet le risque de voir la décision d'origine subir une *reformatio in pejus* puisque l'autorité n'est aucunement bridée dans son pouvoir d'examen. En cela, elle présente certaines analogies avec le recours hiérarchique qui est présenté ci-après.

III. Le recours hiérarchique

Le recours hiérarchique est le recours adressé à une autorité administrative hiérarchiquement supérieure à celle qui a rendu la décision en cause⁵⁹. Cette institution est appelée le système de l'administrateur-juge puisque l'autorité administrative endosse alors des fonctions juridictionnelles.

Le recours hiérarchique, qui existe encore à ce jour, est un « rescapé » des modifications du système judiciaire intervenues depuis plusieurs décennies au plan fédéral comme au plan cantonal. Après un bref rappel de l'évolution de l'organisation judiciaire fédérale et cantonale (A.), nous présenterons successivement le recours hiérarchique fédéral (B.) puis le recours hiérarchique cantonal genevois (C.).

A. Evolution historique

Sous l'empire de l'aOJ, le système de l'administrateur juge prévalait pour le contrôle des actes et décisions administratives⁶⁰. Le Tribunal fédéral effectuait le contrôle d'un nombre limité de décisions par la voie du recours de droit administratif, sur la base d'une compétence d'attribution.

En 1969, la PA est entrée en vigueur au plan fédéral. Avec elle, le Tribunal fédéral est devenu l'autorité de recours au bénéfice de la clause générale de compétence. Toutefois, la liste des exceptions des articles 99

⁵⁹ TANQUEREL (2011) p. 426.

⁶⁰ Pour une présentation de l'histoire de la juridiction administrative dès 1803, voir KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 96. Voir ég. MAEDER (2006) p. 10 ss.

à 101 aOJ était conséquente. Pour les affaires qui relevaient de ces exceptions, le recours hiérarchique au Conseil fédéral subsistait.

Depuis 1974, date de l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁶¹, l'article 6, paragraphe 1, de ce traité garantit l'accès à un tribunal en matière civile. Cette obligation s'étend à une partie du contentieux de droit public, ce qui a eu pour conséquence d'imposer la voie du recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral pour certaines causes relevant de la compétence du Conseil fédéral.

En 1999, la nouvelle Constitution fédérale a été adoptée, et avec elle les articles 29 et 30 énonçant les garanties minimales de procédure applicables aux procédures judiciaires et administratives.

La réforme de la justice a été votée dans la foulée, en 2000⁶². L'article 29a Cst., qui garantit l'accès au juge⁶³, a été introduit dans la Constitution. Cette garantie a été concrétisée avec l'entrée en vigueur en 2007 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005⁶⁴ et de la LTF. Depuis cette réforme, le Tribunal administratif fédéral dispose de la plénitude de juridiction. S'agissant du recours hiérarchique, celui-ci n'existe plus que dans les domaines pour lesquels la loi le prévoit expressément.

L'évolution a été parallèle au plan cantonal. Le Conseil d'Etat était l'autorité de recours contre les décisions des autorités administratives. On parlait alors du recours coutumier de droit genevois⁶⁵.

En 1971, Genève s'est doté d'un Tribunal administratif⁶⁶. Cette autorité disposait d'une compétence d'attribution pour les causes mentionnées

61 CEDH – RS 0.101.

62 Voir, parmi les contributions relatives à la nouvelle organisation judiciaire fédérale, BELLANGER (2006) p. 43 ss; MANFRINI (2006) p. 25 ss; MOOR (2006) p. 153 ss; WURZBURGER (2005) p. 631 ss.

63 « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels.* » (art. 29a Cst.).

64 LTAF – RS 173.32.

65 RIAT (1974) p. 233 ss.

66 Pour l'histoire du Tribunal administratif genevois, avant et après sa constitution, voir LAFRANCHI (1996) p. 189 ss.

dans la Loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970⁶⁷. Toutefois, le Conseil d'Etat est demeuré le juge administratif de droit commun.

En 1992, l'article 98a aOJ a imposé aux cantons un délai de 5 ans pour instituer des autorités judiciaires statuant en dernière instance cantonale pour les décisions pouvant faire l'objet d'un recours de droit administratif.

C'est donc sous la pression des articles 6, paragraphe 1, CEDH et 98a aOJ que le législateur genevois a conféré au Tribunal administratif le statut de juge de droit commun et a supprimé le recours coutumier au Conseil d'Etat en 2000⁶⁸.

En 2009, l'abrogation des anciens articles 56B et suivants de la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (aLOJ/GE) ont parachevé la conformité de l'organisation judiciaire genevoise aux articles 29a Cst. et 86 LTF⁶⁹ en supprimant un catalogue de matières soustraites du recours au Tribunal administratif⁷⁰. L'adoption de la nouvelle loi d'organisation judiciaire le 26 septembre 2010⁷¹ a mis un terme à la réforme de la justice.

Ce survol permet de constater que le recours hiérarchique tend à disparaître. Depuis 40 ans, les révisions successives de l'organisation judiciaire et de la procédure ont eu pour but avoué d'atteindre à sa substance au profit d'un contrôle de type judiciaire. Au niveau fédéral comme au niveau cantonal, la compétence de l'administrateur-juge n'est plus que spéciale et doit se fonder sur une base légale expresse. Sur le plan

67 aLTA/GE.

68 Voir, à propos de la réforme de 2000, BELLANGER (2000) p. 497 ss; PAULI (2000) p. 514 ss; TANQUEREL (2000) p. 475 ss.

69 « Les cantons instituent des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. » « Pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal. » (art. 86, al. 2 et 3, LTF).

70 A propos des conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons, voir LUGON/POLTIER/TANQUEREL (2006) p. 106 ss.

71 LOJ/GE – RS E 2 05.

quantitatif, elle en est par ailleurs réduite à sa portion congrue comme cela est exposé ci-après.

B. Le recours hiérarchique fédéral

Au plan fédéral, le recours hiérarchique est un recours parmi d'autres recours régis par la PA.

Le siège de la matière se trouve aux articles 44 et suivants PA, qui règlent la procédure de recours en général, devant les diverses autorités administratives⁷², ainsi qu'aux articles 72 et suivants PA, qui s'appliquent aux différents recours devant le Conseil fédéral.

Si ces dispositions sont effectivement le siège de la matière du recours hiérarchique fédéral, tous les recours visés par ces dispositions ne sont pas des recours hiérarchiques. En effet, le recours hiérarchique présuppose un lien hiérarchique entre la subdivision qui a rendu la décision et l'autorité désignée pour connaître du recours⁷³.

Il n'y a donc recours hiérarchique qu'à la condition que le Conseil fédéral (art. 47, let. a, PA) ou les autres autorités désignées par d'autres lois fédérales (art. 47, let. c, PA) soient par ailleurs le détenteur du pouvoir hiérarchique sur l'autorité dont la décision est contrôlée. S'agissant du recours devant le Conseil fédéral, celui-ci n'est hiérarchique que lorsqu'il porte sur les décisions des départements (art. 73, let. a, PA). En revanche, le recours contre les décisions des autorités de dernière instance des entreprises et établissements autonomes (art. 73, let. b, PA) ou des autorités cantonales de dernière instance (art. 73, let. c, PA) n'est pas un recours hiérarchique.

Nous examinons ci-après trois points choisis en relation avec le recours hiérarchique fédéral : la compétence matérielle du Conseil fédéral en tant qu'autorité de recours hiérarchique (1.), l'issue de la procédure après la décision du Conseil fédéral sur recours (2.), et, brièvement, le recours interne (3.).

⁷² Ces dispositions s'appliquent en outre à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral (art. 37 LTAF).

⁷³ Sous un autre angle : KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 4. A propos du pouvoir hiérarchique : TANQUEREL (2011) p. 38.

1. *La compétence matérielle du Conseil fédéral*

Selon l'article 72 PA, le recours au Conseil fédéral est recevable contre (a.) les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires intéressant les relations extérieures, à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal et (b.) les décisions rendues en première instance relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération. Cette énumération est exhaustive⁷⁴, de sorte que toutes les autres décisions rendues par les autres autorités administratives sont soumises au recours auprès du Tribunal administratif fédéral ou à l'autorité de recours spécialement désignée. Si ces recours ne sont pas ouverts, le Conseil fédéral n'en est pas pour autant compétent.

a. Les actes de gouvernement

La lettre a de l'article 72 PA énumère une liste de domaines politiquement sensibles. Cette liste vise ce que l'on appelle les actes de gouvernement pour lesquels les autorités ont un pouvoir d'appréciation pour défendre les intérêts essentiels du pays et pour lesquels le gouvernement répond politiquement⁷⁵. Contrairement aux énumérations traditionnelles d'attribution ou d'exclusion de compétences, qui souvent se réfèrent à des décisions bien déterminées de la loi, l'énumération de la lettre a est de type transversal : il suffit que la décision concerne la sûreté du pays, quel qu'en soit le domaine, pour qu'elle tombe dans la clause d'exclusion.

L'article 72, lettre a, PA a la même teneur que les articles 32, lettre a, LTAF et 83, lettre a, LTF, qui énumèrent les exceptions aux recours auprès du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral. Pour comprendre la portée de l'article 72, lettre a, PA, il s'agit de se référer à la jurisprudence rendue en application de ces deux dispositions. Il n'y a en effet, à notre connaissance, quasiment pas de jurisprudence publiée à propos de l'article 72, lettre a, PA.

La coordination entre ces dispositions est en outre nécessaire afin d'éviter que ne surgissent d'éventuels conflits négatifs de compétence entre

⁷⁴ JAAC 2011.1 p. 1 (CF, 02.02.2011).

⁷⁵ ATF 137/2011 I 371, *NML Capital Ltd. et EM Limited*; ATF 132/2006 II 342, S.

le Conseil fédéral et les autorités judiciaires administratives fédérales⁷⁶, étant précisé que l'article 74 PA pose le principe de la subsidiarité du recours au Conseil fédéral par rapport à tous les recours devant une autre autorité fédérale ou si la voie de l'opposition est préalablement ouverte.

Les notions juridiques indéterminées qui décrivent les actes de gouvernement doivent être interprétées restrictivement⁷⁷. En effet, l'article 72, lettre a, PA, respectivement les articles 32, lettre a, LTAF et 83, lettre a, LTF, posent des exceptions au contrôle des décisions par une autorité judiciaire. Dans la mesure où il est ce faisant dérogé à la protection conférée par les articles 6, paragraphe 1, CEDH, respectivement 29a Cst., le catalogue des exceptions doit demeurer restrictif.

A titre d'illustration, le Tribunal fédéral a considéré qu'une décision se rapportant à l'inscription d'un nom dans l'annexe 2 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au groupe « Al-Qaïda » ou aux Taliban du 2 octobre 2000⁷⁸ est bel et bien soumise au contrôle du juge⁷⁹. En revanche, plus récemment, il a jugé qu'une intervention de la Suisse auprès de la Banque des règlements internationaux dans le but de favoriser un accord exprès à un séquestre contre un Etat étranger constitue un acte de gouvernement qui n'est partant pas soumis à la cognition du juge⁸⁰. Sont de même soustraites du contrôle judiciaire les décisions rendues en matière de protection diplomatique⁸¹.

Partant, s'agissant de l'article 72, lettre a, PA, l'ouverture du recours hiérarchique au Conseil fédéral est donnée à raison de la matière si deux conditions sont réalisées: d'une part, les décisions constituent des actes à caractère politiquement marqué et, d'autre part, ces décisions ne relèvent pas du champ d'application de l'article 6, paragraphe 1, CEDH.

⁷⁶ Pour une illustration, voir l'ATF 137/2011 I 371, *NML Capital Ltd. et EM Limited*.

⁷⁷ ATF 137/2011 I 371, *NML Capital Ltd. et EM Limited*.

⁷⁸ RS 946.203.

⁷⁹ ATF 133/2007 II 450, *Nada*.

⁸⁰ ATF 137/2011 I 371, *NML Capital Ltd. et EM Limited*.

⁸¹ JAAC 61/1997 n° 65 (CF, 30.10.1996).

b. Les décisions rendues relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération

L'autre domaine de compétence du Conseil fédéral concerne les décisions rendues en première instance relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération conformément à l'article 72, lettre b, PA. Ce point concerne en réalité l'évaluation des prestations des employés fédéraux dans la mesure où leur salaire est notamment fonction de cet élément (art. 15, al. 1, LPers).

Cette disposition trouve son pendant aux articles 32, alinéa 1, lettre c, LTAF et 83, lettre g, LTF, avec la précision que ces dispositions réservent la justiciabilité des litiges touchant à l'égalité des sexes. Aussi, en cas de litige relatif au salaire mais dans le cadre duquel un grief relatif à l'égalité des sexes est invoqué, le Conseil fédéral ne devrait pas être compétent, la cause étant dans ce cas du ressort du juge⁸². D'ailleurs, la jurisprudence montre, même lorsqu'aucun grief en matière d'égalité n'est soulevé, que le juge a tendance à voir au-delà de la question salariale un litige relevant de la gestion du personnel dont il peut alors se saisir⁸³.

Cela étant, cette exception au contrôle judiciaire pour ce domaine des prétentions salariales du personnel de la Confédération ne figurait pas à l'origine dans le texte soumis par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale en 2001; au contraire, le Conseil fédéral considérait que les conditions d'accès au juge pour ces questions devaient être respectées⁸⁴. Toutefois, lors des débats devant les Chambres fédérales, le législateur a préféré que l'évaluation des prestations ne fasse pas l'objet d'un contrôle judiciaire⁸⁵. Cette prérogative a été maintenue lors de la récente réforme du droit du personnel de la Confédération votée le 14 décembre 2012 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013⁸⁶, malgré certaines critiques émises en doctrine, mettant en évidence l'absence de conformité du recours

⁸² Dans le même sens, SCHEYLI (2009) n° 16 *ad* art 72 PA.

⁸³ Arrêt TAF A-3311/2011 du 7 juin 2012.

⁸⁴ Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000/4212.

⁸⁵ BO/CE 2003 872.

⁸⁶ Message du Conseil fédéral concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171 ss; RO 2013 1493.

hiérarchique au regard de l'article 6, paragraphe 1, CEDH pour ces décisions⁸⁷.

