

Page 3 : Cas introductif : Deux décisions, l'autorisation du DU et refus d'autorisation du DARES.

Page 5 : Document de travail 2

- Cas 1 : Entités centralisées/décentralisées.
- Cas 2 : Conseil d'Etat vs DU vs Faculté de droit
- Cas 3 : Qualification administrative d'actions juridiques (avertissement au personnel, etc.)
- Cas 4 : Relation CF – sanctions.

Page 9 : Document de travail 3

- Cas 1 : Règlement d'une faculté d'Université, droit applicable.
- Cas 2 : Conseiller d'Etat vs LIPAD, LPA, relation avec les militants de protection des droits
- Cas 3 : Député dépose projet sur subvention de collectivité publique

Page 13 : Document de travail 4

- Cas 1 : Legs de biens mobiliers et immobiliers par un privé à une commune, droit applicable.
- Cas 2 : Règlement cantonal sur les vins + frontière France/Suisse
- Cas 3 : Retrait de permis français en Suisse / retrait de permis suisse en France.
- Cas 4 : Tentative de modification de règlement d'Uni, analyse de la rétroactivité.
- Cas 5 : Retard intentionnel du DU de prendre une décision pour pouvoir appliquer le nouveau droit.

Page 18 : Document de travail 5

- Cas 1 : Autorisation de projets selon la LDTR
- Cas 2 : Post-initiative le CE dépose projet de lois, plaintes contre hébergements sales, que peut faire le CE.
- Cas 3 : Pertes d'emploi par A, B, C et D ; suite avec assurance-chômage, conditions, suspensions, etc.

Page 23 : Document de travail 6

- Cas 1 : Allocation d'une subvention par état puis retraitement car en fait par le droit. Pas d'égalité ds illégalité
- Cas 2 : Jardiniers qui veulent obtenir une semaine de vacances prévue par le règlement.
- Cas 3 : Demande d'autorisation de construire, délivrance par le DU, annulation par le TAPI, recours à CJCA.
- Cas 4 : Ouverture de jardin d'enfant sans autorisation, suivie d'une immense amende du DU.

Page 29 : Document de travail 7

- Cas 1 : Refus de déduction de X.- sur le revenu (versement liquidation \neq pension alimentaire)
- Cas 2 : Agression vieille dame, arthrose, expertise médicale. LAVI liée par conclusions du juge pénal ?
- Cas 3 : Ouverture d'école privée mais association des écoles accepte pas. LCart, COMCO et Tribunal civil.
- Cas 4 : Augmentation du loyer, admis par le Tribunal Baux Loyers mais pas le DU. Compétence parallèles.

Page 36 : Document de travail 8

- Cas 1 : Foire sur domaine public, autorisation de la commune avec respect principes Cst, LMI, PA et LPA/GE, initiative suspension TPG dimanche
- Cas 2 : Déclaration orales par haut responsable, organisation hôpital, heure des repas, droit de visites
- Cas 3 : Représentation par un comptable dans procédure judiciaire puis procédure fiscale

Page 42 : Document de travail 9

- Cas 1 : Contrat de subvention ville – association, puis réduction de la subvention, puis suppression subventions pour l'avenir + 3 variantes
- Cas 2 : Logement HLM, puis départ famille et Arnolphe reste seul en payant surtaxe + impossible de renoncer a future rente AVS
- Cas 3 : Entreprise d'Aldebert, paiement de 10'000 TVA, variantes de possibilités de payer par compensation

Page 47 : Document de travail 10

- Cas 1 : Qualifier si décision ou pas + effets (10 pièces annexes)
- Cas 2 : Réduction du budget destiné à la subvention d'une association par l'exécutif d'une commune, effets, conséquences, recours pas possible
- Cas 3 : Contestation LPP vs LAA par Persephone

Page 51 : Document de travail 11

- Cas 1 : Prise de positions, LAA, accident chauffeur poids-lourd + variante
- Cas 2 : FINMA et PA, décision constatatoire sur séparation d'une banque d'une personne
- Cas 3 : demande de mesure provisionnelle à COMCO + LCart
- Cas 4 : Décisions de retrait de permis de Zig et Pice, restitution avant terme à l'un et pas à l'autre

Page 57 : Document de travail 12

- Cas 1 : Courrier de la commune, ordre d'enlever dépôt de brocanteur, délai de recours, LPA/GE
- Cas 2 : Double décision de DARES avec refus d'autorisation d'exploiter restaurant + amende pour avoir exercé sans autorisation
- Cas 3 : Décision mal écrite / fausse par stagiaire, signée par responsable sans avoir fait attention
- Cas 4 : Voie de recours fausse mais délai juste, motif du rejet du recours erroné (pas de licence de droit alors que oui)

Page 62 : Document de travail 13

- Cas 1 : Effet dévolutif du recours, TAPI, autorisation de construire du DU puis retirée
- Cas 2 : Autorisation de pratiquer de Z et C, puis révoquée par autorité à cause d'une nouvelle loi
- Cas 3 : Centre culturel Musikum, autorisation de déverser les eaux du toit dans le lac, puis autorité cantonale retire l'autorisation
- Cas 4 : Société d'investissement obtient de la FINMA autorisation de pratiquer, puis autorisation retirée

Page 67 : Document de travail 14

Cas 1 : Député veut supprimer le recours au TAPI, le recours à la CJCA c. décisions du TAPI, créer un tribunal des constructions, etc...

Cas 2 : Décision de taxation pour l'impôt fédéral direct, grosse demande de sûreté, veut contester

Cas 3 : MIAM reçoit différentes décisions, comment et où interjeter recours contre chacune d'entre elles.

Cas 4 : Réclamation pour surtaxe HLM, car 4 personnes pensent l'Office, alors qu'en fait 5

Page 72 : Document de travail 15

Cas 1 : Prime refusée à Kevina par conseil administratif d'une commune, alors qu'elle a rendu un grand service d'informatique

Cas 2 : Autorisation de construire octroyée à Yverdon, 10 pers font recours, TF les refuse, variantes.

Cas 3 : Mélusine recours pour droit d'être entendu, recours admis et renvoyé, subvention quand même octroyée, 2^{ème} recours possible ?

Page 79 : Document de travail 16

Cas 1 : Refus de donner les autorisations à cause des associés, recours au TF + variantes.

Cas 2 : Hangar installé sur parcelle voisine de Mortimer en son absence, Olrik.

Cas 3 : Fantasio et Zantafio, contrebande de cigarettes, intervention du bureau douanier.

Cas 4 : plainte sur la base de la LRTV et concession, commission d'amicable.

Page 84 : Document de travail 17

Cas 1 : application de la PA pour les CFF, un boulanger et la FINMA

Cas 2 : projet secret de néon déposé auprès de Genève par la World Company, qui peut faire recours, consulter le dossier secret, etc

Cas 3 : M. Sylvestre, ALS et COMCO, World Company interdit à ses clients d'acheter autre part, LCAT

Cas 4 : Furax et Spirou, LAA, LPGA, PA relation

Page 89 : Document de travail 18

Cas 1 : Place du Molard, différentes situations avec règles de procédures, droit d'être entendu, etc

Cas 2 : Wallace et Gromit, LPGA, décision et droit d'être entendu

Cas 3 : Règles de procédures, prison, LOPP

Page 95 : Document de travail 19

Cas 1 : Décision de condamnation étranger, Office fédéral des migrations, LASI, PA

Cas 2 : Transports publics, construction de dépôts avec question : DETEC, LcdF, LPE, LTF, préavis de l'OFEV

Cas 3 : Entreprise veut construire nouveau siège avec sous-sol parking employé+loué aux tiers, LCI, ORCI, LAT, LPE, OEIE, LPMNS, RCVA, etc

Page 100 : Document de travail 20

Cas 1 : Permis de conduire retiré par l'Office cantonal des voitures, décision va faire perdre emploi, veut conclure un marché avec OCV : LCR

Cas 2 : Gilberte veut conclure contrat avec Dép fédéral des finances qui l'arrangerait : Lpers, Opers, CO

Cas 3 : Députés veulent rendre TPG gratuits avec clause générale d'urgence, conséquences juridiques, LTPG, CJCA, LTV (contrat transport)

Cas 4 : Fondation veut aide financière mais OFEV veut la lier à des conditions : LPE, LSU

Page 104 : Document de travail 21

Cas 1 : Commission fédérale de la communication ComCom « vend des concessions aux enchères », LTC, OGC

Cas 2 : Casino concession de 20 ans, plaintes de personnes + politicien veut fermer. Éléments de menace ? + renouvellement concession : Cst, LMJ

Cas 3 : SA veut soumettre proposition à commune : renouvellement parking, garantie d'utiliser la place 20 ans, installer buvette : LDPu, AIMP

Cas 4 : Compagnie aérienne, abandon de la ligne au bénéfice d'une concession possible ? LA, OSAV, OFAC (Office)

Page 113 : Document de travail 22

Cas 1 : Construction piscine de villa, techniquement pas possible, autorisation possible en modifiant plan ? LAT

Cas 2 : Plan localisé par CE, X veut acheter parcelle pour faire bureaux, 2^e demande d'autorisation possible ? LAT, LaLAT, LGZD, LCI, DALE, LPA

Cas 3 : CE lutte contre pollution, plan mobilité douce + plan de mesures : LPE, Opair

Cas 4 : Commune GE veut construire éco-quartier sur parcelle en zone agricole : LAT, LaLAT, LCI, LPA, LGZD

Page 123 : Document de travail 23

Cas 1 : Banque avec autorisation FINMA, irrégularités car 2 responsables suspects: LB, LFINMA, PA

Cas 2 : Jardin avec hêtre, le gars part un moment, le DETA vient abattre l'arbre : RCVA, LPMS // TAPI, CJCA

Cas 3 : Contrôle de loyers immeuble Genève, plaintes de locataires, décision du DALE de démolir mur : LGZD, LCI

Page 127 : Document de travail 24

Cas 1 : Pendant séance de groupe Conféd-cantons, 3 fonctionnaires propos racistes : jugement + amende employeur : Lpers, Opers, LPAC, Pers-VD

Cas 2 : Citoyen dispensé d'armée avec taxe, veut voyager donc besoin de nouveau passeport mais a pas encore payé taxe : LTEO, OTEO.

Cas 3 : Contrôle de police, état d'ivresse, Office - décision incidente retirer permis durée indéterminée, non paiement amende : LCR, LTV, TPG

Page 131 : Document de travail 25

Cas 1 : Députés GE veulent réforme : points communs et différences LREC et LRFC

Cas 2 : Commune construit nouveau garage pompiers, mais graves défauts, risques de s'effondrer, responsabilité commune CO, LREC, maire

Cas 3 : Office statistique ouvre procédure d'appel de marché, recours décision d'adjudication du TAF car frais pour engager offre : LMP, LRFC

Cas 4 : Gerant de fortune demande autorisation FINMA, décision négative, pièces perdues, démarches chères : LFINMA, LBVM, PA, LTAF, LRFC

Page 142 : Document de travail 26

Cas 1 : Deux proprios (resto / station-service) : indemnisation formelle et matérielle pour nouvelle autoroute ? théorie + CC

Cas 2 : Trois parcelles, commune révisé plan de zone et les 3 parcelles changent de statut - projet de Z tombent à l'eau : LAT, Cst

Cas 3 : Proprio parcelle vend (avec acte, dépôt au Registre, etc), CE veut l'acquérir mais trouve cher, droit de préemption : LGL, LOJ, CJCA, LEX

Cas 4 : Secrétariat économie (SECO) octroie 2 subventions à TVB, puis révocation : Lsu, Cst, PA, LTAF, LRFC (indemnisation)

DOCUMENT DE TRAVAIL 1

Cas 1 – introductif

I. Quelles sont les questions que Ronald nous pose ?

Le DARES a refusé sa demande d'autorisation. Pourquoi ? C'est parce qu'il estime qu'il ne remplit pas toutes les garanties. Il aimerait la contester. Il demande donc deux choses : Quels arguments il peut faire valoir contre la décision du DARES et quelles sont les voies de droit. Il n'y a pas que la décision du DARES pour laquelle il demande cela. Il y a également la décision d'interdiction de vendre de l'alcool : cela fait partie de la décision du DU. Il aimerait savoir si il peut négocier quelque chose, plus précisément les deux mêmes questions qu'il pose pour le DARES, mais il a cette idée de proposition d'accord et s'adressant à un avocat il veut savoir est-ce que juridiquement c'est une voie qui tient debout ou si l'on ne peut rien faire (est-ce que c'est légal?). A propos de l'interdiction de l'alcool, Ronald soulève un problème particulier : est-ce qu'il a un risque de perdre l'autorisation de construire si il conteste l'autorisation de vendre de l'alcool ? De plus, Ronald veut également savoir : peut-il faire un recours simultanément contre les deux décisions, en vertu du principe de coordination ? Enfin, il faut préciser un autre élément. Obtiendra-t-il l'autorisation du DARES sans problèmes ? Il y a une question supplémentaire s'agissant de l'association : est-ce qu'elle aussi, en tant qu'association, a la qualité pour recourir contre lesdites décisions ?

II. Les faits pertinents

1. Ronald a fait une demande d'autorisation d'exploiter au DARES
2. Il a fait une demande de construction au DU.
3. Il a reçu une décision du DU, qui lui donne l'autorisation de construire mais à une condition (interdiction d'alcool) il y a 10 jours.
4. Pas de nouvelles du DARES (vaut jusqu'au numéro 7).
5. Le DARES a reçu une lettre d'un client.
6. Le DARES a entendu le client comme témoin.
7. Refus du DARES de donner l'autorisation à Ronald, hier.

III. Quel est le droit applicable ?

Ici, pour la question de l'autorisation de construire on a cinq lois applicables : la LCI (Loi sur les constructions et les installations diverses), la LRDBH (Loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement), la LOJ (Loi sur l'organisation judiciaire), la LPA (Loi sur la procédure administrative) et la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral). Cf recueil de lois et brochure de procédure fédérale.

IV. Qualification des éléments centraux.

On a l'autorisation du DU et le refus d'autorisation du DARES. On est donc bien en présence de deux décisions. On va être dans un cas classique d'analyse de décisions, légèrement complété parce qu'il faut aller plus loin dans l'analyse.

Autorisation donnée, mais avec interdiction de vendre de l'alcool. C'est une condition, plus précisément une clause accessoire par rapport à la clause principale. On a l'élément central du

dispositif et on a parfois des clauses accessoires (cela peut être des conditions ou encore des charges, etc). Ici, le problème de la clause accessoire est qu'elle peut être analysée pour elle-même, donc contestée pour elle-même : il ne risque donc pas de perdre l'autorisation et peut recourir directement contre la clause accessoire.

Il propose un échange : « Je m'engage à ne pas servir d'alcool et vous vous engagez à me donner toutes les autorisations nécessaires pendant 20 ans ». Il s'agit d'un contrat de droit public. Un tel contrat ne sera pas valable car l'autorité ne peut pas s'engager à délivrer des autorisations de cas en cas.

Sur la décision du DARES : elle respecte toutes les formes légales mais il y a des problèmes de procédure : il n'a pas été entendu sur la lettre du client, il n'a pas assisté à l'entente du client. Son droit d'être entendu a été violé et ladite décision pourra être annulée déjà pour cela. Par ailleurs il n'a pas été établi que Ronald ne remplissait pas les conditions. Cela ne veut pas dire cependant qu'il obtiendra forcément l'autorisation. Cependant, le DARES devra nécessairement réexaminer sa demande. Quid de l'association ? Ils ne sont touchés qu'indirectement : elle ne pourrait pas recourir.

DOCUMENT DE TRAVAIL 2**Cas 1**

Pouvez-vous classer, de la plus centrale à la plus décentralisée, les entités genevoises suivantes ? Pour répondre à cette question, recherchez la nature juridique de ces entités et, le cas échéant, les dispositions légales spéciales qui les régissent.

- a. *L'association Post Tenebras Rock*
- b. *La Faculté de droit*
- c. *La Fondation Genève Tourisme & Congrès*
- d. *Les Transports publics genevois*
- e. *La commune de Carouge*
- f. *Le service de santé de l'enfance et de la jeunesse*
- g. *La Banque cantonale de Genève*
- h. *La commission judiciaire interpartis*
- i. *La Chancellerie d'Etat*
- j. *La commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients*

Classification de la plus centrale à la plus décentralisée : i – f – j – d – b – e – g – c – a – h

(!) La commission judiciaire interpartis résulte en quelque sorte d'un gentleman's agreements. Ce n'est pas du tout un organe étatique. Aucune existence administrative. Ce sont des gens délégués par des partis politiques.

(!) La commune de Carouge est une collectivité publique. Les communes ont leurs propres organes et toute une série d'articles de la Cst/GE qui sont consacrées (art. 132 ss). Il y a une autonomie assez importante même si évidemment les communes à Genève n'ont que relativement peu de compétences. L'autonomie communale doit rester dans les limites de la loi.

(!) La BCG est une société anonyme de droit public (art. 189 Cst/GE). Elle est plus loin du centre. Dans le fait de gérer ses affaires elle a une très large autonomie, ce qui est normal vu le type d'activité qu'elle exerce.

(!) Genève Tourisme est une fondation privée mais reconnue officiellement d'utilité publique. De plus il y a une loi qui la mentionne, c'est la Loi sur le Tourisme (LTour). Il y a dans cette loi quelques éléments de contrôle de l'Etat (art. 3 LTour). Exemples : ses statuts sont soumis à l'approbation du Conseil d'Etat.

(!) L'association Post Tenebras Rock : Véritable association de droit privé. Il se trouve cependant qu'elle reçoit des subventions. Si ils ne veulent plus faire d'activité publique subventionnée, ils peuvent le faire (pas liés comme l'est la Fondation Tourisme).

Cas 2

a. Le Conseil d'Etat a appris que le département de l'urbanisme (DU) s'apprête à refuser à la World Company l'autorisation de construire un nouveau siège social futuriste au bas de la Vieille-Ville de Genève, suite notamment à des oppositions des voisins et des organisations de défense du patrimoine. Or, la World Company a menacé de quitter le canton si cette autorisation ne lui était pas octroyée et le Conseil d'Etat, dans sa majorité, considère qu'un tel départ serait une catastrophe pour l'économie du canton.

Le Conseil d'Etat peut-il donner une instruction obligatoire au DU pour que celui-ci, qui est compétent en vertu de la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) pour délivrer l'autorisation, accorde celle-ci ? Peut-il octroyer lui-même l'autorisation en cause ?

Quel type d'instruction obligatoire serait-ce ? Ce serait une instruction particulière : « dans ce cas, la demande déposée, par X, à tel endroit, etc ». C'est typique du pouvoir hiérarchique. Pour que le Conseil d'Etat puisse donner une instruction obligatoire au DU il faut que celui-ci soit soumis au pouvoir hiérarchique. Le Conseil d'Etat exerce le pouvoir exécutif (art. 5) et donc les modes d'exercice c'est par définition sous la direction du Conseil d'Etat. L'art. 6 dit que : « ... ». Le DU est donc soumis au pouvoir hiérarchique du Conseil d'Etat. Le département de l'urbanisme peut donc tout à fait ordonner au DU de délivrer cette autorisation.

Pour quelle raison le département n'a-t-il pas délivré l'autorisation ? Il y a eu des oppositions de la part des voisins et des organisations de défense du patrimoine. Si le Conseil d'Etat donne l'ordre au DU de donner l'autorisation et supposons que le DU le fasse. Les voisins et l'organisation de défense recourent. Quid ? Le Conseil d'Etat est déjà l'autorité supérieure donc même si la directive était contraire au droit, le DU n'a pas d'autorité supérieure autre que le Conseil d'Etat à Genève à qui le signaler. Que fera le juge ? Il devra casser la décision du DU : cela ne change pas les contraintes légales de l'autorité. Il ne faut pas surestimer le pouvoir hiérarchique de donner des instructions de l'autorité supérieure qui est tout aussi liée par le droit. Si l'ordre de la décision prise est illégal, on ne pourra pas sanctionner l'autorité de ne pas respecter l'ordre. Mais le fait qu'elle prenne la décision illégale sur ordre : cela ne la protège en rien. Lorsque la loi laisse une certaine marge à l'autorité, celle-ci peut dire oui ou non, en opportunité. Dans les deux cas elle respecterait le droit. Donc le pouvoir hiérarchique de donner des instructions particulières n'est utile que dans le cas où l'autorité a une certaine liberté.

Si le DU s'oppose à l'ordre du CE ? Droit d'évocation. D'une manière générale le pouvoir hiérarchique comprend ce pouvoir. Il y a des limites logiques au pouvoir d'évocation. Dans quel cas l'autorité supérieure ne devrait pas pouvoir évoquer ? Lorsqu'elle est elle-même la voie de recours (12 al.3 LPA indirectement où le principe est plus large, mais surtout art. 3 LECO), car cela prive de la possibilité de faire recours. Principe général remis en cause : l'égalité de traitement. Normalement les administrés ont le droit à une certaine voie de recours : on ne peut pas le laisser à la bonne volonté de l'autorité hiérarchique supérieure. La règle de 12 al.3 vise à préserver l'égalité de traitement. C'est la première exception au droit d'évoquer. La deuxième exception est liée au principe de la légalité : si c'est la loi elle-même qui confère la compétence à l'autorité subordonnée alors l'évocation a pour résultat de déroger à la loi. Donc tout ce que l'autorité hiérarchique a délégué, elle peut le révoquer. Mais ce qui a été conféré par la loi, l'autorité ne peut pas le retirer. A Genève on trouve une loi spécifique sur l'évocation : que nous dit la LECO à propos de l'évocation ? Art. 3 LECO les deux conditions cumulatives.

En l'espèce le CE n'est pas l'autorité de recours, c'est le TAPI. Il estime également que l'importance de l'affaire le justifie. Mais n'est-on pas dans un cas où la loi confère le pouvoir de décision à l'autorité inférieure ? Cf. art. 1 al.5 et art. 2 al.1 LCI. Le législateur a confié au département de statuer. Le législateur genevois a lui-même dans la LECO que les compétences déléguées en vertu de la loi peuvent être révoquées. Donc si le CE évoque en l'espèce, il ne viole pas la loi. La LECO permet donc de contourner le problème de la loi, car le Parlement a lui-même permis au Conseil d'Etat d'évoquer même dans ces cas là.

Il reste un problème : art. 145 al.1 LCI concernant le recours au TAPI ; les décisions prises par le département (!) peuvent être attaquées devant le TAPI. Mais si le CE évoque, cela prive du recours puisque le CE n'est pas un département. Il y a deux manières de résoudre le problème : 1) soit par voie d'interprétation prenant « département » dans un sens plus large, donc nonobstant la lettre et le

recours au TAPI restant ouvert et le CE pourra évoquer. 2) Soit d'appliquer 12 al.3 : le CE ne peut tout simplement pas évoquer ! Les deux théories sont soutenables.

b. La World Company exige aussi, pour rester à Genève, que le fils de son PDG soit admis dans le programme LLM Tax de la Faculté de droit, sans passer par la sélection prévue par le règlement de ce programme. Le Conseil d'Etat pourrait-il donner une instruction obligatoire à l'Université de Genève en ce sens ?

Non quand bien même l'Université est placée sous la surveillance du CE (art. 1 al.1 LU), elle s'organise elle-même et fixe ses priorités et ses modalités d'action (al.2). Le statut d'université complète ces dispositions (al.3). Le CE ne peut pas intervenir dans la gestion de l'Université car il n'en a pas la compétence. L'Université a donc une certaine autonomie. Il est évident que le CE ne peut pas lui donner d'instructions particulières. On peut envisager que sur des questions financières ou des problèmes de malversations, ce soit possible : mais il est évident que le CE ne dispose pas d'un pouvoir d'instruction particulière là-dessus.

Cas 3

Afin d'améliorer la communication entre ses subordonnés, le directeur de l'Office fédéral du sport a (1) confié un mandat de consultant au cabinet de conseils Beulaz, Beulaz & Beulaz. Suite aux recommandations des consultants, le directeur a (2) engagé M. Séraphin Lampion comme « chargé de la communication interne ». Il a par ailleurs (3) établi à l'intention du personnel de l'Office une directive sur « les bonnes pratiques en matière de communication interne ».

Furieux de s'être vu, selon ses termes, « voler la place de chargé de la communication » qu'il visait, et d'avoir été (4) obligé de partager son bureau avec Séraphin, Adhémard Iznogoud, jusque-là employé aussi subalterne que modèle de l'Office, a piqué une violente colère qui s'est entendue dans tout l'étage. Son supérieur hiérarchique l'a immédiatement convoqué pour (5) le tancer et lui indiquer qu'il ne tolérerait pas de nouveaux comportements de ce type. Cela n'a pas empêché Adhémard de se montrer grossier avec Séraphin le jour où celui-ci a pris ses fonctions. Averti de cela, son supérieur hiérarchique a (6) ouvert une enquête administrative contre Adhémard, à l'issue de laquelle, il a (7) infligé un blâme à celui-ci. Sur recours d'Adhémard, le Tribunal administratif fédéral a (8) annulé le blâme et a prononcé en lieu et place un avertissement.

Veillez qualifier juridiquement les actions numérotées ci-dessus de (1) à (8) entreprises par les personnes compétentes.

Droit applicable : La Loi sur le personnel (LPers) et son Ordonnance (OPers) ou encore la Loi sur la procédure administrative (LPA).

1.) En Suisse, un contrat passé par l'Etat est considéré comme administratif seulement lorsqu'il porte sur l'exécution d'une tâche publique. Dans le cas contraire il s'agit d'un contrat de droit privé, ce qui est le cas en l'espèce.

2.) C'est un contrat de droit public. Soit on est nommé fonctionnaire (système qui prévaut à Genève), soit on engage les employés d'états par un contrat, c'est le système prévu par la LPers : d'une manière générale le statut, les relations entre les entités publiques et leurs employés doivent être régis par le droit public (on peut passer par un contrat de droit privé uniquement si la loi le prévoit).

- 3.) C'est un acte interne qui s'adresse aux fonctionnaires de l'Office. C'est ce qu'on appelle une ordonnance administrative.
- 4.) Il n'y a aucun effet sur les droits et obligations de Séraphin, c'est de la pure organisation de l'office, c'est purement un acte matériel.
- 5.) La mesure disciplinaire est une décision. En l'espèce, c'est informel, c'est un avertissement (exemple de l'arbitre faisant venir un joueur sans cependant sortir un carton). Donc acte matériel.
- 6.) L'ouverture d'enquête a des effets juridiques. Mais c'est une décision prise en cours de procédure et ces décisions sont qualifiées de décisions incidentes.
- 7.) Mesure disciplinaire qui met fin à la procédure. C'est une véritable décision.
- 8.) Aussi une décision (art. 5 LPA) : les décisions sur recours sont aussi des décisions.

Cas 4

Le Fondation Suisse Efficace vient de publier un livre blanc sur la lutte contre les « moutons noirs » des professions juridiques et financières. La Fondation y plaide pour une action « déterminée et sans pitié » pour ceux qui violent les règles légales et déontologiques régissant leur profession, considérant qu'il y va de la crédibilité de la Suisse. Elle préconise ainsi que le Conseil fédéral prononce sans tarder contre ces personnes des « sanctions lourdes, inédites et sans appel ». Un journaliste d'un grand quotidien romand, qui doit commenter ce livre blanc, vous consulte pour savoir si, à supposer que la politique prônée par ce document soit adoptée par nos sept sages, sa mise en œuvre ne se heurterait pas à un certain nombre de contraintes et de garanties d'ordre juridique. Comme il est bien entendu extrêmement pressé, il vous prie de lui en faire une liste très brièvement commentée.

Des sanctions que le CF pourrait prononcer exclut déjà un certain type de sanctions : les condamnations pénales sont réservées au juge.

« Sans tarder des sanctions inédites, lourdes et sans appel » = le CF ne pourra prononcer des sanctions que si une base légale le prévoit. Donc on oublie le « sans tarder » avant que le CF aie sa base légale. « Lourde » ? Proportionnalité, interdiction de l'arbitraire et interdiction de l'inegalité de traitement vont cadrer la sanction du CF. Quid du « sans appel » ? Pas possible, le CF devra respecter les garanties formelles (ex : droit d'être entendu) + il faudra respecter l'art. 29a Cst, donc droit de recours contre ces éventuelles sanctions.

DOCUMENT DE TRAVAIL 3

Cas 1

Un de vos meilleurs amis vient d'être élu à la présidence du Conseil participatif de la Faculté des sciences. Comme il sait que ledit conseil devra approuver les règlements d'étude de la Faculté et qu'il entend examiner avec soin ceux-ci et notamment vérifier s'ils sont conformes au droit, il vous demande quelle sont les normes juridiques applicables à cette fin.

L'un des textes pertinents est reproduit à la suite de l'énoncé. Pour le reste, il vous appartient, dans cet exercice, de rechercher vous-mêmes le droit applicable, à l'aide des indications qui vous sont données dans le document introductif.

Veillez non seulement faire l'inventaire des dispositions applicables, en les qualifiant si nécessaire, mais également indiquer leur hiérarchie.

Remarque : Il faut évidemment analyser la nature du problème (ex : Education ? Finance ? Sport ? Culture ?). Une fois qu'on a identifié la nature, il faut aller d'abord chercher une base constitutionnelle pour voir quel est le droit applicable pour résoudre un cas. A partir de là on va savoir de quelle compétence il s'agit : si elle est fédérale elle sera forcément mentionnée dans la Constitution (sous réserves éventuellement des compétences inhérentes à la Confédération). Si on n'y trouve rien alors on peut ensuite regarder dans le droit cantonal (en effet la Constitution cantonale ne va pas forcément la mentionner car il pourrait s'agir d'une compétence résiduelle). Par ailleurs, même si on trouve que la compétence fédérale est exclusive et est mentionnée dans la Constitution, il se peut que dans le droit cantonal on trouve par exemple des lois d'application (exemple : à Genève, loi d'application de la LCR). Si on est face à une compétence concurrente ou limitée aux principes, on trouvera encore plus de choses.

Le Recueil Officiel (RO) contient les actes par ordre chronologique au fur et à mesure qu'ils entrent en vigueur. C'est là où on peut rechercher les anciens actes (quelle était la teneur de la loi il y a 3 ans ?). La Feuille Fédérale (FF) contient les messages du CF, les actes adoptés par les Chambres, etc. Le Recueil Systématique (RS) est le plus facile : recherche par mots-clés. Attention : ne pas oublier le « français fédéral ». Par exemple dans les rubriques, les universités sont dans la section « Haute Ecole ».

www.ge.ch/legislation: un des premiers sites de législation, à Genève. On y trouve le RSG (Recueil Systématique Genevois). La rubrique « Recherche » ne marche pas, on fait ctrl+F. On trouve ainsi Loi sur l'Université (LU) + la loi sur le rectorat.

Pour la Constitution fédérale sur admin.ch, pour avoir le plan il faut d'accord cliquer sur « fermer tout ».

Quid du cas ? Art. 63a Cst féd « Hautes Ecoles » : La Confédération soutient les cantons. Pas de compétence exclusive : il y a une intervention de la Confédération. On peut donc s'attendre à ce qu'il y ait de la législation fédérale qui le précise mais également qu'il y ait du droit cantonal bien substantiel. On devrait trouver des accords : art. 64 Cst féd. Finalement, on ne trouve que la LAU : (Loi sur l'aide aux universités) : y a-t-il des choses qui pourraient concerner des règlements d'études, par ex liées aux aides : art. 6 let. a : « La convention de coopération peut déclarer la Conférence universitaire suisse compétente pour édicter des directives sur la durée normale des études (...) ». Ces attributions sont prévues dans une convention de coopération : la LAU donne compétence à la Confédération de conclure une convention de coopération. Quid des cantons ? Pourraient-ils eux aussi avoir la compétence de conclure ladite convention ? Ils peuvent directement conclure des conventions mais si il veulent passer par ce système il faut un intermédiaire : un concordat (au sens de 48 Cst féd). On ne le trouvera donc pas dans le RS mais si on regarde dans le RSG. On trouve l'AIU = Accord intercantonal universitaire. Mais ne porte pas vraiment sur le contenu du règlement d'étude, donc on le laisse de côté. Quid du CICU (Concordat intercantonal de

coordination universitaire) ? Art. 5. On a un acte fédéral (la Loi) qui pose le principe de la conférence universitaire et un autre acte, le concordat, qui dit exactement la même chose. Sur cette base les cantons et la Confédération ont adopté la convention de coopération universitaire : cf. art. 6 sur les compétences et les tâches.

Différence entre le CICU et cette convention de coopération entre la Confédération et les cantons ? Cf le début : qui a adopté la convention ? Le CF et les gouvernements cantonaux. Pour le CICU, il a été ratifié par le Grand Conseil sur la base d'une loi fédérale (L-CICU). Par le biais du CICU on a pu donc déléguer aux cantons le soin de faire ladite convention.

Quid des directives de Bologne ? Elles structurent les études (par ex le premier cursus de bachelor, le système des crédits, etc.) : cela peut avoir des conséquences directes sur le règlement d'études. On ne peut pas prévoir par exemple que le bachelor dure 6 ans parce que ces directives lient les parties concernées. Ces directives sont-elles des règles de droit, des clauses contractuelles, etc. ? Ce sont des règles de droit. Elles sont obligatoires ; on pourrait se dire qu'elles ne lient pas d'autres personnes mais finalement tous les cantons qui ont des universités sont obligés de respecter ces règles. Effet indirect sur l'ensemble des étudiants. Elles n'ont pas été spécifiquement acceptées par les parties mais émanent unilatéralement par l'ACUS. Elles doivent être traduites par les législations cantonales car elles ne créent directement aucun cursus universitaire. ACUS = organe particulier à la fois cantonal et fédéral (≠ Déclaration de Bologne, simple déclaration d'intention, Soft Law, un peu comme le gentlemen's agreement).