La compétence matérielle du Conseil fédéral est donc réduite à sa portion congrue. Elle l'est d'autant plus qu'il n'y a pas de perméabilité pour les autres clauses d'exclusion au contrôle judiciaire que celles qui ont leur pendant dans les lettres a et b de l'article 72 PA. Les décisions prises dans les domaines énumérés aux articles 32 LTAF et 83 LTF dont donc définitives, seules les décisions relevant des domaines de l'article 72 PA pouvant être transmises au Conseil fédéral pour qu'il statue sur le recours.

2. *La décision du Conseil fédéral*

Le Conseil fédéral statue sur le recours avec un plein pouvoir de cognition, c'est-à-dire en fait, en droit et en opportunité, conformément à l'article 49 PA (*cum* art. 77 PA). L'exclusion du contrôle en opportunité au cas où une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49, let. c, 2^e phrase, PA) n'est par définition pas applicable au recours hiérarchique.

C'est d'ailleurs pour ce type de recours que l'article 49 PA a été adopté à l'origine. Les voix qui s'opposaient à son application devant le Tribunal administratif fédéral ne remettent pas en question le fait que l'article 49 PA vaut bel et bien pour le recours hiérarchique⁸⁸.

Cela étant, il apparaît que le Conseil fédéral fait preuve de retenue dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui est le sien lorsqu'il statue en tant qu'autorité de recours⁸⁹. Comme toute autorité chargée d'un contrôle judiciaire, lorsque l'analyse des questions qui lui sont soumises nécessite des connaissances spéciales ou techniques, l'examen de rapports de spécialistes ou la prise en compte de circonstances locales, le Conseil fédéral évite de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité de première instance, souvent composée de spécialistes. Il fait alors sien ce que la doctrine alémanique désigne comme la « Ohne-Not-

⁸⁷ LANTER (2009) p. 1518. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 440 laissent la question ouverte.

⁸⁸ MANFRINI (2006) p. 36.

⁸⁹ SCHEYLI (2009) n° 4 *ad* art. 77 PA, et les références.

Praxis »⁹⁰. A notre sens, cette retenue ne devrait pas être de mise, à tout le moins lorsque le Conseil fédéral fonde sa compétence sur l'article 72, lettre a, PA. En effet, la justification de sa compétence à raison d'actes de gouvernement qui doivent échapper au juge impose à plus forte raison que le Conseil fédéral apprécie la situation juridique sans aucune retenue, car il agit dans ce cas moins comme un juge qu'au titre d'autorité politique⁹¹.

La décision du Conseil fédéral sur recours est rendue en dernier ressort. En effet, le Conseil fédéral n'est pas une autorité précédente au sens de l'article 86 LTF de sorte que le recours auprès du Tribunal fédéral n'est en aucun cas ouvert. Le Conseil fédéral peut être une autorité précédente au sens de l'article 33 LTAF mais non lorsque ses décisions sont prises en vertu de sa compétence sur recours au sens de l'article 72 PA. En effet, l'admission de sa compétence comme juge hiérarchique pré suppose que les conditions de l'exclusion d'accès au juge sont réalisées (art. 2, al. 1, let. a et c, LTAF; art. 74 PA).

Enfin, il n'y a pas non plus de recours possible auprès de l'Assemblée fédérale, malgré la possibilité laissée ouverte par l'article 79 PA. En effet, cette disposition qui date de l'entrée en vigueur de la PA, n'a aucune portée pratique aujourd'hui car aucune loi ne prévoit un tel recours, à tout le moins dans les cas où le Conseil fédéral statuerait comme autorité de recours⁹².

3. *Le recours hiérarchique interne*

Le recours hiérarchique interne est le recours ouvert contre une décision d'une autorité administrative auprès de l'autorité qui lui est hiérarchiquement supérieure mais qui n'est pas le Conseil fédéral. Il s'agit par exemple du recours adressé à un département contre la décision d'un office.

La fonction du recours interne est différente du recours devant le Conseil fédéral. En effet, le recours interne ne se substitue pas au contrôle

⁹⁰ « [W]eil die Rechtsmittelinstanz <nicht ohne Not> den Entscheid der Vorinstanz korrigiert » : KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 372. ATF 133/2006 II 35, X. AG.

⁹¹ Dans le même sens, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) p. 436.

⁹² SCHEYLI (2009) n^{os} 1-2 ad art. 79 PA.

judiciaire mais en principe le précède. En cela, on peut y voir une analogie avec l'opposition.

Tout comme le recours devant le Conseil fédéral, cependant, le recours interne a largement perdu de son importance. Plus précisément, il a quasiment disparu lors de la création du Tribunal administratif fédéral qui dispose de la plénitude de juridiction et connaît donc des recours contre les décisions rendues par les offices fédéraux. Il subsistait dans le droit du personnel de la Confédération jusqu'à la dernière révision mais a été supprimé. Le législateur a considéré comme admissible de n'avoir dans ce domaine également qu'une instance judiciaire, comme dans de nombreux autres litiges qu'il n'est pas possible de porter devant le Tribunal fédéral, d'une part; d'autre part, le manque d'indépendance fréquent des organes internes de recours – le service juridique du département concerné faisant office d'organe de recours interne mais étant souvent intervenu en soutien de l'office concerné – et l'utilisation de plus en plus fréquente du recours sautant (art. 47, al. 2 à 4, PA), aboutissaient déjà à ce que la voie du recours interne ne soit pas utilisée⁹³.

C. Le recours hiérarchique genevois

En droit genevois, la LPA/GE contient un certain nombre de dispositions spécifiques lorsque les départements ou le Conseil d'Etat fonctionnent en tant qu'administrateur-juge. Elle précise que le Conseil d'Etat est une juridiction administrative lorsque le droit fédéral ou cantonal le désigne comme autorité de recours (art. 6, al. 1, let. d, LPA/GE), elle prévoit que le Conseil d'Etat ou ses départements ont la faculté de revoir l'opportunité d'une décision lorsqu'ils agissent comme autorité de recours (art. 61, al. 3, LPA/GE) et peuvent revoir la décision au détriment du recourant (art. 69, al. 2, LPA/GE).

1. *La compétence matérielle du Conseil d'Etat*

La Chambre administrative de la Cour de justice est l'autorité supérieure de recours en matière administrative (art. 132, al. 1, LOJ/GE). Cette

⁹³ Message du Conseil fédéral concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération du 31 août 2011, FF 2011 6171/6192.

autorité a la plénitude de juridiction. Le recours hiérarchique genevois n'existe plus que par attribution de compétence.

Contrairement à ce qui vaut en droit fédéral, où la compétence du Conseil fédéral est donnée par la loi générale de procédure, la compétence du Conseil d'Etat comme autorité de recours résulte d'attributions de compétence découlant de lois spéciales.

Les clauses d'attribution par voie législative sont rares. On peut citer à titre d'exemple le recours contre la décision relative au bonus à la rénovation de l'article 24, alinéa 2, de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitations du 25 janvier 1996⁹⁴.

La compétence du Conseil d'Etat est aussi créée par délégation législative, la loi laissant au Conseil d'Etat d'ouvrir lui-même la voie du recours hiérarchique par la voie réglementaire. Ainsi, la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940⁹⁵ prévoit que le Conseil d'Etat peut prévoir le recours hiérarchique pour les décisions affectant les élèves et les étudiants de l'enseignement public (art. 20 F LIP) ou concernant les membres du personnel (art. 131 LIP). Cela est le cas par exemple pour certaines décisions concernant les chargés d'enseignement soumis au Règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire ne relevant pas des hautes écoles⁹⁶, qui peuvent être portées devant le Conseil d'Etat (art. 80, al. 5, RStCE). Il en va de même de certaines décisions concernant les enseignants des HES qui ne font pas partie du corps professoral, en application de l'article 67, alinéa 5, du règlement fixant le statut du corps enseignant HES du 10 octobre 2001⁹⁷. De même, la loi sur les agents intermédiaires du 20 mai 1950⁹⁸ permet au Conseil d'Etat de déléguer tout ou partie de ses attributions au département et d'ouvrir dans ce cas la voie du recours

⁹⁴ LDTR/GE – RS/GE L 5 20.

⁹⁵ LIP/GE – RS/GE C 1 10.

⁹⁶ RStCE/GE – RS/GE B 5 10.04.

⁹⁷ RStCE-HES/GE – RS/GE B 5 10.16. A noter que la Loi sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale – Genève (HES-SO Genève), adoptée le 29 août 2013 (point 16 du procès-verbal de la session du Grand Conseil du 27 juin au 29 août 2013 [disponible sur: www.ge.ch/grandconseil/data/pv/2013/PVJUIN2013_1.pdf]), prévoit un renvoi à la LIP.

⁹⁸ LAInt/GE – RS/GE I 2 12.

hiérarchique au Conseil d'Etat (art. 17, al. 1 et 2, LAInt). Ce mode de procéder nous paraît admissible dans la mesure où dans les cas étudiés le recours auprès du Conseil d'Etat n'exclut pas le recours auprès de la Chambre administrative mais ne fait que le précéder⁹⁹.

Enfin, nous avons identifié un « recours hiérarchique déguisé » dans la procédure en matière de séjour des étrangers. L'article 3, alinéa 3, de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988¹⁰⁰ prévoit en effet qu'en cas de recours contre les décisions rendues par le département ou l'office en matière de police des étrangers, lequel est formé auprès du Tribunal administratif de première instance, le Conseil d'Etat reçoit copie du recours et peut inviter l'autorité de première instance à reconsidérer sa décision. Le Conseil d'Etat a donc la possibilité d'exercer son pouvoir hiérarchique parallèlement à la procédure de recours auprès du juge, et non préalablement.

2. La décision du Conseil d'Etat

La décision sur recours rendue par le Conseil d'Etat est prononcée avec un plein pouvoir d'examen, en fait, en droit et en opportunité (art. 61, al. 3, LPA/GE). Il peut effectuer une *reformatio in pejus* (art. 69, al. 2, LPA/GE).

A l'inverse de ce qui se passe en droit fédéral, la décision du Conseil d'Etat peut faire l'objet d'un recours auprès du juge administratif. Le recours au Conseil d'Etat ne substitue pas à la voie judiciaire mais en est, sous cet angle, le préalable.

Cela ne découle pas de la première lecture de la loi. En effet, la lettre d de l'article 6, alinéa 1, LPA/GE, qui désigne le Conseil d'Etat comme autorité de recours, n'est pas visée à l'article 132 LOJ/GE qui désigne les autorités dont les décisions sont sujettes à recours. A rigueur de texte, les décisions du Conseil d'Etat ne seraient pas soumises à la plénitude de juridiction de la Chambre administrative. Toutefois, il découle des travaux préparatoires des deux réformes de 2009 et 2011 que le législateur n'a pas entendu supprimer le recours judiciaires qui existait contre les

⁹⁹ TANQUEREL (2000) p. 487, 494.

¹⁰⁰ LaLSEE/GE – RS/GE F 2 10.

décisions sur recours du Conseil d'Etat¹⁰¹. D'ailleurs, une telle solution ne serait pas compatible avec le droit fédéral. En effet, il manquerait ainsi une voie judiciaire au niveau cantonal en violation des articles 6, paragraphe 1, CEDH, 29a Cst. et 86 LTF¹⁰². Cette dernière disposition ne réserve d'ailleurs que les décisions à caractère politique prépondérant, ce qui n'est pas le cas des décisions visées.

3. *Le recours intermédiaire au département*

Le recours intermédiaire au département existe encore. A l'instar du recours auprès du Conseil d'Etat, il peut découler soit de la loi, soit d'un règlement adopté sur la base d'une délégation législative. Ainsi, le recours intermédiaire adressé au Conseiller d'Etat chargé du département existe contre le blâme en matière de fonction publique conformément à l'article 30, alinéa 2, de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements médicaux du 4 décembre 1997¹⁰³.

Le recours intermédiaire est par ailleurs vivant en matière scolaire, en ce qui concerne notamment les décisions contre les élèves. Dans ces cas, il est institué par voie réglementaire¹⁰⁴. On peut y voir une certaine analogie avec la procédure d'opposition, le recours interne servant en réalité au contrôle de décisions moins standardisées que les décisions prises dans d'autres secteurs de l'administration tout en assurant la fonction de filtre en cas de recours subséquent¹⁰⁵.

En résumé, les matières dans lesquelles le recours hiérarchique est encore effectif à Genève ressemble à un inventaire à la Prévert, même si l'on constate une volonté du Conseil d'Etat de pouvoir contrôler, avant le juge, certaines décisions relevant de près ou de loin de la gestion du personnel de l'Etat.

¹⁰¹ Mémorial des séances du Grand Conseil, séances du 22 mai 2008, 18 septembre 2008, 14 mai 2009, 8 novembre 2009, 9 novembre 2009.

¹⁰² Pour la portée de la clause d'exception de l'article 86, al. 3, LTF, voir l'ATF 136/2009 I 42, *Fondation A.X.*

¹⁰³ LPAC/GE – RS/GE B 5 05.

¹⁰⁴ BELLANGER (2000) p. 512.

¹⁰⁵ Etant précisé toutefois que la LPA/GE ne s'applique pas aux procédures dans les épreuves d'examens scolaires ou professionnels (art. 2, let. e, LPA/GE).

D. Synthèse

Au niveau fédéral comme au niveau cantonal, le recours hiérarchique est en voie de disparition. Les révisions successives de l'organisation judiciaire ont eu pour but avoué de le supprimer. D'une fonction juridictionnelle générale, le recours hiérarchique n'a plus qu'un rôle résiduel. Au niveau fédéral, seules des décisions qui ne se prêtent pas à un contrôle judiciaire sont portées devant le Conseil fédéral¹⁰⁶. Au niveau cantonal, il est le préalable à un véritable contrôle par le juge. Mais le législateur n'en use qu'avec parcimonie et le réserve essentiellement au domaine scolaire. On retrouve-là d'ailleurs un point de convergence avec l'opposition.

En droit cantonal, le recours hiérarchique aurait pu être maintenu avec plus de constance car, du point de vue du respect des droits des administrés, rien n'eût empêché de le laisser subsister et de prévoir ensuite un contrôle judiciaire afin de disposer d'un double degré de contrôle dont le premier est assuré par l'autorité disposant du pouvoir hiérarchique. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir politique n'est pas dessaisi et qu'il peut exercer son pouvoir hiérarchique et l'opportunité qui est la sienne par d'autres moyens. Il peut, par exemple, anticiper en donnant des instructions ou exercer son pouvoir d'évocation¹⁰⁷.