Qu'est-ce qui finalement a donné en Suisse le contenu de la Déclaration de Bologne qui n'est plus de la soft law ? L'ACUS a fait sa directive (qui sont uniquement suisses, l'Allemagne par exemple n'a pas du tout envie de changer quoi que ce soit dans son système, en ne violant juridiquement aucune règle internationale en n'appliquant pas la Déclaration de Bologne).

En droit cantonal : Loi sur l'Université. Très large autonomie de l'Université pour s'organiser. Avec cette loi, on a transféré des compétences normatives importantes à l'Uni. Cf art. 66 du Statut de l'Université sur les règlements d'études. Entre le Statut de l'Uni et un règlement, c'est le Statut qui prime : le Statut est de niveau de l'institution générale alors que les règlements sont ceux des facultés.

Cas 2

Soucieux de clarifier et d'unifier la pratique de son département, le Conseiller d'Etat responsable d'un des départements de l'administration genevoise vient de signer et de diffuser à l'ensemble du personnel du département une «notice sur l'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) ». Cette notice explique les procédures internes à suivre en cas de demande d'accès aux documents et fournit aux membres du personnel des indications sur la manière d'interpréter les exceptions au principe d'accès aux documents énumérées à l'art. 26 al. 2 LIPAD.

Par ailleurs, le même conseiller d'Etat a adressé un courrier interne à l'ensemble des membres du personnel de son département les enjoignant de respecter désormais, dans toutes leurs activités, le Code de bonne administration du Conseil de l'Europe adopté en 2007. Ce code constitue l'annexe à la Recommandation CN/Rec(2007)7 sur la bonne administration adoptée par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 20 juin 2007.

Quichotte Wicki-Licks, militant bien connu des droits des citoyens et des administrés, a eu récemment connaissance, par hasard, de cette notice et de ce courrier interne.

Il considère que la notice aurait dû être publiée. Il estime en outre que les indications de la notice reposent sur une interprétation trop étroite de la LIPAD et souhaite donc recourir contre ladite notice. Que peut-il faire ?

Quichotte se réjouit par ailleurs de l'application à Genève du Code de bonne administration. Il vous demande cependant si les fonctionnaires du département seront vraiment obligés de le suivre et si ce code primera la LPA genevoise lorsqu'il accorde plus de droits aux administrés.

Veillez renseigner Quichotte.

Nature juridique de la notice : c'est une ordonnance administrative. Elle est interne car elle s'adresse aux membres du personnel uniquement. C'est un acte général et abstrait car il s'adresse globalement à tous. En vertu de son pouvoir hiérarchique, le Conseiller d'Etat responsable a en effet les pouvoirs de la signer et de la diffuser. C'est donc en résumé une ordonnance administrative interne. Est-ce qu'il y a une obligation générale de publication des ordonnances administratives ? Il faudrait logiquement qu'elle aie des effets externes (ce qui serait le cas de celle-ci). Cependant il n'y a pas de principe général du droit suisse qui voudrait des directives (même avec des effets directs externes) soient publiés. Mais il se trouve qu'à Genève on a une règle particulière sur le sujet : dans la Cst/GE. La Constitution de 2012 prévoit à l'art. 11 que les règles de droit sont publiées, les directives s'y rapportant ne sont pas publiées à moins qu'un intérêt public prépondérant ne s'y oppose. En l'espèce, Quichotte a absolument raison (avant le 1^{er} juin il aurait eu tort) que ces directives soient publiées. Quichotte ne pourra pas recourir directement contre la notice cependant, car selon l'art. 35 LIPAD il faut d'accord qu'une décision soit prise.

Quid du Code de bonne administration ? C'est de la soft law. C'est une inspiration pour les pays européens mais ce n'est pas obligatoire. Le chef dit à ses subordonnés de la respecter par une ordonnance, qui devront l'appliquer, mais ce Code ne peut pas primer sur une loi, en l'occurrence la LPA genevoise. Le particulier ne pourra pas non plus l'invoquer devant un Tribunal, ni même la directive du chef, car ce ne sont pas des règles de droit.

Cas 3

Désireux de lutter contre « les subventions injustifiées qui gaspillent les deniers publics », Septime Sévère, député au parlement d'un canton aussi rupestre qu'alémanique, entend déposer un projet de modification de la constitution cantonale qui aurait la teneur suivante :

Art. XX Toute subvention d'une collectivité publique à une entité privée doit être fondée sur une base légale formelle.

Septime entend par cette modification empêcher qu'une subvention ne soit accordée sur la base d'une loi urgente – qui serait soustraite au référendum selon le droit de son canton – ou sur la base d'une ordonnance communale émanant du législatif communal, voire d'un règlement adopté par l'exécutif d'une commune, ce que la loi cantonale sur les communes n'exclut pas à l'heure actuelle. Il vous demande de lui confirmer que l'article qu'il propose atteindra bien ce but.

Il a aussi eu vent d'un cas où une subvention cantonale régulièrement accordée avait été versée à tort deux fois. Le fonctionnaire qui avait découvert l'erreur lui avait précisé qu'il n'était pas possible de réclamer le remboursement du deuxième versement, aucune disposition légale ou même réglementaire ne réglant une telle situation. Septime est prêt à déposer un projet de loi pour remédier à cette situation, mais il voudrait d'abord savoir si c'est absolument indispensable.

Veillez renseigner Septime.

Si on met dans la Cst féd qu'il faut une base légale formelle, cela exclut-il par exemple les lois fédérales urgentes ? Non il n'y a aucune règle qui l'exige. Quid d'une ordonnance communale, adoptée selon la procédure ordinaire peut-elle être une loi formelle ? Oui, le Tribunal l'a reconnu. La disposition que Septime veut faire adopter manquerait largement son but, elle ne pourra que réduire les possibilités d'ordonnance par l'exécutif cantonal. Quid du double-versement ? La répétition de l'indu est considérée comme un principe général du droit même sans base légale spécifique, elle pourrait en l'espèce intervenir ici sur le deuxième versement de subvention, quand bien même il n'y aurait pas de règle particulière à cet effet dans le droit public cantonal.

DOCUMENT DE TRAVAIL 4

Cas 1

La marquise de Grand Air, décédée il y a un an sans héritiers légaux, a légué la totalité de sa fortune à sa dernière commune de domicile, Bredzon-le-Dessus, dans le canton de Fribourg, où elle louait une magnifique résidence avec vue sur le Moléson. Le testament précisait que les deux petits appartements que la marquise possédait au centre du village devaient être utilisés comme logements sociaux communaux. Le peu d'argent restant sur ses comptes bancaires, ainsi que le produit de la vente de ses meubles et tableaux devaient être utilisés pour la rénovation de l'Hôtel-de-Ville de la commune, superbe demeure du XVI^e siècle qui avait besoin de travaux urgents dépassant les moyens financiers de la commune.

Cette dernière, qui a accepté avec joie le legs et entend respecter les volontés de la défunte, vous consulte. Elle vous demande si elle peut sans autre louer les deux appartements aux enfants d'employés municipaux méritants et accepter l'offre d'un antiquaire réputé, qui est prêt à acheter l'ensemble des meubles et tableaux de la marquise à un prix très élevé. L'autorité cantonale de surveillance a donné son feu vert du point de vue de la bonne gestion municipale. Mais la commune ne voudrait pas que des tiers puissent contester les opérations envisagées au nom du respect des principes constitutionnels, en particulier de l'égalité de traitement.

a.) Le patrimoine administratif est affecté à l'exécution d'une tâche publique (p. ex bâtiment d'Unimail, donc avant de pouvoir l'aliéner il faudrait d'abord le désaffecter) alors que le patrimoine financier peut être aliéné sans affecter les tâches publiques car elles n'y servent pas ; elles sont simplement dans la fortune de la collectivité publique (meubles ou immeubles, placements, etc). Troisième catégorie : domaine public, ce sont les biens de l'état qui sont accessibles à tous conformément à leur destination (routes, places, cours d'eau, lacs, etc). La gestion du patrimoine financier relève du droit privé. Peuvent se greffer dessus des éléments budgétaires ou des éléments de surveillance qui relèvent de droit public mais globalement ce que la commune en fait est réglé par le droit privé. Quand une collectivité gère son patrimoine financier, elle ne peut pas faire n'importe quoi mais ce n'est pas un problème d'intervention des droits fondamentaux ; c'est la surveillance générale.

Lorsque l'Etat agit par des moyens de droit privé, il n'est pas libéré des droits fondamentaux ; ceux-ci s'imposent à l'état de manière générale. Exemple : la fonction publique. La JP admet qu'on peut soumettre des employés d'une collectivité publique au droit privé à condition qu'il y ait une base légale claire. Cela ne veut pas dire que dans ce cas l'état peut traiter ses employés comme n'importe quel employeur privé (qui peut par exemple engager que des personnes qui ont les mêmes idées politiques que lui, ce qui est impossible à faire pour l'Etat). Est-ce qu'on peut sans limites appliquer cette théorie du lien aux droits fondamentaux ou faut-il la nuancer ? Lorsque l'Etat choisit de passer par le droit privé alors qu'il aurait très bien pu passer par le droit public ; dans les cas où de par nature l'état agit comme n'importe quel privé, la c'est plus difficile de lui imposer le respect des droits fondamentaux. Quand l'Etat exerce une tâche publique, il doit les respecter. En revanche quand l'Etat gère des biens, fait des opérations de gestion de son patrimoine financier et n'exerce pas directement une tâche publique, dans ce cas la il est difficile de lui demander de rester dans le cadre unique des droits privés.

En l'espèce, les meubles et les tableaux font partie du patrimoine financier, parce qu'ils ne sont pas des meubles et les tableaux qui peuvent être utilisés par l'administration communale. Le but est de se faire de l'argent pour l'utiliser à d'autres fins. La vente à l'antiquaire de ces biens sera régie par

le droit privé : a priori donc, c'est la liberté contractuelle qui s'applique, qui est clairement antagoniste au principe de l'égalité de traitement.

En conclusion aucun tiers ne pourra se plaindre, la commune agit comme n'importe quelle personne qui gère son patrimoine et non pas dans l'exercice d'une tâche publique. Il n'est pas possible de contester l'acte de vente ni au nom du respect des principes constitutionnels ni au nom de l'égalité de traitement.

b.) Concernant la location des deux appartements en tant que logements sociaux, il s'agit du patrimoine administratif (selon la doctrine majoritaire) parce qu'ils sont destinés à une tâche publique. Le but de la location c'est pas tellement de recueillir un loyer que de mettre à disposition un logement aux personnes qui en ont réellement besoin ; cela est donc soumis au droit public même si le contrat entre le propriétaire (la commune) et le locataire sera un contrat de droit privé (bail à loyer). Ici le respect des principes constitutionnels, des droits fondamentaux et de l'égalité de traitement s'impose et la commune ne pourra pas louer librement à n'importe qui, contrairement à un privé. La commune devra établir des critères objectifs pour attribuer lesdits locaux.

Cas 2

Le Conseil d'Etat genevois a adopté le 2 juin 2008 une modification du règlement cantonal sur les vins (ancien RVins) I, lequel définissait notamment les conditions d'octroi des appellations d'origine contrôlée.

Le Conseil d'Etat avait-il le droit d'adopter cette disposition, sous l'angle du droit international ? (Ne pas traiter la question de la conformité de la disposition avec le droit fédéral).

Le droit international en question est l'accord relatif aux échanges de produits agricoles qui dit à l'art. 3 lit. a que : « produit viti-vinicole originaire de », suivi du nom de l'une des Parties : un produit au sens de l'art. 2, élaboré sur le territoire de ladite Partie à partir de raisins entièrement récoltés sur ce même territoire en conformité avec les dispositions de la présente annexe. On a clairement une contradiction entre ce que le règlement du Conseil d'Etat prévoit et ce que prévoit l'annexe bilatérale.

Art. 5 Cst féd : « La Confédération et les cantons respectent le droit international ». Les viticulteurs qui n'avaient pas de terrain de l'autre côté de la frontière ont fait recours au TF et ont gagné. Le TF a souligné que par rapport au principe de territorialité il y avait effectivement une contradiction, certes ; mais il y avait aussi un autre problème : il était à la base prévu que les raisins cultivés en France doivent respecter certaines conditions. Le problème touche aux obligations sur un autre territoire ; comment les Suisses allaient-ils vérifier cela ? On ne peut pas légiférer en France ni envoyer des inspecteurs suisses la bas ! Aujourd'hui, on a fait la seule chose qui était possible : on a modifié l'annexe à l'accord bilatéral pour prévoir désormais que « ou sur un territoire défini à l'appendice 5 ».

Cas 3

Samedi passé, Thomas, domicilié à Lyon, titulaire d'un permis de conduire français, et son ami, Max, domicilié à Genève, titulaire d'un permis de conduire suisse, ont décidé de réaliser un record

de vitesse sur le parcours Lyon-Genève par la route, au volant de la belle voiture de sport rouge de Thomas.

Alors que Max conduisait, à plus de 170 km/h, sur un tronçon français de l'autoroute Lyon- Genève où la vitesse est limitée à 130 km/h, il a été intercepté et verbalisé par la gendarmerie française. Thomas a alors pris le volant. Il a, à son tour, été verbalisé, par la police suisse, alors qu'il circulait sur l'autoroute de contournement de Genève, à plus de 140 km/h sur un tronçon où la vitesse est limitée à 100 km/h.

Ayant été informé de ces faits, l'Office cantonal des automobiles et de la navigation, autorité administrative compétente à Genève pour toutes les questions relatives aux permis de conduire, peut-il retirer les permis de conduire respectifs de Thomas et de Max ?

Quels sont les actes normatifs que l'Office doit appliquer ?

La convention sur l'Union européenne, relative aux décisions de déchéance du droit de conduire n'est pas directement applicables, mais la Convention sur la circulation routière, la LCR, l'OCR et l'OAC le sont.

Concernant Thomas, il a dépassé de 40 km/h la vitesse maximale de 100km/h sur le tronçon, à Genève. Art. 27 al.1 LCR : « Chacun se comporte en respectant les signaux et les marques ». Art. 1 LCR : « elle s'applique sur les voies publiques à la circulation *en Suisse* ». Le principe de territorialité s'applique, peu importe la nationalité, le domicile et le permis de conduire de celui qui a commis l'infraction à la LCR. En effet, charge à lui de connaître les règles du pays. Au vu de l'infraction de Thomas, si on examine au sens de l'art. 42 de la Convention sur la circulation routière si cette infraction est susceptible d'entraîner un retrait de permis, on devrait répondre par l'affirmative : l'art. 16c al.1 let.a LCR prévoit qu'un dépassement de vitesse de plus de 40km/h sur une aire d'autoroute est une violation grave de la circulation routière qui entraîne un retrait de permis obligatoire. Problème juridique ? Les suisses retireraient à Thomas un droit qui lui a été accordé par la France (on modifierait donc une décision rendue par les autorités françaises qui serait contraire à la souveraineté française). Quelle est la formule qui correspond à la souveraineté respective française et suisse pour le faire ? Les Suisses ne peuvent clairement pas retirer le permis de Thomas mais peuvent aviser la France et peuvent lui interdire de faire usage de son permis sur le territoire suisse : cela est prévu par les art. 42 de la Convention sur la circulation routière, 25 LCR et 45 OAC.

Concernant Max et au vu de ce qui précède, l'Office peut fondamentalement lui retirer le permis : l'infraction a néanmoins été commise à l'étranger. On se base ainsi sur l'art. 16 c bis LCR avec deux conditions cumulatives. Il faudra attendre de savoir si les autorités françaises prennent une mesure vis à vis de Max et que l'infraction soit une infraction moyennement grave ou grave.

Cas 4

Darth Vador, candidat au Grand Conseil genevois a des idées très arrêtées sur la gestion de l'Université de Genève. Il souhaite la rendre strictement francophone, supprimer les subdivisions inutiles et diminuer la charge financière qu'elle représente pour le canton de Genève. Il prévoit donc, s'il est élu, de déposer divers projets de loi afin d'imposer les mesures mentionnées ci-dessous. Darth part de l'idée qu'il convaincra facilement le parlement et que les nouvelles

dispositions qu'il a en tête pourront entrer en vigueur en été 2014. Comme certaines personnes l'ont averti qu'il ne pouvait « toucher ainsi rétroactivement aux droits des étudiants et professeurs », il vous demande si ses projets sont juridiquement réalisables, en prenant comme hypothèse une date d'entrée en vigueur au 1er août 2014.

a. Dès l'année académique qui suit l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition tous les cours actuellement donnés en anglais devront être dispensés en français.

Cela serait-ce un cas de rétroactivité ? Non. Le fait que des étudiants déjà inscrits à l'Université seront soumis à cette règle ne constitue pas un cas de rétroactivité. Cela serait possible en théorie. Il faudrait donner un délai raisonnable aux étudiants de se retourner. Sur le principe la mesure n'est pas rétroactive donc a priori envisageable mais il faudrait certainement avoir des mesures transitoires intertemporelles plus ou moins généreuses en fonction de ce qui leur a été promis au niveau des programmes.

b. Les taxes universitaires pour l'année académique 2013-2014 seront augmentées de 25% et celles de l'année 2014-2015 seront augmentées de 50%.

Puisque la loi entre en août 2014, l'augmentation pour 2013-2014 a un effet rétroactif et ces taxes ont déjà été payés. Est-ce possible ? Conditions de rétroactivité :

- Base légale OK
- Limitée dans le temps : c'est deux semestres complets. Pour ce genre de choses c'est pas suffisamment limité.
- Inégalité choquantes créées par la rétroactivité ? Oui. Les étudiants qui restent à l'Uni de Genève, on pourra leur demander le supplément, mais pas à ceux qui partent.
- Enfin, pas de motif pertinents suffisants.
- DONC IMPOSSIBLE.

Pour l'année 2014-2015 en revanche, il ne s'agit pas d'un effet rétroactif.

c. Les salaires des professeurs seront diminués de 10% dès le 1er janvier 2014.

Il y a une rétroactivité en l'espèce, puisqu'ils auront déjà travaillé pendant 7 mois et devront rembourser 10% de leur salaire. Est-ce possible ? Conditions de rétroactivité :

- Base légale OK
- Limitée dans le temps : c'est deux semestres complets. Pour ce genre de choses c'est pas suffisamment limité.
- Pas de motif pertinents suffisants. >>> DONC IMPOSSIBLE.

Cas 5

Calixte a déposé en janvier de cette année auprès du département genevois de l'urbanisme (DU)

une demande d'autorisation de construire un petit immeuble de logements dans une commune suburbaine du canton de Genève.

Il y a un mois, Calixte a sommé le département de se prononcer, en faisant valoir que son dossier était parfaitement en ordre dès son dépôt et que le département ne lui a d'ailleurs demandé aucun renseignement complémentaire. Le DU vient de lui répondre en lui signifiant une décision de refus, fondée exclusivement sur des nouvelles dispositions réglementaires en matière de taille des cuisines et des salles bains, entrées en vigueur le 1er octobre 2013 (N.B. ne cherchez pas ces dispositions dans la législation genevoise, il s'agit d'une hypothèse fictive pour le présent cas pratique).

Très surpris, Calixte vous demande si le DU pouvait agir ainsi.

On applique la date de la décision : il y a une exception à ce principe. Si l'autorité a indument retardé sa décision, alors la décision ne sera pas valable. Ils ont attendu presque 10 mois, le principe de la bonne foi veut qu'on applique l'ancien droit. Exception à cette exception : intérêt public prépondérant ? Non, pas en l'espèce.

DOCUMENT DE TRAVAIL 5

Cas 1

Vous venez d'être engagé comme juriste au département genevois de l'urbanisme (DU). Votre chef de service vous demande si, sous l'angle de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) (LDTR), les projets suivants peuvent être autorisés :

a. La transformation d'une grande villa sise en 5ème zone de construction, comportant trois logements familiaux, en cabinets médicaux.

Est-ce que la LDTR est applicable en l'espèce ? Quelles sont les critères d'applicabilité de la LDTR ? L'art. 2 LDTR prévoit plusieurs conditions de base : il faut que le bâtiment soit situé dans l'une des zones prévues par l'art. 19 LAT ou construit au bénéfice des normes de l'une des 4 premières zones de construction en vertu des dispositions applicables aux zones de développement (art. 2 al.1 let.a LDTR). Le bâtiment doit comporter des locaux qui, par leur aménagement et leur distribution, sont affectés à l'habitation (art.2 al.1 let.b LDTR). Il ne faut pas qu'il s'agisse de maisons individuelles ne comportant qu'un seul logement (n'importe quelle zone), ainsi que les villas en 5^e zone comportant un ou plusieurs logements (art. 2 al.2 LDTR, critère négatif).

En l'espèce on est dans la deuxième exception de l'art. 2 al.2 LDTR : il s'agit d'une villa de 5^e zone comportant plusieurs logements. Ce n'est donc pas soumis à la LDTR. Sa transformation est donc possible et elle sera probablement soumise à la LAT. La décision ici devra être délivrée.

b. La démolition d'un immeuble sis en deuxième zone de construction, en bon état et comportant des logements bon marché, ainsi que son remplacement par un nouvel immeuble, qui comporterait 20% de surface de logements en plus. Les logements du nouvel immeuble seraient luxueux et il est prévu de les louer au prix très élevé que permet la demande actuelle pour ce type d'appartements.

Quid en terme d'applicabilité de la LDTR ? Du point de vue de l'art. 2 LDTR (champ d'application) + art. 5 et art. 6 LDTR (type d'opération)

- Est-ce que l'immeuble est soumis à la LDTR ? Il se trouve en 2^e zone de construction (ça joue), il comporte des logements bon marché (ça joue), les exceptions de l'al.2 ne sont pas remplies. Du point de vue du champ d'application c'est bon.
- Principe posé par la LDTR en matière de démolition : pas de démolition. Mais la loi prévoit des dérogations, énoncées à l'art. 6 LDTR : « Le département peut accorder (...) » + une série des conditions. L'autorité dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Conditions : sécurité, salubrité (let.a), intérêt public (let. b), intérêt général (let.c). Conditions alternatives. La condition de l'intérêt général en l'espèce est remplie, puisque cette transformation comporte une sensible augmentation de la surface de logements (20%) : c'est une notion juridique indéterminée qui donne un certain pouvoir à l'autorité. Les juges le contrôleront derrière.

Donne-t-on l'autorisation ? Avant de le faire, on se réfère à l'al.2 de l'art. 6 : le loyer ou le prix doit répondre à un besoin prépondérant de la population. Pas une notion juridique indéterminée (!) : en effet, à l'al.2 et suivants: « Au 1^{er} janvier 1999, les loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population sont compris entre 2 400 F et 3 225 F la pièce par année ». Aujourd'hui cela se

monte à 3'405 CHF (arrêté fédéral). Le but de la loi est de préserver des logements bon marché. Conditions cumulatives avec celles de l'al.1. Le département accorde la dérogation si et seulement si ces conditions sont remplies. Quid en l'espèce ? La condition de l'al.2 n'est pas remplie : il s'agit de logements luxueux. Aucune des conditions ici ne permet d'élargir la fourchette et à supposer même qu'elle le soit, elle ne sera pas suffisante pour justifier des loyers qui peuvent atteindre 10'000 CHF. L'autorisation en l'espèce ne pourra pas être donnée.

Question supplémentaire ? Quid si les loyers ne dépassaient pas 3'400 CHF, or l'autorité décide de ne pas accorder de dérogation, quel serait l'argument du propriétaire ?

A.) On pourrait analyser sous l'angle de l'égalité de traitement : l'autorité pourrait rétorquer qu'elle ne donnera plus jamais de telles autorisations à l'avenir. B.) excès négatif ? L'autorité pourrait dire qu'elle ne se fixait pas de règles qu'elle ne donnerait plus d'autorisations et que dans chaque cas elle décidera qu'elle le projet n'est pas assez intéressant pour mériter une autorisation. C.) Arbitraire ? Non. D.) Proportionnalité ? Par rapport à quoi ? Fondamentalement, la LDTR représente la garantie de la propriété et constitue une restriction au droit des propriétaires, ce qui la rend en elle-même proportionnelle. Mais si les départements / les autorités décident de refuser la dérogation, il y a de très grandes chances que dans un cas comme celui-là, on lui dira qu'elle viole les conditions de la proportionnalité. En pratique, c'est le juste cas. Tout cela évidemment dans l'hypothèse que les conditions de la loi sont remplies, donc nonobstant le « peut » de la LDTR, la décision devra être délivrée.

c. La rénovation complète d'un immeuble de logements, sis également en deuxième zone de construction, ne comportant actuellement ni ascenseur ni chauffage central, mais dont les pièces sont remarquablement spacieuses. Le projet de rénovation est conçu comme un projet-pilote en matière d'économies d'énergie et devrait permettre d'abaisser de près de deux tiers les charges de chauffage des futurs locataires. Il est prévu que les logements rénovés, dont la structure sera conservée, soient loués 4'000 frs la pièce par an.

Champ d'application (art. 2 LDTR) : deuxième zone (OK), immeuble de logement (OK), aucune exception au sens de l'al.2 (OK).

Quid du type de l'intervention ? Est-elle prise en compte par la LDTR ? Oui selon l'art. 3 LDTR, on trouve la rénovation (al.1 let. d). L'art. 9 LDTR en traite. Il pose notamment le principe selon lequel on soumet à autorisation une transformation. On n'en pose pas l'interdiction (pas un régime de dérogation) on veut simplement pouvoir les contrôler. Dans l'hypothèse où les conditions légales sont remplies, l'autorisation doit être accordée. A part cette différence avec le cas précédent, on remarque que la structure de l'art. 9 ressemble à celle de l'art. 6 : les conditions sont ici alternatives. Y en a-t-il une qui concerne le cas d'espèce ? Il pourrait y avoir l'intérêt général de la lettre d mais la solution la plus simple est celle de la lettre e : travaux de rénovation. De nouveau l'al.2 accorde l'autorisation si « logements transformés répondent, quant à leur genre, leur loyer ou leur prix, aux besoins prépondérants de la population (...) ».

La condition de l'art. 9 al.1 let. e est remplie. Tout le problème va tourner autour de l'al.2 : l'autorité dispose ici d'une certaine marge de manœuvre dont l'interprétation de certaines notions. L'al.4 nous permet de dépasser la fourchette prévue à l'art. 3 si la surface brute locative des pièces est importante (latitude de jugement ici). Autre élément qui peut permettre de jouer sur la fourchette : al.6, mesures destinées à réduire les pertes énergétiques. Il y aurait une baisse importante des

charges. Si on prend les 2/3 de ces charges de chauffage, qu'on y ajoute les 10 CHF/pièce qui peuvent être demandées de toute façon au locataire, on se rapproche des 4000 CHF. Ici on peut penser qu'avec le jeu des deux modalités il est très possible qu'on puisse justifier là des loyers de 4'000 CHF. (!) Nonobstant sa certaine marge de manœuvre, il ne faut pas que l'autorité soit trop généreuse ou trop restrictive.

d. Le rafraîchissement d'un appartement sis dans un immeuble de logements du quartier de la Servette, consistant à repeindre murs et plafonds et à poncer les parquets.

Champ d'application de la LDTR (art. 2) : zone 2 ou 3 (OK), immeuble de logement (OK), pas d'exceptions au sens de l'al.2 (OK). La loi concerne les démolitions, les transformations mais les travaux d'entretien ne sont pas assujettis à la loi ; ici, c'est typiquement le cas. Pas besoin d'une autorisation au sens de la LDTR.

Cas 2

En réaction au développement des locations privées de logements de vacances pour de courtes périodes, s'est créée à Genève l'association de défense des hôteliers certifiés (ADHOC) qui entend lutter contre ce qu'elle considère comme une concurrence déloyale envers ses membres, soumis à de nombreuses contraintes légales. L'ADHOC avait lancé une initiative populaire constitutionnelle pour soumettre cette pratique à un régime d'autorisation. Grâce à une vigoureuse campagne, l'ADHOC a convaincu les électeurs, qui, lors des dernières votations cantonales, ont accepté l'initiative, transformée en projet de révision de la constitution du 14 octobre 2012 (Cst./GE) par le Grand Conseil conformément à l'art. 229 al. 2 Cst./GE. L'article approuvé par le peuple a la teneur suivante :

Art. 188B Hébergement privé

1. L'offre d'hébergement privé contre paiement est soumise à autorisation.

2. Le régime d'autorisation est organisé de sorte qu'il garantisse des prestations de qualité et une égalité concurrentielle avec l'hôtellerie professionnelle.

3. La loi règle les modalités.

Compte tenu de la large majorité acceptante et d'une situation d'inégalité concurrentielle qu'il juge préoccupante et urgente, le Conseil d'Etat entend donner suite la plus rapidement possible à l'initiative. Il va donc déposer un projet de loi au plus vite auprès du Grand Conseil. Mais en attendant, il souhaite mettre en place dans un délai très bref un régime d'autorisation provisoire par voie réglementaire. Il vous demande de lui confirmer que c'est juridiquement possible.

Il a en outre eu vent de plaintes de touristes qui avaient loué un hébergement pour quelques jours directement à des particuliers et qui se sont trouvés dans des locaux d'une saleté telle qu'ils ont craint pour leur santé, avec en outre du mobilier en mauvais état au point d'être dangereux. Le Conseil d'Etat, qui a la preuve que les allégations des plaignants sont conformes à la vérité et qui a cherché en vain une base légale lui permettant d'intervenir dans de pareils cas (c'est notamment la raison pour laquelle il est si pressé de légiférer pour appliquer la nouvelle disposition constitutionnelle), vous demande si, face à de nouvelles offres de location concernant

l'hébergement ayant fait l'objet des plaintes, il n'a vraiment aucun moyen d'agir.

Quelles sont les hypothèses dans lesquelles un règlement peut être adopté, dans ce type de circonstances ? Des *ordonnances législatives* : un règlement du Conseil d'Etat au niveau fédéral, appelé un règlement à Genève. Première hypothèse : on se trouverait dans un cas de véritable délégation législative dans le cas où il s'agit de norme primaire (*ordonnance de substitution*). Deuxième hypothèse : elles ne peuvent pas contenir de normes primaires (*ordonnance d'exécution*). Voit-on quelque part ici une clause de délégation au Conseil d'Etat ?

A l'al. 3, on trouve l'expression « la loi règle les modalités ». Quid ? Le principe de la légalité veut que les dispositions constitutionnelles soient mises en œuvre par des normes légales. Dans le cas où on le précise carrément dans la Constitution, cela signifie que le législateur l'a voulu et par cette expression on fait clairement allusion à une loi formelle.

Est-ce que la disposition constitutionnelle en l'espèce est assez précise pour que l'ordonnance du Conseil d'Etat ne contienne que des normes secondaires ? Non, on a un principe d'autorisation (grand objectif), sans règle particulièrement précise (contrairement à p.ex l'initiative interdisant plus de 20% de résidences secondaires). Clairement ici on n'est pas face à une disposition constitutionnelle directement applicable qui peut être simplement mise en œuvre par une ordonnance d'exécution. Est-ce qu'il est nécessaire que chaque loi contienne une disposition disant « Le Conseil d'Etat est chargé de présenter / concrétiser la présente disposition ? ». A Genève, on trouve un article général prévoyant le pouvoir du Conseil d'Etat d'adopter des règlements d'exécution : art. 109 al.4 Cst/GE.

Que reste-t-il comme éventuelle possibilité ? Il reste les *clauses générales de police* : elles permettent soit de prendre des mesures concrètes soit éventuellement des règlements dans des cas d'urgence, dans le cadre d'un danger imminent impossible à détourner autrement. Ici le Conseil d'Etat estime que la branche de l'hôtellerie est au plus bas mais ce n'est pas réellement un *danger impossible à éviter autrement*. Le Conseil d'Etat peut faire rapidement un projet de loi, aucune raison ici de passer par la clause générale de police pour adopter un règlement.

Remarque : En revanche, dans le cas d'un hôtel insalubre en plein centre-ville, dans le cadre de la protection des touristes, il sera possible d'adopter une telle clause, nonobstant l'inexistence d'une base légale. Le propriétaire de l'hôtel devra démontrer que le danger d'un tel hôtel n'était pas imminent, contrairement à ce qu'aurait avancé le Conseil d'Etat avec la clause générale de police

Cas 3

Paul, John, George et Ringo ont tous récemment perdu leur emploi à Genève et ont demandé des prestations de leur caisse d'assurance-chômage.

Par décisions prises il y a quelques semaines et toutes confirmées sur opposition jeudi passé, conformément à la procédure prévue à l'art. 52 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), l'autorité cantonale genevoise compétente a prononcé des suspensions du droit à l'indemnité de chômage à l'égard des quatre amis.

Une suspension d'indemnité d'une durée de 90 jours a été infligée à Paul pour avoir refusé d'entreprendre la moindre démarche pour retrouver un emploi. Paul admet tout à fait son inaction, considérant que, en tout cas pour l'instant, c'est à l'Etat, « responsable de la situation économique

du canton », de lui trouver un travail.

Droit applicable : LACI (Loi sur l'assurance chômage et indemnités) et son ordonnance. Violation des art. 30 al.1 let. c LACI + art. 17 LACI par Paul. La loi prévoit une modulation de la sanction qui ne peut pas aller au delà de 60 jours. Paul a bien commis une infraction, il mérite une suspension MAIS c'est contraire à l'ordonnance et à la limite maximum de 60 jours. L'autorité a un certain pouvoir d'appréciation ici mais elle a commis un abus, concrètement un excès positif : elle est sortie du cadre. La loi et l'ordonnance donnent 60 jours maximum : ici c'est 90 jours = arbitraire. Accessoirement il y a peut être un problème de proportionnalité : même si l'autorité s'était limitée à 60 jours, est-ce que son comportement est assez grave ? C'est discutable. On peut s'arrêter d'emblée à l'excès positif de l'autorité.

Une suspension de 10 jours a été prononcée contre John pour avoir manqué un rendez-vous avec un employeur potentiel. L'autorité a reconnu que John pouvait faire valoir des circonstances atténuantes pour ne s'être pas présenté. Néanmoins, elle a déclaré vouloir s'en tenir à une pratique récemment instaurée de ne pas prononcer de suspension inférieure à 10 jours dès lors qu'il y avait une faute quelconque de l'assuré, « une sanction plus légère n'ayant aucun caractère dissuasif ».

En l'espèce John aurait violé la règle de l'art. 30 al.1 let. c LACI. Il s'agit d'une sanction légère : pour celle-ci quelle est la marge de manœuvre ? 1 à 15 jours. L'autorité a fixé 10 jours dans le cas d'espèce. CEPENDANT elle a également déclaré toujours partir de 10 jours : c'est un excès négatif du pouvoir d'appréciation. Elle est obligée de respecter l'échelle de 1 à 15. Par ailleurs, violation d'égalité de traitement, car en écrasant l'échelle de telle manière elle sera obligée de traiter d'autres situations différentes de la même manière.

George a, quant à lui, écopé d'une suspension de 31 jours pour avoir abandonné son ancien emploi sans s'assurer d'en obtenir un autre. Il considère cependant que, compte tenu de l'ambiance qui régnait dans son ancienne entreprise, on ne pouvait exiger de lui qu'il reste au sein de celle-ci.

Dans cette situation il s'agit d'une faute grave : art. 44 (?) LACI, chômage imputable / faute de l'assuré. Selon l'article, pas imputable si l'assuré a quitté son ancien travail pour des raisons justificatives. C'est à argumenter, car il s'agit d'une notion juridique indéterminée.

Chacun des trois entend recourir contre la suspension qui le concerne auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Quels arguments pourront-ils faire valoir sur le fond ?

Quant à Ringo, il vient de retrouver du travail comme chanteur d'un groupe de yodel. Tout va donc très bien pour lui.

DOCUMENT DE TRAVAIL 6

Cas 1

La fédération suisse de boules carrées (FSBC), qui n'est pas affiliée à l'Association Olympique Suisse, avait obtenu de l'Office fédéral du sport (ci-après : l'Office), par décision notifiée en juin 2013, une subvention de 50'000 frs pour le dernier trimestre 2013 en vue de la formation de moniteurs de cette discipline promise à un bel avenir dans les nombreuses régions pentues de notre pays. La subvention a été versée en totalité à la mi-août 2013.

Il y a une semaine, l'Office a notifié dans les règles à la FSBC une décision par laquelle il révoque la subvention de 200'000 frs et en demande le remboursement, en se fondant sur l'article 30 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions – LSU). L'Office fait valoir que la FSBC avait sciemment présenté un plan financier dans lequel la planification et l'organisation des cours représentaient 15% de l'utilisation de la subvention. Or, l'Office avait tout récemment reçu des informations irréfutables sur les dépenses et le budget réels de la FSBC, démontrant que c'était en réalité une proportion de près de 50% de la subvention qui serait affectée à cette fin. Aucune correction de cette situation n'était envisageable, la FSBC n'ayant pas d'autre source de financement et les frais de planification et d'organisation apparaissant incompressibles.

La FSBC, dont le président vous consulte, ne conteste certes pas les faits tels que présentés par l'Office. Mais elle estime que la décision de ce dernier est illégale. Elle explique en outre savoir que certaines subventions de l'Office versées à d'autres petites fédérations sportives pour la formation de moniteurs sont en fait utilisées dans une proportion exagérée pour de la planification ou de l'organisation, sans que l'Office ne soit alerté. Les fédérations concernées sont ainsi indûment avantagées. La FSBC vous indique aussi avoir eu un contact direct avec le chef du département dont dépend l'Office à qui elle avait expliqué en toute franchise la situation. Ce conseiller fédéral l'avait alors assurée que ce problème de proportion de frais de planification et d'organisation n'était pas grave. Il avait ajouté qu'il allait arranger les choses et donner des instructions précises à l'Office pour que rien ne soit entrepris contre elle. Forte de cette assurance, la FSBC a conclu des contrats fermes pour la quasi-totalité de la subvention, contrats qu'elle ne peut plus résilier.

La FSBC vous demande ce que vous pensez de ses arguments de fond.

Rappel concernant le cours: l'arbitraire ne vise pas une relation entre des personnes. C'est une illégalité qualifiée, elle viole grossièrement la loi. On peut aussi considérer que cela peut être aussi une violation qualifiée des principes sans violation de la loi ; lorsque l'autorité de manière grossière n'a pas respecté le principe d'intérêt public. C'est la particularité de l'arbitraire. Est arbitraire la violation grossière des autres principes, ce qui fait que dans la plupart des cas la question de l'arbitraire n'a pas véritablement de conséquences juridiques, elle est rhétorique ; on entend tous les cas de contrôle de litiges. L'arbitraire est important essentiellement dans les recours portés au TF lorsqu'est invoquée une violation du droit cantonal, car la simple violation du droit cantonal en tant que tel n'est pas un motif de recours devant le TF (art. 95 LTF). Mais si cette violation est tel qu'elle a franchi le seuil de l'arbitraire, là elle pourra être invoquée en tant que grief devant le Tribunal fédéral. Ce dernier contrôlera sous l'angle de l'arbitraire. En effet, la loi ne permet d'invoquer que l'illégalité qualifiée.

⇒ Faute de frappe dans le document : révocation non pas de 200'000 CHF mais de 50'000 CHF.

On invoque la LSU (loi-cadre), notamment son art. 30 sur les indemnités. En matière de subvention on peut se contenter d'une base légale vague / générale. Le problème ici n'est pas la base légale mais le fait qu'on a accordé une subvention sur la base d'une certaine demande et il s'avère que les choses sont différentes.

Analyse par rapport à la LSU : au niveau de la légalité : est-ce que l'autorité a raison d'invoquer l'art. 30 al.1 LSU ? L'autorité doit révoquer la subvention sur cette base. Il y a trois hypothèses dans lesquelles il faut révoquer : a.) Violation de dispositions légales b.) Sur la base d'un état de fait inexact c.) Sur la base d'un état de fait incomplet (conditions alternatives). Atténuations de ce principe à l'art. 30 al.2 LSU : si on a pris des mesures sur la base de la décision (let. a).

En l'espèce, l'état de fait était inexact ; la fédération a sciemment présenté un projet qui prévoit de consacrer 15% seulement à des frais généraux et de fait il apparaît que ce sera en réalité 50%. Au niveau de l'art. 30 al.1 LSU est-ce que la légalité a été respectée par l'autorité ? Oui. Quid du reste de la disposition ? Sur la base de la décision la fédération n'avait pas encore pris de mesures. C'est ensuite, parce qu'elle a discuté avec le Conseiller fédéral qu'elle a conclu des contrats fermes. Doit-on en faire ici une interprétation large ? Non, plutôt stricte. Pas de motif de renoncer à la révocation selon l'art. 30 al.2 LSU. La loi prévoit la révocation mais est-ce qu'elle prévoit le remboursement ? Oui, à l'art. 30 al.3 LSU : l'autorité a l'obligation de demander le remboursement, elle est donc entièrement dans son droit en l'espèce.

Problème ici par rapport à la proportionnalité : problème de verbe ; la loi dit qu'on révoque si (...) et si on révoque, on exige la restitution des prestations. Où trouve-t-on le principe de proportionnalité dans cette disposition ? Al.2 avec interprétation plus ou moins large ou l'autorité pourra intégrer ce principe : dans certaines circonstances il peut apparaître que même si les conditions de l'al.2 au sens strict n'est pas remplie, mais le principe de proportionnalité exigerait qu'on renonce à la demande de remboursement ou au moins partiellement. En l'espèce au vu des faits devrait-on se poser cette question ? La fédération a présenté ce dossier et savait très bien qu'elle n'y avait pas le droit, elle n'est pas de bonne foi ; clairement ici il n'y a pas de problème.

La fédération demande l'égalité de traitement, notamment l'égalité dans l'illégalité. Sa situation est clairement illégale (présentation du dossier). Il y a d'autres fédérations qui ont fait de même et qui ne se sont pas retrouvées dans sa situation (avec révocation, demande de remboursement, etc). La fédération revendique donc l'égalité dans l'illégalité ; en principe on ne peut pas l'invoquer SAUF certaines conditions :

- a.) Il faut effectivement des situations identiques (c'est le cas en l'espèce)
- b.) Véritable pratique pour les autres situations et que l'autorité n'entende pas revenir à une pratique légale (non en l'espèce, il y a une série d'états de fait mais pas de pratique illégale de l'autorité, il ne faut pas confondre les deux !!! Là c'est pas de chance, la fédération est la première à se faire chopper, mais elle n'est pas décidée ici clairement à cautionner ce genre de comportement puisque là elle a réagit. Ce n'est une pratique illégale que si l'autorité est parfaitement au courant et choisit de fermer les yeux sur la situation ; en l'espèce on n'est pas du tout dans cette hypothèse.).

La fédération ne peut donc pas invoquer l'égalité dans l'illégalité.

Quid de l'entretien que la fédération a eu avec le Conseiller fédéral ? Problème de bonne foi ; elle s'est fiée à ce que le Conseiller lui a dit. Il s'agit d'un renseignement erroné en l'espèce car le Conseiller fédéral a dit quelque chose de clairement contraire à l'art. 30 al.1 LSU. Donc ce que promet concrètement le Conseiller c'est qu'on appliquera pas l'art. 30 mais juridiquement il ne peut pas promettre cela. Dans certains cas la confiance que l'administré a manifesté vis-à-vis d'un renseignement erroné fait que la bonne foi primera, suivant certaines conditions.

Première condition : est-ce que la promesse a été faite dans une situation concrète a une personne donnée ? Oui en l'espèce. Deuxième condition : il faut que l'autorité soit compétente ou censée l'être : oui en l'espèce, c'est le supérieur hiérarchique de l'Office. Troisième condition : il fallait ici que l'administré ne se rende pas compte immédiatement que la promesse fait ici n'est pas contraire à la loi ; en l'espèce, c'est discutable. Le prof juge que la fédération pouvait s'y fier vu que c'était tout de même un Conseiller fédéral et pas n'importe qui, et que la fédération n'est pas professionnelle. Quatrième condition : mesures prises sur la base de la promesse ; oui, en l'espèce la fédération a été voir le Conseiller, elle a été franche ce qui prouve qu'elle n'était elle-même pas sure. Elle a effectivement pris des mesures sur la base de la promesse sur lesquelles elle ne peut plus revenir. Toutes les quatre conditions de base sont remplies.

A priori la bonne foi va s'appliquer et va permettre de déroger à la loi. MAIS dernier point à vérifier : la bonne foi ne s'appliquera pas si il y a un intérêt public prépondérant. Quid en l'espèce ? Il n'y a pas d'intérêt public prépondérant ici en particulier. A la limite celui de la bonne application de la loi mais cela signifie qu'on peut toujours mettre de coté la bonne foi, car ce sera toujours le cas. En conclusion, la bonne foi s'applique en l'espèce et la fédération pourra s'opposer avec succès à cette demande de remboursement.

Cas 2

Valère et Tourbillon ont été engagés, il y a quelques années, comme jardiniers par une commune romande justifiant, au vu de sa population, l'appellation de « ville » (ci-après : la Ville). Aujourd'hui, Valère est resté simple jardinier, alors que Tourbillon, qui a d'incontestables qualités de gestion et « une âme de chef », a été promu directeur du service des parcs et promenades de la Ville.

Le Statut du personnel de la Ville, adopté conformément à la loi, comporte l'article 37 suivant :

« La Ville encourage les efforts de formation de l'ensemble du personnel. La direction des ressources humaines de la Ville peut accorder une semaine de vacances supplémentaire aux membres du personnel qui ont suivi, en dehors de leur temps de travail, au moins 8 jours de formation continue utile à la fonction qu'ils occupent ».

Valère a récemment suivi, sur une dizaine de week-ends, une formation en horticulture biologique qui lui a permis de faire dans son travail toute une série de suggestions jugées extrêmement intéressantes par ses collègues et sa hiérarchie. Il a demandé à la direction des ressources humaines à bénéficier de la semaine de vacances prévue par l'article 37 du Statut. Par décision notifiée hier, Mme Major-Davel, directrice des ressources humaines de la Ville, a rejeté sa demande. Elle expliquait que la formation suivie par Valère était certes utile à sa fonction et admettait que jusqu'ici elle avait accordé une semaine de vacances dans des cas semblables. Elle ajoutait cependant que le Statut ne conférait pas de droit automatique à une semaine de vacances

supplémentaire et qu'une directive de l'Exécutif municipal du 10 octobre 2013 limitait l'application de l'article 37 du Statut aux cadres de la commune occupant au moins la fonction de chef de service, ce qui n'était pas le cas de Valère.

Tourbillon, quant à lui, a profité de ses dernières vacances pour suivre un séminaire de 5 jours en conception de jardins dans une prestigieuse institution étrangère. Il a demandé à bénéficier de l'article 37 du Statut. Il a expliqué à Mme Major-Davel, au moment du dépôt de sa demande, qu'il savait que celle-ci avait accordé une semaine de vacances supplémentaire à une autre cadre de la Ville, Mme Delavenoge, alors que celle-ci n'avait comme lui accompli que 5 jours de formation sur son temps libre. Mme Major-Davel lui a alors promis, devant témoins, qu'elle le ferait bénéficier du même traitement que Mme Delavenoge. Par décision notifiée avant-hier, elle a toutefois rejeté la demande de Tourbillon, car l'Exécutif municipal lui avait enjoint d'appliquer avec la plus grande rigueur les conditions de l'article 37 du Statut.

Valère et Tourbillon vous consultent séparément. Ils se disent très étonnés de la décision qui leur a été respectivement notifiée et vous demandent quels arguments ils pourraient faire valoir, sur le fond, contre cette décision dans le cadre du recours qu'ils entendent chacun de son côté former auprès de la juridiction compétente, étant précisé que celle-ci ne peut revoir l'opportunité des décisions qui lui sont déférées.

Droit applicable : en l'espèce c'est l'art. 37 du Statut qui est déterminant. Confère-t-il à l'autorité un certain pouvoir d'appréciation ? Oui, l'autorité peut accorder une semaine de vacances, elle n'y est pas obligée. Dans ce cadre là y a-t-il encore d'autres éléments qui peuvent impliquer un pouvoir d'appréciation ? Quid de l'expression « au moins 8 jours » ? Cela ne signifie pas nécessairement que tous ceux qui ont les 8 jours l'ont. On ne pourra pas changer par voie d'application ce minimum de 8 jours. Quid de utile à la fonction ? Ici oui, c'est une notion juridique indéterminée. On peut également jouer sur une autre notion : formation continue (au sens du Statut) ; il peut y avoir différentes définitions de ce qui peut être considéré comme formation continue.

L'exécutif en vertu de son pouvoir hiérarchique peut par une ordonnance administrative plus précisément définir comment doit être interprétée / appliquée la disposition. Evidemment dans ce cadre l'exécutif doit respecter les principes ; d'abord la lettre et l'esprit de la disposition, puis les principes de proportionnalité, égalité de traitement, etc.

VALERE : Est-ce que Valère remplit les conditions statutaires ? Oui, elles sont toutes remplies. Question : est-ce que la condition supplémentaire placée par voie d'ordonnance est admissible ? On peut très bien admettre qu'on ne peut pas forcément la semaine de vacances à tout le monde au risque de perturber le fonctionnement du service. Il n'est pas interdit d'essayer de limiter l'application de l'art. 37 mais pour cela il faut utiliser des critères conformes à l'esprit du Statut et qui ne violent pas l'égalité de traitement. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation on a introduit un critère qui viole la loi et est constitutif d'une violation d'égalité de traitement : c'est la condition de favoritisation des cadres occupant au moins la fonction de chef de service (directive de l'Exécutif municipal du 10 octobre 2013). Le critère du cadre n'est pas absurde mais pas vraiment justifié ici. Il n'est pas admissible, mais cela va-t-il jusqu'au niveau « d'arbitraire » ? Discutable.

Autre argument : la Cheffe de service reconnaît que dans des situations semblables elle avait déjà accordé une semaine de vacances. Cela ne donne pas de droits acquis cependant. En revanche si il y avait des situations semblables et qu'on dit « vu la directive on va faire autrement » ; c'est un

changement de pratique, qui en soit n'est pas interdit, mais pour qu'il respecte l'égalité de traitement il faut des raisons objectives et sérieuses. Or ici, le fait de limiter les vacances aux cadres c'est pas une raison objective et sérieuse ; il n'y en a tout simplement pas en l'espèce.

Valère aurait du s'assurer qu'il aurait une semaine de vacances. Il obtiendra cependant satisfaction car le motif pour lequel on lui a refusé ses vacances car ce motif n'est pas conforme à la loi, ni à l'égalité de traitement. Le motif de changement de pratique n'est pas valable en l'espèce. On a ici un abus du pouvoir d'appréciation en application de l'ordonnance administrative (qui comportait en elle-même une obligation d'abus et sera déclarée invalide par le contrôle). Remarque : Valère demandait en effet l'égalité dans la légalité.

TOURBILLON : Ne remplit pas les conditions de l'art. 37 Statut ; pas de pouvoir d'appréciation en l'espèce, puisque dès le moment où il ne remplit pas les conditions on n'entre même pas en matière. Y a-t-il des motifs pour s'écarter de l'application stricte de la loi ? Cas de Mme Delavenoge : Tourbillon peut tenter d'invoquer ici l'égalité dans l'illégalité ; pas de droit au même traitement illégal sauf si c'est une pratique illégale de l'autorité et que l'autorité n'entend pas s'arrêter à pratiquer l'illégalité. Pas le cas en l'espèce, c'était juste un cas, celui de Mme Delavenoge. La cheffe de service lui avait promis de le traiter que Mme Delavenoge ; principe en cause ? Bonne foi. Promesse dans un cas concret à une personne déterminée ? Oui. Celui qui a fait la promesse était compétent ? Oui. Est-ce que Tourbillon pouvait se rendre compte de l'illégalité de la promesse ? Oui. Il n'a pas pris de mesures sur lesquelles il est impossible de revenir, donc la bonne foi ne s'applique pas. Il n'aura pas sa semaine de vacances et ne pourra pas contester cette décision.

Cas 3

Zébulon a sollicité l'autorisation de construire un petit hôtel particulier de style mauresque dans la zone du Vieux-Carouge. Malgré le préavis négatif de la commune et de la commission des monuments, de la nature et des sites (CMNS), qui considéraient que l'édification d'un tel bâtiment violerait l'art. 15 de la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI) en portant atteinte au site par son caractère incongru à un tel endroit, le DU a délivré l'autorisation, en considérant simplement que le projet « respectait toutes les normes légales ».

Cependant, sur recours d'une organisation de protection du patrimoine, le Tribunal administratif de première instance (TAPI) a annulé l'autorisation pour violation de l'art. 15 al. 1 LCI, par décision notifiée ce matin à Zébulon.

Ce dernier souhaite recourir auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice (CJCA) contre la décision du TAPI en affirmant que celui-ci a « outrepassé son rôle ». Il vous demande ce que vous en pensez.

En l'espèce on peut se demander dans quelle mesure il y a un pouvoir d'appréciation que les juges doivent respecter : art. 61 LPA/GE, les juges ne doivent pas contrôler l'opportunité des décisions. Quid de l'art. 15 LCI ? Il prévoit que « le département peut interdire / autoriser (...) ». Il y a tout de même un encadrement (contrairement au verbe « peut », pas de liberté ici) : la liberté d'appréciation ne se trouve pas où on pense. C'est le fait que la construction nuit au caractère d'un quartier : si c'est clairement établi, l'autorisation ne pourra pas être accordée. C'est une clause vague avec de grands aspects subjectifs. Si les autorités ont suivi le préavis, les tribunaux jugent avec beaucoup de retenue et ne vont pas empiéter sur le pouvoir d'appréciation. De plus si le tribunal n'est pas

composé de spécialistes il reste en retrait. Si l'autorité n'a pas suivi le préavis, alors le tribunal est autorisé à intervenir un peu plus ; en l'espèce, mix des deux. Le TAPI et constitué de spécialistes + le département ne s'est pas conformé au préavis.

Zébulon a très peu de chances devant la Chambre (pas composée de spécialistes). La CMNS (composée de spécialiste) et le TAPI (composé de spécialiste) ont annulé cette décision. Peu de chance que la Chambre juge autrement.

Cas 4

Blancheneige a récemment ouvert le jardin d'enfants « Les Petits Nains » dans les anciens locaux d'une école de langues située en Ville de Genève, après avoir fait réaliser d'importants travaux de transformation de ces locaux. Peu portée sur les questions administratives, Blancheneige n'a pas songé à demander la moindre autorisation à qui que ce soit pour la transformation des locaux et l'ouverture du jardin d'enfants.

Il y a quelques semaines, le DU a eu vent des travaux et de l'ouverture du jardin d'enfants. Par décision dûment notifiée au début de ce mois, il a infligé à Blancheneige une amende de 20'000 frs pour avoir effectué des travaux de transformation et un changement d'affectation des locaux sans être au bénéfice d'une autorisation.

Blancheneige a immédiatement téléphoné au département en l'invitant à constater que les travaux « était parfaitement conformes à la loi ». Le DU a alors fait effectuer une inspection des locaux, puis a écrit à Blancheneige en confirmant sa décision. Il a précisé à cette occasion que, certes, le changement d'affectation et les travaux en cause semblaient conformes aux normes en vigueur, mais que le jardin d'enfants ne disposait d'aucune autorisation du Département de l'instruction publique, de la culture et du sport (DIP) pour son exploitation. Or, il convenait d'être très strict quant au respect de la condition relative à l'octroi de l'autorisation du DIP, dans l'intérêt de la protection des enfants. L'amende infligée tenait ainsi compte du fait que le DIP ne disposait pas des moyens de prononcer une sanction adéquate.

Blancheneige vous demande quels arguments de fond elle pourrait valoir dans un recours contestant cette amende.

Elle veut faire deux choses : a.) modifier une école pour la transformer un jardin d'enfant + b.) ouvrir un jardin d'enfant. Au niveau de la légalité, base légale de la sanction prononcée contre Blancheneige : art. 137 LCI. On réduit le maximum de l'amende à 20'000 CHF à son al.2. Il n'y a pas eu d'autorisations mais c'était autorisable, c'est bien le cas ici. Si on s'en tient à la lettre, le DU n'a pas commis d'excès positif. Mais le département colle le maximum de l'amende au motif qu'elle n'a pas demandé d'autorisation et que le département compétent est trop limité par sa propre loi et peut mettre au maximum 1000 CHF d'amende. Est-ce que le DU peut faire cela ? Quel est l'intérêt public dont le DU va tenir compte ? Intérêt public en matière d'urbanisme, de construction, d'aménagement de territoire. Il ne peut pas imposer une telle amende ; il fait un détournement crasse d'intérêt public (il utilise une loi aux fins d'une autre loi). Blancheneige ici n'est pas récidiviste, n'a pas agi par cupidité : l'amende n'est donc pas proportionnelle. On est clairement dans un cas d'arbitraire et Blancheneige a donc en conclusion toutes ses chances dans son recours pour faire baisser nettement l'amende (Histoire vraie + le tribunal avait réduit l'amende à 500 CHF).

DOCUMENT DE TRAVAIL 7

Cas 1

Juan Barbebleue s'est vu refuser par l'administration fiscale genevoise (AFC) une déduction de 12'000 frs sur son revenu au titre de contribution d'entretien de sa sixième épouse, dont il est divorcé depuis deux ans. L'AFC a considéré que le montant en cause avait été versé à l'ex-épouse en paiement d'une dette qui subsistait envers celle-ci en relation avec la liquidation du régime matrimonial et qu'il ne pouvait donc être déduit sur la base de l'article 33 de la loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques du 27 septembre 2009 (LIPP).

Barbebleue est très étonné de cette décision. Il reconnaît qu'un litige l'oppose actuellement à son ex-épouse concernant les 12'000 frs en cause. Il considère que cette somme couvre la pension alimentaire de 1'000 frs par mois qu'il doit en vertu du jugement de divorce. Son ex-épouse est du même avis que l'AFC et lui réclame encore le paiement de la pension.

Barbebleue ne comprend pas pourquoi l'AFC a statué sur une question qui ressort clairement des tribunaux civils. Certes, le litige en est actuellement encore aux échanges de courriers entre avocats et il n'est pas sûr que la justice civile doive être saisie. Barbebleue craint toutefois que, s'il ne conteste pas la décision de l'AFC, il ne puisse plus rien faire sur le plan civil. Il vous demande ce que vous en pensez.

Dans quelle configuration se trouve-t-on en l'espèce ? C'est un problème de question préjudicielle.

Quelle est la question de base ? L'autorité qui doit répondre à la question de base est l'administration fiscale cantonale (AFC) qui applique l'art. 33 de la LIPP (Loi sur l'imposition des personnes physiques). Cet article prévoit qu'à propos des contributions d'entretien, la pension alimentaire est déduite. Il s'agit d'établir le revenu imposable. Il se trouve qu'il y a une disposition qui prévoit qu'on déduit du revenu imposable la pension alimentaire.

Barbebleue déclare 12'000 CHF. Personne ne conteste qu'ils les a versés. On conteste le fait qu'ils soient déductibles. Pour qu'ils le soient, il faut qu'il s'agisse de pension alimentaire. Or la notion de pension alimentaire c'est une notion qui ressort du droit civil, sur lequel notamment il y a un litige entre lui et son ex-femme. Sur ce litige (pour savoir si c'est de la pension alimentaire ou si c'est un résidu de dette), quelle est l'autorité compétence pour répondre à cette question ? C'est le Tribunal civil. L'AFC doit répondre à une question qui en principe est de la compétence des tribunaux civils et Barbebleue ne comprend pas pourquoi. L'AFC avait le droit que le tribunal civil n'a pas encore statué (et ne statuera probablement jamais) ; elle n'attend pas que le tribunal civil statue car il n'a même pas encore été saisi et on ne sait même pas si il le sera. Peut-être qu'aucune des parties n'aura ni les moyens ni l'envie de faire un procès à l'autre. Aurait-on pu imaginer que l'AFC saisisse elle même la justice civile ? Non. L'AFC avait parfaitement le droit de trancher cette question préjudicielle.

Quid de la crainte de Barbebleue du fait que si il ne conteste pas la décision de l'AFC, qu'il ne puisse plus rien faire sur le plan civil ? Est-ce que son ex-femme pourrait s'appuyer sur la décision de l'AFC ? Non, car l'autorité civile n'est pas liée par la décision de l'AFC ; sa décision n'a pas autorité de chose jugée. Si il y a une motivation particulièrement bien faite que les 12'000 CHF ne sont pas de la pension alimentaire et que le juge civil en est convaincu car il en a eu connaissance

est une autre question. De plus on ne pourrait pas utiliser le fait que Barbebleu n'ait pas recouru. Quid si le Tribunal civil décide qu'il s'agit bien d'une pension alimentaire ? Barbebleu pourra-t-il obtenir la révision de la taxation par l'AFC ? Car à ce moment la l'autorité compétente aurait finalement statué ? Question délicate. Normalement si il ne conteste pas la décision de l'AFC, elle entre en force et c'est fini, même si après le Tribunal civil le condamne à re-payer de nouveau 12'000 CHF. Sur quoi peut-il s'en sortir ? Il peut l'année d'après déduire tout ce qu'il doit payer (la pension pour l'année en cours + l'arriéré pour la pension), comme ça il pourra retomber sur ses parts. Même cette situation est encore discutable. On aura tendance à dire qu'un fait nouveau est survenu et demander la révision de la décision.

Cas 2

Mirabelle, gentille retraitée vaudoise, a été, il y a deux ans, victime d'une agression de la part de Gnafron, qui l'a violemment frappée pour lui voler son sac. Depuis cette agression, Mirabelle a beaucoup de difficulté à marcher.

En juin dernier, Gnafron a été condamné pour les faits susmentionnés à une peine de prison ferme par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Côte. Pour justifier la sanction, ledit Tribunal a considéré comme établis le fait que Gnafron avait violemment frappé Mirabelle et qu'elle en avait subi de graves séquelles physiques. Pour ces raisons, il a en outre alloué à Mirabelle l'entier de ses conclusions civiles, qui comportaient notamment un montant de 10'000 frs pour l'achat d'un scooter électrique, en retenant que Mirabelle ne pouvait marcher plus de quelques mètres sans un tel véhicule et qu'il était dans l'ordre des choses qu'une personne de son âge frappée comme elle l'avait été par Gnafron voie sa capacité de mouvement fortement réduite. Le Tribunal s'est fondé pour parvenir à ses conclusions sur l'interrogatoire de Mirabelle et les difficultés de mobilité qu'elle a montrées à cette occasion, sans ordonner d'expertise.

Gnafron étant absolument insolvable, Mirabelle s'est adressée à l'instance LAVI du canton de Vaud pour demander une indemnité couvrant l'achat de son scooter. Elle remplit en effet les conditions de revenu fixées par les articles 6 et 20 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007 (LAVI), donnant droit à la pleine couverture de son dommage.

L'instance LAVI a ordonné une expertise médicale. Celle-ci a révélé que Mirabelle avait certes de graves difficultés à marcher, mais qu'elles étaient dues non aux coups assénés par Gnafron, mais à une arthrose avancée, qui était déjà présente avant l'agression.

Dans quelle mesure l'instance LAVI est-elle dès lors liée par les constatations et conclusions du juge pénal ?

Dans quelle configuration est-on ? On est dans les compétences parallèles.

Le Tribunal vaudois a une compétence pénale par rapport à l'infraction commise par Gnafron mais aussi la compétence civile fondée sur les art. 41 ss CO. Le Tribunal vaudois a condamné Gnafron à payer les 10'000 CHF. Le complexe de fait est l'agression de Gnafron et le fait que Mirabelle ait des difficultés à se déplacer. Le Tribunal a fait des analyses à cet égard en disant que a) G a bien frappé et M et b) Suite à cette agression M avait des difficultés à marcher. Le Tribunal a effectivement établi un rapport de causalité naturel entre les deux.

L'instance LAVI doit statuer sur la base de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions

(LAVI). L'art. 6 et 20 sont remplis en l'espèce. Fondamentalement on s'intéresse à l'art. 19 LAVI en relation avec l'art. 1 LAVI. On ne s'intéresse pas du tout à l'auteur de l'infraction ; même si on ne le trouve pas cela ne change rien. Mais pour avoir droit à une indemnité sur la base de la LAVI il faut que soit remplie une condition fondamentale : il faut être victime d'une infraction (art. 1 LAVI). En effet, il faut une atteinte et un rapport de causalité entre l'atteinte et l'infraction. Il y a donc la même question de fait qui doit être analysée aussi bien par le Tribunal vaudois que l'instance LAVI ; c'est là que réside le parallélisme.

Du point de vue du Tribunal vaudois, c'est le cas. L'instance LAVI est arrivée à une autre conclusion. A-t-elle le droit de dire qu'il n'y a pas de relation de causalité naturelle alors que le Tribunal a dit que oui ? Oui elle a le droit, non pas parce qu'on a le droit de manière générale de le faire mais parce que le Tribunal vaudois a fait un examen sommaire ; il n'a pas fait d'expertise mais s'est contenté (pour arriver à sa conclusion) de l'interrogatoire de Mirabelle et le fait qu'elle a de la peine à marcher. Personne ne conteste ce fait mais la question se pose si c'est à la suite de l'infraction ou pas. Dès lors l'instance LAVI, en tant qu'autorité administrative, était parfaitement fondée à demander une expertise et rendre une décision. En conclusion, elle n'est pas liée par les constatations et conclusions du Tribunal vaudois. On se retrouve justement dans un des cas d'exception au fait de suivre les instructions du Tribunal, car ce dernier n'a fait qu'une instruction sommaire qui pouvait parfaitement être complétée par celle de l'instance LAVI.

Cas 3

Tryphon Tournesol, professeur de son état, a créé dans le canton de Hixie une école privée pour surdoués. L'association hixienne des écoles privées (AHEP) a toujours refusé ses demandes d'adhésion, sans véritablement fournir de motifs. Tryphon est persuadé qu'en réalité l'AHEP, qui regroupe des écoles déjà bien établies et qui encourage une coopération et une coordination intense entre ses membres, notamment en ce qui concerne la publicité et le recrutement des élèves, cherche en fait à exclure du marché de l'enseignement privé tout nouvel arrivant.

En cas de lésions corporelles, la partie qui en est victime a droit au remboursement des frais et aux

S'il n'est pas possible, lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a prononcé.

Estimant que ces procédés constituaient une entrave illicite à la concurrence, Tryphon a ouvert action en cessation de l'entrave et en dommages et intérêts devant la juridiction civile cantonale compétente en se fondant sur la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart - RS 251). Le Tribunal civil de Hixie a rendu son jugement il y a deux mois. Il a débouté Tryphon, considérant, conformément aux conclusions de l'AHEP, que les pratiques de cette association ne constituaient pas une restriction illicite à la concurrence, en tout cas en ce qui concerne Tryphon.

Ce dernier a renoncé à recourir sur le plan civil, mais a dénoncé le cas au secrétariat de la Commission fédérale de la concurrence (COMCO). Dans ce cadre, il a demandé que soit transmis à la commission un rapport sur l'activité de l'AHEP, émanant du département de l'éducation du canton de Hixie, ainsi qu'un rapport sur la situation économique des écoles privées émanant d'un groupe de travail du département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche

(DEFR). Le secrétariat de la COMCO a ouvert une enquête et a sollicité les observations de l'AHEP. Il a également demandé au département hixien de l'éducation, respectivement au DEFR, la communication des rapports évoqués par Tryphon.

Les observations de l'AHEP concluent à l'inutilité de l'enquête, la question ayant été tranchée par la juridiction civile. Quant au département hixien de l'éducation et au DEFR, ils ont tous deux répondu que tant le secret de fonction que les règles sur la protection des données ne leur permettaient pas de communiquer à la COMCO les rapports demandés.