IV. Conclusion

L'opposition et le recours hiérarchique sont deux formes de contrôle des décisions dévolues au pouvoir exécutif. En tant qu'elle précède nécessairement le contentieux, l'opposition s'insère à satisfaction dans le système de protection judiciaire des droits des administrés. Le recours hiérarchique genevois, de ce point de vue-là, est également neutre puisque les décisions rendues sur recours sont soumises à recours auprès de la Chambre administrative. Le recours hiérarchique auprès du Conseil fédéral est la dernière forme de contrôle, et constitue donc une véritable exception au contrôle judiciaire des décisions rendues par les autorités administratives.

¹⁰⁶ Il est probable qu'à terme la compétence du Conseil fédéral en matière salariale du personnel de la Confédération va disparaître.

¹⁰⁷ Voir la contribution de Thierry TANQUEREL dans le présent ouvrage.

Bibliographie

- BELLANGER FRANÇOIS (2006), « Le recours en matière de droit public », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Bâle/Zurich, p. 43 ss.
- BELLANGER FRANÇOIS (2000), « La réforme de la juridiction administrative genevoise – Questions choisies », *RDAF* 2000 I p. 497 ss.
- KIENER REGINA, RÜTSCHÉ BERNHARD, KUHN MATHIAS (2012), *Öffentliches Verfahrensrecht*, Zurich.
- KIESER UELI (2009), *ATSG-Kommentar*, 2^e éd., Zurich.
- KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABELLE, BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich.
- LAFRANCHI MICHEL (1996), « 25 ans du Tribunal administratif de la République et canton de Genève », *RDAF* 1996 p. 189 ss.
- LANTER MARKUS (2009), « Gerichtliche Kontrolle von Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile von Bundespersonal », *PJA* 2009 p. 1518 ss.
- LUGON JEAN-CLAUDE, POLTIER ETIENNE, TANQUEREL THIERRY (2006), « Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Bâle/Zurich, p. 103 ss.
- MANFRINI PIERRE-LOUIS (2006), « Le Tribunal administratif fédéral », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Bâle/Zurich, p. 25 ss.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE (2006), « De l'accès au juge et de l'unification des recours », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Bâle/Zurich, p. 153 ss.
- PAULI JEAN-CHARLES (2000), « L'élargissement des compétences du Tribunal administratif en matière d'aménagement du territoire et ses premières conséquences sur la conduite des procédures à Genève », *RDAF* 2000 I p. 514 ss.

- RIAT RÉMY (1974), « L'évolution de la juridiction constitutionnelle et administrative genevoise », *RDAF* 1974 p. 233 ss.
- SCHEYLI MARTIN (2009), « Art. 72-79 », in: WALDMANN/WEISSENBURGER (éd.), *VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich.
- TANQUEREL THIERRY (2011), *Manuel de droit administratif*, Genève/Bâle/Zurich.
- TANQUEREL THIERRY (2000), « Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise », *RDAF* 2000 I p. 475 ss.
- SEILER HANSJÖRG (2007), « Rechtsfragen des Einspracheverfahrens in der Sozialversicherung (art. 52 ASTG) », in: SCHAFFHAUSER/SCHLAURI (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2007*, Saint-Gall, p. 65 ss.
- WURZBURGER ALAIN (2005), « La nouvelle organisation judiciaire fédérale », *JDT* 2005 I p. 631 ss.

Le contrôle de l'opportunité

THIERRY TANQUEREL*

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Dans quelle mesure une autorité de recours doit-elle être habilitée à contrôler l'opportunité d'une décision administrative? La réponse à cette question apparaît aujourd'hui extraordinairement compliquée si l'on se fie à la jurisprudence, à la doctrine et même à la législation en la matière. Certes, les frontières du pouvoir d'appréciation des autorités administratives ne sont pas aisées à cerner. Déterminer le pouvoir de cognition des autorités de recours, et en particulier celui des autorités judiciaires, pose des questions délicates en termes de légitimité, de séparation des pouvoirs et de protection juridique des individus. Les situations sont très diverses et tant la réglementation du contentieux administratif que sa pratique doivent en tenir compte. Le sujet n'est donc pas facile. Mais la mise en évidence des vrais enjeux n'est-elle pas contrariée par des distinctions conceptuelles qui n'ont pas de portée concrète? La législation et la jurisprudence ne présentent-elles pas des incohérences qui les rendent peu lisibles? C'est l'hypothèse explorée ici, qui conduira à un plaidoyer pour une séparation plus claire des fonctions des autorités administratives et des autorités judiciaires en matière de contentieux administratif.

Dans cette perspective, nous tenterons d'abord de clarifier la notion même d'opportunité, ce qui conduira à prôner une conception unifiée des notions jumelles de pouvoir d'appréciation et d'opportunité. Sera ensuite proposée une analyse critique des modalités du contrôle de l'opportunité, par l'autorité hiérarchique d'une part, par les tribunaux d'autre part. Nous évoquerons enfin les enjeux d'un retour à une conception stricte du contrôle judiciaire de l'activité administrative, ne

* L'auteur tient à remercier Madame Céline ROY, assistante à la Faculté de droit de Genève, pour son aide précieuse dans la mise au point de cette contribution.

s'étendant pas à l'opportunité, et cela notamment en ce qui concerne la réparation de la violation du droit d'être entendu.

I. La notion d'opportunité

A. La difficulté d'une définition positive

Il n'est pas facile de définir positivement l'opportunité. Le terme français est très ouvert: il renvoie à un très large spectre de justifications d'une action ou d'une décision. Dans le langage courant, il désigne ce qui est à propos ou ce qui convient dans un cas déterminé. L'opportunité peut ainsi résulter, suivant l'acception du terme que l'on adopte, d'un accident du hasard¹, ce qui, on en conviendra, ne s'applique guère à une décision, laquelle implique une manifestation de volonté. Une décision pourra dès lors être jugée opportune, car c'est celle qui respecte le mieux les convenances ou qui contribue le mieux au but recherché. Mais il n'est pas exclu que son opportunité résulte du fait qu'elle entraîne le moins de coûts ou d'effets collatéraux négatifs. Il se peut aussi qu'elle soit opportune pour des raisons ne relevant pas directement du but que la loi lui assigne en principe, mais parfaitement légitimes dans les circonstances d'espèce, comme maintenir la paix sociale ou éviter un trouble quelconque à l'ordre public. On verra que cette définition positive très large de l'opportunité s'accorde bien avec la définition négative de la notion que nous préconisons.

Le terme *Angemessenheit*, qui, au vu de l'article 49, lettre c, de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968², constitue l'équivalent allemand de l'opportunité, semble se référer avant tout, comme le terme italien *adeguatezza*, à une adéquation³ aux circonstances de l'espèce, dans une perspective téléologique. Cette perspective est encore renforcée lorsque l'on glisse vers la notion de *Zweckmäßigkeit*, employée par la doctrine alémanique comme synonyme de celle

1 TANQUEREL (2001) p. 448.

2 PA – RS 172.021.

3 A l'art. 80, al. 2 et 2^{bis}, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr – RS 142.20), le terme allemand *Angemessenheit* est d'ailleurs traduit en français par « adéquation » et non par « opportunité ».

d'*Angemessenheit*⁴ et adoptée comme traduction de celle d'opportunité par certains auteurs francophones⁵. Il est tentant, alors, de considérer comme opportune la décision qui correspond le mieux au but de la disposition légale à appliquer, qui en favorise le mieux la réalisation. A l'inverse sera inopportune – *unzweckmässig*, dira la doctrine allemande – la décision qui ne remplit pas ces conditions. Une telle définition de l'opportunité comporte le risque de brouiller sa distinction d'avec l'application de la loi, que cela soit sous l'angle de l'interprétation téléologique de celle-ci ou sous l'angle de la proportionnalité.

Le risque de confusion entre proportionnalité et opportunité est loin d'être théorique. Un arrêt du Tribunal administratif fédéral de 2007 en donne un bon exemple. L'arrêt concernait un membre du personnel de l'Administration fédérale des douanes qui contestait la résiliation de son contrat de travail. Après avoir jugé que la décision de licenciement était proportionnelle, en se limitant à cet égard à vérifier si l'employeur avait dûment examiné la possibilité d'affecter le recourant à un autre poste avant de le licencier, le Tribunal s'est penché sur le grief d'inopportunité soulevé par le recourant. Il a écarté ce grief au motif que le recourant aurait dû se rendre compte de la gravité de sa situation professionnelle depuis longtemps et réagir en conséquence. Sachant fort bien que son comportement ne répondait plus aux exigences de son employeur depuis plusieurs années et connaissant les difficultés qu'il aurait à retrouver un emploi, vu son âge, il aurait dû faire preuve de plus de vigilance⁶. A l'évidence, ces arguments auraient pu et même dû trouver place dans l'analyse de la proportionnalité. Si le recourant avait été licencié « par surprise », alors même qu'il n'aurait pas été mis au courant auparavant de reproches de son employeur et n'aurait donc pas eu l'occasion de réagir en vue d'éviter de perdre son emploi, la décision n'aurait pas été

4 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2012) n° 1501 ; WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n° 1510 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2009) § 26 n° 14 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 460 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 1048 ; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n° 1598. Pour SCHINDLER (2008) n° 37, qui inverse une remarque que nous avons faite in TANQUEREL (2001) p. 448, et pour ZIBUNG/HOFSTETTER (2009) n° 40, c'est, curieusement, le terme français qui évoque l'idée qu'une décision inopportune serait *unzweckmässig*.

5 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), Index s.v. Opportunité.

6 Arrêt TAF A-1779/2006 du 15 mars 2007, c. 4.2 et 4.5.

simplement inopportune, elle aurait violé le principe de proportionnalité. Que cette question ait été en l'espèce examinée sous la mauvaise rubrique n'a pas eu de conséquence, puisque qu'elle a bel et bien été traitée. Mais il reste que le Tribunal n'a pas vraiment analysé l'opportunité pure de la décision, ce qui aurait dû le conduire à se demander si, du point de vue de la politique de gestion du personnel souhaitable au sein de l'Administration fédérale des douanes, le licenciement de l'intéressé était le choix le plus judicieux.

B. La définition négative: le lien avec le pouvoir d'appréciation

Lorsque le législateur parle d'opportunité ou d'inopportunité, il vise un critère qui s'oppose à celui de la légalité, ou plus largement à celui de la conformité au droit, qui implique que les normes juridiques pertinentes aient été appliquées à une situation de fait correctement établie et que, outre la loi au sens étroit, tous les principes juridiques susceptibles d'entrer en considération, notamment constitutionnels, aient été respectés. C'est ainsi qu'il faut comprendre aussi bien l'article 49 PA que les dispositions cantonales analogues comme l'article 61 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985⁷, qui distingue les griefs de fait, de droit et d'inopportunité. Le législateur fait aussi référence, dans les mêmes dispositions (art. 49, let. a, PA, art. 61, al. 1, let. a, LPA/GE) au pouvoir d'appréciation de l'autorité: son excès ou son abus sont considérés comme une violation du droit⁸. *A contrario*, son exercice ni excessif ni abusif relève de la catégorie résiduelle, à savoir l'opportunité.

Dès lors, l'opportunité se définit négativement. Il s'agit du critère de choix dans l'espace de liberté, dans la marge de manœuvre ou, pour employer l'expression utilisée par le législateur, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité, une fois que celle-ci a respecté le

⁷ LPA/GE – RS/GE E 5 10.

⁸ Comme le remarquent justement MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 738, note 519, le fait que la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110) n'a pas repris la notion d'excès ou abus du pouvoir d'appréciation n'a pas d'importance, ces vices étant inclus dans la notion d'illégalité au sens de l'art. 95 LTF.

cadre que lui fixe la loi, complété le cas échéant par les droits et principes constitutionnels. L'opportunité recouvre donc la même réalité que le pouvoir d'appréciation. Dans l'exercice non abusif de celui-ci, l'autorité statue « en opportunité ». Le Tribunal fédéral accepte aussi cette dichotomie, même si le choix de ses termes peut être discuté, lorsqu'il définit l'opportunité comme la solution adaptée aux circonstances dans la marge d'action non réglementée juridiquement⁹.

L'exemple classique du catalogue ou de la gradation de la sanction administrative permet d'illustrer cette définition négative de l'opportunité. Supposons qu'une loi relevant du droit administratif prévoit que sa violation est passible d'une amende de 100 à 100 000 francs prononcée par l'autorité administrative compétente. Supposons qu'il soit démontré qu'un administré a violé la loi dans un cas donné. La loi offre un choix à l'autorité parmi toutes les variantes entre 100 et 100 000 francs. Elle donne aussi à l'autorité la faculté de ne pas prononcer de sanction du tout. Supposons encore que, au vu des circonstances, le principe de proportionnalité interdise d'aller au-delà de 10 000 francs. Le choix est réduit à la fourchette de 100 à 10 000 francs. Supposons enfin que, dans des cas similaires, l'autorité n'ait jamais infligé plus de 5000 francs d'amende. Le principe d'égalité de traitement interdit de dépasser ce montant. Le choix final, autrement dit le pouvoir d'appréciation, s'exerce dans la fourchette entre 100 et 5000 francs, à laquelle s'ajoute la faculté de renoncer à toute sanction. C'est « en opportunité » que l'autorité exercera ce choix. A vrai dire, le spectre de solutions s'offrant à l'autorité sera un peu plus réduit. Elle ne pourra pas choisir une solution « selon son bon plaisir », ce qui serait arbitraire, ni en fonction de critères discriminatoires, qui seraient constitutifs d'inégalité de traitement, comme la religion ou l'appartenance politique de l'intéressé. Dire, comme le fait le Tribunal fédéral, que l'opportunité s'inscrit dans un champ « non réglementé » par le droit, induit donc en erreur. L'administration n'est jamais libérée du devoir de respecter le droit¹⁰. Mais le droit peut, à travers différentes techniques examinées plus loin, lui conférer une marge de manœuvre.

⁹ « *Angemessenheit ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum* » (ATF 118/1992 Ib 317, 324, X.-Bank).

¹⁰ RHINOW (1983) p. 49.