Tryphon, qui vient de recevoir copie de ces observations et de ses réponses, vous demande ce que vous en pensez, en vous précisant que la loi sur la protection des données du canton de Hixe est une copie conforme de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD – RS/GE A 2 08) et que la loi sur le personnel du canton de Hixe soumet au secret de fonction toutes les informations dont les membres du personnel ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur la protection des données ne leur permet pas de les communiquer à autrui.

Premier point : Sur le principe, ici Tryphon a fait une action devant le juge civil, s'est fait débouter et denonce a la COMCO les faits. La commission ouvre une enquête, l'association mise en cause dit que la question a déjà été tranchée par le juge civil.

Quel est le droit applicable ? Dans les deux cas, Tryphon se fonde sur la Loi sur les cartels (LCart), plus particulièrement sur les art. 4 et 5 LCart. Ces dispositions nous disent que sont illicites certains types d'accords, définis à l'art. 5. C'est la base. La LCart vise à éviter, à réprimer, à prévenir des accords illicites qui restreignent indûment la concurrence. Est-ce que Tryphon a raison de dire que les accords sont illicites ? C'est pas la question, c'est ce qu'il prétend. Quels sont les moyens que met la LCart à disposition pour prévenir ce genre de chose ? Ce sont les moyens que Tryphon a justement utilisé : il est allé devant la juridiction civile cantonale, en ouvrant une action en cessation de l'entrave et en se fondant matériellement sur l'art. 12 LCart (qui prévoit la possibilité d'aller devant le juge civil pour ouvrir une action en cessation). La LCart prévoit aussi autre chose, que Tryphon a également utiliser : la saisie de la COMCO (qui peut s'auto-saisir ou être saisie par des particuliers, qui peut enquêter et également prendre des décisions), prévue à l'art. 18 ss LCart. Tout cela sur la base des mêmes types de fait, définis aux art. 1 à 5 LCart.

Dans quelle configuration est-on ? Compétence parallèle entre un tribunal civil et la COMCO. Distinction avec cas 2 ; c'est prévu par la même loi. En général, c'est indépendant ; ici a priori aucune raison de penser que la COMCO devrait être liée par les conclusions du tribunal civil. Est-ce qu'il n'y a pas quelque chose d'autre encore qui renforce l'idée que chacune des autorités poursuit sa propre voie ? Fondamentalement les juges civils sont là pour trancher des litiges entre particuliers. Les intérêts que protège le juge civil sont les intérêts privés. En l'espèce, le juge civil a rejeté la demande de Tryphon. Le rôle de la COMCO quant à elle est de défendre un intérêt public de garantir une bonne concurrence dans un régime d'économie libérale (qu'on connaît en Suisse et qui est garantie par l'art. 27 et 34 Cst féd).

Les intéressés ne sont pas libres de choisir une voie ou l'autre ; si on veut défendre ses intérêts on s'adresse au tribunal civil. Si on veut défendre un intérêt public on fait appel à la COMCO. Cependant cela n'empêche pas Tryphon de faire saisir les deux. Mais la COMCO ne va vouloir que protéger l'intérêt public mais pas l'intérêt de Tryphon en particulier, car elle pense que Tryphon a

soulevé un grief intéressant qui mérite que la commission se penche dessus. Dans ce sens là, la COMCO n'est pas du tout liée par le Tribunal civil. La LCart prévoit tout de même un certain pont entre les deux : ce n'est pas une double voie cependant. En effet, à l'art. 15 al.1 LCart ; lors d'une procédure civile il faut transmettre l'affaire à la COMCO, lorsque la licéité en matière de concurrence est remise en cause. Si une autorité doit demander l'avis de l'autre, c'est le tribunal civil, mais l'inverse n'est pas vrai, car la COMCO est spécialiste dans le domaine. Mais ce sera un simple avis qui ne liera pas le Tribunal civil. Cela n'empêche pas d'ailleurs que la COMCO regarde le raisonnement du Tribunal civil si elle doit trancher exactement les mêmes questions (notamment des questions de fait ou des questions d'appréciation).

Deuxième point : celui du secret de fonction. La loi hixienne est la copie conforme de la loi genevoise qui traite de la protection des données, donc la LIPAD. Est-ce qu'a priori le rapport en question serait soumis à un secret de fonction ? La loi sur le personnel du canton de Hixe soumet au secret de fonction toutes les informations dont les membres du personnel ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur la protection des données ne leur permet pas de les communiquer à autrui.

On a défini le secret de fonction : si la LIPAD permet de communiquer, pas de secret de fonction. Si elle ne le permet pas (si on ne peut pas le déduire non plus de la LIPAD), c'est couvert par le secret de fonction. On a de manière générale deux ouvertures : d'une part on a des données publiques accessibles à tout un chacun, qui ne sont par définition pas couvertes par le secret de fonction (art. 24 ss LIPAD). On a un principe posé par l'art. 24 LIPAD : toute personne physique ou morale a accès aux documents et donc aussi aux informations qui peuvent être communiqués ; donc tout sauf disposition contraire. Les dispositions contraires sont définies à l'art. 26 al.1 LIPAD, avec une liste exemplative (!), notamment art. f avec protection plus particulière si données personnelles se référant à des personnes physiques ou morales. Il y a également des exceptions, notamment celles qui résultent des restrictions à la protection des données personnelles.

L'art. 2 LPD résout le problème de coordination entre LPD et LIPAD. La LPD ne s'applique qu'à des personnes privées et des organes fédéraux, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans la LIPAD à l'art 39 on règle la communication des données. Il y a plusieurs hypothèses : communication à une autre institution soumise à la loi. La COMCO est-elle soumise à la loi du canton de Hixe ? Non. Est-ce une corporation ou un établissement de droit public non soumis à la loi ? La COMCO dépend de la Confédération, donc dans cette mesure là l'art. 39 al.4 trouve effectivement application, puisque par ailleurs la Confédération est bien une corporation de droit public non soumise à la loi cantonale. En l'espèce la COMCO sera soumise à la LPD.

Il y a une raison claire et nette pour qu'on puisse communiquer à la COMCO : l'art. 41 LCart qui énonce l'obligation d'entraide administrative. Les cantons sont tenus de coopérer en matière de recherche à la concurrence et de mettre à leur disposition des pièces. La réponse du département cantonal est donc tout à fait erronée. Si on prend maintenant le rapport fédéral, le département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFER), quid ? Le DEFER est soumis à la LPD. C'est un organe fédéral et évidemment il y a le secret de fonction prévu à l'art. 22 de la LPers (Loi fédérale sur le personnel, p.11 recueil de législation). On ne définit pas cependant ce qu'est le secret de fonction mais il est évident que si il y a une autorisation légale de transmettre l'information, on pourra le faire : art. 19 LPD. Existe-il une base juridique ? Oui, l'art. 41 LCart qui s'applique également aux services fédéraux. Donc le DEFER doit également transmettre le

document. Il est évident qu'on ne peut pas opposer le secret de fonction à un devoir de divulguer une information.

En conclusion, c'est à tort qu'on dit à Tryphon que la procédure devant la COMCO ne sert à rien ; si elle juge qu'il y a matière à agir, cela peut changer quelque chose. C'est également à tort que le département cantonal et le département fédéral ont répondu « secret de fonction » pour la transmission des données ; ils sont dans l'obligation de le faire.

Cas 4

Harry Potter, propriétaire d'un immeuble de logements sis dans le quartier des Pâquis à Genève, a rénové cet immeuble, il y a un an, au bénéfice d'une autorisation fondée sur l'article 9 alinéa 1 lettre e de la loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR – RS/GE L 5 20). Cette autorisation prévoyait que le loyer maximum des logements loués devait être de 3'405 frs la pièce par an conformément à l'article 9 alinéa 3 LDTR et à l'arrêté du Conseil d'Etat relatif à la révision des loyers répondant aux besoins prépondérants de la population du 24 août 2011 (ArRLoyers – RS L 5 20.05).

Au 1er janvier 2013, Harry a augmenté le loyer du logement occupé par Mme Weasley à 4'000 frs la pièce par an. Mme Weasley a contesté cette augmentation devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, puis devant le Tribunal des baux et loyers, mais elle a été déboutée et a renoncé à aller plus loin.

La semaine passée, Harry a reçu une décision du département de l'urbanisme (DU) lui ordonnant de ramener le loyer de Mme Weasley au montant fixé par l'autorisation de rénovation, avec effet rétroactif au 1er janvier 2013.

Harry ne comprend pas cette décision, dès lors que l'augmentation de loyer en cause a été admise par un jugement définitif du Tribunal des baux et loyers. Il vous demande ce que vous en pensez.

Droit applicable : art. 9 ss LDTR qui prévoient le régime d'autorisation en cas de rénovation d'immeubles. Dans quelle configuration se trouve-t-on ? Compétence parallèle entre le Tribunal des baux et loyers (TBL) et le Département de l'Urbanisme (DU)

Dans le cas du TBL où se trouve le droit de fond ? Art. 269, 269a et 270b CO. Quels types de baux cela concerne-t-il ? Est-ce que c'est limité à certains cantons, à certaines situations ? C'est toute la Suisse et c'est pour l'ensemble des baux (règle tout a fait générale). Si il y a des loyers abusifs, les locataires disposent de moyens pour s'opposer a des augmentations abusives. La LDTR s'applique géographiquement à Genève seulement et que dans certaines zones, de elle ne s'applique pas à tous les logements mais que ceux qui bénéficient d'une autorisation de rénovation ; il y a des conditions administratives posées pour pouvoir rénover un immeuble de logement. Pour échapper à la LDTR, on peut ne pas rénover mais se contenter d'entretien courant. A partir du moment ou on fait une opération de rénovation on a ces règles de droit administratif qui lient l'octroi de l'autorisation au contrôle des loyers de la LDTR. Ce contrôle de la LDTR dure-t-il combien de temps ? En principe 3 ans (autre différence avec le CO, on est indéfiniment soumis au CO). Donc on a d'une part règle de droit privé qui protège contre les situations abusives et on a une règle qui vise a maintenir au moins pendant 3 ans des logements dans une fourchette de prix qui fait qu'on maintenant un certain parc de logements. Une fois le contrôle terminé il peut y avoir des augmentations plus importantes mais

il y aussi le CO qui jouera un rôle régulateur. Est-ce que le fait que le TBL ait débouté la locataire empêche le DU de demander une baisse du loyer ? Non. Les deux conditions se cumulent pour le propriétaire : ce n'est pas parce qu'il a obtenu une autorisation qu'il pourra d'augmenter le loyer plus haut que le CO lui permet (et vice versa). L'art. 14 LDTR permet au propriétaire de présenter au Département une demande de modification des loyers ; à l'inverse le loyer admis reste soumis aux dispositions du bail a loyer. En l'espèce le propriétaire n'a pas demandé une adaptation des loyers ; il aurait peut être obtenu gain de cause mais en ne le faisant pas il risque même une amende et le DU était parfaitement fondé pour lui ordonner de baisser le loyer.

Variante : Harry a reçu la décision de rétablir les loyers à leur niveau autorisé il y a trois mois, sous la menace des peines prévues par l'article 292 du Code pénal. Il n'a pas réagi.

Le DU ayant dénoncé Harry aux autorités pénales, celui-ci vient d'être convoqué au Tribunal de police pour y être jugé. Il entend s'opposer à toute condamnation au motif que la décision du DU d'il y a trois mois était manifestement disproportionnée. Il vous demande dans quelle mesure le juge pénal va entrer en matière sur cet argument.

L'autorité pourra-t-elle prévoir la décision de revoir le loyer ? En d'autres termes quelle est la configuration ici ? C'est un contrôle préjudiciel. L'autorité pénale pourra-t-elle contrôler le fait de remettre le loyer ? Ici il n'y a pas eu de contrôle judiciaire ; Harry ne s'est pas exécuté mais n'a pas contesté non plus. Aurait-il pu y en avoir un ? Oui, recours prévu contre les décisions du département mais Harry ne l'a pas utilisé. Ici, possible de faire un contrôle en lien avec l'arbitraire. Cet argument là sera recevable mais cela ne signifie pas forcément que le Tribunal pénal lui donnera raison.

DOCUMENT DE TRAVAIL 8

Cas 1

Frank Zorclub se présente aux prochaines élections communales dans la commune de Champignac, deuxième ville d'un canton romand qu'il n'est pas nécessaire de nommer.

Zorclub est tête de liste du Parti Communiste Champignacien, qui a pour programme, d'une part, la défense prioritaire des intérêts économiques des citoyens de la commune et, d'autre part, une baisse drastique des dépenses communales.

S'il est élu, Zorclub entend mettre en œuvre trois « mesures phares », dont il souhaite faire les éléments-clés de sa campagne électorale. Prudent, cependant, Zorclub veut éviter que sa campagne électorale ne soit « polluée » par des controverses juridiques. Sachant que vous le conseillerez en faisant totale abstraction de votre avis personnel sur l'opportunité politique de ses propositions, il vous les soumet en vous demandant, pour chacune d'entre elle, votre avis sur les risques de contestations juridiques.

a. Organiser une grande foire de l'artisanat sur le domaine public de la commune, en réservant les meilleurs emplacements aux commerçants et artisans de la commune et en leur accordant un tarif préférentiel pour la mise à disposition des emplacements, inférieur de 50% à celui qui sera pratiqué pour les exposants provenant d'autres communes ou cantons. Zorclub vous précise que la loi cantonale confère à la commune la compétence de délivrer les autorisations d'usage accru du domaine public sans rien indiquer à propos d'une éventuelle délégation de cette compétence. Il vous demande si son idée serait plus facile à réaliser en donnant une autorisation globale pour toute la foire à l'association des commerçants de la commune, charge à celle-ci de « louer » ensuite les emplacements en privilégiant les commerçants locaux.

Le domaine public peut avoir différents usages. Sa caractéristique c'est qu'il est librement ouvert à tous sans autorisation conformément à son utilisation (essentiellement le domaine public de terre ferme, on va exclure ici notamment le domaine lacustre). Si on installe des stands pour vendre des marchandises (foire), il y a un usage qui dépasse l'usage commun : il sera qualifié de l'usage accru du domaine public. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'usage accru doit être soumis à autorisation.

En l'espèce le droit cantonal a une disposition cantonale qui prévoit le régime de l'autorisation (les communes sont compétentes pour les délivrer). Si la commune organise cette foire et délivre des autorisations, par quel moyen la relation entre la commune et les commerçants sera établie ? Il s'agit de décisions, donc a priori d'une relation formalisée. Par rapport au prix de l'emplacement (rémunération à la commune), il s'agit d'un émolument. On n'est pas ici dans une location de droit privé. S'agissant du domaine public pour lequel on autorise par une décision administrative son utilisation, ce n'est pas un contrat de bail mais un émolument (rentrant dans une catégorie plus large des taxes dites causales). La commune va distribuer ces emplacements par des autorisations ; elle va percevoir en échange des émoluments.

Quelle est la prérogative étatique utilisée ici par la commune dans sa relation avec les commerçants en les autorisant à utiliser le domaine public et en exigeant d'eux, en échange, un émolument ? La commune a la compétence de le faire, ce n'est pas un droit ; c'est la puissance publique, exercée par

la commune. Elle a la souveraineté sur son domaine public. On parle parfois de leur « propriété », en raison entre autres de leur inscription au Registre foncier, mais la doctrine dit que c'est une propriété modifiée et souvent on préfère parler de souveraineté plutôt que de propriété.

Mais la commune est soumise au respect des principes constitutionnels dont surtout le principe de la légalité. On se trouve en l'espèce dans une relation de droit administratif tout à fait classique. Sur le fond, est-ce que la commune est libre d'attribuer les meilleurs emplacements aux commerçants de la commune et faire une différence de prix du simple au double ? L'art. 8 Cst énonce le principe d'égalité de traitement : pour pouvoir faire une distinction entre les différents exposants il faudrait avoir des motifs objectifs valables qui justifient cette différence. L'art. 27 Cst énonce la liberté économique qui inclut également une composante d'égalité, celle entre concurrents. Il est clair qu'en favorisant les exposants de la commune, cette dernière est susceptible de violer les articles susmentionnés. Le Tribunal fédéral n'a pas exclu qu'on puisse parfois donner une préférence aux acteurs locaux ; il faut des motifs logiques et objectifs.

Par ailleurs, une loi plus spécifique peut entrer ici : la LMI (loi fédérale sur le marché intérieur). C'est la loi qui vise à réaliser l'unification et l'égalité concurrentielle sur le marché intérieur : elle est directement en contradiction avec le programme de M. Zorglub. Les commerçants défavorisés peuvent notamment invoquer l'art. 3 al.1 let.a et b LMI ; ces commerçants auront une double contrainte (emplacements moins bons + frais plus élevés). Cela revient à une restriction d'accès au marché qui ne respecte pas la contrainte de l'art. 3 al.1 let. a qui doit s'appliquer aussi aux acteurs locaux. On ne voit pas non plus quel intérêt public prépondérant serait poursuivi ici. Le but de Frank Zorglub est expressément interdit par l'art 3 al.3 LMI.

En l'espèce, il n'y a pas de motifs particuliers ; on fait uniquement du protectionnisme local qui n'est pas admissible par les art. 8 et 27 Cst ainsi que par l'art. 3 al.1 let.a et b LMI. Qu'est-ce que risque Zorglub si il met en œuvre cette mesure ? Comme ce sont des décisions, les intéressés vont utiliser les voies de recours ordinaires contre les décisions des communes : ils iront au Tribunal administratif de la commune, ensuite celui du canton et en dernier ressort au Tribunal fédéral afin de casser les décisions contraires.

Quid de l'idée de l'association des commerçants de la commune ? La relation entre l'association et la commune est régie par le droit public ; idem pour la relation entre l'association et les commerçants. De fait, l'association exerce la gestion du domaine public ; les mêmes contraintes s'appliquent à la commune qu'à l'association. Donc l'association va également rendre des décisions contraires au droit qui pourront faire l'objet des mêmes recours que les décisions délivrées directement par la commune. On veut éviter que la commune puisse fuir ses obligations en déléguant la gestion du domaine public à une association. Le Tribunal fédéral voit les choses un peu différemment, même si sur le fond la réponse reste la même ; dans un de ces arrêts, il dit notamment que la loi cantonale ne prévoit pas de délégation de gestion de domaine public donc la relation association – commerçants est régie par le droit privé. Mais cela ne veut pas dire qu'on peut violer la Constitution car cela reste le domaine public. Donc la commune aurait du prendre des mesures / s'assurer que l'égalité de traitement, la LMI, etc soient respectées. Le TF a renvoyé la cause aux cantons, en leur disant « de se débrouiller ».

b. Editer une plaquette officielle de la commune incitant la population à privilégier les commerçants disposant du droit de cité communal au détriment des autres commerçants installés dans la commune (étrangers, confédérés ou citoyens d'une autre commune du canton). Zorglub

souhaiterait savoir à cet égard si, au cas où ces derniers « grincerait », selon ses termes, ils disposeraient de moyens de droit pour mettre en cause ladite plaquette.

Type d'activité en cause ici : quand la commune édite une plaquette (= brochure), que fait-elle ? Quelle est la grande différence avec le cas a.) ? Il s'agit d'un acte matériel. Elle n'exerce pas de puissance publique ; elle incite les habitants à aller se servir chez les citoyens de la commune. Est-ce qu'une commune, lorsqu'elle fait un acte matériel sans exercer la puissance publique, reste-t-elle soumise à certaines contraintes ? Oui, la commune reste soumise aux principes constitutionnels ; donc même dans ces actes matériels elle doit respecter l'égalité de traitement, le principe de légalité, etc.

Est-ce que le fait d'éditer cette brochure respecte le droit et les contraintes auxquelles la collectivité est soumise ? L'incitation est officielle et il y a un aspect ici clairement discriminatoire au sens de l'art. 8 al.2 Cst, car la discrimination n'est pas seulement d'imposer une charge à certains et pas à d'autres, mais c'est également le fait de favoriser certains et pas d'autres. Autre disposition constitutionnelle invocable : l'art. 27 Cst la liberté économique, sous l'angle de l'égalité de traitement. Autre disposition qui entre en jeu : art. 37 al.2 Cst qui énonce que nul ne doit être désavantagé ou privilégié en raison de son droit de cité. Quid par rapport à la LMI ? Les restrictions de l'accès au marché au sens de la LMI peuvent très bien être aussi des mesures de contrainte ; on rendrait plus difficile en l'espèce avec la plaquette l'accès au marché pour ceux qui viennent dans l'extérieur.

Sur le fond, ce que Zorclub prévoit de faire ne joue pas. La commune est tenue de respecter les art. 8, 27 al.2, 37 al.2 Cst et la LMI ; édicter la plaquette en question serait contraire à ces dispositions. Quid si Zorclub le fait quand même ? Les discriminés auraient-ils un moyen de se plaindre, rappelant qu'il s'agit d'un acte matériel ? On pourrait imaginer une dénonciation de la commune à l'autorité cantonale de surveillance des communes et une demande d'intervenir. Quel serait le problème là pour les intéressés ? Il y aura peut-être des décisions, même si par une dénonciation on n'y a pas forcément le droit. Il faudrait une formalisation de la relation.

Les commerçants sont discriminés dans leur droit à ne pas subir de discrimination par un acte matériel qui est clairement illicite. On peut faire une demande d'action en constatation, une demande de modification ou une demande de cessation. Cela ressemble à l'art. 4a LPA/GE et l'art. 25 PA.

Mais on n'est ni à Genève ni dans l'exercice d'un droit fédéral. Mais on peut soutenir que même si les cantons n'ont pas de disposition analogue, ils doivent sur la base directe de la Constitution entrer en matière d'une demande de décision, d'abord de cesser l'acte matériel illicite, et éventuellement une demande constatatoire qui pourrait donner satisfaction. On applique les dispositions de 25 PA par analogie, et non pas directement, sur la base de l'art 29a Cst. On pourra ainsi obtenir une décision sur le caractère illicite d'un acte matériel. L'art. 9 LMI militerait aussi dans le même sens, en ce qui concerne la discrimination des gens extérieurs à la commune. Rappel : pour faire tout ce qui est précité il faut être touché directement dans ses droits.

c. Suspendre le service des Transports public champignaciens (TPC) le samedi et le dimanche, afin de réaliser de substantielles économies et libérer ainsi les voies publiques pour les automobilistes, « qui méritent au moins deux jours par semaine sans bouchons ». Zorclub vous signale que la loi cantonale sur les transports publics prévoit, dans un chapitre sur l'offre de service des transports

publics que « le service des transports publics communaux est assuré 7 jours sur 7 ». Il vous demande si des usagers des TPC auraient des moyens de droit pour contester cette suspension.

Genre d'action de l'état ici : mesure d'organisation du service public, donc fondamentalement un acte matériel. C'est assimilable à l'horaire d'ouverture des guichets, etc. Est-ce que cet acte matériel est conforme au droit ? Non, cette suspension ne serait pas conforme à la loi sur les transports publics cantonaux. Moyens pour contrer cet acte : les usagers ne sont pas touchés dans leurs droits exclusifs ici. Ils ne pourront pas contester la suspension par le biais de 25 PA ou 4a LPA/GE. Les seuls moyens sont des moyens politiques ou de nouveau la dénonciation aux cantons.

Zorglub vous signale encore qu'un projet d'introduire dans la loi cantonale de procédure administrative une disposition reprenant textuellement de l'art. 4A LPA/GE est actuellement en voie de finalisation. Il vous demande si la réponse à ses questions changerait une fois cette nouvelle disposition entrée en vigueur.

Pour la première hypothèse, cela ne change rien car on est parti d'une décision. Dans la deuxième hypothèse (celle de la brochure), cela changerait tout car cela nous simplifierait le raisonnement. On aurait une disposition qui dit clairement les choses mais finalement en dernier ressort le résultat restera inchangé. Quid de la troisième hypothèse ? Cela ne changerait rien car il n'y aurait toujours pas de droits et obligations des usagers qui seraient touchés.

Cas 2

Merlin Lanchauteur, fervent adepte des traditions druidiques, exploite une boutique dans laquelle il vend des produits « de bien-être », des « aliments spirituels » et des ouvrages ésotériques.

Récemment, Bob Sarasthoustra, haut responsable du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé du canton de Genève, a mis en garde, dans plusieurs interviews dans la presse, contre divers produits vendus par Merlin, produits dont il a mis l'efficacité en doute, laissant entendre qu'ils pourraient même être dangereux.

Merlin a été très touché par ces critiques, au point qu'il a dû être admis à l'Hôpital cantonal de Genève pour un ulcère.

Pendant son séjour à l'hôpital, Merlin a exigé de recevoir la visite de Roger Panoramix, druide, qu'il a présenté comme son conseiller spirituel. M. Panoramix n'a cependant pas été admis à pénétrer dans l'hôpital en raison de son accoutrement étrange et du fait que, ne cessant de psalmodier à haute voix, il dérangeait les patients.

Merlin a également demandé à pouvoir prendre ses repas en dehors des heures normalement prévues à cet effet, afin de maintenir ses habitudes. L'infirmière responsable lui ayant indiqué que ce n'était pas possible, Merlin a exigé de recevoir une décision en bonne et due forme, susceptible de recours. Il n'a reçu aucune réponse à ce sujet.

Etant finalement sorti guéri, Merlin vous consulte et vous demande ce qu'il peut faire contre les déclarations de M. Sarasthoustra, qu'il considère comme parfaitement infondées et lui ayant fait perdre plusieurs milliers de francs de bénéfice. Il voudrait aussi contester le fait qu'il n'a pas pu recevoir la visite de son conseiller spirituel lorsqu'il était hospitalisé et le refus de rendre une

décision au sujet de l'horaire de ses repas. Veuillez lui indiquer si des voies juridiques s'offrent à lui en laissant ouverte la question de savoir si, sur le fond de chacun des problèmes qu'il soulève, il a tort ou raison.

Les déclarations de M. Sarasthoustra sont des déclarations orales en tant que haut responsable. C'est un acte matériel. Le fait qu'on ait pas laissé entrer Panoramix est un acte matériel d'organisation de service (et non pas une décision !). Quid de l'heure des repas ? C'est manifestement la même chose, donc un acte matériel.

Comment Merlin peut-il faire vérifier juridiquement ces actes / les contester ? On admet son point de vue pour pouvoir lui répondre. Premièrement, concernant les déclarations de Sarasthoustra, on peut imaginer une action en responsabilité fondée sur la LREC (responsabilité de l'état) dirigés contre l'état de Genève. Merlin devra démontrer le dommage de Sarasthoustra et le lien de causalité. C'est la difficulté de l'action en responsabilité. Autre moyen ? 4a LPA/GE, on a un acte illicite ici qui atteint Merlin dans ses droits et dans sa personnalité ainsi que dans l'exercice de son activité économique. En vertu de l'art. 4 LPA/GE, il pourra demander la cessation du trouble, la réparation des conséquences de l'acte illicite. Quelle serait la manière de le faire ? Exiger qu'on fasse une déclaration en rectification. Merlin pourra faire recours contre une éventuelle décision qui refuserait cette déclaration en rectification.

Deuxièmement, quid de la visite de Panoramix ? Le droit de patient de Merlin est violé, mêmes si on avait de bonnes raisons de lui refuser la visite de son conseiller spirituel. Savoir si il a raison ou pas est une autre histoire. Que peut-il faire ? Art. 41 LS qui prévoit qu'il peut saisir la Commission, fait renforcé à l'art. 8 et 9 de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (LComPS). C'est un exemple typique de plainte formalisée. C'est également une décision qui sera sujette de recours.

Troisièmement, quid de l'heure des repas ? Ici pas de droit de patient violé, ni de droit fondamental violé. On n'est pas dans un cas où il pourra exiger une décision, il n'y a pas eu de déni de justice formel. Merlin ne peut strictement rien faire ici.

Cas 3

Paco Théand-Bource, play-boy international, gère ses affaires depuis son yacht, le Matuvu IV, qui croise au large des plus belles plages et des boîtes de nuit les plus branchées de Méditerranée. Les bijoux technologiques dernier cri dont il dispose lui permettent de régler la plupart de ses problèmes tout en se bronzant. Il a dû néanmoins confier un certain nombre de tâches à son conseiller financier, Aldo Diez, qui a une formation d'expert-comptable et dirige un petit cabinet fiduciaire à Genève. Paco a notamment demandé à Aldo :

a.) De recourir auprès du Tribunal administratif de première instance (TAPI) contre un retrait de permis de conduire de 4 mois pour excès de vitesse infligé à Paco par l'Office cantonal genevois des automobiles et de la navigation (OCAN).

b.) D'agir auprès des autorités compétentes genevoises pour que l'association d'entraide des ex-millionnaires, qui vient en aide aux financiers ruinés, obtienne l'exonération fiscale prévue pour les institutions d'utilité publique.

Aldo peut-il valablement représenter Paco pour ces deux démarches ?

La représentation est réglée à l'art. 9 LPA/GE. Conditions : 1) pas d'obligation d'agir personnellement 2) lien de parenté entre le représentant et le représenté 3) l'avocat, présumé compétent ou un autre mandataire professionnellement qualifié pour la cause dont il s'agit.

Pour la cause a.), l'expert comptable n'est pas qualifié. C'est une procédure judiciaire qui ne concerne pas des causes fiscales. Donc pas possible.

Pour la cause b.), on est dans une procédure non contentieuse où on est un peu plus libéral. De plus c'est du fiscal donc l'expert comptable pour représenter Paco.

DOCUMENT DE TRAVAIL 9

Cas 1

Par contrat du 3 novembre 2010, la ville d'Y., dans le canton de X., avait confié à l'association « Jeune Théâtre » la gestion d'un projet intitulé « Accès au théâtre ». Par cette convention, l'association s'engageait notamment à produire deux spectacles par an destinés au jeune public. Le prix des billets devait être approuvé par le service municipal de la culture, afin de garantir qu'il reste abordable pour les jeunes. De son côté, la ville de Y. s'engageait à verser à l'association, pour la production de ces deux spectacles, une subvention annuelle de 300'000 frs, augmentée de 10'000 frs chaque année. Le contrat a été conclu pour une période de dix ans à compter du 1er janvier 2010.

Par ailleurs, chaque année depuis sa fondation, en 1995, l'association a reçu une subvention variant entre 400'000 et 500'000 frs pour soutenir ses autres productions, destinées au grand public. Cette subvention était fondée sur l'art. 32 de la loi du canton de X. sur les communes, qui prévoit que, parmi les tâches des communes, figure le soutien à la culture, aucune autre disposition de droit cantonal ne traitant d'éventuelles subventions dans le domaine du théâtre.

Confronté à une grave crise des finances municipales, le parlement de la ville d'Y. a décidé de réduire de plus de la moitié le crédit affecté aux activités culturelles dans le budget 2014.

En conséquence, le maire de la ville a informé l'association qu'en 2014 seule la moitié de la subvention destinée aux spectacles du projet « Accès au théâtre » lui serait versée et qu'aucune autre subvention ne lui serait accordée.

Catastrophé, le comité de l'association vous consulte pour vous demander s'il peut, sur le fond, contester juridiquement ces mesures (ne vous préoccupez pas de l'éventuelle procédure de contestation).

Fondement juridique de la subvention : contrat de droit administratif. On va partir de l'idée que ce contrat est valable. Si la subvention de la commune est fondée sur le contrat, quelle est la nature du droit de l'association à cette subvention ? On peut se poser la question si c'est un droit acquis : selon le principe « pacta sunt servanda », on est bien en présence d'un droit acquis. Ce principe donne une stabilité plus grande au droit créé par un contrat.

Premier aspect : Dans cette mesure là, le fait qu'il y ait une crise de finances de la commune permet-il juridiquement à la commune de se libérer de son obligation, sans tenir compte du droit acquis de l'association ? Le seul moyen de supprimer le droit acquis c'est par une restriction spécifique à la propriété : l'expropriation du droit acquis. Conditions de l'expropriation : a.) Base légale b.) Intérêt public prépondérant c.) Proportionnalité d.) Indemnisation pleine et entière du droit acquis (donc 340'000 frs). Il n'y a pas d'intérêt logique d'exproprier ce droit en raison de l'indemnisation qui serait due. Quand la prestation porte sur une somme d'argent, il est souvent pas intéressant d'exproprier le droit. Il y a là dedans un intérêt lorsqu'il s'agit d'une prestation en nature, comme p.ex une mise à disposition du domaine public (telle une concession). De toute façon, il n'y a pas de base légale.

En conclusion, lorsque l'association aura trouvé un moyen procédural de contestation pour refuser

cette diminution de subvention, elle pourra y s'opposer puisqu'elle y a entièrement droit.

Deuxième aspect : l'association recevait depuis 1995 une subvention entre 400'000 et 500'000 CHF. L'association pourrait elle avoir des arguments juridiques pour s'opposer à un refus de subvention en 2014 ? Quel est le fondement juridique ici ? L'art. 32 de la loi cantonale ne parle que de soutien culturel et non pas de subvention. On interprète largement cet article, qui donne la compétence à la commune de verser des subventions mais certainement pas comme donnant un droit. Donc l'association ne peut pas exiger sa subvention en se fondant sur la loi. Autre moyen : le temps ? La répétition d'une décision ne crée pas de droits acquis. Le fait que pendant des années on a ponctuellement reçu des subventions ne suffit pas en tant que tel de créer un droit acquis (évidemment en l'absence de garanties particulières qui auraient fait qu'on aurait promis les subventions, il n'y a pas de telles garanties en l'espèce).

VARIANTE 1

L'hypothèse est la même que dans la version de base, avec la différence suivante : lors de l'octroi de la subvention pour les productions « grand public » pour l'année 2013, qui se montait à 500'000 frs, l'autorité compétente avait précisé dans sa décision : « compte tenu des explications données par l'association et en particulier de la nécessité de programmer un projet d'envergure sur une période étendue, le renouvellement de la présente subvention en 2014 pour un montant identique est d'ores et déjà garanti afin de permettre à l'association de prendre les engagements nécessaires ». Cela change-t-il la position juridique de l'association ?

Cas de figure : on est dans le degré supplémentaire comparé à l'hypothèse de base. Il y a une garantie expresse que la même décision sera prise en 2014 (promesse claire et expresse de renouvellement). Il y a eu création d'un droit acquis par décision, avec explication du « projet d'envergure » et d'une promesse explicite de renouveler le droit à la subvention.

VARIANTE 2

La commune a décidé le maintien pour 2014 des subventions versées à l'association, ce qui vient d'être confirmé à celle-ci par écrit par le maire de la ville. Cependant, l'association, en proie à de graves difficultés internes souhaite transférer le droit aux subventions accordées, mais non encore versées, pour 2014, à la fondation privée qui gère le Théâtre municipal. Est-ce possible?

Le transfert peut se faire mais avec une autorisation. Dans les subventions culturelles, c'est l'identité qui est importante. Si on donne la subvention on donne à une troupe, la collectivité estime qu'elle concrètement mérite d'être subventionnée et pas n'importe quelle troupe. L'accord de la commune seule ne suffira peut être même pas. On n'est pas ici dans un cas où on peut transférer la subvention même avec l'accord de la commune ; ce que la commune peut faire, c'est de suggérer à la commune de subventionner le Théâtre municipal.

VARIANTE 3

L'hypothèse est la même que dans la variante de base, mais la commune invoque le fait que l'art. 32 de la loi cantonale sur les communes a été modifié au début du 2013 avec l'adjonction d'un alinéa qui a la teneur suivante : « les communes ne sont pas autorisées à accorder des subventions irrévocables par voie contractuelle ».

Fondamentalement les droits et obligations résultant de contrats sont des droits acquis, opposables au législateur. Donc pour les anciens contrats, les droits déjà acquis ne pourront pas être remis en cause (sauf cas d'expropriation, cf infra).

Cas 2

Arnolphe, 64 ans, maître d'hôtel dans un grand restaurant, sportif et élégant, séducteur invétéré, s'est installé il y a quatre ans, avec sa jeune épouse et leurs deux enfants, comme locataire, dans un bel appartement d'un immeuble de type HLM propriété de la coopérative dont il est membre. L'immeuble, situé dans la banlieue de la Ville de Genève, venait d'être construit par la coopérative au bénéfice d'un subventionnement fondé sur l'art. 23 de la loi générale sur le logement et la protection de locataires du 4 décembre 1977 (LGL - RS/GE I 4 05).

Il y a quelques mois, l'épouse d'Arnolphe, lassée de ses frasques conjugales, a quitté le domicile conjugal et s'est installée dans le canton de Vaud avec ses enfants. L'appartement étant désormais sous-occupé, Arnolphe a dû, dès le début de cette année, payer une surtaxe au sens de l'art. 31 LGL. Afin d'éviter de continuer à payer cette surtaxe, il souhaite signifier au département compétent sa renonciation avec effet immédiat à la subvention de l'Etat en ce qui concerne son logement.

Arnolphe vous demande ce que vous pensez de cette idée, étant précisé que la coopérative n'y voit, quant à elle, aucune objection.

Par ailleurs, Arnolphe, tout à sa rancœur à l'égard de son épouse, entend organiser son insolvabilité dès sa retraite. A cette fin, il souhaite notamment renoncer dès maintenant et définitivement à la rente AVS qu'il devrait toucher prochainement, pour éviter que celle-ci ne soit, le cas échéant, saisie pour payer la pension alimentaire de ses enfants. Il vous demande quelle démarche il doit accomplir dans ce but.

Premièrement, s'agissant de la renonciation à la subvention de l'Etat avec effet immédiat, pour ne plus payer sa surtaxe : comment marche le système de subvention selon la LGL ? Pour faire tourner notre immeuble (pour que la coopérative ne tombe pas en faillite), il y a en gros trois éléments à payer : intérêts hypothécaires, frais de l'immeuble (entretien, concierge, etc) et rémunération équitable des fonds propres (l'investisseur reçoit un rendement). L'état locatif = ensemble des loyers, qui doivent permettre de couvrir les charges. Avec ça, on arrive à un loyer qu'on appelle le loyer économique. L'Etat verse une subvention qui permet de se contenter d'un loyer locatif plus petit, donc d'un loyer effectif plus bas. Le locataire bénéficie ainsi d'un loyer plus bas : il ne reçoit pas directement la subvention mais il en est bénéficiaire. Donc ici, Arnolphe bénéficie qu'indirectement d'une prestation de l'Etat, grâce au loyer artificiellement baissé grâce à la subvention de l'Etat au propriétaire de l'immeuble. Art. 30 ss LGL a prévu un système appelé le taux d'effort (pourcentage du revenu qui doit être consacré au loyer : ce pourcentage est normalement de 20% pour une occupation d'une pièce en + que le nombre de personnes. Si deux pièces ou plus, 28%, donc le cas d'Arnolphe puisque sa femme et ses enfants sont partis).

- Loyer théorique = revenu déterminant x taux d'effort.
- Bareme d'entrée au delà duquel on ne peut pas entrer dans le logement : loyer effectif (calculé avec le plan financier de l'immeuble et en tenant compte de la subvention) divisé par

le taux d'effort, donc $LE/TE = BE$. Aussi possible de faire $LE = BE \times TE$ (situation de départ).

On peut imaginer que le revenu augmente. Si le revenu augmente, si le loyer théorique est toujours égal au loyer effectif, le taux d'effort va diminuer et risque de se retrouver en dessous du taux prévu par la loi, ce qu'on veut éviter. De même il est possible que le taux d'effort augmente, le revenu ne bouge pas et le loyer théorique sera bien plus élevé que le loyer effectif, ce qui est le cas d'Arnolphe. Le but c'est que le loyer effectif soit payé. C'est là qu'intervient la surtaxe (pour compenser) : $LT = LE + \text{surtaxe} = \text{revenu déterminant} \times \text{taux d'effort}$.

Est-ce que la surtaxe est un loyer ? Non : elle est payée à l'Etat et pas au propriétaire. Ce n'est pas une sanction non plus, ni une amende. Peut-on dire que la surtaxe est rien d'autre qu'un remboursement de la subvention qui permet de diminuer le loyer ? Non. La surtaxe ne dépend que du taux d'effort et du revenu : si un des deux augmente, la surtaxe augmente. Mais la subvention elle, est indépendante. La surtaxe n'est donc pas un remboursement, c'est une charge de préférence (sorte d'impôt) qui vise ici à compenser le fait qu'une personne n'a plus le droit d'être dans un logement social parce qu'elle dépasse le barème d'entrée. Le but est cette compensation, mais aussi un autre but très concret, celui de donner un droit au logement à ceux qui en ont besoin en faisant payer cher aux locataires qui ne méritent pas ces logements (donc de les faire fuir).

En somme, la proposition d'Arnolphe est inacceptable car la subvention et la surtaxe ne sont pas liées. De plus, le but ce n'est pas d'avoir moins de logements subventionnés et le logement d'Arnolphe sortirait du système et serait parfaitement contraire au but de l'Etat. Par contre, il y a quelque chose à laquelle Arnolphe peut parfaitement renoncer : à son droit d'habiter au logement, lié au bail. Il peut quitter le logement et à ce moment là il ne paiera plus la surtaxe : il trouvera sans problème quelqu'un pour racheter sa part de coopérative.

Deuxièmement, s'agissant de la renonciation à la rente AVS. Théoriquement on peut renoncer, mais par écrit et on peut toujours révoquer la renonciation. On ne peut pas y renoncer si le but c'est de précarité des autres, ce qui est clairement le but d'Arnolphe ici.

Cas 3

Aldebert Lezappeur, graphiste et vidéaste, possède une petite entreprise notamment active dans les enseignes et la signalétique lumineuse. Il doit payer à l'Administration fédérale des contributions (AFC) un montant de 10'000 frs de TVA pour la période de décompte venue à échéance le 30 septembre 2013. Etant passagèrement en manque de liquidités, il souhaiterait régler tout ou partie de ce montant par compensation en raison de l'une ou l'autre des circonstances suivantes. Cette manière de faire est-elle aujourd'hui possible?

a. Aldebert a réalisé la signalétique intérieure du nouveau siège de la FINMA. Sa facture de 10'000 frs, remise début octobre, indiquait le délai de paiement usuel de 30 jours.

Une compensation entre une créance d'un administré et l'Etat peut se faire aux conditions suivantes : il faut que le créancier et le débiteur soit dans un même rapport, les créances doivent porter sur un objet de même nature (en pratique souvent pécuniaire vis à vis de l'Etat, mais possible avec pétrole ou riz), il faut que la créance soit exigible et il faut que sa dette (la créance de l'Etat) soit exécutable. Si c'est une demande qui émane d'un administré et que la créance de l'Etat est

fondée sur le droit public, il faut l'accord de l'Etat.

A la date de ce lundi 18 novembre, est-ce que ce serait possible ?

Pour pouvoir compenser vis à vis de l'Etat, il faut que le créancier et le débiteur soient les mêmes personnes. Il faut un objet de même nature (= on va compenser des créances pécuniaires en pratique). Pour la personne qui veut compenser, sa dette doit être exécutable. Il doit avoir le droit de payer (= il ne paye pas prématurément). Quand à sa créance, elle doit être exigible. Une dette est exécutable dès qu'on peut payer et exigible dès qu'on doit payer. Ce que lui doit être simplement payable, exécutable. Il faut ensuite l'**accord** de l'administration si la créance de l'administration est fondée sur le **droit public**. (Si on est dans un contrat, droit privé, on peut compenser sans son accord). Ici, la créance de l'administration est les 10'000 CHD de TVA. Est-ce que c'est une créance fondée sur le droit public ? Oui. Est-ce qu'elle est exécutable ? Oui. Il a 60 jours pour payer. Le délai viendra à échéance le 20 novembre.

En l'espèce, créance de TVA de 10'000 CHF. Compensation pas possible, la FINMA n'est pas une institution de la Confédération / de l'Etat, la condition d'identité de créancier et débiteur n'est pas remplie.

b. L'Office fédéral de la culture (OFC) a alloué à Aldebert une subvention de 20'000 frs pour la réalisation d'une installation vidéo avant-gardiste présentant la vie et l'œuvre d'Henri Dunant. La décision d'octroi de subvention prévoyait que les 20'000 frs en question seraient versés le 1er octobre 2013 et que l'installation devait être terminée pour la fin de cette année. A ce jour, Aldebert n'a encore pas reçu un centime de l'office.

On a les mêmes créanciers et débiteurs. La dette d'Aldebert est exécutable. Est-ce que sa créancier est exigible ? Oui dès le 1^{er} octobre. Il faut encore le consentement de la Confédération car fondé sur le droit public. Aldebert a bien le droit de payer sa TVA (elle n'est pas encore exigible mais il peut payer maintenant). Sa créance est exigible. Enfin, il faudra l'accord de l'OFC.

c. La subvention mentionnée à la lettre b a été accordée en janvier 2005, la décision d'octroi prévoyant un versement le 1er février 2005. Aldebert n'a cependant rien reçu à ce jour et, trop timide, il n'a jamais osé réclamer quoi que ce soit.

Ce genre de créances se prescrivent par 5 ans (32 al.1 LSU). Le délai a commencé à courir en 2005, il est échu et n'a jamais été interrompu. Sa créance n'est plus exigible et il ne peut plus compenser. Prescription. Art. 32 de la loi sur les subventions. Les subventions se prescrivent par 5 ans. Sa créance adj n'est plus exigible car elle est prescrite depuis longtemps et était déjà prescrite le 1^{er} octobre au moment le plus tôt où il pouvait compenser. Il ne peut pas invoquer (120 III CO) la compensation.

d. Dans l'hypothèse précédente, Aldebert avait adressé, en décembre 2009, une lettre comminatoire à l'OFC pour exiger le versement de la subvention en cause.

La prescription peut être interrompue par toute demande (différence avec péremption). La lettre envoyée en 2009 a interrompu le délai. La sommation n'est pas une suspension. Le délai n'est pas échu et avec l'accord de l'OFC Aldebert pourra compenser.

DOCUMENT DE TRAVAIL 10

Cas 1

Pour chacun des actes annexés (pièces 1 à 10 figurant à la fin du présent document), veuillez indiquer leur nature juridique et, s'il s'agit d'une décision, en préciser les caractéristiques.

- Pièce 1* : Décision de retrait de permis de conduire. La loi de procédure administrative (LPA) prévoit que l'autorité doit clairement montrer qu'elle rend une décision, cette désignation dans le titre du courrier n'est donc pas étonnante. Caractéristiques : elle a été prise par l'Office cantonal des automobiles et de la navigation (aujourd'hui il s'appelle l'Office cantonal des véhicules), donc pas une autorité administrative. C'est un acte de souveraineté, fondé sur le droit public fédéral (la LCR). Il est unilatéral, individuel et concret. Cet acte touche le droit de conduire, on annule ce droit / on crée une obligation de s'abstenir de conduire pendant la durée de retrait (un mois). Il s'agit d'une décision formatrice (on modifie la situation juridique de la personne). C'est une décision prise d'office (et non pas sur demande) et finale (et non pas incidente) : le recours est possible parce qu'elle est finale. Ici du point de vue de l'autorité la procédure est terminée et que la seule chose qui peut la prolonger est un éventuel recours (c'est le critère pour démontrer que c'est une décision finale). Effet de la décision : limitée dans le temps (un mois). Pourquoi est-ce important de le savoir (et que ce n'est pas juste descriptif) ? L'effet s'éteint automatiquement à l'échéance du délai ; à son échéance il ne faudra aucune nouvelle décision ni aucun autre acte. On retrouve en principe dans toutes les décisions on trouve les voies de recours, l'identité du destinataire, la motivation de la décision et comme résultante de la motivation on a ce que dit la décision, c'est-à-dire le dispositif de la décision. En l'espèce, le dispositif est : « le permis de conduire toutes catégories et sous-catégories vous est retiré » + « durée du retrait : 1 mois » et « il est mis à votre charge un émoulement de 180.00 F ». En l'espèce, la motivation est : à partir de « infractions retenues (...) » jusqu'à « (...) minimum légal ». + le chiffre 1 et 4 de la première page. Le chiffre 3 et l'inscription dans le registre ADMAS ne sont que des informations.
- Pièce 2* : C'est marqué « décision d'avertissement ». Est-ce vraiment une décision ? C'est individuel et concret. On note que le droit applicable est la LCR. Pour être sûr que c'est une décision, on aimerait trouver l'indication dans la loi (précisément à l'art. 16a LCR) : l'auteur d'une infraction légère fait l'objet d'un avertissement (al.3). Ce qui est visé à l'al.3 (en relation avec la lecture de l'al.4) c'est un avertissement formalisé par la loi elle-même ; il y a d'ailleurs des effets juridiques au fait qu'on ait un avertissement (p.ex art. 16a al.2 LCR, la « mesure administrative » peut être l'avertissement, il y a donc bien une conséquence). On est donc bien ici sur une décision de type formatrice (stigmatisation officielle, enregistrement dans le dossier, etc), finale. Quid de la durée ? On peut dire en soit que c'est ponctuel, maintenant à quel moment « remet-on le compteur à zéro » ? Art. 16a al.2 LCR : « au cours des deux années précédentes ». L'effet de menace dure deux ans, cependant la durée est fixée dans la loi mais pas dans la décision elle-même.
- Pièce 3* : Le courrier est individuel et concret. Est-ce une décision ? Non, car aucune mesure n'est réellement prise. On se contente de « passer un savon » à la personne et même si le mot avertissement figure dans la lettre cela ne signifie pas que c'est un avertissement au

sens d'une loi (cela n'existe plus au sens de la LPers) et il n'est pas non plus indiqué qu'Achille voulait prononcer un blâme formel au sens de la loi. Ce n'est donc pas un acte juridique, activité informelle. Lefuneste ne peut pas recourir contre ce courrier.

- Pièce 4* : autorisation de construire délivrée par le Département de l'urbanisme (DU). C'est une décision individuelle et concrète qui accorde un droit administré, fondée sur du droit public cantonal. C'est bien une autorité qui prend cette décision ; est-elle formatrice ? Si on remplit les conditions de construire a-t-on automatiquement droit à une telle autorisation ? L'autorité est-elle libre ou pas de me donner une telle autorisation ? Non, elle doit la donner, on a le droit à cette vérification ; l'autorité doit vérifier simplement que je remplis les conditions. La décision en l'espèce est donc une autorisation, et non pas constatatoire (qui ne sert qu'à clarifier les choses). En effet, sans l'autorisation, il n'a pas le droit de faire sa construction. Motivation : « Vu la requête précitée (...) article 9 LDTR ». Dispositif principal : « Le département accord l'autorisation sollicitée ». Ce qui suit cette phrase sont les éléments accessoires. Eléments 5 à 8 : vrais éléments obligatoires. Comment déterminer si quelque chose est accessoire ? On se demande si on peut les enlever et si elle aurait un sens tout de seul : en enlevant les chiffres 5 à 8 et en laissant simplement que l'autorisation est accordée ne poserait pas de problème. En l'espèce c'est une charge ; l'autorité emploie souvent le terme de conditions mais il s'agit en réalité d'obligations qui viennent en contrepartie de l'autorisation principale ; si elles ne sont pas respectées il y a un risque de différents types de mesures (ordre d'exécution, sanction, etc). En l'espèce il s'agit d'un effet durable, illimité dans le temps, car une fois que le bâtiment sera construit, il sera toujours là avec une autorisation.
- Pièce 5* : Préavis de la police du feu, émanant du Département de l'urbanisme (DU), donc d'une entité étatique. Cet acte est individuel, concret, concernant une construction en particulier, fondé sur des dispositions du droit cantonal sur la sécurité en cas d'incendie. Est-ce une décision ? Il faut que cela crée, constate, modifie des droits ou des obligations ; ce n'est pas le cas en l'espèce. Cet acte ne crée aucun droit, même de nature procédurale. L'existence de ce préavis aura une incidence, surtout si l'autorité s'en est écartée. C'est un acte administratif interne ou acte matériel. Si on a demandé à bien plaie c'est plutôt un acte matériel, si la loi l'exige c'est plutôt un acte administratif au sens étroit car il aura à ce moment la une valeur juridique. Directement, cet acte n'entraîne pas de conséquences juridiques. Quid si ce préavis ne plaie pas aux intéressés ? Rien. On pourra éventuellement le critiquer ensuite mais pas de recours possible ; possible de le remettre en cause en cas de recours dirigé contre une décision finale.
- Pièce 6* : Ouverture d'une procédure d'examen concernant la concentration Tamedia/PPSR (Edipresse). C'est une autorité (Commission de la concurrence), individuelle, c'est concret. Est-ce une décision ? On peut argumenter dans le sens d'une décision incidente. Si c'est le cas, quels en seraient les effets juridiques et les conséquences ? Le fait d'ouvrir une procédure a pour effet de suspendre la concentration selon les art. 32 et 33 LCart (premier avis de C. Bovet dans la première édition du Commentaire romand sur la concurrence, aujourd'hui autre avis mais Tanquerel soutient le premier avis ; les deux positions sont valables, donc soit que ce n'est pas une décision, soit que c'est une décision incidente. À motiver).
- Pièce 7* : Cette annonce ne met pas fin à la procédure. Est-ce une décision incidente ou pas ?

Ici c'est un moyen d'indiquer aux parties qu'il y a une procédure en cours pour qu'ils décident si ils veulent faire valoir leur droit d'être entendu, leur qualité de partie, etc. Il s'agit d'un acte matériel. Pure information : « Les parties peuvent se voir obligées de désigner un ou plusieurs représentants et de payer les frais de procédure et les dépens (art. 30a al.3 PA) ». Il y a un point de cette communication où l'on peut se demander si on n'est pas en présence d'une décision incidente : il faut s'annoncer dans un délai de 30 jours (!). L'art. 30a PA dit seulement que le délai doit être suffisant et la Commission a décidé que le délai de 30 jours suffisant ; là elle fixe le délai. La fixation de délai est une décision incidente et on pourrait imaginer que quelqu'un fasse recours même si pour un délai de 30 jours c'est peu probable (mais si c'est un délai de 2 jours c'est beaucoup plus probable surtout si c'est évident que la Commission aurait fixé un délai aussi court pour empêcher les gens de s'annoncer à temps). Cependant il vaut mieux avoir une conception plutôt large ; la jurisprudence et la doctrine ne se prononce pas sur la nature juridique de la fixation de délai.

- *Pièce 8* : Décision générale, sur un tronçon de route bien définie ; donc concret mais générale, concernant un nombre indéfini de conducteurs / nombre indéterminé de situations. Selon la doctrine (quasi unanime) et la jurisprudence les décisions concernant la réglementation sur les routes et le trafic sont des décisions générales.
- *Pièce 9* : courrier / lettre émanant d'une autorité (DU), fondée sur l'Accord intercantonal sur les marchés public (AIMP, droit public cantonal), individuel, concret. C'est une adjudication : l'offre de l'entreprise n'a pas été retenue. Pour elle c'est une décision négative. Théorie de l'acte détachable : on détache du contrat une décision préalable de faire un contrat (on doit d'abord décider par une décision administrative avec qui on fera un contrat de droit privé).
- *Pièce 10* : L'acte est intitulé : « Décision générale » de l'Office fédéral de la santé publique. Art. 19 Loi sur les entraves techniques au commerce (LETC) : Si la protection d'intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 4, al. 4, let. a à e, l'exige, les mesures prévues à l'al. 4 sont prises sous la forme d'une décision de portée générale » (al.7). Le législateur a décidé de le préciser lui-même ; le législateur l'a fait afin d'ouvrir un recours (particulièrement flagrant en l'espèce). Remarque : le TF a également jugé ainsi dans le cas d'un changement total de fonction d'un policier.

Cas 2

Confronté à des recettes fiscales en nette baisse, le Conseil municipal d'une grande commune de la campagne genevoise a décidé, lors de l'adoption du budget communal, de réduire de 80% la ligne budgétaire consacrée aux subventions en faveur des associations sportives de la commune. Le budget a été adopté, avec cette réduction, la semaine passée, à une très large majorité du Conseil municipal.

Catastrophées, les associations sportives actives dans la commune, au nombre d'une douzaine, vous consultent. Elles vous expliquent vouloir « contester par tous les moyens juridiques », une décision qu'elles jugent déraisonnable, totalement disproportionnée et inique dans sa soudaineté et sa brutalité. Elles vous demandent comment procéder.

Est-ce que les associations vont pouvoir contester juridiquement cette coupe budgétaire ? Non ; le

budget est un acte administratif au sens étroit. S'agissant de ceci, c'est un acte juridique avec des effets juridiques (surtout au niveau des dépenses plus qu'au niveau des recettes), autorisation donnée à l'exécutif. Elles ne sont pas passibles de recours, le budget est interne à la machine étatique. Le fait qu'un budget soit prévu en notre faveur dans le cadre d'une subvention ne nous donne encore aucun droit, ce droit n'interviendra qu'après une décision de la commune. Les associations pourront lancer un referendum politique, une initiative, des manifestations, etc mais ne pourront pas juridiquement recourir contre la coupe budgétaire.

Cas 3

Perséphone était, jusqu'il y a quelques jours, fonctionnaire au sein de l'administration genevoise, régulièrement affiliée à la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat (CIA). Au lendemain de ses 45 ans, qu'elle a fêté le 1er septembre dernier, elle a décidé de démissionner pour le 31 décembre 2013, afin de se consacrer à la peinture à Tahiti, où elle va s'installer dans quelques jours. Perséphone a reçu jeudi passé un courrier de la CIA lui indiquant que, puisqu'elle quittait définitivement la Suisse, sa prestation de libre passage, d'un montant de 312'000.-- frs lui serait versée en espèces dès que la caisse aurait reçu de sa part les instructions nécessaires quant aux modalités de ce versement. Si Perséphone est satisfaite de recevoir ladite prestation, elle l'est beaucoup moins du montant annoncé, qui, d'après ses calculs, devrait s'élever à près de 450'000.-- frs. Elle ne comprend pas pourquoi elle n'a pas été entendue avant que la CIA ne décide du montant de cette prestation et entend en tout état de cause recourir contre le courrier que la caisse vient de lui adresser.

Perséphone vous informe également qu'elle a eu un accident il y a quelques mois, qui lui a laissé de graves séquelles d'audition. Elle a contacté son assurance LAA en vue d'obtenir une indemnité pour atteinte à l'intégrité corporelle. L'assurance lui a répondu hier par courrier qu'elle allait bénéficier d'une indemnité de 2'500.-- frs pour son atteinte à l'intégrité corporelle. Perséphone n'est pas du tout satisfaite du montant de l'indemnité et désire recourir contre ce courrier.

Elle vous demande ce que vous en pensez.

Il faut que ce courrier soit une décision afin que Perséphone puisse faire recours. Le droit applicable en l'espèce est la Loi sur la prévoyance professionnelle (LPP). Il faut que la LPP prévoit un système dans lequel les institutions de prévoyances rendent des décisions ; au contraire, lorsqu'il y a un litige sur les prestations fondées sur la LPP, la loi prévoit un tribunal qui connaît des contestations qui opposent institutions de prévoyance, employeurs et ayants droits (appliqué à Genève à l'art. 134 LOJ). Si on nous dit qu'un tribunal connaît des contestations, quid ? Cela signifie qu'il connaît des recours, or on nous dit jamais ça. On ne prévoit nulle part dans la LPP que les institutions de prévoyances (privées ou publiques) puissent rendre des décisions. Le législateur aurait pu leur déléguer la possibilité de rendre des décisions, il ne l'a pas fait. En matière de LPP on va au tribunal par voie d'action et dès lors la détermination de la CIA qui dit qu'on a droit à 312'000 CHF n'est pas une décision mais une simple prise de position : Perséphone devra faire action devant le tribunal et non pas recours contre une décision qui en l'espèce n'existe pas. Idem dans le cas d'une assurance-accident (LAA), renvoi à la LPGA, notamment l'art. 49. Pas de renvoi pour la LPP par contre. Donc deux systèmes différents en matière de LPP et de LAA choisis par le législateur. Donc possible pour Perséphone de faire recours contre la décision de la LAA.

DOCUMENT DE TRAVAIL 11

Cas 1

Goliath Hulk, chauffeur de poids lourds de son métier et domicilié à Genève, s'est blessé au dos en déchargeant son camion, il y a quelques mois. Ses douleurs dorsales persistant et l'empêchant d'exercer sa profession de chauffeur, il a réclamé de son assurance LAA, la Ducran-Lapoigne-Assurances (DLA), une rente d'invalidité. La DLA a refusé au motif que les maux de dos de Goliath ne seraient pas en relation de causalité avec l'accident. Elle a confirmé cette décision sur opposition.

Goliath a dès lors recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève, en réclamant une rente d'invalidité de 4'000.- frs par mois. Il a reproché à l'assurance de n'avoir pas ordonné d'expertise avant de prendre sa décision. Il a également demandé la récusation du juge Mandernier, au motif qu'il serait un ami d'enfance d'un des directeurs de DLA.

Ce printemps, la chambre des assurances sociales a notifié aux parties à quelques jours d'intervalle, d'abord le rejet de la demande de récusation, puis la mise en œuvre d'une expertise qu'il a confiée au docteur Ouze.

Hier, la chambre des assurances sociales a rendu un arrêt, dans lequel elle a jugé, sur la base de l'expertise, que les maux de dos sont bien en relation de causalité avec l'accident et qu'une rente doit donc être versée à Goliath, dont la capacité de travail doit être considérée comme nulle en tant que chauffeur de poids lourds. Mais la chambre des assurances sociales a considéré, toujours dans cet arrêt, que Goliath pourrait exercer une activité lucrative plus légère, n'impliquant pas le port de lourdes charges ni l'obligation de rester assis au volant de longues heures. Il a ainsi renvoyé la cause à l'assurance pour qu'elle effectue une enquête économique destinée à évaluer la perte de gain subie par Goliath et calcule ainsi le montant de la rente qui lui est due.

Veillez qualifier les diverses prises de position de la chambre des assurances sociales, en précisant si ces prises de position peuvent ou auraient pu faire l'objet d'un recours.

Droit applicable sur le fond : Loi sur les assurances accident (LAA) et au niveau de la procédure la LAA renvoie à la LPGA. On en est présence d'un arrêt de la chambre des assurances sociales, il y a eu recours et ces recours devant la chambre sont régis par la LPA/GE. Concernant les recours, on ira également regarder la LTF. La LPA pourrait s'appliquer d'une certaine manière.

Sur le fond : la LAA s'applique (art. 18ss LAA) sur la rente invalidité. Système : on calcule le taux d'invalidité (taux de rente) avec la situation de quelqu'un avant et après l'accident, avec ce qu'il pourrait gagner si l'accident n'avait pas survécu. Mais Goliath n'est pas entièrement paralysé : il peut encore travailler, seulement dans un travail plus léger et différent que celui de chauffer poids-lourd. Il faut que l'assurance regarde, ayant déterminé quel type de travail pouvait éventuellement être fait par l'intéressé ; combien il pourrait gagner dans ce travail là. Il n'est pas nécessaire de se demander si il y a vraiment des postes ouverts, ce n'est que théorique.

a.) Première prise de position : la demande de récusation de Mandernier par Goliath. La chambre refuse ici la récusation. Ce refus est-ce une décision ? Oui ; c'est individuel, concret, fondé sur le

droit public. Est-ce que cela touche/modifie des droits ou des obligations ? Oui, Goliath dit implicitement qu'il a le droit à un tribunal impartial, que Mandernier n'est pas impartial et qu'il a le droit à ce qu'il ne juge pas. En effet, on statue bien sur un droit. *On est donc bien en présence d'une décision.*

Quel genre de décision ? *Il s'agit d'une décision incidente* ; on est dans le cours de la procédure. Il ne s'agit pas du fond du litige ; l'affaire sera close quand on aura décidé de la rente de Goliath (si, et le cas échéant du montant, il a le droit à une rente). Puisque c'est une décision incidente, peut-on recourir tout de suite contre cette décision (notifiée au printemps) ? Aurait-il pu recourir contre cette décision immédiatement ? Oui, cela touche à une demande de récusation (art. 92 LTF) ; le recours sera fait au Tribunal fédéral, l'art. 92 al.1 LTF s'applique ; c'est une décision incidente notifiée séparément et touchant à la récusation. Manifestement Goliath n'a pas fait recours, est-ce qu'aujourd'hui après l'arrêt il peut recourir contre le refus de récusation (à supposer que cette décision ne lui était pas favorable) ? Non ; art. 92 al.2 LTF.

b.) Deuxième prise de position : le fait d'ordonner une expertise et le choix de l'expert. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce genre d'expertise est une décision incidente. C'est bien individuel, concret et fondé sur le droit public (la LPA). Est-ce que cela crée / modifie / etc des droits ou des obligations ? Goliath a droit à ce que les faits soient constatés par un expert (cela fait partie du droit d'être entendu, à ce qu'il soit donné suite aux offres de preuves pertinentes / utiles pour la solution de l'affaire). *Il s'agit donc bien d'une décision incidente*, puisque cela fait encore partie de la procédure. Quid du choix de l'expert ? Idem, il faut que l'intéressé puisse se prononcer sur le choix de l'expert, voire des questions qui lui sont posées. Doit-elle être attaquée tout de suite, d'après 92 LTF ? Ce n'est pas une décision sur compétence sur récusation ou sur compétence. On se tourne vers 93 LTF : est-ce que cela peut causer un dommage irréparable ? Non.

c.) Troisième prise de position : arrêt de la chambre, qui dit deux choses : a.) octroi de la rente sur la base de l'expertise mais b.) le montant de la rente doit être calculée par une enquête économique, parce qu'on estime qu'il peut malgré tout exercer une activité plus légère. Cet acte est bien individuel, concret, fondé sur le droit public et statue sur un droit, *c'est donc bien une décision*. Est-ce une décision finale qui clos l'affaire ? Non, on ne sait toujours pas combien il va toucher. Quid de la décision partielle ? L'art. 91 LTF définit la décision partielle comme mettant fin à la procédure pour une partie des consorts (pas le cas ici) ou une décision qui statue sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (pas le cas ici non plus). On a octroyé une rente dans le principe sans encore déterminer le montant, c'est donc toujours *une décision incidente*. Quid du renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure ? C'est aussi *une décision incidente* car ici l'autorité a encore une marge de manœuvre.

On ne peut attaquer cette décision que si elle est susceptible de causer un dommage irréparable : quid ici concernant le renvoi ? Pour Goliath, non ; il pourra toujours attaquer la décision finale de l'assurance. Et si Goliath estime qu'il ne peut pas exercer une activité lucrative, même légère ? Il devra faire valoir cet argument sur la décision finale, cela ne lui pose pas un préjudice considérable. Mais quid de l'assurance ? Est-ce qu'on peut exiger de l'assurance qu'elle attende la décision finale pour recourir ? Si elle ne peut pas recourir tout de suite, elle devra calculer une rente mais devra notifier une décision sur l'accord de la rente ; or l'assurance estime qu'elle ne doit aucune rente. Donc ici l'assurance est dans une situation impossible si on n'admet pas qu'elle peut recourir tout de suite. La jurisprudence a juste titre admet que lorsque dans une décision de renvoi, le renvoi

revient à obliger une autorité à rendre une décision sur laquelle elle n'est fondamentalement pas d'accord, elle a le droit immédiat de recours.

Remarque : l'autorité n'a pas d'obligation de notifier séparément les décisions. Simplement cela peut se trouver opportun et l'art. 92 LTF s'appliquera. Le fait d'ordonner une expertise par contre se notifie toujours séparément. À l'inverse il peut très bien arriver d'avoir un recourant qui demande plusieurs choses en même temps (récusation, interrogation de témoin, expertise, apport d'une masse de dossiers, etc) et si le recours est manifestement mal fondé, on peut très bien imaginer que l'autorité rende une seule décision en refusant la totalité.