L'administration devra, dans l'espace décisionnaire qui lui reste une fois qu'elle a respecté l'ensemble des contraintes juridiques, choisir la solution la plus opportune, à savoir la plus judicieuse, la plus intelligente, celle qui correspond le mieux à la politique qu'elle entend mener. Elle pourra ainsi, dans ce cadre, faire par exemple intervenir des considérations sur le message qu'elle entend faire passer auprès de la population, les priorités qu'elle se fixe dans l'application de la loi, les moyens à mettre en œuvre, le risque de contentieux, etc.

C. La nature politique de l'opportunité

Il convient de souligner, à ce stade, que l'autorité administrative compétente pour rendre une décision peut, dans la mesure où la loi lui confère un pouvoir d'appréciation, mener une politique administrative. Ce peut être la politique du gouvernement ou du chef du département en matière de dérogation à l'intérieur de la zone à bâtir, la politique de la direction d'un établissement public ou de l'exécutif d'une commune en matière de gestion du personnel, la politique d'une autorité de surveillance en matière de répression des infractions administratives, mais aussi simplement la politique du professeur dans la correction des examens. L'opportunité a donc, en quelque sorte par définition, une dimension politique, non pas politicienne bien entendu, le plus souvent « micro-politique » pour reprendre la formule de MOOR¹¹, « administrative » quant à son contexte, mais fondamentalement politique.

Si l'autorité prend une décision sur la base de considérations étrangères au but de la loi, sans rapport avec l'objet en cause (« *sachfremd* »), ou si elle prend une décision trop sévère au vu de l'ensemble des circonstances, elle abusera de son pouvoir d'appréciation en violant les principes d'interdiction de l'arbitraire, de l'intérêt public ou de la proportionnalité. La décision ne sera pas inopportune, mais contraire au droit. La décision inopportune est celle qui correspond à une interprétation admissible de la loi, qui n'est pas arbitraire, qui est proportionnelle, qui respecte l'égalité de traitement, mais qui néanmoins est politiquement mauvaise, ou, du moins, qui n'est pas la meilleure du point de vue de la mise en œuvre de la politique administrative en cause. Le jugement sur l'inopportunité ne peut être juridique, il est forcément politique.

¹¹ MOOR (2005).

SCHINDLER a brillamment énoncé les différents types de pouvoir d'appréciation, en rapport avec les différentes fonctions que cette liberté de l'autorité peut remplir : pouvoir d'appréciation *au cas par cas*, fondé sur la nécessité d'individualiser l'application de la loi en fonction des particularités des situations d'espèce ; pouvoir d'appréciation *adaptatif* relatif à une mise en œuvre de la loi en fonction de l'évolution des circonstances ; pouvoir d'appréciation d'*expertise technique*, centré sur la prise en considération des connaissances des spécialistes appelés à trancher en premier lieu ; pouvoir d'appréciation *politique*, en vue de poursuivre et compléter le programme législatif ; pouvoir d'appréciation *entrepreneurial*, qui vise la mise en œuvre efficiente du programme législatif¹².

Cette typologie est fort utile pour comprendre les ressorts du pouvoir d'appréciation. Grâce à son caractère analytique, elle peut aussi aider à en déterminer l'existence dans un cas concret. Mais elle ne remet pas en cause la nature même de ce pouvoir, pas plus d'ailleurs que les typologies plus classiques et purement descriptives qui distinguent, d'une part, entre pouvoir d'appréciation de décision (*Entschliessungsermessen*) et pouvoir d'appréciation de choix (*Auswahlermessen*)¹³ et, d'autre part, entre pouvoir d'appréciation dans l'établissement des faits (*Tatbestandsermessen*) et pouvoir d'appréciation quant à la solution juridique (*Rechtsfolgeermessen*)¹⁴. Quel que soit son type, l'appréciation commence où le droit finit, et l'opportunité est un critère de choix entre plusieurs solutions par définition conformes au droit, donc, inévitablement, un choix politique.

D. Conclusion intermédiaire

La définition négative de l'opportunité, comme critère de décision politique, une fois tout le droit respecté, n'évite pas les difficultés pratiques de délimitation : on sait par exemple que la frontière entre proportionnalité, qui relève du droit, et opportunité n'est concrètement pas facile

¹² SCHINDLER (2010) n° 418 ss.

¹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2009) § 26 n° 6 ss ; WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n°s 1454 et 1472 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 431 ss.

¹⁴ WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n° 1490 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 436 ss. SCHINDLER (2010) n° 242 ss et KÖLZ/HÄNER/BERTSCHLI (2013) n° 1047 proposent à juste titre de renoncer à ces deux dernières typologies.

à fixer, ce dont les tribunaux profitent allègrement pour ajuster leur contrôle. Dans l'exemple de la sanction qui vient d'être évoqué, si un tribunal estime qu'une amende de 4000 francs n'est pas justifiée, il la qualifiera simplement de disproportionnée. A l'inverse, l'exemple de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral cité plus haut porte sur un cas dans lequel la prétendue discussion de l'opportunité relève en réalité de la proportionnalité. Il n'est donc pas aisé de délimiter clairement le champ du droit et celui de l'opportunité¹⁵. Il est aussi vrai que le pouvoir de cognition des autorités de recours présente de multiples variations en fonction de ce que SCHINDLER appelle une « échelle fluide » (« *fließende Skala* ») d'ouverture des normes juridiques¹⁶.

Mais cela ne change rien à la simplicité de la distinction conceptuelle : d'un côté le respect du droit, de l'autre le choix politique en opportunité dans l'espace de liberté laissé par le droit. L'opportunité n'occupe que l'espace laissé ouvert par le droit, mais elle occupe tout cet espace.

Cette simplicité est toutefois remise en cause d'abord par les conséquences qu'une partie de la doctrine tire de la distinction entre liberté d'appréciation (ou pouvoir d'appréciation au sens strict) et latitude de jugement, ensuite par la manière dont les tribunaux définissent l'opportunité, surtout lorsqu'il est question d'un contrôle judiciaire de celle-ci. Il convient donc de se demander si ces remises en cause sont justifiées.

II. Pour une approche unitaire du pouvoir d'appréciation

A. La théorie classique : liberté d'appréciation et latitude de jugement

Selon la théorie traditionnelle, défendue encore par une partie importante de la doctrine¹⁷, il convient de distinguer deux manières de confé-

15 SCHINDLER (2008) n° 33; SEGESSENMANN (2013) p. 12.

16 SCHINDLER (2013) p. 54.

17 SEGESSENMANN (2013) p. 11, qui considère qu'il s'agit de la doctrine dominante; WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n° 1454 ss; ZEN-RUFFINEN (2013) n°s 230 ss, spéc. 246 ss, et 1355; ZIBUNG/HOFSTETTER (2009) n° 24 ss; SCHOTT (2011) n°s 35 et 36. Evoquant la théorie unitaire mais s'en tenant finalement à la théorie classique TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2009) § 26, en particulier n° 33, et

rer une marge de manœuvre à l'administration dans l'application du droit: la liberté d'appréciation résultant d'une volonté expresse du législateur et la latitude de jugement découlant de l'emploi dans le texte légal de notions juridiques indéterminées. On soulignera que, pour la doctrine qui s'en tient strictement à la distinction exposée ici, liberté d'appréciation est synonyme de pouvoir d'appréciation (au sens notamment de l'art. 49, let. a, PA).

Une liberté d'appréciation¹⁸ (*Ermessen*) peut être conférée à l'administration typiquement lorsque la loi prévoit que l'autorité « décide librement »¹⁹ ou qu'elle « peut » prendre une mesure (*Kannvorschrift*)²⁰. L'emploi du verbe « pouvoir » n'est toutefois qu'un indice d'une liberté d'appréciation, l'interprétation globale de la norme étant susceptible de conduire à une autre solution²¹. Il y a également une liberté d'appréciation lorsque la loi laisse le choix à l'administration entre plusieurs solutions: ainsi, par exemple, en matière disciplinaire, lorsque la loi donne une liste de sanctions parmi lesquelles l'autorité peut choisir ou, en matière de marchés publics, où l'autorité adjudicatrice dispose d'une grande liberté pour choisir entre différentes méthodes de notation des offres qui lui sont soumises²². La liberté d'appréciation peut donc porter sur le principe d'une action de l'administration, sur le choix de cette action ou encore sur ces deux aspects à la fois. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si la loi confère à l'administration une liberté d'appréciation, même lorsqu'elle indique que l'administration « peut » agir ou non. En cas de doute, l'existence d'une liberté d'appréciation devra être établie par les méthodes usuelles d'interprétation²³.

KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n^{os} 1049 et 1056 ss; très nuancés MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 737 ss.

18 ZEN-RUFFINEN (2013) n^o 231 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 739 ss; TANQUEREL (2011) n^o 506.

19 Voir p. ex. l'art. 19 de l'ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral du 27 août 2001 (OPersTF – RS 172.220.114), qui prévoit que le Tribunal fédéral décide librement du renouvellement de la nomination de son secrétaire général.

20 P. ex. ATF 132/2006 II 485, 500, 3G *Mobile AG*.

21 P. ex. ATF 133/2007 II 450, 466-467, *Nada*.

22 ATF 130/2004 I 241, 250 ss, *Consortium 2*.

23 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 740; TANQUEREL (2011) n^o 506; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n^o 439.

On parlera de latitude de jugement²⁴ (*Beurteilungsspielraum*²⁵) lorsque la norme à appliquer comporte des notions juridiques indéterminées qui laissent une certaine liberté à l'interpréteur. Cette liberté se manifeste, d'une part, dans la concrétisation du sens qui peut être donné à la norme et, d'autre part, dans l'évaluation et la qualification des faits auxquels la norme doit s'appliquer²⁶.

Comme le rappelle une partie de la doctrine, l'interprétation d'une notion juridique indéterminée est une question de droit et le juge peut en principe la revoir librement²⁷. Il en est de même de la qualification des faits pertinents. Le Tribunal fédéral souligne, pour sa part, que c'est en principe le rôle des tribunaux d'interpréter et concrétiser les notions juridiques indéterminées dans les cas d'espèce²⁸.

Le juge manifestera toutefois de la retenue dans son examen en présence de questions techniques ou locales, qui peuvent comporter des pesées d'intérêts complexes, que l'autorité de décision, disposant de connaissances particulières, est mieux à même d'apprécier²⁹. Le Tribunal fédéral affirme aussi, et c'est l'affirmation la plus générale et la plus fondamentale, qu'il doit restreindre sa cognition lorsqu'il résulte de l'interprétation de la loi que le législateur a voulu, par l'utilisation de notions juridiques indéterminées, conférer à l'autorité de décision une marge de manœuvre que le juge doit respecter et que cette manière de faire est conforme à la Constitution³⁰. Cette jurisprudence a été reprise d'une manière générale, notamment par le Tribunal administratif

24 P. ex. ATF 136/2010 V 322, 328, *Caisse de pensions X*.

25 P. ex. ATF 139/2013 II 173, 182, X. AG.

26 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 748-749; TANQUEREL (2011) n° 507.

27 WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n° 1419; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2009) § 26 n° 28; SCHOTT (2011) n° 36.

28 ATF 135/2009 II 384, 389, X. und Y.; 132/2006 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*.

29 ATF 136/2010 I 265, 270, *Politische Gemeinde Lindau*; 135/2009 II 384, 390, X. und Y.; 132/2006 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*; 131/2005 II 13, 20, *Swisscom Fixnet AG*; 119/1993 Ib 254, 265, *Schweizerischer Bund für Naturschutz und 5 mitbeteiligte Umweltschutzorganisationen*.

30 ATF 135/2009 II 384, 390, X. und Y.; 132/2006 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*; 131/2005 II 13, 20, *Swisscom Fixnet AG*; 127/2001 II 184, 191, *EIWOG Genossenschaft für Wohneigentum und Mitb.*

fédéral³¹. La retenue dont fait preuve le juge conduit à laisser à l'autorité compétente une certaine latitude de jugement.

La doctrine qui juge la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement encore pertinente considère qu'elle est imposée par le droit positif, en particulier l'article 49, lettre a, PA³².

Il résulte de cette approche, que l'on peut appeler dualiste³³, que les notions de pouvoir d'appréciation et d'opportunité doivent être réservées aux cas où existe une liberté d'appréciation³⁴ au sens qui vient d'être défini. Lorsque l'on est en présence de notions juridiques indéterminées, la latitude de jugement dont bénéficie l'autorité en raison de la retenue du contrôle judiciaire serait d'une autre nature. On distinguerait donc une marge de manœuvre de l'autorité administrative qui serait expressément reconnue par les dispositions sur le contrôle judiciaire et une autre marge de manœuvre qui serait d'origine jurisprudentielle. Dans cette approche, seuls les choix existant conformément au droit dans le cadre d'une liberté d'appréciation au sens strict relèveraient de l'opportunité. Les choix conformes au droit offerts à l'autorité dans le cadre d'une latitude de jugement relèveraient d'un critère sans doute ressemblant, mais intrinsèquement différent. Dès lors, dans cette optique, quand la loi impose à une juridiction un contrôle complet, s'étendant à l'opportunité, cette obligation ne couvre pas le bon usage de la latitude de jugement³⁵.

B. La théorie unitaire du pouvoir d'appréciation

Une autre partie de la doctrine met en question la pertinence de la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement. Elle souligne notamment l'effet commun de la liberté d'appréciation et de la latitude de jugement³⁶, la difficulté à établir la source fondamentale de

31 P. ex. ATAF 2009/35, c. 4.

32 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2009) § 26 n° 33 *in fine*; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 738.

33 TANQUEREL (2011) n° 510 let. a.

34 ZEN-RUFFINEN (2013) n° 1355.

35 La discussion a donc bien, dans cette mesure, une conséquence concrète, contrairement à ce que nous avons eu l'occasion d'écrire, voir TANQUEREL (2011) n° 511.

36 BERTOSSA (1984) p. 90 et 99.

la distinction³⁷ et, dans cette perspective, l'absence de pertinence du critère reposant sur la structure de la norme, lequel oppose liberté d'appréciation rattachée aux conséquences juridiques énoncées par celle-ci et latitude de jugement liée à l'état de fait qui conditionne l'application de la norme³⁸. Il a aussi été affirmé que la liberté d'appréciation était un cas extrême de notion juridique indéterminée, celle (en général) du verbe « pouvoir » dans l'expression « l'autorité peut »³⁹. Cette remise en question conduit à prôner une approche que l'on peut qualifier d'unitaire du pouvoir d'appréciation⁴⁰.