Cas 2

Gordon Gekko était jusqu'il y a peu responsable des opérations de trading de la Banque Indépendante de Placements Bancaires et Investissements Privés (BIPBIP) et président du conseil d'administration d'une des filiales de celle-ci. Il y a trois mois, la BIPBIP a brusquement mis fin avec effet immédiat à toutes les fonctions de Gordon, au motif que celui-ci s'était rendu coupable de graves irrégularités dans le cadre d'opérations réalisées sur le titre XYZ. La BIPBIP s'appuyait sur un audit de la société W, qu'elle avait mandatée aux fins de réaliser une enquête interne sur les opérations en cause.

La BIPBIP a informé la FINMA du fait que Gordon avait été démis de toutes ses fonctions en son sein et lui a transmis le rapport de W. La FINMA a alors écrit à Gordon qu'au vu des informations en sa possession, la question se posait de savoir s'il présentait toutes les garanties de l'exercice d'une activité irréprochable auprès d'un établissement soumis à sa surveillance. Comme il n'exerçait plus de position requérant cette garantie (en d'autres termes parce qu'il a été licencié), la FINMA renonçait à ouvrir une procédure à son encontre, mais se réservait la possibilité de revenir sur ce point et d'en ouvrir une dès qu'il aurait l'intention d'occuper une position concrète requérant cette condition.

Gordon vous consulte. Il vous explique qu'il conteste fermement tous les reproches qui sont formulés à son encontre par la BIPBIP et le rapport de W. Il a réglé par une transaction son litige avec la BIPBIP. Il souhaite maintenant reprendre une activité dans le secteur bancaire. Cependant, il rencontre de grandes difficultés à intéresser un employeur ou un investisseur potentiel, compte tenu des circonstances de son départ de la BIPBIP. Il souhaite donc obtenir de la FINMA une décision constatant qu'il présente toutes les garanties d'une activité irréprochable au sens de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB – RS 952.0). Il vous demande si ce souhait peut être exaucé.

Il vous explique encore qu'il a une éventuelle piste d'emploi, comme directeur général d'une banque privée de bonne réputation. Il vous demande si, au cas où cette piste se concrétiserait, ce qui devrait être clarifié dans quelques semaines, cela changerait la situation juridique quant à la question qu'il vous pose.

Gordon souhaite obtenir une décision constatatoire ; le droit applicable sur le fond est la LB (loi sur les banques), la LFinma (Loi sur la FINMA) et du point de vue procédural on a la PA (loi fédérale sur la procédure administrative). Le problème en l'espèce touche à l'art. 3 al.2 let.c LB : « l'autorisation d'exercer une activité bancaire que si les personnes jouissent d'une bonne réputation et présentent toute garantie d'une activité irréprochable ». Le but ici est de protéger le

public, les créanciers, les épargnants. La FINMA, soit pourra refuser une autorisation lorsqu'elle est demandée, voire si en cours de route elle voit que cette condition n'est pas remplie, elle pourrait exiger d'une banque qu'elle se sépare du collaborateur (et si la banque ne le fait pas, elle risque de perdre son autorisation).

En résumé, la FINMA intervient au moment où une demande lui est fait mais aussi si la FINMA a des doutes en cours de route, elle pourra intervenir d'office. Est-ce que la FINMA est intervenue en l'espèce ? Non, elle n'a pas eu à intervenir car la banque elle-même s'est séparée de Gordon ; la banque a informé la FINMA qui à son tour en a notifié Gordon. Ce dernier veut avoir une décision qui constate officiellement qu'il remplit toutes les garanties. Où trouve-t-on les décisions légales pour avoir droit à une décision constatatoire ? Art. 25 PA qui prévoit les cas dans lesquels on a droit à une décision constatatoire ; ici le critère est l'intérêt digne de protection. On n'a pas ce genre d'intérêt si on a la possibilité d'une décision formatrice, ce qui n'est pas le cas pour Gordon. L'autre critère : il faut qu'il s'agisse d'une situation suffisamment actuelle et concrète. En l'espèce, Gordon veut simplement avoir une décision en général, dans l'abstrait ; en conclusion, Gordon ne pourra pas obtenir une telle décision.

La jurisprudence l'a précisé, même si les soupçons qui pèsent sur la personne sont totalement infondés : le fait que cela ne puisse pas être une décision constatatoire est justifié par le fait qu'il s'agit de quelque chose qu'on ne peut pas constater dans l'abstrait. C'est en fonction d'un poste bien particulier dans un cas bien particulier ; ce n'est pas un diplôme absolu. Ce n'est qu'en situation qu'on peut trancher une activité irréprochable et cela justifie qu'on soit stricte avec les exigences d'intérêt digne de protection.

VARIANTE : on a quelque chose de concret, il y a une banque déterminée, pour un poste déterminé. Dans ce cas là on pourrait admettre que comme garantie qu'il serait amené à donner à son futur employeur, il demande à la FINMA de rendre une telle décision.

Cas 3

Il y a quelques semaines, l'hôpital cantonal du canton de Z. (ci-après : l'hôpital) a signé avec la fédération des caisses-maladie dudit canton une convention sur le tarif applicable aux prestations ambulatoires de l'hôpital, convention entrant en vigueur dès le 1er janvier 2014. L'association cantonale des médecins (ACM) a vivement réagi à cette convention. Il y a un mois, elle a en effet demandé à la Commission de la concurrence (COMCO) d'ouvrir une enquête pour restriction illicite à la concurrence (art. 27ss LCart).

L'ACM considère en effet que le tarif des prestations prévu par la convention est artificiellement bas, en raison des subventions étatiques dont bénéficie l'hôpital. Les patients vont dès lors, selon elle, être incités à quitter les médecins de ville au profit de la consultation ambulatoire de l'hôpital, mouvement qui risque d'être encouragé par les caisses-maladie. Une diminution des revenus des médecins de ville de 10 % environ pourrait en résulter. L'ACM a inclus dans sa demande une requête tendant à ce que la COMCO ordonne sans délai aux parties à la convention de suspendre son application jusqu'à la clôture de l'enquête.

L'hôpital a répondu, au sujet de cette dernière requête, que la COMCO ne pouvait y donner suite, car la loi ne lui donnait aucune compétence à cet égard, seul le juge civil étant habilité à prendre ce genre de mesures.

Ayant reçu copie de cette réponse, le président de l'ACM vous demande si la COMCO va se prononcer sur sa requête de suspension de la convention et si elle va y donner une suite favorable.

Il s'agit d'une demande de mesure provisionnelle. Sur le fond, la COMCO peut entrer en matière, mais en attendant on lui demande de prendre une mesure provisionnelle. Aurait-elle le droit de le faire ? Droit applicable sur le fond est la LCart qui prévoit deux voies : civile et administrative. Les deux critères pour choisir sont : soit il s'agit de notre intérêt privé (alors voie civile), soit il s'agit d'un intérêt public, même si il correspond à notre intérêt privé (alors voie administrative). La LCart prévoit-elle quoi que ce soit sur les mesures provisionnelles ? En matière privée les mesures provisionnelles pourront être prises sur la base du CPC. Ici, c'est la COMCO qui a été saisie ; la COMCO pourrait théoriquement le faire selon l'art. 30 ; la LCart ne prévoit rien expressément en matière de mesures provisionnelles ; il est possible de le faire sans base légale à 4 conditions : a.) autorité compétente sur le fond, 2.) décision sur le fond pas d'emblée exclue 3.) pas possible de rendre immédiatement la décision sur le fond et 4) mesure proportionnelle pour éviter dommage irréparable vraisemblable et il faut que cela soit urgent. A priori, si les conditions sont remplies, la COMCO peut donc entrer en matière sur les mesures provisionnelles.

Va-t-elles les accorder ou pas ? On voit déjà que les conditions pour rendre les mesures provisionnelles ne sont pas remplies, notamment p.ex le dommage irréparable (il n'y aura pas 10% de baisse des médecins dans les mois qui viennent). Le critère de l'urgence et de la proportionnalité pour répondre à un dommage vraisemblable ne sont pas remplies. La COMCO examinera la demande mais va certainement le rejeter.

Cas 4

Zig et Puce ont chacun fait l'objet d'un retrait de permis pour conduite en état d'ébriété au sens de l'art. 16c al. 1 let. b LCR. Compte tenu de la gravité différente de leur cas, l'autorité compétente a infligé un retrait de permis de trois mois à Zig et d'un an à Puce.

Les trois mois de retrait de Zig étant venus à échéance aujourd'hui, l'autorité compétente lui a restitué son permis tout en lui imposant une période d'abstinence totale d'un mois, laquelle devait être vérifiée par la production d'un certificat médical hebdomadaire.

Le retrait de permis de Puce vient, quant à lui, à échéance dans trois mois. L'autorité compétente a néanmoins restitué ce matin son permis à Puce, en lui imposant une abstinence totale, attestée par certificat médical hebdomadaire, pour les trois prochains mois.

Zig et Puce, heureux d'avoir récupéré leur permis de conduire, trouvent dur de se soumettre à une abstinence totale et à des contrôles médicaux à ce sujet. Ils vous demandent si l'autorité pouvait leur imposer une telle obligation.

Dans le cas de Zig ce n'est pas possible, car la décision de retrait avait un terme (3 mois) : au bout des 3 mois elle perd automatiquement son effet, une nouvelle décision n'est pas nécessaire. En lui imposant une abstinence, soit on modifie une décision initiale en ajoutant une sorte de charge, mais pas valable car pas prévue par la loi, soit c'est une nouvelle décision mais prévue nulle part dans la LCR donc c'est impossible de faire ça. Dans le deuxième cas, la restitution du permis est-elle une décision (dans le cas de Puce) ? Oui, on modifie la situation juridique parce qu'on rend une nouvelle décision de manière anticipée par rapport au délai prévu ; peut-on assortir cette décision

d'une obligation d'abstinence ? C'est une clause accessoire / une charge. Si il ne la respecte pas, on lui reprend le permis. La LCR prévoit cette possibilité (elle dit qu'on peut assortir la restitution de permis avec condition mais c'est en réalité d'une charge) ; il s'agit d'une sorte de garantie supplémentaire pour qu'il ne boive pas et qui est admissible par la loi, contrairement au premier cas.

DOCUMENT DE TRAVAIL 12

Cas 1

Gédéon, brocanteur de son métier, vend sa marchandise sur les marchés aux puces et les foires à la brocante. Il entrepose entretemps sa marchandise dans un dépôt en bois au toit de tôle, situé en bordure d'une voie de chemin de fer dans la commune de Zède de la banlieue genevoise. Ce dépôt, construit progressivement au fil des ans, se trouve en zone agricole et ni Gédéon ni le précédent propriétaire n'ont jamais demandé d'autorisation de construire à son sujet.

Fin mai 2013, Gédéon a reçu un courrier recommandé, motivé et signé du maire de la commune lui ordonnant de procéder, dans un délai de 60 jours, à la démolition et à l'enlèvement du dépôt, « qui n'avait légalement pas sa place en zone agricole et déparait le paysage ». Ce courrier ajoutait que « la présente décision peut faire l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice dans un délai de 30 jours ». Gédéon, plus artiste qu'administrateur dans l'âme, n'a pas réagi à ce courrier.

Il y a une semaine, Gédéon a reçu le courrier recommandé suivant du département de l'urbanisme (DU) :

« Monsieur,

Nous constatons que vous n'avez pas donné suite à la décision de la commune de Zède qui ordonnait la démolition et l'enlèvement de votre dépôt sis en zone agricole. Cette construction ne peut être autorisée en zone agricole et n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune autorisation. Nous vous ordonnons donc, conformément à l'article 129 LCI de la supprimer dans un délai de 10 jours dès l'entrée en force de la présente. Nous vous infligeons en outre une amende de CHF 150'000 pour avoir érigé cette construction sans autorisation et en violation de la loi et cela malgré les précédentes sanctions qui vous ont été notifiées pour des faits semblables. La présente décision est susceptible d'un recours dans un délai de 40 jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice ».

Gédéon vient vous trouver ce jour et vous explique qu'il ne conteste pas que son dépôt ne peut être autorisé en zone agricole et que c'est d'ailleurs pour cela qu'il n'a jamais cherché à obtenir une autorisation. Il souligne cependant qu'il ne lui est matériellement pas possible de l'enlever dans le délai imparti. A tout le moins, il serait judicieux de lui accorder six mois pour cela, afin qu'il puisse se retourner et trouver un dépôt de remplacement, à défaut de quoi il perdra tout simplement son gagne-pain. Quant à l'amende, il la trouve « grotesque » dans sa quotité et vous affirme, preuves à l'appui, qu'il n'a jamais fait l'objet de sanctions administratives auparavant. Il vous demande donc ce qu'il peut faire pour contester les courriers de la commune et du DU, en vous précisant qu'il n'a reçu aucune autre communication de ces autorités.

Analyse en termes de possibilité de contester

- Courrier de la commune (fin mai 2013) :

Le délai de recours est de 30 jours. Dans la LPA/GE art.62 → 30 jours pour les décisions finales. Ce délai est aujourd'hui échu. En apparence cette décision est en force. Le seul moyen pour lui de contester serait de voir si la décision est nulle. Il faut pour cela un vice grave et manifeste et que la reconnaissance de la nullité ne mette pas en danger la sécurité juridique.

- 1.) Est-ce que la commune était compétente ? elle rend une décision qui ordonne à Gédéon d'enlever et démolit le dépôt qui n'avait pas sa place dans une zone agricole. Dans la LCI, on trouve un art.129 qui nous dit que c'est le département de l'urbanisme qui est compétent car il peut ordonner l'évacuation, la suppression ou la démolition en vertu de l'art. 130 LCI qui justifie sa compétence.

En l'espèce, c'est le DU qui est compétent. On ne trouve nulle part de loi cantonale qui donne des compétences de ce genre aussi aux communes.

En conclusion, cette décision n'est pas rendue par l'autorité compétente. Ce qui aggrave le problème de compétence ici, c'est que G n'a pas été entendu avant que la décision s'applique. Il ignorait l'existence de la décision mais elle lui a été notifiée. Par rapport au droit d'être entendu il aurait pu recourir mais il ne l'a pas fait. Au niveau de l'incompétence de la commune de prendre ce genre de décisions, on est en présence d'un problème d'usurpation de compétence cantonale. On est en présence d'une incompétence manifeste. La violation de niveau plaide en faveur de la nullité. Il va pouvoir invoquer la nullité de cette décision.

- Ordre de démolition dans un délai de 10 jours : On est en présence d'une décision : Compétence : le DU est compétent art.129 LCI. Au niveau de la procédure, il n'a pas été entendu que ce soit au niveau du principe ou du délai. Il y a une violation évidente de son droit d'être entendu. Est-ce que cette violation pourrait être réparée ? le recours pourrait être fait auprès du TAPI → art.145 LCI

Est-ce que l'autorité disposait d'un pouvoir d'appréciation pour ordonner l'exécution du dépôt. Au niveau du délai l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation. On a bcp de cas où la réparation n'aurait pas dû être admise mais les tribunaux font parce que les administrés veulent avoir une décision. Le TAPI devrait casser la décision et renvoyer au département pour une nouvelle décision. Suivant la décision qu'il rend sur le fonds G ne vas pas se plaindre.

Légalité de la mesure (validité matérielle) : 129 LCI et 130 LCI → c'est une construction qui n'est pas conforme à la loi. On peut donc en vertu de 129 ordonner une mesure et cette décision de démolition est prévue par 129 LCI. Il y a une base légale et elle a été correctement appliquée.

Au niveau de la proportionnalité, on a quelques problèmes. Est-ce qu'on peut exiger l'évacuation ? Sur le principe, il n'y a pas de problème pour la proportionnalité. En revanche, au niveau du délai on a un problème car celui-ci est beaucoup trop court car même si professionnellement ça ne mettait pas en péril son emploi, c'est un délai trop court pour évacuer. On a la violation du principe de proportionnalité. On a un autre problème de procédure dans la décision.

A GE si on adresse un recours à la mauvaise autorité on le fait transmettre à la bonne autorité parce que l'art.64 al.2 LPA GE qui le prévoit. La mauvaise indication des voies de recours n'a jamais de conséquence car soit l'intéressé corrige de lui-même ou bien il va à la chambre et c'est elle qui envoie au TAPI. L'autre aspect est le délai de recours. Le recours sera irrecevable car on lui donne un mauvais délai de recours. Si on lui donne un délai plus long c'est celui-la qui va s'appliquer. Art.47 LPA → notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

- Amende : La compétence revient au DU : art.137-138 LCI. Droit d'être entendu : est-ce que le département a un pouvoir d'appréciation dans la fixation de l'amende. Oui. Le TAPI ne peut pas

réparer la violation du droit d'être entendu. La légalité : est-ce que l'amende reste dans le cadre légal ? le maximum est de 150'000 CHF. Mais on a un problème au niveau de la proportionnalité. C'est disproportionné car il ne remplit aucune des conditions aggravantes.

Cas 2

Sémiramis, qui a exercé pendant plusieurs années le métier de sommelière dans de bons restaurants genevois, souhaite se mettre à son compte et reprendre l'exploitation d'un bar à vins et à tapas à Carouge, à l'enseigne de la « Puce qui renifle ».

Elle a reçu à ce sujet, le 30 septembre de cette année, une double décision du service du commerce du département genevois des affaires régionales, de l'économie et de la santé (DARES), notifiée conformément aux normes légales.

Dans cette décision, le DARES a d'abord refusé à Sémiramis l'autorisation d'exploiter la « Puce qui renifle » au motif qu'elle ne possède pas le certificat de capacité exigé par la loi. Sémiramis ne conteste pas ce fait, mais vous explique qu'elle a la preuve que le fonctionnaire qui a signé la décision a reçu une importante somme d'argent d'un cafetier déjà installé « pour empêcher Sémiramis de venir lui faire concurrence ».

Le DARES a aussi infligé à Sémiramis une amende de CHF 1'000 pour avoir exploité la « Puce qui renifle » dès le 1 juin 2013 sans autorisation. Sémiramis conteste ici fermement les faits. Elle ne travaillait à la « Puce qui renifle » que comme sommelière, l'ancien propriétaire de cet établissement ayant continué à l'exploiter jusqu'à aujourd'hui. Le DARES s'en serait évidemment rendu compte s'il avait pris la peine de l'interpeller avant de prendre sa décision, ce qu'il n'avait aucunement fait.

Sémiramis vous demande si elle peut encore contester ces deux décisions.

Elle profite de l'occasion pour vous demander si elle peut aussi contester une décision de l'administration fiscale cantonale (AFC), reçue deux jours après celle du DARES et portant sur sa taxation pour l'impôt fédéral direct de la période fiscale de l'année 2005. Elle ne conteste ni la compétence de l'AFC ni le montant de la taxation, mais considère que le droit de taxer était prescrit au moment où la décision a été prise, conformément à l'art. 120 de la LIFD.

Cette décision est en force. Elle ne peut plus recourir contre cette décision. Pour pouvoir la remettre en cause il faudrait un éventuel motif de nullité. Art.5 LRDBH → le motif invoqué par le département est l'art.5 al.1 let.c → elle ne dispose pas du titre requis. Elle ne conteste pas ce fait mais invoque un problème de corruption. Ici, la corruption n'a rien changé par rapport aux conditions de l'art.5 LRDBH car elle ne les remplissait pas. Dans le cas présent on n'a pas de motif de nullité dont cette décision est en force car elle a loupé le délai.

Quid de l'amende de 1000 francs ? L'amende est entrée en force. Elle ne peut y échapper que si l'amende est nulle. Cela pose deux problèmes :

- Problème forme : est-ce que le DARES était compétent ? Oui art. 74.
- Problème de la violation du droit d'être entendu : entraîne l'annulation mais non pas la nullité. On ne peut pas utiliser la nullité pour rattraper la négligence du délai de recours.

Deuxième décision : La taxation est un motif d'annulation, elle aurait dû faire opposition lors du délai. La

décision est rentée en force, elle aurait du sûrement de bonnes chances si elle l'avait faite en invoquant le prescription.

Cas 3

Votre ami Nounours vient d'être engagé comme stagiaire auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). A ce titre, il a été chargé de rédiger une décision refusant à la société FADOMM l'autorisation d'exercer l'activité de négociant en valeurs mobilières au sens de l'art. 10 LBVM, au motif (avéré) que les collaborateurs responsables de la FADOMM ne présentaient pas toutes les garanties d'une activité irréprochable, une enquête étant actuellement ouverte contre eux suite à de forts soupçons d'une pratique intensive de la « pyramide de Ponzi ».

Très stressé, Nounours a indiqué par erreur dans le projet de décision soumis à la signature de la personne compétente que le motif de refus était que la requérante ne disposait pas du capital minimum requis, alors que le contraire était prouvé par pièces dans le dossier, et que la décision pouvait faire l'objet d'un recours dans les 30 jours auprès du Tribunal fédéral. Trop pressé et trop confiant, le responsable a signé sans bien relire et n'a pas vu les erreurs.

La décision a été notifiée il y a trois semaines. Ce matin, Nounours a été convoqué par son chef, qui venait de s'apercevoir des erreurs que comportait la décision. Nounours a passé un mauvais quart d'heure. Son chef lui a toutefois indiqué que l'éventuel recours que la FADOMM n'avait plus que quelques jours pour former serait de toute façon certainement rejeté, auquel cas il échapperait à la mise à la porte.

Malgré tout un peu inquiet, Nounours vous demande s'il peut croire les paroles rassurantes de son chef quant au sort de la décision qu'il avait si mal préparée.

Droit applicable : La motivation est fausse mais le résultat est juste. Le Tf fera une substitution de motifs. Est-c equ'il devra entendre la FADOMM à ce sujet ?

Cas 4

Araminte, de nationalité suisse, a obtenu une licence en droit de l'Université de Genève il y a 15 ans. Après sa licence, elle a changé d'orientation et s'est lancée dans une carrière de chanteuse de variétés. Malheureusement, après des succès prometteurs, elle a connu une longue période de vaches maigres qui l'a laissée criblée de dettes. Désireuse de tirer un trait sur le passé et notamment de racheter les actes de défaut de biens dont elle a fait l'objet, elle a décidé de retourner au droit, qui lui paraît en définitive offrir de meilleures perspectives matérielles.

Elle a trouvé une place de stage au sein de l'étude Smith, Smith, Smith, Smith & Smith et a demandé au Conseil d'Etat de pouvoir prêter le serment prévu par l'article 27 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv – RS/GE E 6 10).

Par décision notifiée hier à Araminte, le département chargé de la justice, agissant par délégation du Conseil d'Etat, a rejeté sa requête, au motif qu'elle n'était pas titulaire d'une licence en droit ou d'un titre jugé équivalent. Cette décision indiquait qu'elle était susceptible de recours dans les 30

jours auprès du Tribunal administratif de première instance.

Araminte est fort surprise, car elle avait bel et bien joint à sa requête l'original de sa licence et ne comprend pas comment cela a pu échapper au département.

Comme elle craint que sa mémoire juridique ne se soit quelque peu estompée, elle sollicite vos conseils. A son avis, puisque la voie de recours indiquée dans la décision de refus de prestation de serment est manifestement erronée, elle a tout le temps de recourir contre cette décision qui lui est en tout état de cause inopposable. Par ailleurs, compte tenu de l'erreur grossière, certainement due à une inadvertance, commise par le département, elle pense qu'elle obtiendra sans problème l'annulation, voire la constatation de la nullité de cette décision. Sachant que, contrairement à elle, vous êtes incollable en droit administratif, elle vous demande néanmoins ce que vous en pensez.

La voie de recours est fautive. Le délit de recours est juste. Elle devra le respecter. En termes de validité matérielle de la décision, on lui a dit qu'elle n'avait pas de licence alors elle en avait une. Donc le motif est erroné. Mais elle ne remplit pas toutes les conditions car elle fait l'objet d'actes de défaut de biens art.25 let.e). La Chambre va rejeter son recours après substitution de motif. Est-ce qu'il faudra entendre Araminte avant de faire la substitution de motifs ?

DOCUMENT DE TRAVAIL 13

Remarque : Dans le manuel, art. 14 LPers est mentionné. Entre le moment où publication du manuel et ajd, la loi a été révisée. Ajd, les vices d'une décision du licenciement sont traités par un recours. Cet exemple n'a donc plus qu'une valeur historique.

Cas 1

Gersende de la Petite Syrah, GPS pour les intimes, comtesse mondaine, habite un hôtel particulier au centre-ville de Genève tout en possédant une parcelle actuellement non construite sise en 5ème zone de constructions (zone de villas) au sens de l'art. 19 al. 3 de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT – RS/GE L 1 30). Il y a quelques semaines, GPS a obtenu, du département de l'urbanisme (DU), l'autorisation de construire sur cette parcelle un « centre mondial des bonnes manières », destiné à des cours de savoir-vivre et à l'organisation de soirées charitables de gala, en application notamment de l'art. 26 al. 1 LaLAT. Plusieurs voisins, qui avaient déjà manifesté leur opposition à ce projet lors de l'enquête publique, ont recouru dans le délai légal contre cette autorisation auprès du Tribunal administratif de première instance, en invoquant les nuisances de bruit et de circulation liées à l'exploitation d'un tel centre, dans un quartier où les voies de circulation sont très étroites. Invité à se prononcer sur le recours, le DU a informé le tribunal qu'il avait décidé de retirer l'autorisation querellée, admettant que les arguments des voisins étaient fondés et que les conditions légales d'une dérogation à l'affectation de la zone villa n'étaient pas remplies en l'espèce. Le DU a effectivement notifié à GPS, dans les règles, le retrait de l'autorisation, par courrier reçu vendredi dernier.

GPS ne comprend pas cette décision, qu'elle considère comme contraire au principe de la bonne foi, car le DU disposait de tous les éléments pertinents au moment où il avait octroyé l'autorisation. Elle vous demande ce que le tribunal va faire suite à la communication du DU et si elle peut contester le retrait de l'autorisation.

Est-ce que l'autorité pouvait modifier la décision ? Il a dans un premier temps accordé l'autorisation. Ensuite, il notifie un retrait de elle-ci à GPS.

On est pas dans un cas où GPS a déjà bénéficié d'un droit pdt un certain temps. Son droit n'était pas disponible.

Effet dévolutif du recours. L'autorité compétente est le TAPI.

L'art. 67 LPA/GE qui prévoit effet dévolutif à son alinéa 1, dit à son alinéa 2 qu'il suffit que la procédure soit en cours. Comme cet effet dévolutif est largement miné par 67 II LPA/GE, il n'y a pas de problème. Est-ce que l'autorité qui a rendu décision peut sans autre revenir dessus ? La décision n'est pas encore rentrée en force. Le délai de recours est probablement déchu mais on est en procédure de recours. L'autorité n'a pas à faire de pesée des intérêts.

Le département se rend compte que sa première décision était illégale. Si le département modifie sa décision, c'est parce qu'en la réanalysant, il se rend compte qu'il a commis une erreur juridique. La zone villa est régie par 19 LAT. Celui qui veut exercer activité ds la villa l'exerce s'il habite la villa. Il faut une dérogation : les circonstances le justifient (notion indéterminée) et le département se dit qu'il y a probablement mal analysé situation est estime qu'il y a des inconvénients graves pour le

voisinage. On ne peut pas lui reprocher de revenir sur sa décision car il réalise que sa première analyse était fautive. On ne peut pas lui opposer la bonne foi quand on est dans le délai de recours.

Quid du fait qu'il possédait déjà tous les éléments ? Quid du principe de la bonne foi ? Non. Le fait que le département aille déjà eu tous les éléments n'a aucune importance. S'il estime qu'il s'est trompé, il va pouvoir modifier la décision. GPS devait pouvoir s'attendre à ce que son projet puisse être éventuellement attaqué par voisins et annulé par le TAPI. Si le département anticipe et refuse autorisation avant que sa décision de l'accorder soit cassée par le TAPI, elle peut le faire.

En résumé, l'autorité avait le droit de prendre ce qu'elle estimait meilleure décision tant qu'elle n'est pas encore entrée en force. Pas d'opposition du principe de la bonne foi et le fait qu'elle aille pris par sa faute une mauvaise décision au départ ne change rien.

Le recours est dirigé contre l'autorisation. Le recours est devenu sans objet. Le Tribunal va constater que le recours n'a plus d'objet et rayer la cause.

La dernière décision du département refuse l'autorisation à GPS. Si elle n'est pas contente, elle va devoir recourir. Il est très probable qu'elle remonte au TAPI.

Cas 2

Zerline et Colombine sont toutes deux au bénéfice d'une autorisation de pratiquer l'acupuncture délivrée par le canton de Y. Zerline avait obtenu directement son autorisation de l'autorité compétente, alors que Colombine, à qui l'autorisation avait été refusée dans un premier temps, ne l'avait reçue définitivement que devant le Tribunal administratif cantonal.

Suite à plusieurs affaires dans lesquelles des acupuncteurs avaient été condamnés pour lésions corporelles suite à des traitements mal pratiqués, le canton a récemment modifié sa législation et a renforcé, afin de mieux préserver la santé publique, les exigences légales liées à la pratique de l'acupuncture. La réussite d'un examen organisé par le canton est désormais nécessaire pour pouvoir pratiquer l'acupuncture.

Vu l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, au 1er juillet de cette année, l'autorité compétente vient de révoquer toutes les autorisations déjà octroyées, avec effet au 30 juin 2015, et a invité les anciens bénéficiaires à passer le nouvel examen. L'autorité précisait que des cours de préparation à cet examen, étaient organisés sur une période de 12 semaines, deux fois par an et que l'examen lui-même était organisé deux fois par an.

Zerline et Colombine vous demandent si l'autorité pouvait agir comme elle l'a fait. Veuillez leur répondre en considérant les hypothèses suivantes :

- a. *La nouvelle loi prévoit expressément que toutes les autorisations accordées sous l'ancien droit sont caduques au 31 décembre 2014.*

Zerline reçoit décision pour lui dire que son autorisation est révoquée pour le 30 juin 2015. Quid de l'effet de la décision ? La révocation d'une décision est elle-même une décision. L'effet de cette décision a effet au 30 juin 2015. Or, d'après la loi, toutes les autorisations sont caduques à fin décembre 2014. Une révocation de l'autorisation au 30 juin 2015 est caduque. ça n'a aucun effet. Les autorisations sont caduques de par la loi depuis le 31 décembre 2014. Est-ce qu'on peut

interpréter cette décision comme prolongation de l'autorisation au-delà du délai légal ? Il y a une violation du principe de la légalité. En effet, la loi dit que les autorisations sont caduques à fin 2014. Il est difficile d'interpréter une décision dans un sens parfaitement contraire à la loi. L'autorité ne pouvait pas faire ce qu'il faut faire. Cela n'a donc aucun effet. Est-ce qu'on pourrait invoquer le principe de la bonne foi ? Cela dépend si elle pouvait se rendre compte ou pas de la validité de la décision. Elle pourrait dire « j'ai cru que... / Je me suis fiée de bonne foi à ce que la lettre disait... »

- b. La nouvelle loi prévoit expressément que l'autorité compétente révoque les autorisations fondées sur l'ancien droit si, au 30 juin 2015, les bénéficiaires n'ont pas réussi l'examen d'aptitude prévu par le nouveau droit.*

L'autorité vient de révoquer les décisions. L'autorité a révoqué mtn alors que la loi disait qu'il faut attendre le 30 juin 2015. Si elle réussit l'examen, l'ancienne autorisation reste en vigueur. L'autorité n'a pas respecté la loi. Le fait est le même pour Colombine.

- c. La nouvelle loi ne prévoit rien en ce qui concerne les anciennes autorisations.*

Situation plus conforme au droit car non pas la situation a changé mais le droit a changé. Ajd pour Z et C la situation n'est plus conforme au droit. Est-ce que l'autorité peut révoquer autorisation au motif qu'elles ne sont plus conformes au droit car le droit a changé ? Est-ce qu'il est nécessaire d'avoir une base légale pour révoquer l'autorisation ? Non, en principe il n'est pas nécessaire. Il fallait faire pesée intérêt entre intérêt public à application pure et dure de la loi et intérêt privé à maintien de droit acquis sous l'ancien droit. L'intérêt de santé public par le nouveau droit est important. Il est d'ailleurs justifié par des problèmes réels. Ce n'est pas par excès de zèle que le canton a resserré la vice. Il y a donc un intérêt public fort. Les intéressés bénéficient d'un temps d'adaptation. Il semble que la pesée des intérêts permet à l'autorité de prendre ces décisions. Il fallait respecter le droit d'être entendu avant de prendre décision. Quid de C. ? C'est un tribunal qui lui a donné son autorisation. Est-ce que ça change qch ? Au moment où elle a fait recours, c'était encore l'ancien droit. On ne révoque pas autorisation en prétendant que c'est à tort qu'elle lui a été donnée, mais pcq ajd elle n'a pas encore réussi examen.

Cas 3

Le centre culturel Musikum est situé sur la rive d'un lac célèbre de Suisse alémanique. Œuvre d'un architecte non moins célèbre, il est doté d'un toit en cuivre incliné vers le lac. Lors de la construction du centre, il y a 15 ans, l'autorité cantonale compétente avait expressément autorisé le déversement des eaux de ruissellement du toit dans le lac, jugeant celles-ci non polluées. Depuis une année, l'autorité cantonale compétente en matière de protection des eaux a effectué des mesures concernant la teneur en cuivre des eaux du lac d'une part et de l'eau de ruissellement du toit du centre là où celles-ci se déversent dans le lac d'autre part. Elle est arrivée à la conclusion que, compte tenu de l'état général du lac et de la teneur en cuivre des eaux de ruissellement, ces dernières comportaient déjà un certain risque pour la flore et la faune lacustres, en particulier les micro-organismes. Elle s'appuyait notamment sur diverses études et directives récentes en matière de pollution des eaux par les métaux.