Dans cette approche, la question déterminante est de savoir si l'autorité dispose d'un espace de liberté qui lui a été conféré par le législateur et que le juge doit respecter. Lorsque tel est le cas, quelle que soit la méthode choisie pour aménager cet espace de liberté, il y a pouvoir d'appréciation et, partant, place pour des choix « en opportunité ». L'existence de deux méthodes, liberté d'appréciation et latitude de jugement, n'est pas contestée, mais la qualification du résultat sera la même : l'existence d'un pouvoir d'appréciation que l'autorité exerce « en opportunité ». Quelle que soit la méthode par laquelle ce pouvoir d'appréciation a été conféré, son excès ou son abus pourra être revu dans le cadre d'un contrôle de conformité au droit, mais, une fois cette conformité établie, un contrôle ne pourra être effectué sur recours que si l'autorité de recours est habilitée à connaître de l'opportunité de la décision attaquée. On en revient ici clairement à la définition négative de l'opportunité : c'est le critère de choix dans tout l'espace de décision laissé ouvert par le droit. Il en résulte aussi, comme on le verra plus loin, une corrélation logiquement et systématiquement nécessaire entre détermination du champ de l'opportunité et limitation du contrôle des décisions en fonction de la nature, hiérarchique ou judiciaire, de l'autorité de contrôle.

37 IMBODEN/RHINOW (1986) p. 407-408.

38 SCHINDLER (2010) n° 242 ss; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 1047; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 452.

39 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 738.

40 RHINOW (1983) p. 48; SCHINDLER (2010) n° 241 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 428aa; TANQUEREL (2011) n° 511; classant, au moins dans certains cas, la latitude de jugement dans le pouvoir d'appréciation RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n° 1127.

Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de cette conception unitaire du pouvoir d'appréciation et de l'opportunité.

Il faut souligner en premier lieu que la distinction soutenue en doctrine entre « vrai pouvoir d'appréciation », qui serait synonyme de liberté d'appréciation, et simple latitude de jugement, qui serait logiquement d'une autre nature, n'est pas vraiment consacrée par la jurisprudence, bien au contraire⁴¹. Il arrive certes au Tribunal fédéral de distinguer les cas où il fait preuve de « retenue » et ceux où son contrôle est limité à la sanction de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation. Mais il utilise bien, pour justifier sa retenue lorsque l'autorité inférieure dispose de connaissances spécifiques, l'expression « *technisches Ermessen* » qui peut se traduire par « liberté d'appréciation en matière technique »⁴². Le Tribunal fédéral a qualifié la latitude de jugement de « marge discrétionnaire »⁴³, ce qui est caractéristique du pouvoir d'appréciation. Il lui arrive aussi, dans les cas où il se situe dans le cadre d'une « retenue », de parler de liberté d'appréciation, quand bien même le problème posé est celui de l'interprétation d'une notion juridique indéterminée⁴⁴.

On ne voit pas non plus en quoi l'article 49, lettre a, PA imposerait de limiter la notion de pouvoir d'appréciation (en rapport avec son éventuel abus) à l'hypothèse de la liberté d'appréciation au sens strict et en quoi, dès lors, la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement serait consacrée par cette disposition⁴⁵. Lorsque l'usage de notions juridiques indéterminées vise, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, à « conférer à l'autorité de décision une marge de manœuvre que le juge doit respecter », il est clair que l'autorité ne doit pas abuser du pouvoir d'appréciation qui lui est ainsi concédé: elle doit s'en tenir aux limites posées par une interprétation raisonnable de la loi, elle doit choisir une interprétation qui respecte les principes de proportionnalité, d'égalité de traitement, de la bonne foi⁴⁶ et d'interdiction de l'arbitraire et elle ne doit pas s'inspirer de considérations étrangères au but de la

41 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 1056.

42 Voir les arrêts cités note 29.

43 ATF 136/2010 V 322, 328, *Caisse de pensions X*.

44 SJ 2001 I 529, 531 (TF 14.2.2001).

45 Cf. *supra* note 32.

46 En ce qui concerne ces deux derniers principes, voir ATF 136/2010 V 322, 328, *Caisse de pensions X*.

loi. L'article 49, lettre a, PA est donc parfaitement applicable à cette situation.

On ne voit pas non plus pour quelle raison la marge de manœuvre de l'autorité serait d'une nature différente, dès lors qu'elle existe, selon qu'elle résulte d'une ouverture de la norme dans l'énoncé des prémisses de son application (*Tatbestand*) ou dans celui des conséquences juridiques que cette norme prévoit (*Rechtsfolge*), si tant est que cette distinction ait une pertinence concrète quelconque⁴⁷.

Pour MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement conserve tout son sens en relation avec la méthodologie de contrôle du juge, qui se réfère davantage à des principes extérieurs à la norme dans le premier cas et à des éléments se dégageant de celle-ci dans le second⁴⁸. Cette différenciation méthodologique ne saute pas aux yeux, les auteurs cités reconnaissant d'ailleurs que rien n'exclut que, suivant les caractéristiques de la norme, le juge emploie aussi la méthodologie typique d'une configuration dans le contrôle de l'autre⁴⁹. Mais surtout, quand bien même on se rallierait à cette distinction, on ne voit pas en quoi elle justifierait un traitement juridique différent de la marge de manœuvre de l'autorité et une limitation des notions de pouvoir d'appréciation et d'opportunité à la figure de la liberté d'appréciation au sens strict.

Dans les deux cas, le pouvoir d'appréciation reconnu à l'autorité l'est juridiquement, même si la formulation de la délégation⁵⁰ conférée à l'autorité procède d'une technique différente. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement : une autorité de recours est constitutionnellement tenue d'exercer son pouvoir de cognition sous peine de violer le droit d'être entendu consacré par l'article 29 Cst.⁵¹. La « retenue » dont une juridiction administrative fait preuve face à des notions juridiques indéterminées n'est donc pas une faculté qu'elle exerce à bien plaire, mais une obligation qui procède du respect de la volonté du législateur, comme le

⁴⁷ Voir les auteurs cités note 38.

⁴⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 738.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Pour reprendre l'expression de RHINOW (1983) p. 47.

⁵¹ ATF 130/2004 II 449,452, W. SA; FELLER/MÜLLER (2009) p. 445-446; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 1057.

souligne bien d'ailleurs la formule citée plus haut du Tribunal fédéral⁵². Les juridictions ne doivent donc pas contrôler l'opportunité lorsque ce pouvoir ne leur est pas conféré par la loi, mais elle doivent le faire dans le cas contraire, et cela aussi bien en cas de latitude de jugement⁵³ que de liberté d'appréciation, réunies sous la notion commune de pouvoir d'appréciation.

Nous avons, il y a une douzaine d'années mis en doute l'opportunité de la notion même d'opportunité, en conservant, comme cadre de référence, la théorie dualiste classique⁵⁴. A vrai dire, si l'on se rallie à la vision unitaire du pouvoir d'appréciation et de l'opportunité, cette dernière notion conserve une portée explicative sur le pouvoir de cognition des juridictions administratives. Comme corollaire de la seule liberté d'appréciation au sens strict, l'opportunité n'a guère d'intérêt, car elle laisse de côté un pan entier de la liberté de l'apporteur de la loi et du contrôle de l'usage de cette liberté. Dans cette acception, elle complexifie inutilement l'analyse et obscurcit la réalité du travail du juge. Par contre, dès lors que l'opportunité est vue comme le miroir exact du pouvoir d'appréciation au sens large, il n'y a plus d'obstacle à se réconcilier avec cette notion.

III. Le contrôle de l'opportunité par l'autorité hiérarchique

A. Le recours hiérarchique

Un des aspects centraux du pouvoir hiérarchique réside dans la possibilité de donner des instructions, aussi bien générales que particulières, aux autorités subordonnées⁵⁵. L'autorité hiérarchique supérieure est donc en droit de préciser de façon contraignante aux autorités qui lui sont subordonnées la manière d'exercer le pouvoir d'appréciation qui est, le cas échéant, reconnu à l'administration. Il est dès lors naturel que, sur recours, l'autorité hiérarchique supérieure puisse contrôler l'opportunité des décisions qui sont portées devant

⁵² Cf. *supra* note 30.

⁵³ FELLER/MÜLLER (2009) p. 458; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 474a *a contrario*.

⁵⁴ TANQUEREL (2001) p. 464.

⁵⁵ TANQUEREL (2011) n° 124 let. a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2010) n° 1232.

elle⁵⁶. Ce contrôle ne pose aucun problème de légitimité. Il sert d'abord la cohérence de l'action administrative, il peut aussi contribuer à la production de meilleures décisions. Il ne sert, en outre, qu'à titre de « bénéfice collatéral » la protection des administrés.

Dans ce contexte, le contrôle de l'opportunité en cas de recours hiérarchique doit être la règle. Une exception ne se justifie que lorsque le législateur souhaite donner un pouvoir d'appréciation spécifique à une autorité inférieure, par exemple si cette autorité est spécialisée ou connaît mieux des circonstances locales. Même dans ce cas, la réglementation peut apparaître contradictoire si elle permet à l'autorité hiérarchique de donner des instructions *ex ante*, mais interdit le contrôle de leur respect *ex post*. La logique voudrait que la loi limite alors le pouvoir hiérarchique quel que soit le moment auquel il s'exerce.

D'une manière générale, la législation prévoit un contrôle de l'opportunité pour les recours hiérarchiques. Il en est ainsi, par exemple, sur le plan fédéral (art. 49 PA), à Genève (art. 61, al. 3, LPA/GE) et dans les cantons de Vaud⁵⁷ et du Valais⁵⁸. Dans le canton de Fribourg, le code de procédure et de juridiction administrative prévoit le grief d'opportunité devant une autorité spéciale de la juridiction administrative⁵⁹, ce qui inclut notamment les autorités hiérarchiques⁶⁰, « à moins qu'une loi n'exclue ce grief ». Cette solution n'est pas problématique si le motif d'exclusion est objectivement fondé. Dans le canton de Neuchâtel, la possibilité d'invoquer l'opportunité n'existe, selon la règle générale applicable à toutes les procédures administratives, que si une loi spéciale le prévoit⁶¹. Pour les recours hiérarchiques, une telle restriction n'est pas judicieuse, car

⁵⁶ MOOR/POLTIER (2011) p. 629 et 798, pour qui cette caractéristique du recours hiérarchique est « évidente », « appartient par essence au pouvoir hiérarchique » et pour qui le grief d'inopportunité est recevable « par définition » dans un recours administratif (hiérarchique).

⁵⁷ Art. 76, let. c, de la loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA/VD – RS/VD 173.36).

⁵⁸ Art. 47, al. 1, de la loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (LPJA/VS – RS/VS 172.6).

⁵⁹ Art. 78, al. 1, du code fribourgeois de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA/FR – RS/FR 150.1).

⁶⁰ Art. 3, al. 2, let. a, CPJA/FR.

⁶¹ Art. 33, let. d, de la loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (LPJA/NE – RS/NE 152.130).

elle peut aboutir à empêcher l'autorité hiérarchique de contrôler l'opportunité même dans des cas où il n'y a pas de raison particulière d'immuniser l'autorité inférieure contre le pouvoir hiérarchique.

Il est moins sûr que, comme l'affirme SCHINDLER⁶², le modèle de base de la juridiction administrative soit, sur le plan cantonal, le régime de la double instance de recours, la première étant une instance « interne » disposant du pouvoir de contrôler l'opportunité. Tel n'est en tout cas pas la situation à Genève : les recours hiérarchiques y constituent l'exception et, dans les cas où les recours peuvent être portés devant le Tribunal administratif de première instance avant la chambre administrative de la Cour de justice, ces deux instances ont, dans la règle, le même pouvoir de cognition, limité aux faits et au droit, conformément à l'article 61, en particulier alinéa 3 *a contrario*, LPA/GE.

B. L'évocation pour révoquer

Lorsque, dans un cas d'espèce, l'autorité inférieure pourrait révoquer une de ses décisions et que par ailleurs rien ne s'oppose à ce que l'autorité hiérarchique évoque le dossier, à savoir, décide de statuer elle-même⁶³, on peut imaginer que l'autorité hiérarchique révoque une décision d'une autorité inférieure pour inopportunité. Une telle révocation pourrait, par exemple, intervenir dans un cas de sanction administrative. Elle n'est guère envisageable pour les décisions accordant des avantages à des administrés, la pesée des intérêts, indispensable en vue de la révocation d'une décision en force⁶⁴, faisant dans ce cas très vraisemblablement pencher la balance vers la sécurité du droit, donc vers le maintien de la décision. L'hypothèse présentée ici reste donc largement théorique.

IV. Le contrôle de l'opportunité par les tribunaux

A. Le principe de non-contrôle

Les juges sont les gardiens du droit. Leur rôle n'est pas de déterminer la politique ni du pays en général, ni de ses entités administratives en particulier. Lorsque le législateur ouvre le texte de la loi, en droit public,

⁶² SCHINDLER (2013) p. 50.

⁶³ Sur les conditions de l'évocation voir TANQUEREL (2011) n° 124 let. e.

⁶⁴ TANQUEREL (2011) n° 944 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 387 ss.

ce n'est donc en principe pas pour laisser le juge le compléter de cas en cas, comme cela peut arriver en droit privé, mais pour conférer à l'administration, sous le contrôle du pouvoir politique, un certain pouvoir d'appréciation.

Le droit à l'accès aux tribunaux, qu'il résulte de l'article 6 CEDH ou des articles 29a et 30 Cst., est un droit au contrôle judiciaire de la bonne application du droit, sur la base de faits correctement établis. Ce n'est pas un droit à ce que les tribunaux contrôlent l'exercice conforme au droit du pouvoir d'appréciation, dans la mesure où celui-ci a été conféré à l'administration dans le respect des exigences de la légalité. Le « pouvoir de cognition libre » qu'exige le droit d'accès aux tribunaux se limite donc aux faits et au droit⁶⁵.