Au vu de ses constatations, l'autorité cantonale compétente a notifié il y a 10 jours au centre Musikum une décision lui ordonnant de prendre dans un délai de 6 mois toute mesure pour supprimer le déversement des eaux de ruissellement dans le lac, ces eaux devant être qualifiées de

polluées, au sens de la loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux – RS 814.20). Le directeur du centre Musikum vient vous consulter. Même s'il ne conteste pas les constatations de fait de l'autorité cantonale, il est outré de la décision de celle-ci pour deux raisons : d'une part, il considère que cette décision viole clairement l'autorité de chose jugée puisque le centre dispose depuis 15 ans d'une autorisation expresse et entrée en force pour déverser ses eaux de ruissellement dans le lac et que la nature de son toit, donc des eaux qui y ruissellent, n'a pas changé depuis ; d'autre part, il considère que les exigences posées par la décision d'il y a 10 jours sont disproportionnées, car une dépense très élevée serait exigée du centre pour prévenir un risque de pollution minime. Il vous demande ce que vous pensez de ses arguments.

Quid de l'argument de l'autorité de force jugée ? Il y a 10 ans, on lui a donné une autorisation qui avait un effet durable dans le temps. On a laissé les eaux se déverser dans le lac. Quid du statut de la décision ajd ? Elle est entrée en force et est définitive. Est-ce que la situation de fait a changé depuis 15 ans ? Le toit n'a pas véritablement changé de nature. C'est tjs le même toit. Est-ce que les dispositions légales ont changé ? La loi sur les eaux n'a pas changé. Est-ce qu'on peut dire que rien a changé et qu'il a raison de dire qu'on ne peut pas revenir sur la loi ?

Il y a un changement dans l'établissement des faits. Si la loi n'a pas changé, la pratique administrative par rapport à la loi a changée. Ajd on peut réouvrir la question sur les eaux pollués combien même la loi n'a pas changé.

L'argument tombe à faux. Il ne peut pas se prémunir d'autorité de chose jugée.

Un changement dans la mise en œuvre de la loi est assimilable à un changement du droit. On peut admettre un changement de pratique (notamment pour santé publique ou lutte contre la pollution).

Le deuxième argument est soutenable, ou du moins pertinent. Il ne semble pas qu'on aille fait d'expertise pour savoir comment réagir. On peut rouvrir le dossier. En revanche, passer de bout en blanc sans avoir des analyses un peu plus fines pour savoir comment remédier au problème ne paraît pas conforme au principe de proportionnalité.

Cas 4

La SOIF SA (Société d'investissements financiers) avait obtenu, il y a trois ans de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), l'autorisation de pratiquer l'activité de négociant en valeurs mobilières au sens de l'art. 10 LBVM.

Depuis ce moment, la SOIF n'a plus eu la moindre nouvelle de la FINMA, jusqu'à ce que cette dernière lui adresse, il y a 3 semaines, une décision respectant toutes les formes légales et lui signifiant que son autorisation était retirée avec effet au 31 décembre 2013. Cette décision était motivée par le fait que l'un des directeurs de la SOIF, M. Séraphin Glouglou, était impliqué, à titre personnel, dans des transactions frauduleuses. La SOIF ne remplissait donc plus les conditions légales auxquelles son autorisation était subordonnée.

La SOIF a immédiatement écrit à la FINMA pour lui exposer son point de vue. Elle expliquait qu'elle avait elle-même appris, il y a quelques jours seulement, les faits concernant M. Glouglou. Elle considérait que celui-ci avait été plus victime que véritablement coupable dans les transactions qui lui étaient reprochées, transactions qui avaient été effectuées totalement en dehors de ses fonctions au sein de la SOIF. Cette dernière ne méritait donc nullement le retrait de son autorisation, car elle n'avait commis aucune faute. Au demeurant, même si elle préférerait donner

encore une chance à M. Glouglou, elle était prête à se séparer immédiatement de lui si la FINMA l'exigeait. Il y a une semaine, la FINMA a répondu à la SOIF que ses explications « n'apportaient aucun élément pertinent pour l'affaire en cause » et qu'elle maintenait donc sa décision. La SOIF vous consulte ce jour et vous demande si la FINMA pouvait agir comme elle l'a fait.

C'est une décision formatrice de retirer le droit. Par rapport à la première décision, c'est une révocation. L'autorité devait veiller à respecter le droit d'être entendu. Dans quelle mesure a-t-il été respecté ? Si la FINMA, au vu de la lettre, a vraiment tout examiné et pris décision, si on peut considérer que la réponse de la FINMA constitue une nouvelle décision... Est-ce que c'est ce qu'elle a fait au vu de la réponse ? Est-ce qu'elle a examiné tous les arguments de la société ? Au vu de la lettre, on en a pas vraiment l'impression.

Est-ce que cette décision pourrait être réparée au point de vue de l'autorité de recours ?

Recours au Tribunal administratif fédéral. Ce tribunal peut contrôler les droits, les faits et l'opportunité. Il a un pouvoir d'examen théoriquement très large. Il ne suffit pas même pouvoir d'examen que l'autorité intérieure. Il ne faut pas que l'autorité intérieure soit plus spécialisée que l'autorité de recours.

L'art. 10 LBVM pose les conditions de l'autorisation Si M. Glouglou est effectivement investi ds fraude, il ne remplit pas condition 10 II let d. Si les conditions légales ne sont plus remplies, l'autorité peut révoquer la décision.

Il y a un argument que la Soif évoque : le fait qu'elle n'aille commis aucune faute et soit plutôt une victime de M. Glouglou. Est-ce que le fait qu'elle n'aille commis aucune faute est pertinent ? Une révocation nécessite une faute quand c'est une sanction. Il faudra la faute de l'intéressé si c'est une sanction. L'argument de la soif n'est absolument pas pertinent.

Quid problème par rapport à la proportionnalité ? On demande d'abord de rétablir une situation conforme au droit. Si c'est une personne et que la soif elle-même écrit qu'elle veut donner une chance, ce n'était pas proportionnel d'aller directement au retrait de l'autorisation sans passer d'abord par une sommation.

Donc sur le principe l'absence de faute n'a aucune importance mais sur le manière dont ça a été fait le principe de proportionnalité pose problème.

DOCUMENT DE TRAVAIL 14

Cas 1

Lucky Luke est député au Grand Conseil de la République et canton de Genève. Il souhaite « lutter contre la recourite », afin, dit-il, que les chantiers puissent s'ouvrir « 45 jours après le dépôt d'une demande d'autorisation de construire ». Il vous soumet ses différentes idées à cet égard (à examiner chacune indépendamment des autres) en vous demandant si elles sont compatibles avec les exigences du droit fédéral :

1. Supprimer le Tribunal administratif de première instance (TAPI).

Cela voudrait dire qu'on supprime la première voix, il restera un recours direct à la chambre puis RMDP au TF. Du PDV du droit fédéral, c'est possible. La LTF n'exige pas une double instance de juridiction cantonale. Par contre en droit civil et pénal oui, car on commence par une action, mais en droit public on a une décision. La cour de justice est-elle un tribunal ? Oui. Tribunal supérieur ? il ne doit pas être placé organiquement sous la tutelle d'un autre. Aucune de ses décisions ne doit pouvoir être attaqué en instance cantonale. In casu, c'est le cas de CACJ à Genève, après la CACJ c'est le RMDP. Si on supprime le TAPI on respecte la LTF.

Limites posés par le droit fédéral (art. 86 al.2 LTF). Art. 111 : unité de la procédure. Pour que 86 al.2 LTF s'applique il faut : le RMDP doit être ouvert ou le RCS soit ouvert. Voir art. 83 LTF : pas d'exceptions, RMDP ouvert en matière de construction, c'est de là que vont venir les contraintes.

2. Supprimer le recours à la Chambre administrative de la Cour de justice (CJCA) contre les décisions du TAPI qui confirment des autorisations de construire.

Supprimer le recours à la CJCA contre les décisions du TAPI ? Il ne nous reste juste le recours au TAPI ? a.) degrés de juridiction : pas de problème : un seul b.) tribunal : oui c.) supérieur : non, car dans les autres domaines on pourrait tjs aller à la chambre.

Ne serait pas acceptable.

3. Créer un Tribunal des constructions qui statuerait en instance cantonale unique sur tous les recours contre des décisions fondées sur la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI – RS/GE L 5 05).

Tribunal des constructions ? A) Il n'y aurait qu'une instance : possible. B) tribunal supérieur : il ne connaîtra qu'un genre de litiges et ne pourra être contrôlé par une autre instance cantonale, donc oui. Ce serait conforme au droit fédéral.

4. Prévoir un recours au Conseil d'Etat, dont les décisions seraient définitives, contre l'octroi de dérogations en zone à bâtir au sens de l'art. 26 al. 1 LaLAT.

Recours au Conseil d'Etat ? Définitive : on ne pourrait pas recourir contre elle. On aurait une instance de recours. Le RMDP serait ouvert. Le CE peut-il être considéré comme un tribunal ? Non.

5. *Prévoir que le recours à la CJCA contre des décisions fondées sur la LCI ne pourra être formé que pour violation des droits constitutionnels.*

Non seulement on doit avoir un tribunal supérieur mais on ne peut pas avoir une procédure en forme de sablier. Le contrôle que fait la dernière instance doit être aussi large que celle de l'instance cantonale. Il est exclu qu'un canton puisse réduire le pouvoir de l'instance supérieure.

6. *Supprimer tout recours judiciaire cantonal dans les causes pour lesquelles le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral n'est pas ouvert contre la décision de dernière instance cantonale.*

Ca ne va rien changer, car en matière de construction le RMDP est toujours ouvert. C'est une hypothèse qui ne se pose pas. Même si c'était le cas, il restera toujours le RCS, et il faut aussi un recours cantonal avant

7. *Réserver la qualité pour agir au niveau cantonal aux personnes qui sont touchées dans leurs droits et obligations par la décision attaquée.*

Modifier la qualité pour agir ? Question de l'unité de la procédure sous l'angle de la qualité pour agir. Devant le TF il faut être touché dans un intérêt digne de protection. En prévoyant une qualité pour agir plus étroite au niveau cantonale, il violerait le droit supérieur.

8. *Prévoir qu'en matière de construction de logements sociaux, le recours au TAPI, puis à la CJCA ne sera ouvert que si une disposition légale ou réglementaire spéciale le prévoit.*

Recours ouvert que si disposition légale ou réglementaire le prévoit. Au niveau du TAPI, si on le supprime il reste le recours à la chambre, et cela suffit pour être en conformité avec le LTF. Ce n'est pas interdit. Même système pour la chambre ? Risque qu'il y ait des cas où le recours à la chambre n'est pas ouvert, et dans ce cas la dernière instance ne serait pas un tribunal supérieur.

9. *Remplacer les recours actuellement prévus au TAPI et à la CJCA par un recours unique au Tribunal administratif fédéral.*

Pas possible, car les cantons n'ont aucune compétence pour définir les compétences du TAF.

10. *Limiter la qualité pour agir auprès de la Cour constitutionnelle contre des normes cantonales en matière de construction et d'aménagement du territoire aux membres du bureau du Grand Conseil.*

Limiter qualité pour agir aux membres du grand conseil : les cantons ne sont pas obligés de prévoir un recours abstrait cantonal, mais s'ils le prévoient qualité pour agir différente entre deux instances. Pas possible.

Cas 2

Au début 2013, Mona Lisa avait reçu une décision de taxation pour l'impôt fédéral direct (IFD) pour la période de taxation 2011 lui réclamant un montant de 20'000.- frs. Mona n'avait pas contesté cette décision, qui respectait toutes les formes légales, mais avait obtenu de payer le montant en cause en deux versements de 10'000.- frs exigibles respectivement fin juin 2013 et fin juin 2014.

Le 3 février 2014, Mona a reçu de l'autorité compétente une demande de sûretés pour les 10'000.- frs non encore versés, au motif qu'elle avait annoncé son départ pour la Mongolie.

Mona vous consulte et vous explique qu'elle vient de réaliser que le bordereau qui lui avait été notifié avait retenu par erreur qu'une très importante somme qu'elle avait reçue suite à la vente d'un tableau provenant de sa fortune privée constituait un revenu, alors qu'il s'agissait d'un gain en capital. Si l'on corrigeait cette erreur, le montant de son IFD 2011 n'était plus que de 9'500.- frs. Les sûretés exigées ne sont donc, selon elle, pas nécessaires, car elle a déjà payé davantage que cette somme. Au surplus, elle n'a aucune intention de partir définitivement pour la Mongolie, son voyage dans ce pays ne devant durer que quelques semaines. Elle vous demande donc si elle peut contester, pour ces motifs, la demande de sûretés.

Voie de recours susceptible de s'ouvrir pour elle ? C'est l'administration cantonale qui applique la loi fédérale. L'autorité compétente est donc une autorité cantonale. Recours contre des décisions cantonales.

Art. 169 al. 3 : directement recours contre la commission cantonale de recours. A GE, c'est le TAPI (art. 5). Est-on encore dans le délai de recours de 30 jours ? depuis 3 février donc aujourd'hui oui.

1^{er} argument pas recevable car elle ne peut pas remettre le principe même en cause, et donc le tribunal n'entrera pas en question sur cette affaire.

2^e argument : voyage en Mongolie de 2 semaines

art. 169 al. 1 : l'administration part de l'idée qu'elle allait être domiciliée en Mongolie.

Alors qu'elle reste domicilié à GE.

Ici, on remet en cause une nouvelle décision.

Cas 3

La Maison Internationale d'Alimentation Mélangée SA (la MIAM), société possédant plusieurs grandes marques alimentaires et dont le siège est à Genève, cumule les malheurs ces derniers temps. Jugez-en plutôt ! Dans les deux dernières semaines, elle s'est en effet vu notifier les décisions suivantes :

a. Un bordereau de taxation sur le bénéficiaire émanant de l'administration fiscale cantonale deux fois plus élevé que ce à quoi elle s'attendait.

b. Une décision du Département genevois de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE) lui refusant l'autorisation de transformer en bureaux l'immeuble de logement contigu à son siège

social.

c. Une décision de la COMCO, fondée sur l'art. 52 LCart, lui infligeant une amende de 100'000 frs pour avoir refusé de produire des documents que la COMCO lui réclamait.

d. Une décision de la Cour de Justice, dernière instance cantonale compétente en la matière, rejetant une demande d'indemnisation de 25'000 frs qu'elle avait formulée à l'encontre de l'Etat de Genève, en raison de la perte de dossiers fournis par la banque dans le cadre d'une procédure judiciaire cantonale.

e. Une décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio- télévision, rejetant la plainte qu'elle avait déposée contre une émission de la SSR qui la présentait, selon elle, de façon partielle et injustifiée sous un jour particulièrement défavorable.

La MIAM, dont les dirigeants viennent vous consulter, vous expose qu'elle considère toutes ces décisions contraires à la loi, reposant sur un état de faits fantaisiste et au demeurant parfaitement inopportunes.

Elle vous demande auprès de qui elle peut former opposition ou interjeter recours contre lesdites décisions. Elle vous demande aussi ce qu'elle pourra faire si cette première voie de droit ne lui permet pas d'obtenir satisfaction. Elle souhaiterait enfin savoir si, dans le cadre des oppositions ou recours que vous lui indiquerez, elle pourra faire valoir tous les griefs qu'elle vous a exposés.

- a. on peut faire une réclamation au près de l'autorité (art. 39 LPFisc)
Dans une procédure de réclamation on peut invoquer tous les griefs.

Les décisions en matière fiscale peuvent être portés devant le TAPI.

Faits : non

Opportunité : normalement pas, mais en matière fiscale (art. 52 LPFisc).

Si pas content de la décision du TAPI, elle pourra recourir à la chambre en invoquant le droit et les faits, mais pas l'opportunité.

Après RMDP : motifs pouvant être invoqués, le droit, les faits si arbitraires.

- le droit : quid si c'est la loi cantonale qui est violée ? Principe de la légalité, on est en droit fiscal, c'est un principe qui peut être invoqué pour lui-même.

- b. Recours au TAPI : motifs pouvant être invoqués, le droit et le faits mais pas l'opportunité. On peut faire un recours à la chambre contre la décision du TAPI et un RMDP contre la chambre. Griefs devant le TF : base légale contrôlée sous l'angle de l'arbitraire.
- c. TAF car COMCO est une commission fédérale. Griefs : droit, faits et opportunité. RMDP au TF si pas contente.
- d. RMDP au TF, car c'est le fond qui est déterminant (pour cela que pas RMC)
En matière médicale par contre → RMC

RMDP est-il recevable ? rien de 83 ne s'y oppose mais 25'000 CHF, normalement recavable a partir de 30'000.

Sauf si question juridique de principe, le seul recours ouvert sera le RCS.

Comme on ne sait pas, il faut le conseiller de faire les deux recours conjointement.

- e. Directement au près du TF (art. 99 LRTF et 86 let. c LTF)

Cas 4

Sosthène a reçu il y a trois jours une décision de l'Office genevois du logement et de la planification foncière qui fixe à 200 frs par mois, dès le 1er février 2014, la surtaxe pour le logement HLM de cinq pièces qu'il occupe avec sa femme et ses deux enfants compte tenu du revenu actualisé de son épouse et de lui-même, tel qu'il l'a récemment communiqué à l'Office.

Sosthène souhaite contester cette décision, car l'Office a retenu pour calculer le taux d'occupation du logement le chiffre de quatre personnes, alors qu'il avait bien indiqué que cinq personnes y logeaient. En effet, depuis le début de l'année, sa sœur, trader dans une grande banque de la place s'est installée dans leur appartement suite à sa séparation d'avec son mari. En effet, malgré son salaire très élevé, elle n'a, faute de temps et vu la rareté des logements libres à Genève, pas trouvé d'appartement lui convenant.

Sosthène vous demande quelle procédure est prévue pour contester la décision de l'Office et si une telle contestation présente pour lui un risque quelconque.

Si on n'est pas content de la surtaxe, il faut faire une réclamation (art. 14 RGL). Si la loi ne prévoit rien de spécial on fait recours à la CJCA. Serait-ce un risque ? Cela risque de faire exploser le taux de la famille, le revenu va être plus élevé et risque de surtaxe plus élevé voir même de quitter le logement. Dans le cas d'une réclamation on recommence à zéro, donc il peut faire ça. Sosthène ne devrait pas le dire, théoriquement il devrait déclarer le salaire de sa sœur.

DOCUMENT DE TRAVAIL 15

Cas 1

Le Statut du personnel de la commune de Z. dans le canton de Genève, comporte notamment les dispositions suivantes :

Art. 57 Prime extraordinaire

- 1. Un membre du personnel qui a fourni une prestation spéciale particulièrement utile à la commune peut demander l'allocation d'une prime extraordinaire de 3'000 frs au plus.*
- 2. Le Conseil administratif décide librement de l'octroi de la prime visée à l'alinéa 1 et, le cas échéant, de son montant. Les membres du personnel ne peuvent en aucun cas prétendre à un droit au versement de cette prime.*

Le Statut ne contient par ailleurs aucune règle sur les voies de recours. Kevina Leguique, employée au service informatique municipal, estime avoir rendu un grand service à la commune en neutralisant un méchant virus qui menaçait tout le système informatique de la commune. Elle a donc demandé au Conseil administratif le versement d'une prime extraordinaire de 2'000 frs.

Il y a une semaine, Kevina a reçu la décision du Conseil administratif qui lui refuse ce versement en invoquant les finances précaires de la commune.

Kevina est fort déçue. Elle considère que les finances de la commune – qui a bouclé tous ses comptes, ces dernières années, avec un excédent de recettes – sont excellentes et que, dès lors, le refus qui lui a été signifié est arbitraire. Elle estime au surplus que ce refus constitue une grave erreur politique, qui va démotiver le personnel municipal.

Elle veut recourir « le plus loin possible » contre la décision du Conseil administratif et vous demande de lui indiquer les voies de recours, le cas échéant successives, qui s'offrent à elle.

Il s'agit d'une décision prise par le conseil administratif d'une commune genevoise. On regarde d'abord pour les voies de recours dans la loi spéciale ; ici, c'est le statut du personnel de la commune (art. 57), qui n'indique rien sur les voies de recours. Donc puisque la loi spéciale ne dit rien, alors on retombe sur LPA/GE et la LOJ ; pas de recours au TAPI car comme mentionné plus haut, il n'est pas prévu par la loi. Donc, à Genève, on va à la CJCA (art. 132 al.1 et 2 LOJ). Délai de recours à Genève : 30 jours.

En l'espèce, le refus de la prime signifié à Kevina est bien une décision. Les autorités communales sont parmi les autorités administratives au sens de l'art. 5 LPA/GE, donc Kevina doit recourir à la CJCA au sens de l'art. 132 LOJ. Est-ce que Kevina a la qualité pour recourir ? Art. 60 al.1 let. b LPA/GE : il faut être touché directement et dans un intérêt digne de protection. En l'espèce c'est clairement le cas. Est-ce que le mari de Kevina a également la qualité pour recourir ? Non, car il n'est pas touché directement mais par ricochet. La décision a été reçue il y a une semaine, le délai n'est pas dépassé et le recours est recevable à ce niveau là.

Quid des motifs de recours que Kevina invoque ?

Premier argument : Le refus arbitraire est un motif de droit, argument juridique. Peut-on faire valoir les motifs de droit devant la CJCA ? Oui. Quelle est la portée du fait qu'elle dise que le refus est arbitraire ? Est-ce important de le dire pour la recevabilité du recours ? Non, pas au niveau de la CJCA ; la simple violation du droit est suffisante. De quelle marge de manœuvre dispose ici le conseil administratif ? Il décide librement, donc liberté d'appréciation dans sa forme la plus forte et même ensuite au niveau de l'interprétation de la loi (art. 57 statut), notion juridique particulièrement indéterminée ; le conseil disposant d'une très large liberté d'appréciation, c'est intéressant pour Kevina de dire qu'il y a eu un abus de pouvoir d'appréciation. Cela montre que même quand on a pas le droit à une prestation et que le conseil dispose d'un large pouvoir d'appréciation, il est important d'avoir une voie de recours pour pouvoir vérifier que l'autorité n'a pas commis d'abus ou d'excès de ce pouvoir d'appréciation.

Deuxième argument, celui de la grave erreur politique qui va démotiver le personnel municipal : c'est de l'opportunité. A Genève, les juridictions administratives n'ont pas la compétence pour contrôler l'opportunité d'une décision (art. 61 al.2 LPA), contrairement au TAF.

Si elle veut aller plus loin : év. RMDP ? Est-ce que les conditions de 86a LAC seraient remplies ? C'est bien une décision rendue dans une cause de droit public (82 LTF). On ne doit pas être dans le cadre d'une exception. Art. 85 al.1 let. b : en matière de rapports de travail de droit public, valeur minimale litigieuse de 15'000 CHF. Quid de l'art. 83 let. g LTF : décisions qui concernent une contestation non pécuniaire. Donc pas possible ici, car la valeur litigieuse est de 2'000 CHF. Pour que le RMDP soit ouvert, il faudrait qu'on soit en présence d'une question juridique de principe ; en l'espèce, ce n'est pas le cas. On est typiquement dans un cas particulier.

Le RMDP ne sera pas ouvert à Kevina. Autre voie de recours possible : RCS. L'argument de l'opportunité n'est pas examiné au RCS. Quid de l'arbitraire ? C'est un droit constitutionnel mais art. 115 LTF : il faut un intérêt juridique. Si Kevina invoque l'application arbitraire du statut du personnel en relation avec l'art. 9, cela ne lui donne pas un intérêt juridique (d'après la jurisprudence bien établie). En effet, l'art. 9 ne donne pas à lui seul un intérêt juridique ; pour ce faire, il faudrait un intérêt légal. Art. 57 al.2 : « Les membres du personnel ne peuvent en aucun cas prétendre à un droit au versement de cette prime », donc pas d'intérêt légal. Kevina n'aura donc pas non plus la qualité pour agir au RCS.

En conclusion, si Kevina n'est pas contente de la CJCA, elle ne peut rien faire. En effet, le RMDP et le RCS n'étant pas ouverts, les conditions du recours faisant défaut, il n'y a pas d'autres voies de recours que Kevina pourra emprunter après la décision de la CJCA.

Variante 1

La réponse à la question de Kevina change-t-elle si celle-ci allègue que, dans des situations comparables, ses collègues masculins ont toujours obtenu la prime demandée?

Argument supplémentaire, celui de l'égalité de traitement. Cela ne changerait rien au niveau cantonal. Au niveau fédéral cependant, la loi fédérale sur l'égalité et l'art. 8 al.3 Cst peuvent-ils changer quoi que ce soit au niveau du RMDP ? La valeur litigieuse n'est toujours pas atteinte mais est-ce une question juridique de principe ? Discutable, cela lui donne une chance supplémentaire. Mais, à supposer que le TF dise que ce n'est pas une question juridique de principe, quid du RCS ?

L'égalité entre hommes et femmes (art. 8 al.3 Cst) constitue un intérêt juridique suffisant au sens de l'art. 115 LTF (et non pas l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 al.1 Cst ! La simple égalité de traitement, tout comme l'arbitraire, ne donne pas le droit à lui seul la qualité pour agir). Donc ici le RCS serait recevable.

Variante 2

Le Conseil administratif n'a pas encore statué sur la demande de son employée. Cependant, il vient de signifier par lettre à Kevina qu'il n'entend pas organiser d'audition de témoins, comme cette dernière le demandait afin d'établir le caractère véritablement exceptionnel de sa prestation. Kevina vous demande si et, le cas échéant, « jusqu'où » elle peut recourir contre cette lettre, estimant que sans l'audition des témoins sa demande risque fortement d'être rejetée.

Ici, le Conseil administratif ne statue pas sur le fond de l'affaire mais rend une décision incidente sur la question des témoins. En droit genevois, pour pouvoir recourir contre une décision incidente, il faut qu'elle soit susceptible de causer un préjudice irréparable si elle n'est pas attaquée tout de suite.

En l'espèce, si la réponse est négative, Kevina pourra très bien invoquer ce refus d'entendre des témoins. L'invocation des griefs pourra parfaitement être faite dans la décision finale, et donc Kevina ne peut pas recourir contre cette décision incidente du Conseil administratif.

Cas 2

Après une longue procédure, comportant notamment une étude d'impact au sens des articles 10a et ss LPE, et malgré les nuisances importantes, en termes de bruit et de circulation qui en résulteront, la World Company a obtenu l'autorisation de construire une gigantesque usine, en zone à bâtir, à proximité d'Yverdon. Hier, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois (CDAP), dernière instance cantonale en la matière, a rejeté ou déclaré irrecevable les recours formés contre cette autorisation par :

- a. *Alceste Bolomey, propriétaire de la parcelle jouxtant immédiatement la future usine ;*
- b. *L'association de quartier « Yverdon-Est », qui a pour but statuaire « le maintien du caractère résidentiel et harmonieux de l'est yverdonnois, ainsi que de la qualité de vie de ses habitants » et dont une bonne partie des membres habitent dans les rues adjacentes à la future usine ;*
- c. *Le parti socialiste-libéral d'Yverdon qui s'est opposé au projet dès l'origine ;*
- d. *Le WWF Suisse ;*
- e. *Constant Lavenoge, écrivain vaudois de bonne renommée, originaire d'Yverdon, aujourd'hui domicilié à Montreux, qui a mené dès la première heure une véritable croisade contre ce qu'il considère comme le « saccage » du quartier où il a passé toute son enfance et qu'il a décrit dans plusieurs de ses livres.*
- f. *Gonzague Lavenoge, fils du précédent, qui partage les sentiments de son père, qui habite quant à lui dans un autre quartier d'Yverdon, mais qui vient toutes les fins de semaine se promener dans le quartier visé par le projet avec ses enfants, car il en apprécie le calme et la jolie place de jeux, laquelle sera sacrifiée si l'usine est construite.*
- g. *Manon Dessources, bergère, qui avait prévu de louer une prairie pour ses moutons dans le*

périmètre concerné, ces trois prochaines années, et qui verra cette possibilité disparaître si le projet va de l'avant.

Le directeur pour la Suisse de la World Company vous demande si les opposants qui ont été déboutés devant le Tribunal cantonal vaudois pourront recourir auprès du Tribunal fédéral.

RMDP art. 86 al.2 let. a LTF. Aucune des exceptions de l'art. 83 LTF ne s'applique ici et la qualité pour agir des intéressés va se juger sur l'art. 89 LTF, qui pose comme critère l'intérêt digne de protection, particulièrement atteint.

a. Qualité pour recourir admise, car immédiatement voisin.

b. Recours associatif dans l'intérêt de ses membres ? Conditions : personnalité juridique (OK ici), protection des membres prévue dans les statuts (OK ici), intérêt d'un grand nombre des membres (OK ici), les membres auraient eu eux-mêmes la qualité pour recourir (OK ici). Donc qualité pour recourir admise.

c. On pourrait imaginer p.ex que le parti ait son local juste à côté de l'usine, ce qui le mettrait dans la même situation qu'Alceste Bolomey, mais on écarte cette hypothèse puisqu'on a pas ce genre d'indication dans la donnée. Quid d'un recours corporatif ? Il a certainement la personnalité juridique mais les partis politiques n'ont pas pour but de défendre les intérêts de leurs membres. Quid si un grand nombre du parti réside juste à côté de l'Usine et ait la qualité pour recourir ? Le recours corporatif serait exclu de toute façon. Est-ce que le fait que ce parti politique s'est opposé à l'origine à ce projet change quoi que ce soit ? Non ; pour former un RMDP, il faut être touché concrètement, or ici ce n'est pas le cas (à moins qu'il ait p.ex son local à côté).

d. Le WWF est une fondation, il ne pourra pas agir pour défendre ses membres. Quelle est l'éventuelle voie de droit qui pourrait jouer pour le WWF ? Le recours spécial donné aux organisations de protection de l'environnement ; l'art. 89 LTF renvoie aux dispositions spéciales, ici l'art. 55 LPE. Ce sont des organisations actives depuis plus de 10 ans (OK ici), à but idéal (OK ici), figurant dans la liste établie par le Conseil fédéral (OK ici, association n°3 dans l'annexe de l'Odo). Cela ne suffit pas encore pour qu'il soit habilité à recourir en l'espèce ; il faut que cela soit par rapport à un projet soumis à l'exigence d'une étude d'impact, ce qui est bien le cas *in casu*. Le WWF pourra donc bien recourir au sens de l'art. 89 LTF et 55 LPE.

e. Est-ce qu'il est touché plus que quiconque dans ses intérêts et concrètement ? Il est en effet touché émotionnellement mais pas concrètement. Le RMDP est donc exclu pour lui car il n'y a qu'un intérêt « idéal » en l'espèce. Donc ici, Constant Lavenoge n'aura pas la qualité pour recourir.

f. Le critère spatial, tel que compris par le Tribunal fédéral (autrement dit, l'usage de la résidence), fait défaut ici. Gonzague Lavenoge n'aura pas la qualité pour recourir, car le type de rapport qu'il a n'est pas l'un de ceux reconnus par le Tribunal fédéral.

g. Manon Dessources a bien un intérêt concret ici ; mais elle n'est pas touchée directement, uniquement « par ricochet ». En soit, la décision ne touche à aucun de ses droits d'utiliser la prairie. *Il vous demande également ce que risque la World Company si elle commence immédiatement les travaux.*

Statut de l'autorisation de construire (sachant que la décision de la CDAP a été rendue hier) : pas entrée en force car le délai de recours n'est pas encore échu (recours ordinaire de 30 jours pour le RMDP et il y a encore trois recourants potentiels). Mais cela ne suffit pas, il faut voir si le recours a un effet suspensif (si il suspend les effets de la décision, c'est-à-dire le droit de la World Company de commencer les travaux) : art. 103 al.1 LTF : le RMDP n'a pas, sur le principe, d'effet suspensif. Donc en commençant les travaux, la World Company ne violerait aucune règle. Mais que peut-il se passer ensuite ? Quel est le risque ? Dans une telle affaire, les recourants vont probablement vite demander l'effet suspensif et il y a de bonnes chances qu'ils l'obtiennent. Donc un premier risque c'est qu'ils commencent les travaux mais devront les arrêter rapidement si le juge restitue l'effet suspensif.

Supposons que le juge ne restitue pas l'effet suspensif ; il y aura, a un moment donné, un jugement du Tribunal fédéral. Soit le TF confirme la décision et rejette le recours, et tout va bien pour la Company. Soit les recourants obtiennent gain de cause et le TF annule l'autorisation ; si la World Company aura déjà commencé les travaux, elle devra rétablir la situation antérieure (reboucher les trous, démolir ce qu'elle a reconstruit, replanter les arbres, etc). En pratique, il est assez rare que les propriétaires prennent le risque de commencer les travaux a moins d'être absolument sur que dans l'essentiel leur autorisation sera confirmée.

Variante

Le recours d'Alceste Bolomey contre l'autorisation de construire délivrée par la commune d'Yverdon (compétente pour ce type de décision selon le droit vaudois) a été admis par la CDAP. La commune d'Yverdon et le canton de Vaud, qui souhaitent la construction de l'usine, pour des motifs de maintien de l'emploi, peuvent-ils recourir au Tribunal fédéral ?

Concernant la commune, on invoque l'art. 89 al.2 let. c LTF. Quelle serait la garantie invoquée par la commune ici ? L'autonomie communale. Pourquoi serait-elle ici habilitée à l'invoquer ? Car dans le canton de Vaud, elle est habilitée à délivrer les autorisations de construire (art. 139 al.1 let. d Cst/VD). Par ailleurs, la commune pourrait-elle recourir au même titre qu'un privé ? Non, c'est par le biais de 89 al.2 let. c LTF que la commune pourrait recourir.