Les juges ne sont d'ailleurs ni formés, ni équipés, ni dans le bon contexte – en termes de personnel d'appui, de suivi des affaires, de connaissances techniques et du terrain – pour déterminer quelle doit être le « meilleur » exercice du pouvoir d'appréciation une fois toutes les exigences juridiques respectées⁶⁶.

Si les juges considèrent que, dans un cas d'espèce, le pouvoir d'appréciation conféré est trop large ou qu'il est exercé d'une manière incompatible avec les garanties constitutionnelles, le droit leur permet d'intervenir, en sanctionnant les violations du principe de la légalité et l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation. Dans sa définition même – telle que nous l'avons développée, jumelle de l'opportunité – le pouvoir d'appréciation recouvre d'ailleurs logiquement la sphère de décision de l'autorité administrative protégée contre l'intervention du juge.

Le respect de la séparation des pouvoirs et la prise en considération de la mission et des capacités des tribunaux doit donc conduire à exclure en principe le contrôle de l'opportunité par les tribunaux⁶⁷.

Cette exclusion est prévue pour le Tribunal fédéral (art. 95 à 97 *a contrario* LTF). Elle prévaut aussi dans les cantons : c'est particulièrement clair

⁶⁵ ATF 139/2013 I 72, 82-83, *Publigroupe SA und Mitb.*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2013) n° 1220; MOOR/POLTIER (2011) p. 654; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n° 116.

⁶⁶ FELLER/MÜLLER (2009) p. 448-449; voir aussi METZ (2013) p. 132, qui évoque quelques remèdes, à vrai dire peu convaincants, à ce handicap des juges.

⁶⁷ MOOR/POLTIER (2011) p. 798.

et explicite à l'article 61, alinéa 2, LPA/GE, mais cela vaut également dans les autres cantons⁶⁸.

B. Les exceptions

Il se peut cependant, dans des cas très particuliers, que l'on puisse conclure que le pouvoir d'appréciation conféré par le législateur doit en dernier ressort être exercé non pas par une autorité administrative, mais par un juge.

Tel est le cas en matière de détention administrative au sens de la LEtr. La privation de liberté représente une telle atteinte aux droits des intéressés que l'on peut admettre que, même si elle est motivée par des considérations d'exécution de la loi plus que par une volonté sanctionnatrice, elle doit pouvoir être contrôlée par un juge sans laisser de liberté quelconque à l'administration. C'est pourquoi l'article 80, alinéas 2 et 2^{bis}, LEtr prévoit un contrôle par une instance judiciaire non seulement de la légalité mais également de l'adéquation (*Angemessenheit*) de la détention. On ne saurait cependant étendre cette exception, qui est liée au caractère unique de la détention, à l'ensemble des sanctions administratives. Pour celles-ci d'une manière générale, un contrôle complet des faits et du droit, notamment un contrôle sans retenue quelconque du respect du principe de proportionnalité, satisfait aux exigences de l'article 29a Cst. et de l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁶⁹.

⁶⁸ Voir p. ex. art. 98 LPA/VD, art. 77 CPJA/FR, art. 78, let. a, LPJA/VS (sous réserve toutefois d'une série d'exceptions à la let. b de cette disposition); à Neuchâtel, la règle découle de la combinaison de l'art. 33 LPJA/NE et de l'absence de disposition spéciale prévoyant un contrôle de l'opportunité par le Tribunal cantonal.

⁶⁹ Voir l'ACEDH A. *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, du 27 septembre 2011, du 27 septembre 2011, n° 43509/08, § 59, dans lequel la Cour évoque « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit », l'organe judiciaire devant notamment « avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi » (c'est nous qui soulignons). Voir aussi l'ACEDH ACEDH *Segame SA c. France*, du 7 juin 2012, n° 4837/06, § 54 à 60, dans lequel la Cour se réfère expressément au contrôle du caractère « proportionné » de l'amende fiscale en cause. Encore plus explicite, l'ATF 139/2013 I 72, 82-83, *Publigroupe SA und Mitb.*: « *Auch die Rechtsfolge, also die Sanktion selbst, muss uneingeschränkt auf Vereinbarkeit mit dem massgeblichen Recht unter Einschluss des Verfassungsrechts und den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV), namentlich des Verhältnismässigkeitsprinzips, überprüfbar sein* ». Voir cependant MARTENET, dans cet ouvrage, VII, B, pour qui le contrôle judiciaire des sanctions ne saurait se limiter à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation.

La nécessité d'assurer une cohérence au moins cantonale de l'application du droit est sans doute à l'origine de l'exigence de l'article 33, alinéa 3, lettre b, de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979⁷⁰, qui exige qu'une autorité de recours cantonale au moins ait un libre pouvoir d'examen, lequel doit s'étendre à l'opportunité⁷¹. Mais ce contrôle ne doit pas nécessairement incomber à une instance judiciaire. Il peut s'agir d'un recours préalable auprès d'une autorité administrative, voire d'une procédure d'opposition⁷². Tel est le cas à Genève: lorsqu'il existe une procédure d'opposition préalable, la chambre administrative de la Cour de justice ne statue qu'en fait et en droit sur les plans d'affectation, mais lorsque, ce qui est exceptionnel à Genève, il n'y a pas de procédure d'opposition, comme pour les plans d'utilisation du sol, elle doit étendre son contrôle à l'opportunité⁷³. Dans le canton de Vaud, c'est bien le Tribunal cantonal qui exerce ce contrôle⁷⁴. Ce n'est donc pas directement la LAT qui impose un contrôle judiciaire de l'opportunité, mais, le cas échéant, le choix que fait le canton dans la manière de respecter les articles 33 LAT et 86 LTF. A cet égard, le choix fait par le canton de Vaud est critiquable. Il aurait été plus conforme au principe et à l'esprit de la loi et des institutions de maintenir un contrôle d'opportunité par une autorité politique, précédant le contrôle en droit effectué par une autorité judiciaire, comme cela était encore le cas il y a quelques années.

Certaines justifications avancées pour justifier une exception au principe de non-contrôle de l'opportunité par les tribunaux sont tout sauf convaincantes. Ainsi, lorsque le Tribunal fédéral affirme qu'un contrôle judiciaire de l'opportunité des décisions en matière d'assurances sociales « s'impose d'autant plus que [ce domaine] comprend de nombreuses situations dans lesquelles l'administration dispose d'une marge d'appréciation importante, dont l'application doit pouvoir être contrôlée par l'autorité de recours de première instance »⁷⁵. L'affirmation n'est pas ar-

⁷⁰ LAT – RS 700.

⁷¹ ATF 127/2001 II 238, 242, *Bau- und Wohngenossenschaft Friedheim und Mitb.*

⁷² ATF 111/1985 Ib 9, 11, *Konikoff*; 108/1982 Ib 479, 483, *Desbaillets*.

⁷³ ATA/GE du 19 mai 2009 (ATA/249/2009), c. 2d.

⁷⁴ Arrêt TF 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, c. 2.3, non publié aux ATF 137/2011 II 23, *Commune de St-Sulpice*.

⁷⁵ ATF 137/2011 V 71, 74, P.

gumentée. Le fait que les autorités de base en assurances sociales sont très diversifiées, nombre d'entre elles étant des entités privées chargées d'une tâche publique, pourrait à la rigueur être un argument en faveur d'un contrôle de l'opportunité. Mais il n'est pas du tout certain que la « texture » de la législation sociale soit telle qu'un contrôle juridique serré ne soit pas suffisant pour assurer l'unité de l'application du droit et le respect des droits des assurés. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'après cette affirmation générale, le Tribunal fédéral se satisfait d'un contrôle par l'autorité inférieure dont on ne voit guère qu'il aurait été différent si celle-ci avait statué en droit uniquement⁷⁶.

L'exception la plus importante est bien entendu celle qui concerne le Tribunal administratif fédéral. Il résulte de la combinaison des articles 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005⁷⁷ et 49, lettre c, PA que le grief d'inopportunité peut être invoqué devant cette juridiction.

L'exception est soumise à quelques limites spéciales quant à la matière : le Tribunal administratif fédéral ne contrôle pas l'opportunité des décisions qui lui sont déferées en matière de marchés publics⁷⁸ ou en matière d'asile⁷⁹. Elle est aussi restreinte par la règle de l'article 49, lettre c *in fine*, PA, selon laquelle le grief d'inopportunité ne peut être invoqué devant le Tribunal administratif fédéral lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours⁸⁰. Cette hypothèse n'est évidemment pas la plus fréquente, le Tribunal administratif fédéral ne connaissant qu'exceptionnellement de recours contre des décisions d'autorités cantonales (art. 33, en particulier let. i, LTAF).

La justification de ce système réside dans l'idée qu'il est nécessaire qu'il existe pour toute décision au moins une autorité de recours avec plein

⁷⁶ *Id.*, p. 75.

⁷⁷ LTAF – RS 173.32.

⁷⁸ Art. 31 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP – RS 172.056.1).

⁷⁹ Avec l'abrogation (FF 2012 p. 8943), dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} janvier 2014, de l'art. 106, al. 1, let. c, de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi – RS 142.31); voir sur cette abrogation SEGESSENMANN (2013) et SCHINDLER (2012).

⁸⁰ Même, selon ZIBUNG/HOFSTETTER (2009) n° 42, si celle-ci n'a pas pu contrôler l'opportunité; *contra*: SEGESSENMANN (2013) p. 13 et RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n° 1602.

pouvoir d'examen⁸¹. Dès lors que les recours administratifs (à savoir hiérarchiques) étaient supprimés, il fallait donc admettre que le Tribunal administratif fédéral puisse, comme les commissions de recours qui l'avaient précédé, contrôler l'opportunité des décisions⁸². Cette justification est très contestable et nous y reviendrons.

C. La pratique des tribunaux

S'il est une chose que l'examen de la pratique des tribunaux montre clairement, c'est leur réticence, en tout cas hors du cas de la LEtr, à effectuer un contrôle de l'opportunité lorsque celui-ci leur est imposé par la loi.

Cette réticence peut se manifester par un contrôle présenté comme celui de l'opportunité, mais qui, en réalité, ne se différencie pas vraiment d'un contrôle de proportionnalité. L'arrêt du Tribunal fédéral relatif aux assurances sociales, évoqué plus haut, et surtout l'arrêt de l'instance inférieure approuvé par notre Haute Cour, ainsi que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral concernant un licenciement de fonctionnaire, déjà évoqués⁸³, fournissent des exemples frappants de cette pratique.

La réticence à contrôler l'opportunité se manifeste aussi par une « retenue » de principe dans diverses circonstances, notamment dans les domaines qui requièrent de hautes connaissances techniques: ainsi en matière d'octroi de subsides de recherche⁸⁴ ou en matière d'examens⁸⁵. Mais elle se manifeste surtout lorsque les tribunaux persistent, même lorsqu'ils doivent, en vertu du pouvoir de cognition que leur confère la loi, opérer ce contrôle, à reconnaître à l'autorité administrative un « pouvoir d'appréciation » (*Ermessen*), fût-il technique⁸⁶, une liberté de décision (*Entscheidungsspielraum*)⁸⁷, une latitude de jugement (*Beurtei-*

⁸¹ SCHINDLER (2013) p. 50.

⁸² Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4000, 4055.

⁸³ Cf. *supra* note 75, respectivement note 6.

⁸⁴ P. ex. ATAF 2007/37 du 17 septembre 2007, c. 2.1.

⁸⁵ P. ex. arrêt TAF B-1599/2012 du 10 décembre 2012, c. 3; ATAF 2007/6 du 25 janvier 2007, c. 3.

⁸⁶ P. ex. ATAF 2009/35 du 12 février 2009, c. 4.

⁸⁷ ATF 133/2007 II 35, 39, X. AG.

lungsspielraum)⁸⁸ ou encore une « liberté d'appréciation »⁸⁹ que le juge doit respecter.

La jurisprudence insiste régulièrement sur le fait que l'autorité qui contrôle l'opportunité doit vérifier si la décision contestée est « juste et adéquate » ou « appropriée »⁹⁰ et qu'elle doit annuler une décision qui serait « objectivement inopportune »⁹¹. Elle ajoute cependant qu'elle doit laisser l'autorité de première instance choisir entre plusieurs solutions opportunes⁹² et ne pas substituer à une solution convenable une autre solution également convenable⁹³ ou « sans motif pertinent » substituer sa propre appréciation à celle de l'administration⁹⁴. Lorsqu'il s'agit de questions spéciales, techniques ou économiques, pour lesquelles l'autorité inférieure dispose de connaissances particulières, l'autorité de recours peut, selon le Tribunal fédéral, avoir pour pratique de ne pas s'écarter sans nécessité (*nicht ohne Not*) de l'opinion de l'autorité inférieure⁹⁵ ou, dit autrement, de ne pas empiéter sans nécessité sur la latitude de jugement de cette autorité⁹⁶. Le Tribunal administratif fédéral étend cette retenue à l'application de notions juridiques indéterminées⁹⁷. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'une retenue ne se justifie pas lorsque

⁸⁸ ATF 136/2010 I 184, 188, X. AG; 135/2009 II 296, 308, *U1 TV Station AG*.

⁸⁹ Arrêt TF 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, c. 2.3, non publié aux ATF 137/2011 II 23, *Commune de St-Sulpice*.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Arrêt TAF A-1779/2006 du 15 mars 2007, c. 2.

⁹² ATF 136/2010 I 184, 188, X. AG; 135/2009 II 296, 308, *U1 TV Station AG*; 133/2007 II 35, 39, X. AG.

⁹³ Arrêt TF 1C_365/2010 du 18 janvier 2011, c. 2.3, non publié aux ATF 137/2011 II 23, *Commune de St-Sulpice*.

⁹⁴ ATF 137/2011 V 71, 73, P.; voir aussi l'arrêt TAF A-1779/2006 du 15 mars 2007, c. 2, qui indique que « Le Tribunal administratif fédéral [...] ne substitue pas son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité administrative », en omettant la précision « sans nécessité ».

⁹⁵ ATF 133/2007 II 35, 39, X. AG.

⁹⁶ ATF 135/2009 II 296, 308, *U1 TV Station AG*; voir aussi ATF 139/2013 I 72, 80 ss, *Publigroupe SA*, où le Tribunal fédéral admet une retenue du Tribunal administratif fédéral en matière de sanctions fondées sur la législation sur les cartels, en ne tenant aucunement compte du fait que ledit Tribunal est en principe compétent pour contrôler l'opportunité de la décision attaquée.

⁹⁷ ATAF 2012/18 du 6 juillet 2012, c. 5.3.; 2010/25 du 20 juillet 2010, c. 2.4.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 1051.

l'autorité de recours dispose ou peut disposer des mêmes connaissances techniques que l'autorité inférieure⁹⁸.

Si l'on prenait la jurisprudence au mot, il faudrait admettre que l'opportunité ne couvre pas l'ensemble de l'espace de liberté qu'ouvre le pouvoir d'appréciation. Ce dernier se diviserait en quelque sorte en deux sous-ensembles. Le premier comporterait les choix, par hypothèse conformes au droit, qui pourraient faire l'objet d'un contrôle en opportunité lorsque la loi le prescrit. Le second, qui constituerait en quelque sorte un pouvoir d'appréciation qualifié, engloberait des choix, par hypothèse conformes au droit et opportuns, à propos desquels le juge ne pourrait jamais intervenir.

Cette vision des choses est problématique du point de vue de la logique juridique et ne correspond pas à la réalité du contrôle effectué par les tribunaux.

On relèvera d'abord que la jurisprudence a émis les considérations sur la retenue admissible en matière de contrôle de l'opportunité dans le cadre de la mise en œuvre d'un pouvoir de cognition qualifié de « libre », « plein » ou « illimité »⁹⁹, ce qui dément l'idée qu'il existerait un noyau dur du pouvoir d'appréciation qui serait soustrait au contrôle de l'opportunité.

Mais surtout, si la détermination de la frontière entre respect du droit et opportunité est, on l'a dit, délicate, celle de la frontière entre pouvoir d'appréciation simple et pouvoir d'appréciation qualifié ou, si l'on préfère, la définition d'une sorte de « super-opportunité » apparaît tout simplement impossible. La doctrine et la jurisprudence ont abondamment évoqué les cas dans lesquels existerait un pouvoir d'appréciation soustrait au contrôle de l'opportunité. Mais ni l'une ni l'autre n'ont élaboré de façon convaincante, et pour cause, les critères de décision non juridiques dont certains relèveraient de l'opportunité contrôlable et d'autres du pouvoir d'appréciation qualifié non revu par les juges.

⁹⁸ ATF 133/2007 II 35, 39, X. AG.

⁹⁹ ATF 135/2009 II 296, 308, *U1 TV Station AG*; 133/2007/ II 35, 39, X. AG; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n^{os} 1130 et 1598; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2012) n^o 1504; METZ (2013) p. 129; SEGESSENMANN (2013) p. 12; MOOR/POLTIER (2011) p. 799; ZIBUNG/HOFSTETTER (2009) n^o 41.

Lorsque la jurisprudence veut laisser le choix à l'autorité inférieure entre plusieurs solutions toutes opportunes, elle postule que l'opportunité serait une notion absolue. Or, comme critère de choix entre diverses solutions toutes conformes au droit, elle est nécessairement une notion relative. L'autorité inférieure a pris une décision, elle a donc fait un choix. Elle l'a fait en opportunité en fonction de critères admissibles (sinon, elle aurait abusé de son pouvoir d'appréciation et aurait donc violé le droit). Soit ce choix est opportun, soit il ne l'est pas parce qu'un autre choix, selon des critères admissibles, serait meilleur. Il ne peut y avoir deux meilleurs choix. L'appréciation porte précisément sur le choix de la meilleure solution. Elle doit toujours reposer sur des motifs pertinents, sous peine d'être arbitraire. Comme l'autorité inférieure, l'autorité de recours ne peut donc trancher « sans motif pertinent », mais, si elle statue en opportunité, elle substitue par définition son appréciation – et non bien entendu son caprice ou son bon plaisir – à celle de l'autorité inférieure. Et si elle refuse de le faire, alors en réalité elle n'effectue pas vraiment un contrôle en opportunité.

Le Tribunal administratif fédéral donne comme exemples d'inopportunité les cas de décisions qui ne seraient pas motivées de façon compréhensible, qui s'écarteraient sans motif de principes posés par la doctrine et la jurisprudence, qui seraient fondées sur des critères étrangers à la cause en question, qui négligeraient des éléments juridiquement importants, pour lesquelles l'autorité compétente aurait agi en violation de l'égalité de traitement ou qui, dans leur résultat, seraient manifestement et de manière choquante iniques et injustes¹⁰⁰. Or, on ne voit pas qu'aucune de ces hypothèses ne puisse être traitée sous l'angle de l'abus du pouvoir d'appréciation, notamment sous l'angle du respect des principes d'égalité de traitement, d'intérêt public, de proportionnalité et d'interdiction de l'arbitraire. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs que le contrôle de l'opportunité se limite en définitive, dans les cas de retenue, à l'arbitraire¹⁰¹. Or, l'arbitraire ne relève pas de l'opportunité mais du droit.

¹⁰⁰ Arrêts TAF B-3548/2008 du 26 mai 2009, c. 5.2 et A-7822/2007 du 23 juillet 2008, c. 4, ce dernier arrêt citant l'ATF 132/2006 III 49, 51; WIEDERKEHR/RICHLI (2012) n° 1512.

¹⁰¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2012) n° 1505; SCHINDLER (2013) p. 52.

L'idée qu'il serait possible de contrôler l'opportunité, donc l'exercice du pouvoir d'appréciation, tout en laissant un pouvoir d'appréciation – qui devrait donc par définition se différencier du premier – à l'autorité inférieure est une chimère. Si l'autorité de recours assume pleinement sa compétence de contrôler l'opportunité, elle doit bel et bien accepter de « se substitue[r] dans la gestion d'une tâche administrative à l'auteur même de l'acte qu'elle contrôle »¹⁰² et remplacer l'appréciation de l'autorité inférieure par la sienne¹⁰³. Si elle ne le fait pas, elle exerce un contrôle qui se limite en pratique à un contrôle juridique.

V. Les enjeux d'un retour à une conception stricte du contrôle judiciaire

A. La nécessité de renoncer au contrôle de l'opportunité par les tribunaux

Conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler l'opportunité des décisions est fondamentalement contraire à leur nature et à leur mission¹⁰⁴. Un tel pouvoir peut se justifier dans des cas très particuliers, comme la détention administrative. Mais lorsqu'il est conféré plus généralement, comme c'est le cas pour le Tribunal administratif fédéral, ou dans des domaines où il n'y a pas de raison que les tribunaux s'aventurent sur un terrain politique, comme dans certains cas de mise en œuvre de l'article 33, alinéa 3, lettre b, LAT, il se heurte à la résistance des tribunaux. Cette résistance peut paraître discutable du point de vue du respect du mandat légal¹⁰⁵, mais elle est parfaitement compréhensible. Il est normal que les tribunaux tentent d'échapper à une mission pour laquelle ils ne sont pas équipés – à l'impossible nul n'est tenu¹⁰⁶ – et pour laquelle ils ne se sentent visiblement, et à raison, pas légitimés.

¹⁰² MOOR/POLTIER (2011) p. 798.

¹⁰³ KIENER/RUTSCHE/KUHN (2012) n° 1504.

¹⁰⁴ Pour une critique de ce choix en ce qui concerne le Tribunal administratif fédéral, MANFRINI (2006) p. 36-37; MOOR (2006) p. 159, qui y voit à juste titre une « hérésie » sur le plan de l'orthodoxie; FELLER/MÜLLER (2009) p. 464; TANQUEREL (2011) n° 522.

¹⁰⁵ Pour un exemple dans un cas précis, FELLER/MÜLLER (2009) p. 464.

¹⁰⁶ FELLER/MÜLLER (2009) p. 448, citant GYGI (1986) p. 155-156.

Dès lors, l'idée d'un contrôle complet opéré par au moins une autorité de recours perd de son sens. Si tant est d'ailleurs que cette idée soit correcte en elle-même. Elle ne peut se fonder sur la théorie de la protection juridique, qui n'exige qu'un contrôle de la conformité au droit des décisions. Elle pourrait être motivée par le souci d'assurer des mécanismes complets de contrôle de l'administration. Mais alors la tâche de contrôler l'opportunité doit revenir aux autorités hiérarchiques supérieures. La « compensation » de la suppression des recours hiérarchique par un contrôle judiciaire de l'opportunité est à la fois incohérente du point de vue systémique et illusoire, comme la jurisprudence le montre.

Si une voie de droit complète apparaît nécessaire, comme en aménagement du territoire, il faut prévoir une procédure d'opposition ou un recours auprès d'une autorité politique préalable au recours judiciaire. Sinon, il est préférable de s'en tenir au « respect des rôles habituels de la justice et de l'administration », comme le rappelle de façon significative le Tribunal administratif fédéral¹⁰⁷. Dans ce contexte, il conviendrait de renoncer complètement à la règle permettant d'invoquer le grief d'inopportunité devant le Tribunal administratif fédéral.

B. L'absence de conséquence pour la protection juridique

La suppression de la possibilité d'invoquer le grief d'inopportunité devant le Tribunal administratif fédéral constituerait-elle pour les justiciables une réduction de leur protection juridique, comme cela a été présenté dans le cas de l'abrogation de l'article 106, alinéa 1, lettre c, LAsi¹⁰⁸ ?

Sur le plan des principes, tout dépend de la définition que l'on donne à la notion de protection juridique. Si l'on comprend celle-ci comme toute possibilité de contester une décision, devant quelque autorité que ce soit et pour quelque motif que ce soit, le fait de ne plus pouvoir contester l'opportunité d'une décision devant le Tribunal administratif fédéral réduit, théoriquement en tout cas, cette protection. Mais si l'on insiste sur

¹⁰⁷ ATAF 2007/37 du 17 septembre 2007, c. 2.1, citant le Tribunal fédéral (ATF 129/2003 II 331, 342 *Genossenschaft Flugplatz Oberengadin [GFO]*) à propos du pouvoir de cognition s'étendant à l'opportunité d'une ancienne commission de recours.

¹⁰⁸ SCHINDLER (2013) p. 58 et (2012) p. 566; SEGESSENMANN (2013) p. 19.

le terme « juridique » de l'expression, un contrôle complet de l'établissement des faits et de l'application du droit suffit pour que la protection juridique soit entièrement garantie. C'est d'ailleurs en ce sens que sont interprétées les exigences des articles 6 CEDH et 29a Cst.

En pratique, comme un auteur critique de la décision du Parlement concernant l'article 106, alinéa 1, lettre c, LAsi l'admet¹⁰⁹, il est peu probable que les justiciables concernés souffrent concrètement de l'abandon du grief d'inopportunité. En effet, vu les différentes méthodes, évoquées plus haut, employées par les tribunaux pour éviter de le traiter véritablement, ce grief était déjà largement ineffectif. La difficulté à identifier des arrêts du Tribunal fédéral annulant une décision pour ce motif l'illustre bien¹¹⁰. Mais surtout, les tribunaux disposent en droit, à travers les principes constitutionnels, d'outils tout à fait suffisants pour assurer une protection juridique pleine et entière des justiciables. C'est d'ailleurs un des effets pervers de l'admission du contrôle de l'opportunité que de faire glisser dans cette notion une part de proportionnalité, certains auteurs laissant entendre que, d'une façon générale, le contrôle de proportionnalité s'effectue avec retenue¹¹¹. En réalité, tel n'est pas le cas, les arrêts cités par la doctrine concernant des cas spécifiques classiques de retenue judiciaire, et c'est fort heureux. Si l'abandon du grief d'opportunité permet de donner toute sa place au principe de proportionnalité – place qui ne se confine nullement à l'arbitraire, sous réserve du contrôle du droit cantonal par le Tribunal fédéral¹¹² – ce sera tout bénéfique pour la protection juridique des administrés.

L'abrogation de l'article 106, alinéa 1, lettre c, LAsi a ainsi été critiquée à juste titre pour ses motivations et pour son caractère spécifique à l'asile¹¹³, mais il est difficile d'y voir une réduction concrète de la protection juridique des intéressés.

¹⁰⁹ SCHINDLER (2012) p. 566.

¹¹⁰ ZIBUNG/HOFSTETTER (2009) n° 55.

¹¹¹ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (2010) n° 1128.

¹¹² ATF 134/2008 I 153, 156 ss, X.

¹¹³ A notamment été contesté l'argument selon lequel cette abrogation permettrait d'accélérer les procédures et l'introduction de deux types de contrôle, avec ou sans opportunité, au sein du Tribunal administratif fédéral pour des questions de contenu analogue, SCHINDLER (2013) p. 58 et (2012) *passim* et SEGESSENMANN (2013) p. 19-20.

C. Le lien avec la réparation de la violation du droit d'être entendu

Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu peut exceptionnellement être réparée sur recours si elle n'est pas particulièrement grave et que la personne lésée peut saisir une autorité de recours exerçant un pouvoir d'examen complet¹¹⁴.

Dans cette perspective, la question du contrôle de l'opportunité par l'instance de recours joue un rôle important lorsque l'autorité qui s'est rendue coupable de la violation du droit d'être entendu disposait d'un pouvoir d'appréciation et pouvait donc statuer « en opportunité ». En effet, si l'autorité de recours exerce un pouvoir d'examen complet, s'étendant à l'opportunité, elle pourra en principe réparer la violation du droit d'être entendu. Cette possibilité s'accompagne toutefois d'importantes cautions.

Premièrement, comme la chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève l'a opportunément rappelé dans un arrêt récent¹¹⁵, la réparation ne saurait intervenir en cas de violation grave du droit d'être entendu. Le mécanisme de la réparation ne saurait conduire à rendre en quelque sorte facultatif le respect du droit d'être entendu lorsqu'une autorité de recours peut contrôler l'opportunité ou lorsque l'autorité de première instance ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation. La cour genevoise le souligne à juste titre dans son arrêt.

Deuxièmement, le pouvoir d'examen complet de l'autorité de recours ne doit pas être théorique, mais effectif. S'il est exercé avec retenue, la réparation n'est pas possible¹¹⁶. A cette aune, il est douteux qu'une violation du droit d'être entendu puisse à bon droit être réparée par le Tribunal administratif fédéral, malgré son pouvoir théorique de contrôler l'opportunité des décisions portées devant lui, en tout cas dans les nombreuses circonstances où il n'exerce ce contrôle qu'avec retenue.

Il n'est donc pas certain qu'une suppression de la possibilité d'invoquer l'opportunité devant le Tribunal administratif fédéral change beaucoup

¹¹⁴ ATF 138/2012 II 77, 84, *Flughafen Zürich AG und Kanton Zürich*; 135/2009 I 279, 285, O.

¹¹⁵ Arrêt CJCA/GE du 26 juin 2012 (ATA/404/2012), c. 7 et 9e.

¹¹⁶ ATF 135/2009 I 279, 286-287, O.

les choses en ce qui concerne la réparation de la violation du droit d'être entendu. Mais même si cela devait être le cas, avec un plus grand nombre de décisions cassatoires, notamment dans le domaine de l'asile, l'effet pourrait être, en définitive, bénéfique¹¹⁷. Face au risque de se voir retourner ses décisions pour violation du droit d'être entendu, l'administration sera poussée à mieux respecter celui-ci d'emblée. Une telle évolution sera favorable aux justiciables, pour lesquels un droit d'être entendu bien respecté en première instance est préférable à une réparation par une autorité de recours réticente à épuiser son pouvoir de cognition. En fin de compte, elle devrait aussi conduire à diminuer le nombre de cassations sur recours et donc contribuer à l'accélération des procédures.

VI. Conclusion

La question du contrôle de l'opportunité a donné lieu à des distinctions doctrinales et jurisprudentielles si subtiles que les contours de la notion même d'opportunité, de même que ceux de son contrôle judiciaire effectif, s'estompent au point de presque disparaître.

S'en tenir à une définition simple de l'opportunité et au « respect des rôles habituels de la justice et de l'administration » ne supprimera pas la difficulté de la délimitation entre usage conforme ou abusif du pouvoir d'appréciation, mais devrait permettre de se concentrer sur cette question essentielle, qui revient à se demander quel est, dans une situation donnée, le champ de liberté de l'administration dans lequel le juge administratif doit s'abstenir d'intervenir.

Dans cette perspective, il apparaît opportun de retenir que l'opportunité est le critère de choix lorsque l'administration bénéficie d'un pouvoir d'appréciation, que ce soit sous forme d'une liberté d'appréciation au sens strict ou sous celle d'une latitude de jugement dans l'interprétation de la loi, et de prévoir d'une manière générale que les autorités hiérarchiques peuvent contrôler l'opportunité des décisions, mais que les tribunaux ne le peuvent pas, en limitant de manière draconienne les exceptions à ce double principe.

¹¹⁷ Y voyant plutôt un effet négatif, SEGESSENMANN (2013) p. 19.

Bibliographie

- AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL (2013), *Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne.
- BERTOSSA FRANCESCO (1984), *Der Beurteilungsspielraum*, Berne.
- FELLER RETO, MÜLLER MARKUS (2009), « Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009 », *ZBl* 2009 p. 442 ss.
- GYGI FRITZ (1986), *Verwaltungsrecht: eine Einführung*, Berne.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2010), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- IMBODEN MAX, RHINOW RENÉ (1986), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd I: Allgemeiner Teil*, 6^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main.
- KIENER REGINA, RÜTSCHÉ BERNHARD, KUHN MATHIAS (2012), *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABELLE, BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève.
- MANFRINI PIERRE-LOUIS (2006), « Le Tribunal administratif fédéral », in: TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle, p. 25 ss.
- METZ MARKUS (2013), « Koordination der Rechtsprechung und Ermessenskontrolle am Bundesverwaltungsgericht », in: HÄNER/WALDMANN (éd.), *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zurich/Bâle/Genève, p. 125 ss.
- MOOR PIERRE (2006), « De l'accès au juge et de l'unification des recours », in: TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle, p. 153 ss.
- MOOR PIERRE (2005), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris.

- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif, vol. I, Les fondements*, 3^e éd., Berne.
- RHINOW RENÉ (1983), « Vom Ermessen in Verwaltungsrecht », *Recht* 1983, p. 41 ss.
- RHINOW RENÉ, KOLLER HEINRICH, KISS CHRISTINA, THURNHERR DANIELA, BRÜHL-MOSER DENISE (2010), *Öffentliche Prozessrecht – Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 2^e éd., Bâle.
- SCHINDLER BENJAMIN (2013), « Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte », in: HÄNER/WALDMANN (éd.), *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Zurich/Bâle/Genève, p. 47 ss.
- SCHINDLER BENJAMIN (2012), « Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen », *ZBl* 2012 p. 565 ss.
- SCHINDLER BENJAMIN (2010), *Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen des öffentliche Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall.
- SCHINDLER BENJAMIN (2008), « Art. 49 », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Saint-Gall, p. 653 ss.
- SCHOTT MARKUS (2011), « Art. 95 », in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (éd.), *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle, p. 1259 ss.
- SEGESSENMANN THOMAS (2013), « Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich (Art. 106 Abs. 1 lit. c Asylg) », *Asyl* 2/13, p. 11 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2011), *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2001), « De l'opportunité de l'opportunité », in: AUER/DELLEY/HOTTELIER/MALINVERNI (éd.), *Aux confins du droit: essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich, p. 447 ss.

- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2009), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne.
- WIEDERKEHR RENÉ, RICHLI PAUL (2012), *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bd I, Berne.
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (2013), *Droit administratif – Partie générale et éléments de procédure*, 2^e éd., Neuchâtel.
- ZIBUNG OLIVER, HOFSTETTER ELIAS (2009), « Art. 49 », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève, p. 973 ss.

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7

VINCENT MARTENET/MATTHIEU CORBAZ

L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif

9

I. Introduction	9
II. Le champ d'application du droit à un procès équitable	10
A. L'interprétation autonome et extensive des notions conventionnelles	11
B. Les contestations sur des droits et obligations de caractère civil	11
C. Les accusations en matière pénale	14
III. Le droit d'accéder au juge	17
A. La garantie	17
B. Les exceptions possibles	18
1. Les décisions cantonales revêtant un caractère politique prépondérant	18
2. Le contentieux en matière de droits politiques fédéraux	20
IV. La consultation de documents ou notes internes	22
A. La formation interne de l'opinion des membres de l'autorité	22
B. Les documents ou notes propres à servir de base à la décision	23
V. Le « droit de répliquer »	24
A. Les procédures judiciaires	24
B. Les procédures administratives	27

VI. Le principe <i>ne bis in idem</i> en procédure administrative	28
A. Le principe <i>ne bis in idem</i> et les sanctions administratives	28
1. Le caractère pénal des sanctions administratives en cause	28
2. La définition du « <i>bis</i> »	29
3. La définition de l'« <i>idem</i> »	30
B. Deux domaines du droit administratif en tension avec le principe <i>ne bis in idem</i>	32
1. Le droit de la circulation routière	33
2. Le droit des étrangers	36
VII. Le contrôle judiciaire des sanctions administratives pécuniaires	38
A. Le pouvoir d'examen complet	38
B. L'examen de la quotité de la peine	39
VIII. Conclusion	44

BENOÎT BOVAY

L'évolution des voies de droit cantonales	45
I. Introduction	45
II. Modification de l'organisation judiciaire cantonale	48
A. Fribourg	48
B. Genève	49
C. Jura	50
D. Neuchâtel	51
E. Valais	52
F. Vaud	52
G. Synthèse	54
III. Les recours contre les décisions à caractère politique prépondérant	55
A. Fribourg	57
B. Genève	60
C. Jura	62

D. Neuchâtel	64
E. Valais	65
F. Vaud	66
IV. Les recours contre les décisions incidentes	68
A. Principes	68
B. Modifications des procédures cantonales	70
V. Conclusion	76

CHRISTIAN BOVET/ANGELA CARVALHO

Les actes attaquables	77
I. Introduction	77
II. Actes	78
A. Décisions	78
1. Définition	78
2. Délimitations	83
a. Par rapport aux préavis	83
b. Par rapport aux expertises et autres conseils ou avis	83
c. Par rapport aux recommandations	86
d. Par rapport aux plans	86
3. Types et portée	88
a. Décisions individuelles et collectives (générales ou « de portée générale »)	88
b. Décisions formatrices et constatatoires	92
c. Décisions finales, partielles et incidentes	98
B. Actes normatifs	101
1. De droit fédéral	101
2. De droit cantonal	102
C. Actes relatifs aux droits politiques	104
III. Droit à une décision	105
A. Déni de justice	105
B. Actes matériels	106

FRANÇOIS BELLANGER

La qualité pour recourir	111
I. Introduction	111
II. La qualité ordinaire pour recourir	112
A. La nature du recourant	113
B. Les conditions de la qualité pour recourir	113
1. La participation à l'instance précédente	114
2. Etre spécialement ou particulièrement atteint par la décision attaquée	115
3. Avoir un intérêt digne de protection	119
4. Avoir un intérêt actuel	121
III. La qualité pour recourir en vertu de la loi	122
A. Le droit de recours des autorités fédérales	122
B. Le droit de recours des communes ou autres collectivités publiques	124
C. Le droit de recours des personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours	125
IV. La qualité pour recourir des autorités selon l'article 89, alinéa 1, LTF	126
A. Le cadre classique	127
1. La collectivité publique touchée comme un particulier	127
2. La collectivité publique touchée dans ses prérogatives de puissance publique	128
B. L'évolution de la jurisprudence	131
V. Les autres recours	133
A. Le recours contre un acte normatif	133
B. Le recours en matière de droits politiques	134
VI. Conclusion	135

CLAUDE-EMMANUEL DUBÉY

La procédure de recours devant le Tribunal fédéral.

Thèmes choisis	137
I. Introduction	137
II. Les opérations préalables à la rédaction d'un mémoire	138
A. Le choix de la voie de droit	138
1. Matière de droit public ou matière civile	140
2. Matière de droit public ou matière pénale	141
3. Le recours constitutionnel subsidiaire	142
B. Les coûts de la procédure	145
1. La valeur litigieuse et le montant de l'avance de frais	145
a. Calcul de la valeur litigieuse, cas particuliers	145
b. Délai et modalités	147
2. L'assistance judiciaire	148
a. Conditions formelles	148
b. Conditions matérielles	151
C. L'acte attaqué	153
1. L'acte normatif cantonal	153
2. La décision	155
a. Le contenu minimal	155
b. Le système des articles 90 à 94 LTF	156
III. Le mémoire de recours	157
A. Les exigences de motivation	157
1. Conditions de recevabilité	157
2. Contestation des faits	159
3. Contestation du droit	162
B. Demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles	165
C. La formulation des conclusions	167
IV. Le dépôt du mémoire de recours et la procédure ultérieure	169
A. Le dépôt du mémoire	169
1. Le délai	169
2. Les annexes	171

B.	La procédure ultérieure	172
1.	L'échange des écritures	172
2.	Le droit de réplique	175
C.	La fin de la procédure sans jugement	176
1.	Les trois motifs	176
2.	Déterminations des parties	177
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN		
L'opposition et le recours hiérarchique		179
I.	Introduction	179
II.	L'opposition	179
A.	Généralités	179
B.	Fonction	181
1.	La garantie des droits procéduraux des administrés	181
2.	L'effet de filtre	182
C.	Éléments procéduraux	183
1.	La voie de l'opposition	183
2.	Les lois générales de procédure	184
3.	La recevabilité	185
a.	Acte attaqué	186
b.	Autorité compétente	186
c.	Qualité pour former opposition	187
d.	Délai	187
e.	Forme	188
4.	La procédure devant l'autorité	189
5.	Une particularité	191
D.	Synthèse	192
III.	Le recours hiérarchique	193
A.	Evolution historique	193
B.	Le recours hiérarchique fédéral	196
1.	La compétence matérielle du Conseil fédéral	197

Table des matières

a. Les actes de gouvernement	197
b. Les décisions rendues relatives à la composante « prestation » du salaire du personnel de la Confédération	199
2. La décision du Conseil fédéral	200
3. Le recours hiérarchique interne	201
C. Le recours hiérarchique genevois	202
1. La compétence matérielle du Conseil d'Etat	202
2. La décision du Conseil d'Etat	204
3. Le recours intermédiaire au département	205
D. Synthèse	206
IV. Conclusion	206
Bibliographie	207

THIERRY TANQUEREL

Le contrôle de l'opportunité	209
Introduction	209
I. La notion d'opportunité	210
A. La difficulté d'une définition positive	210
B. La définition négative: le lien avec le pouvoir d'appréciation	212
C. La nature politique de l'opportunité	214
D. Conclusion intermédiaire	215
II. Pour une approche unitaire du pouvoir d'appréciation	216
A. La théorie classique: liberté d'appréciation et latitude de jugement	216
B. La théorie unitaire du pouvoir d'appréciation	219
III. Le contrôle de l'opportunité par l'autorité hiérarchique	223
A. Le recours hiérarchique	223
B. L'évocation pour révoquer	225

Table des matières

IV. Le contrôle de l'opportunité par les tribunaux.....	225
A. Le principe de non-contrôle.....	225
B. Les exceptions.....	227
C. La pratique des tribunaux.....	230
V. Les enjeux d'un retour à une conception stricte du contrôle judiciaire.....	234
A. La nécessité de renoncer au contrôle de l'opportunité par les tribunaux.....	234
B. L'absence de conséquence pour la protection juridique.....	235
C. Le lien avec la réparation de la violation du droit d'être entendu.....	237
VI. Conclusion.....	238
Bibliographie.....	239

Ouvrages déjà parus dans la collection Pratique du droit administratif

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Le domaine public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 155 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 234 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *L'entraide administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2005, 186 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le service public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 264 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 207 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER (éd.), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 123 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'avenir juridique des communes*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 256 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER / CHRISTINE GUY-ECABERT (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: Le rôle des guides de légistique*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 209 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 211 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *La maîtrise publique du sol: expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2009, 177 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 232 p.

THIERRY TANQUEREL / FRÉDÉRIC VARONE / ARUN BOLKENSTEYN / KARIN BYLAND, *Le contentieux administratif en Suisse: une analyse empirique*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 165 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER, *La responsabilité de l'Etat*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 284 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Schulthess Editions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 254 p.

Actes des Journées de droit administratif parus hors collection

GABRIEL AUBERT / FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Schulthess, Zurich, 2000, 196 p.

« La réforme de la juridiction administrative genevoise », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2000 I, p. 473 à 552.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les contrats de prestations*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 136 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'administration transparente*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 180 p.