Concernant le canton, il peut recourir si il a une qualité pour agir spéciale. Art. 34 LAT : les cantons et les communes ont qualité pour recourir contre les décisions portant sur des autorisations hors des zones à bâtir. Or, ici il s'agit de l'intérieur d'une zone à bâtir. Le canton n'a donc pas la qualité pour recourir spéciale. Pourrait-il recourir comme un particulier ? A l'évidence, pas. Il resterait la possibilité que le canton puisse recourir si il est touché dans ses prérogatives de puissance publique et dispose d'un intérêt juridique propre : même si la jurisprudence est parfois surprenante, mais en l'espèce le canton n'a pas vraiment de compétence propre.

En résumé, le canton de Vaud ne pourra pas recourir. En revanche, la commune pourra recourir pour violation de son autonomie.

Cas 3

Se fondant sur l'article 12 de la loi fédérale sur la pêche du 21 juin 1991 (LFSP –RS 923.0) l'Office

fédéral de l'environnement (OFEV), compétent en la matière, a accordé à la société de pêche de Trifouillis-le-Dessus, dans le canton du Jura, une subvention de 100'000 frs pour installer un pavillon d'information sur la faune et la flore aquatiques indigènes dans un méandre de la charmante rivière locale, accessible par un chemin de terre carrossable.

ropriétaire d'une maison forestière datant du 18ème siècle située à quelques dizaines de mètres du pavillon projeté, Mélusine Lafée, ayant appris par hasard l'octroi de cette subvention, a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral, qui a annulé la décision pour violation du droit d'être entendu de Mélusine.

L'OFEV a alors repris la procédure à zéro. Il a dûment informé tous les voisins, dont Mélusine, ainsi que les organisations de protection de la nature disposant de la qualité pour agir, du projet et des plans y relatifs et leur a donné un délai pour faire valoir leur point de vue. Cela fait, il a accordé la subvention, considérant que le projet présentait un incontestable intérêt pédagogique et s'insérait parfaitement dans le site, sans porter atteinte en quoi que ce soit à la rivière.

Mélusine vient vous consulter, outrée. Elle ne comprend pas comment l'OFEV a pu commettre « une violation aussi crasse de l'autorité de chose jugée de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral » en accordant derechef une subvention qui venait d'être annulée par la justice. Elle persiste par ailleurs à penser que le projet subventionné portera atteinte à la rivière et à sa faune, violant ainsi la LFSP, en raison de son implantation trop proche de l'eau et des nuisances qui seront provoquées par les visiteurs, notamment ceux qui viendront en véhicules automobiles. Elle considère au surplus comme parfaitement inopportun de dépenser 100'000 frs pour un projet présentant si peu d'intérêt et beaucoup d'inconvénients.

Etant décidée à contester la subvention en cause « le plus loin possible », elle vous demande auprès de qui elle pourra faire valoir ses différents arguments.

A qui peut-elle s'adresser ? Recours ouvert le cas échéant auprès du TAF. Est-ce que Mélusine aurait ici la qualité pour recourir ? Art. 48 PA : critère de l'intérêt digne de protection. Mélusine ne recour pas ici contre une autorisation mais contre une subvention. Quid ? Le TAF considère que si la subvention est intimement liée à l'autorisation, alors on peut recourir.

Est-ce que le TF va entrer en matière sur ses arguments ?

- Premier argument : violation crasse de l'autorité de chose jugée. L'autorité de chose jugée porte sur les éléments effectivement jugés par le TAF. Or, dans la première décision le droit d'être entendu de Mélusine a été violé. Ici, l'OFEV a respecté cela et la 2^e décision n'est pas en violation de la première.
- Deuxième argument : atteinte à la rivière et sa faune et loi sur la pêche. Le TAF va effectivement entrer en matière sur ce type d'argument ; Mélusine peut invoquer ces arguments devant le TAF.
- Troisième argument : inopportunité des 100'000 CHF. Le recours est auprès du TAF et on peut effectivement invoquer l'inopportunité (art. 89 PA).

Variante

Mélusine a vu son recours contre la subvention rejeté par l'autorité de recours compétente, il y a six mois. Elle en a pris son parti. Mais, elle vient de découvrir, grâce à la confession d'une personne impliquée dans l'affaire, que la société de pêche avait produit des documents falsifiés pour obtenir la subvention et la faire confirmer sur recours. Elle vous demande si elle peut revenir à la charge au vu de ce coup de théâtre.

Voie de la révision (art. 45 LTAF) : voie extraordinaire pour un motif tout a fait particulier. Il y a eu un délit ayant influencé la décision, c'est bien un motif de révision prévu par l'art. 45 LTAF.

DOCUMENT DE TRAVAIL 16

Cas 1

Hilarion Plekszy-Gladz, financier d'origine borduro-syldave installé à Genève, a demandé au printemps 2013 à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : la FINMA), pour la société qu'il venait de créer avec deux associés, HPG SA (ci-après : HPG), l'autorisation d'exercer l'activité de négociant en valeurs mobilières au sens de l'art. 10 de la loi sur les bourses du 24 mars 1995 (LBVM).

Cette autorisation a été refusée à HPG au motif que les deux associés d'Hilarion, actionnaires de la société, avaient fait l'objet de condamnations pénales en Bordurie, il y a quelques années, pour abus de confiance et que dès lors la société ne remplissait pas la condition posée par l'art. 10 al. 2 let. d LBVM. La FINMA n'a, dans ces conditions, pas jugé utile d'examiner les autres conditions de l'art. 10 al. 2 LBVM.

HPG a recouru contre la décision de la FINMA jusqu'au Tribunal fédéral. Celui-ci a rejeté le recours le 14 octobre 2013.

Hilarion vient vous consulter ce jour. Il vous explique qu'il a racheté les actions de ses deux anciens associés, actions qu'il a revendues à des personnalités genevoises à la probité et à la compétence financière incontestées. Il vous demande, dans ces conditions, si et comment HPG pourrait obtenir une remise en cause du refus d'autorisation qui lui a été signifié.

D'abord décision de la FINMA, ensuite TAF et finalement TF. Le Tribunal fédéral, en dernier ressort, a confirmé le projet de la demande d'autorisation. Si on veut remettre en cause ce rejet, quelles sont les possibilités (en écartant l'idée de nullité de l'arrêt du Tribunal fédéral, qui est en soit une possibilité très peu probable) ?

Il n'est pas possible de faire recours contre la décision du Tribunal fédéral. Quid de la révision ? Art. 121 ss PA. Ce qui n'entre pas en ligne de compte ici, c'est la CEDH (donc l'art. 122 ne joue pas). Rien non plus sur 121 PA. Quid de l'art. 123 ? Il y a a priori une possibilité selon l'art. 123 PA, or ici le rachat des actions c'est postérieur. Donc la question de la révision n'entre pas non plus en ligne de compte. L'arrêt du Tribunal fédéral était parfaitement justifiée.

On peut ainsi penser à une demande reconsidération qui se ferait auprès de l'autorité qui a rendu la décision de base, autrement dit ici la FINMA. On peut invoquer les circonstances nouvelles : il y a eu un changement des actionnaires. Est-ce que la FINMA sera obligée d'entrer en matière ? En l'espèce c'est une demande de reconsidération obligatoire, parce que les faits ont changé, la FINMA ne s'étant jamais prononcée sur ces faits, elle doit le faire. Devra-t-elle nécessairement accorder l'autorisation ? Non. On pourrait par exemple imaginer que contrairement à ce qu'affirme Hilarion, les nouveaux actionnaires ne sont pas irréprochables. La FINMA doit donc entrer en matière et ayant examiné le nouvel état de fait, voir si elle délivre l'autorisation ou pas.

VARIANTE

Hilarion vous demande toujours si et comment HPG pourrait obtenir une remise en cause du refus d'autorisation qui lui a été signifié, alors même que ses deux associés sont toujours actionnaires, mais, hypothèses alternatives :

a. ceux-ci ont été graciés par le nouveau président bordure entré en fonction le 1er janvier 2014 ;

Pour que la FINMA doive rendre une nouvelle décision, il doit s'agir de circonstances nouvelles qui obligent la FINMA à entrer en matière. Le fait qu'ils soient graciés n'implique pas le fait qu'ils remplissent toutes les garanties. La grâce elle-même implique qu'ils ne vont pas purger leur peine mais ne supprime pas la constatation officielle des faits (la personne reste condamnée mais ne subira pas sa peine). Pour une garantie d'activités irréprochables, ce qui compte c'est qu'on a été condamné (le fait qu'on purge sa peine ou pas n'exclut rien). Donc il s'agit d'un fait nouveau qui n'a aucune pertinence par rapport à la décision qui a été rendue et ne justifiera pas une entrée en matière de la FINMA. Une reconsidération facultative reste toujours possible mais en soit il n'y a aucune raison et très peu de chance pour que la FINMA entre en matière.

b. grâce à un transfuge bordure qui vient d'obtenir l'asile politique en Suisse, les deux associés d'Hilarion sont depuis peu en mesure de prouver que les condamnations prononcées contre eux résultaient d'une sombre machination politique et qu'ils étaient blancs comme neige ;

Il s'agit ici d'un « fait nouveau ancien », car ils étaient déjà innocents quand la FINMA a pris sa décision et quand le TF a pris sa décision. Evidemment, ni la FINMA ni le TF ne pouvaient le savoir ; c'est aujourd'hui que ce fait apparaît. Ainsi, on se retrouve dans le cadre d'une possibilité de demande de révision par l'autorité de base (au sens de l'art. 123 let. a PA), car objectivement l'arrêt du TF est erroné (il y avait un élément de fait qui est apparu postérieurement mais l'élément de fait lui-même existait déjà). Le TF va probablement réviser son arrêt et renvoyer l'affaire à la FINMA pour qu'elle examine si les autres conditions sont remplies.

c. après avoir étudié de façon approfondie la pratique de la FINMA, la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine y relative, Hilarion a acquis la conviction que, vu le pourcentage relativement réduit d'actions détenu par ses associés, ceux-ci ne sauraient être considérés comme « actionnaires principaux » au sens de l'art. 10 al. 2 let. d LBVM ; dès lors Hilarion a, selon lui, droit à son autorisation.

Est-ce un motif de révision de l'arrêt du TF ou un motif de reconsidération obligatoire ? Art. 123 al.2 let. a PA : ce n'est pas un motif de révision et ce n'est pas non plus un motif de reconsidération obligatoire, ici il s'agit d'une interprétation juridique de la LBVM. On ne peut jamais demander une révision ou une reconsidération obligatoire pour un motif de droit. Hilarion pourrait tenter le coup d'une reconsidération facultative auprès de la FINMA ; on ne peut pas totalement exclure que la FINMA puisse se laisser convaincre par l'argumentation juridique d'Hilarion. Maintenant, dans la mesure où l'affaire est quand même allée jusqu'au TF, on voit difficilement la FINMA changer d'avis sur une affaire où son point de vue juridique a été approuvé par le Tribunal fédéral.

VARIANTE 2

Hilarion avait renoncé à recourir contre la décision de la FINMA, son avocat de l'époque lui ayant indiqué qu'un tel recours serait voué à l'échec. Qu'est-ce que cela changerait dans chacune des hypothèses évoquées ci-dessus (donnée de base et variantes) ?

Cela ne change rien par rapport au cas de base. Quid de la variante 1a ? Cela ne change rien non plus, on peut toujours tenter de faire une demande de reconsidération mais il est peu probable que la FINMA entre en matière. Quid de la variante 1b ? Demande de reconsidération auprès de la FINMA pour motif de révision mais c'est bien une demande de reconsidération (même si la loi

parle de révision). Enfin, quid de la variante 1c ? De toute façon ni motif de révision, ni motif de reconsidération obligatoire, donc cela ne change rien au cas de base. Ici, peut-être le fait qu'il y ait pas eu de recours augmenterait les chances d'Hilarion s'agissant de sa demande de reconsidération facultative (mais il s'agit moins d'une différence juridique que d'une différence psychologique). Mais elle n'est pas plus obligée d'entrer en matière dans ce cas là que dans les autres variantes.

Cas 2

Le professeur Mortimer, désormais à la retraite, coule des jours paisibles dans la villa discrète qu'il a acquise il y a quelques années dans la commune genevoise de Hixe. Il y a deux semaines, revenant d'un voyage à Londres où il a rendu visite à son ami Francis Blake, Mortimer a eu la surprise de voir érigé sur la parcelle voisine de son jardin, qui appartient à la commune, un hangar préfabriqué de 3 bons mètres de haut. « By Jove » s'écria-t-il « que signifie ceci ? ». Une voisine complaisante lui expliqua que ce hangar était destiné au nouveau camion des pompiers communaux.

Ayant pris soin de vérifier auprès du département cantonal de l'aménagement, du logement et de l'énergie que ledit hangar n'avait fait l'objet d'aucune autorisation, Mortimer s'est rendu à la mairie afin de dire son fait au secrétaire général de la commune, M. Olrik. Celui-ci, visiblement énervé, l'a fort mal reçu, finissant par le jeter hors de son bureau avec force injures.

Mortimer n'entend pas s'en laisser compter. Il vous consulte en vous demandant quelles démarches il doit faire auprès des autorités compétentes pour, d'une part, obtenir un ordre d'enlèvement du hangar illégalement construit et, d'autre part, faire sanctionner Olrik pour son comportement inqualifiable.

Il vous demande quels seront ses droits dans les différentes procédures qu'il pourrait enclencher.

Droit applicable : LCI, qui prévoit notamment que toute construction nécessite une autorisation.

Art. 129 LCI : l'autorité pourrait, de son propre chef ou parce qu'elle est informée des faits, ordonner à la commune d'enlever le hangar. Evidemment il faudrait examiner ici est-ce qu'il y a simplement eu défaut d'autorisation ou si en plus le hangar n'est pas autorisable car il ne correspond pas aux conditions légales, mais ce n'est pas la question en l'espèce).

Est-ce qu'il a le droit ici de demander une prise de décision ? Ici Mortimer ne fait pas simplement une dénonciation, c'est une vraie requête de décision car ce n'est pas n'importe quel habitant de la commune ou du canton ; il est le voisin, donc il est touché directement et plus que n'importe qui par la construction du hangar et par son éventuelle démolition. Dans ces conditions-là, Mortimer est une partie à la procédure de remise en état (de rétablissement d'une situation conforme au droit), il a un droit à ce que le département se prononce / rende une décision et le cas échéant si le département refuse d'ordonner la démolition du hangar, Mortimer pourra faire un recours.

Eventuelle autre démarche alternative, cette fois-ci directement devant la commune ? C'est un acte matériel de la commune qui, du point de vue de Mortimer en tout cas, viole ses droits de voisins et on pourrait imaginer que M s'adresse à la commune en disant que la commune doit rendre une décision au sens de l'art. 4 LPA/GE sur le fait de réparer cet acte par le démantèlement de ce hangar. Mais la procédure logique est celle d'aller au département.

Quid de la question d'Olrik ? Il devra s'adresser à l'autorité hiérarchiquement supérieure, ici au conseil administratif de la commune, par la voie de la dénonciation.

Cas 3

Fantasio est un farouche militant anti-tabac. Il a des preuves que son voisin Zantafio, patron d'une société d'import-export, fait passer en contrebande une grande quantité de cigarettes. Il écoule ensuite discrètement cette marchandise à prix « cassés ». Fantasio est inquiet de l'effet de telles pratiques sur la santé de la population, en particulier des jeunes, très tentés par les rabais proposés.

A) *Par quelle voie peut-il obtenir l'intervention du bureau de douane compétent ?*

Ici, Fantasio trouve que c'est très mauvais pour la santé publique mais il n'est pas touché directement lui-même par cette problématique. Il agit dans l'intérêt public et la seule chose qu'il peut faire c'est une dénonciation à l'autorité compétente. Est-ce qu'il aura un droit à ce que l'autorité compétente agisse ? Non, il n'a pas la qualité de partie ; il n'a même pas le droit à une décision et il n'a même pas le droit à ce que le bureau des douanes lui donne des renseignements sur la procédure qui a été suivie.

B) *Quid si l'autorité de première instance ne donne pas suite à sa demande ?*

Il peut aller devant l'autorité supérieure, autrement dit à la direction de l'arrondissement (art. 91 al. 1 et 116 LD, Loi fédérale sur les douanes du 18 mars 2005).

C) *Quid si l'autorité de surveillance classe l'affaire ?*

Si la direction de l'arrondissement ne fait rien, Fantasio peut faire une dénonciation auprès de la Direction générale des douanes. Et si cette dernière ne fait rien, il peut faire une dénonciation auprès du Département fédéral des finances. Ensuite, c'est le Conseil fédéral (dernier échelon administratif).

Cas 4

Pat Poker, président du club de football Romandie United, est très fâché d'une émission d'information de la Radio Télévision Suisse diffusée dimanche passé sur la RTS Un. En effet, lors de cette émission, il a été très critiqué, de même que la société dont il est le PDG et le principal actionnaire, Danaïdes SA, dans un débat sur la gestion, présentée comme calamiteuse, des clubs de football de la région.

Pat estime qu'en l'espèce l'animateur de l'émission a manifestement confondu, dans sa présentation, faits objectifs et appréciations personnelles.

Droit applicable (annexes du cas) : LRTV (Loi fédérale sur la radio et la télévision) et la concession octroyée à SRG SSR idée suisse.

A) *Que peut faire Pat pour se plaindre de l'émission ?*

De quel genre d'action de l'Etat Pat voudrait se plaindre ici ? Il s'agit d'un acte matériel. Avant de voir l'art. 25 PA il faut voir si le législateur n'a pas prévu de démarche spécifique : la LRTV a prévu d'abord un système dit de médiation à l'art. 92 : « réclamation » auprès d'un organe de

médiation. Pour la SSR, c'est elle qui désigne un organe de médiation (art. 91 al.2 LRTV).

Remarque : ici ce n'est pas une réclamation de type contentieux mais la réclamation au sens banal du terme. Toute personne (physique ou morale) au sens de l'art. 92 al.1 LTRV peut faire une réclamation (pas d'autres conditions spécifiques, même un touriste de passage, une association ou un enfant p.ex). Deux conditions formelles : il faut le faire par écrit et il faut que ce soit brièvement motivé + dans un délai de 20 jours à compter de la diffusion.

A quoi va aboutir cette procédure ? Qu'est-ce que peut faire l'organe de médiation ? Pat peut invoquer la violation de l'art. 4 al.2 phr.2 LRTV : il faut donner des arguments qui constituent en se plaignant que le diffuseur viole des exigences fondamentales en matière de contenu des programmes, avec cette condition d'objectivité et de transparence de l'art. 4 LRTV.

Art. 93 LRTV : l'organe peut essayer d'arranger l'affaire mais ne peut pas prendre des décisions. A la fin de procédure de médiation, que fait le médiateur ? Il pose un rapport (art. 93 al.4 LRTV), il doit faire une sorte de compte-rendu. On est donc bien dans les caractéristiques d'une médiation, procédure dans laquelle l'idée est d'essayer de mettre d'accord les parties.

Si Pat n'est pas content du résultat de la médiation, que peut-il faire ? Il peut déposer une plainte à l'autorité de plainte (art. 82 ss LRTV), autorité indépendante et autonome, composée de 9 membres (nommés par le Conseil fédéral). C'est une autorité de type quasi-judiciaire, car elle est indépendante à titre personnel (le fait qu'elle soit désignée par le CF n'est pas un obstacle puisqu'elle ne peut recevoir aucune instruction) : ses décisions peuvent donc être portées directement devant le Tribunal fédéral (pas besoin de faire le détour par le TAF). Instance créée spécialement par la loi auprès de laquelle certaines personnes peuvent déposer une plainte où on se plaint de la violation de la loi ou de la concession, toujours sur la base de l'art. 4 LRTV (on retrouve aussi la même disposition dans la concession).

Conditions : il faut la qualité pour agir (art. 94 LRTV), c'est-à-dire avoir été partie à la procédure de réclamation devant l'organe de médiation (qui est donc une procédure obligatoire). Il faut aussi être une personne physique de plus de 18 ans, être suisse ou avoir un permis de séjour / d'établissement. Quid d'une personne morale ? Possible aussi, on lui enlève juste les conditions de la personne physique (p.ex être âgée de plus de 18 ans).

Est-ce que ces conditions jouent pour Pat Poker ? A priori, oui. Il va donc pouvoir déposer plainte. A la fin de la procédure de plainte, par le biais de laquelle on peut se plaindre d'un acte matériel d'un concessionnaire de l'Etat, il y a une décision et c'est prévu expressément par la loi (LRTV). C'est emblématique de la procédure de « plainte formalisée ». Si Pat n'est pas content de la décision de l'autorité de plainte, il peut aller directement au Tribunal fédéral ; pour pouvoir recourir au Tribunal fédéral il faut avoir la qualité pour agir (89 LTF).

B) Que peut faire Danaïdes SA pour se plaindre de l'émission ? Oui, elle peut faire une réclamation mais aussi se plaindre (cf. analyse des conditions précédente). La marge d'action de la société est aussi grande que celle de Pat Poker.

C) Que peuvent faire les 40 membres du club des ultras du Romandie United, qui ne supportent pas la moindre critique à l'égard de leur club chéri et jugent l'émission contraire à toutes les règles de l'objectivité ? Réclamation possible. Quid de la plainte ? Ils n'ont pas la qualité pour déposer a titre personnel mais ils pourraient utiliser l'art. 94 al.2 LRTV (plainte de groupe, minimum 20 pers).

DOCUMENT DE TRAVAIL 17

Cas 1

La loi fédérale sur la procédure administrative (PA) peut-elle s'appliquer ; si oui dans quelles circonstances et en vertu de quelle base légale, à des actions des entités suivantes :

- a. La direction générale des CFF ;*
- b. Emile Müller, boulanger-pâtissier, par ailleurs capitaine à l'armée ;*
- c. La FINMA*

Il faut qu'il s'agisse d'une décision, fondée sur le droit public fédéral, il faut que ce soit une autorité listée à l'art. 1 PA et il ne faut pas qu'une exceptions des art 2 et 3 PA ou d'une loi spéciale qui entre en compte. L'art. 4 PA prévoit qu'il peut y avoir des compléments à la PA (mais il ne s'agit pas d'un critère d'applicabilité).

S'agissant des CFF : art. 1 al.2 let. e PA (il s'agit d'une société anonyme de droit public, ils ne sont plus un établissement public autonome, c'est la raison pour laquelle ils ne tombent plus sous le coup de l'art. 1 al.2 let. c PA). Réglementation par la Loi fédérale sur les chemins de fer fédéraux (LCFF). Le personnel des CFF est soumis à la LPers. Est-ce que la LPers prévoit des possibilités de rendre des décisions ? Oui, à l'art. 34 LPers ; les CFF peuvent être appelés à rendre des décisions fondées sur le droit fédéral. La PA est donc applicable.

S'agissant d'Emile Müller : en tant que boulanger-pâtissier il n'est pas susceptible de rendre des décisions fondées sur le droit public fédéral. Quid de son poste de capitaine à l'armée ? Il est réglé par la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM). Quand il donne des injonctions en vertu de sa capacité d'officier, il prend une décision fondée sur le droit public fédéral. La PA est-elle applicable ? Non : art. 3 let. d PA, il s'agit d'une vraie exception qui rend la PA inapplicable en matière de procédure de la justice militaire et de la procédure dans les affaires relevant du pouvoir de commandement militaire selon l'art. 37 LAAM.

S'agissant de la FINMA : elle délivre des autorisations ou des sanctions basées sur le droit public fédéral : en effet, elle applique, outre la LFINMA, la LBVM, la LB, la LBA. Est-elle une autorité fédérale au sens de l'art. 1 al.2 PA ? Oui, à la lettre c. La PA est par conséquent applicable.

Cas 2

La World Company a déposé auprès de la Ville de Genève, une demande d'autorisation en vue de l'installation, sur la façade de son nouveau siège européen à la rue de Lausanne d'un logo géant en néon multicolore, conformément à la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR).

En annexe à sa requête, la World Company a déposé une description détaillée de ce logo, entièrement nouveau et révolutionnaire dans sa conception graphique et technique.

Des fuites sur ce projet ayant paru dans la presse, de nombreuses réactions négatives se sont fait jour, critiquant aussi bien les nuisances visuelles de ce projet, que son impact négatif sur l'esthétique de la rue de Lausanne et sur la sécurité routière. Ont notamment réagi dans ce sens, Jules, concierge avec appartement de fonction chez Smith en face de l'immeuble de la World Company, l'association des habitants de la rue de Lausanne, dont le but statutaire est la défense

des intérêts desdits habitants « contre toute atteinte à leur qualité de vie » et le groupe d'études contre les abus de la publicité (association récemment créée, qui comprend pour l'instant un vingtaine de membres, tous domiciliés dans la Vieille Ville et le quartier de Champel).

M. Sylvestre, directeur genevois de la World Company, vous consulte et vous explique qu'il souhaite maintenir le plus secret possible les caractéristiques de son nouveau logo, afin de ménager l'effet de surprise et le « buzz » au moment de son inauguration. Il vous demande donc quelles personnes ou autorités, et notamment quels adversaires déclarés de la mise en place de ce logo géant, pourront avoir accès aux informations que la World Company a transmises à la Ville de Genève. Il vous précise que le siège de la World Company est un immeuble flambant neuf, qui n'est pas visé par l'art. 7 al. 1 LPR.

La World Company a déposé un dossier auprès de la Ville de Genève afin d'obtenir une autorisation : on a une loi genevoise sur les procédés de réclame qui prévoit le principe de l'autorisation à son article 4 LPR. Les procédés de réclame sont définis à l'art. 2 LPR. L'autorisation est délivrée par la commune du lieu de situation (art. 5 LPR). Les communes genevoises appartiennent à la catégorie plus large des autorités cantonales ; elles sont expressément mentionnées à l'art. 5 let. f LPA/GE, qui s'applique en l'espèce.

Qui peut avoir accès à ce dossier ? Dans une procédure administrative portant sur une demande d'autorisation, qui a accès au dossier déposé par le requérant ? C'est un droit des parties qui découle du droit d'être entendu (art. 44 LPA/GE). Qui sont les personnes ? Tout d'abord la World Company elle-même, au sens de l'art. 7 LPA/GE, puisqu'elle est la requérante et ses droits et obligations sont en jeu. Elle a parfaitement la qualité de partie, si p.ex par inadvertance elle a fourni des pièces dans son dossier dont elle a oublié de garder une copie.

Jules a également la qualité de partie, comme il habite juste en face, il va avoir le néon devant ses fenêtres. Il aurait la qualité pour recourir, en vertu de l'art. 7 LPA/GE il aurait la qualité de partie et ainsi il pourra venir consulter le dossier.

L'association a pour but la défense des habitants contre toute atteinte à leur intérêts et leur qualité de vie, et une grande partie d'entre eux pourrait être considérée comme touchée par ce néon géant. Elle aurait la qualité pour recourir et pourra ainsi, tout comme Jules, consulter le dossier déposé.

Le groupe contre les abus de publicité n'aurait pas la qualité de partie, car ça ne jouera probablement pas au niveau des statuts ni au niveau de la protection de ses membres. Quid de la qualité pour agir spéciale ? La LPR ne prévoit rien (contrairement à, p.ex la LCI ou la LAT).

Peut-on penser à d'autres personnes ou autorités qui auront la qualité de partie et auront ainsi la possibilité d'aller regarder dans le dossier ? Art. 6 LPR : le département de la sécurité (cas très particulier à Genève ou on a prévu un recours de département cantonal contre une décision communale, c'est très rare). Art. 7 al.2 LPR : en réalité c'est le DALE, que si malgré un préavis défavorable, la commune admette la demande d'autorisation. Or, dans la donnée le siège de la World Company n'est pas visé par l'art. 7 LPR. Il n'y aura donc pas de préavis et le DALE n'aurait pas la qualité de partie.

Quid des concurrents ? Pour que ceux-ci aient la qualité pour recourir, il faut qu'ils soient dans une

relation particulière avec le concurrent selon le Tribunal fédéral. Est-ce que la LPR crée un rapport particulier entre concurrents ? Clairement pas, bien que ce soit une loi sur les procédés de réclame. Elle traite des questions de sécurité, d'esthétique et d'utilisation du domaine public mais pas de concurrence ou d'économie.

Quid des autres voisins de Jules, membres ou pas membres de l'association ? Oui, en tout cas une bonne partie d'entre eux, suivant où ils se trouvent. Quid des bureaux (p.ex étude d'avocats ou cabinet de médecin) ? Même si il ne s'agit pas d'habitants, selon le Prof on lui reconnaîtrait également la qualité de partie. Quid d'un simple employé qui aurait un bureau donnant directement sur le logo ? Selon le prof, oui, même si pas de tels cas dans la jurisprudence.

Comment les voisins peuvent-ils savoir qu'il y a cette procédure ? Par la publication dans la Feuille d'avis officielle : cependant la LPR ne prévoit pas la publication. Pour les autorisations de construire, pour les plans d'affectations, pour les démolitions, même pour les abattages d'arbre, il y a des publications : c'est prévu par la Loi fédérale sur les constructions. A supposer qu'il n'y ait pas eu de fuites dans la presse, personne n'est au courant de rien. L'autorisation est donnée, et le néon est posé. Ce serait une violation du droit d'être entendu. Qui serait la première victime ? La World Company. Cette procédure a donc un défaut : en réalité, en faisant une procédure secrète on ne favorise pas du tout le requérant.

On peut voir le dossier sur la base du droit de consultation du dossier par les parties. N'y aurait-il pas un autre moyen d'essayer d'accéder à ce dossier ? On peut tenter le coup à l'aide de la LIPAD (accès aux informations détenues par l'administration) : ceux qui n'ont pas la qualité de parties pourraient demander à y accéder en vertu de la LIPAD. Dans ce cas là il faudrait faire une pesée des intérêts (si p.ex il y a des secrets de fabrication), on ne montrera pas tout.

Si p.ex il y a un procédé de fluorescence tout nouveau qui vient d'être breveté, comment éviter que les parties viennent consulter ? Art. 26 LIPAD pour ceux qui ne sont pas parties et l'art. 45 al.2 LIPAD ? ici pour ceux qui ont la qualité de partie.

Cas 3

M. Sylvestre vous consulte encore pour une autre question. En effet, alertée à la fois par Astérix SA et par l'Association des limonadiers suisses (ALS), qui a pour but statutaire la défense des intérêts économiques de ses membres, la Commission fédérale de la concurrence (COMCO), suite aux conclusions de l'enquête préliminaire menée par son secrétariat, a décidé d'ouvrir une enquête contre la World Company pour abus de position dominante en matière de distribution de boissons gazeuses. Tant Astérix SA, petite société commercialisant le soda « Potion magique » et membre de l'ALS, que cette dernière reprochent à la World Company, qui distribue de très grandes marques de boissons gazeuses, d'imposer à ses clients de s'abstenir de tout achat auprès de sociétés concurrentes, notamment Astérix SA.

M. Sylvestre voudrait savoir si Astérix SA et l'ALS pourront participer à toutes les étapes de la procédure, y compris en cas de recours de la World Company contre d'éventuelles mesures prises contre elle par la COMCO, et quelles règles de procédure vont s'appliquer à ces différentes étapes.

On peut penser qu'il s'agit ici d'un accord au sens de l'art. 5 LCart. Cette procédure qui vient d'être ouverte (on n'est plus dans l'enquête préliminaire mais bien dans une procédure), elle peut aboutir à

une décision (art. 30 LCart), même si il y a eu un accord à l'amiable. C'est une procédure de décision fondée sur le droit fédéral. Par ailleurs, l'autorité amenée à rendre la décision (la COMCO) est une autorité fédérale. Est-elle visée à l'art. 1 PA ? Oui, c'est une commission fédérale au sens de l'art. 1 al.2 let. d PA. Par ailleurs c'est une affaire administrative qui va être réglée par une décision au sens de l'art. 5 PA, puisqu'elle sera fondée sur la LCart, qui est du droit fédéral. Ainsi, en matière de procédure, quelle sera la loi applicable devant la COMCO ? C'est la PA. Doit-on penser à aller regarder ailleurs ? Y a-t-il d'autres règles susceptibles de s'appliquer ? Il faut toujours vérifier dans les lois spéciales, autrement dit ici dans la LCart, car elles sont susceptibles de compléter la PA (au sens de l'art. 4 PA).

A supposer que la COMCO prenne une décision qui ne plaise pas à la World Company, elle pourra recourir au TAF. Il n'y a pas d'exceptions au sens de l'art. 32 LTAF et il s'agit bien d'une autorité fédérale. Les règles de procédure applicables devant le TAF seront la PA (art. 37 LTAF) et éventuellement des règles de la LTAF qui complètent la PA. Remarque : devant le TF, la PA n'est plus applicable, c'est la LTF.

M. Sylveste veut aussi savoir si Astérix SA et l'ALS pourront participer à toutes les étapes de la procédure. Quid premièrement devant la COMCO ? Art. 43 LCart sur la participation de tiers (liste des personnes qui peuvent s'annoncer pour participer à la procédure). Astérix SA est bien visé par la liste de l'art. 43 LCart et pourra donc y participer, vu les clauses que la World Company impose à ses clients (le fait qu'il s'agisse d'une violation est une autre question). Quid de l'ALS ? C'est quelque chose qui ressemble au recours corporatif, mais ici le critère est plus large et l'ALS pourra aussi participer à l'enquête selon l'art. 43 LCart.

Quels seront les statuts d'Astérix SA et de l'ALS dans cette enquête ? Quelle sera l'ampleur de leurs droits ? Pourraient-ils, par hypothèse, recourir contre la décision de la COMCO ? Pour avoir la qualité pour recourir, il faut un intérêt digne de protection. Est-ce que finalement l'art. 43 al.1 let. a LCart ne fait que formaliser la qualité de partie de ceux qui de toute façon pourraient recourir ? ATF 139 II 228 : l'art. 43 al.1 let. a LCart peut être interprété de manière très large parce qu'il y a finalement une sorte d'intérêt public pour déterminer ce qu'est une bonne concurrence. Ce droit de participant à la procédure devant la COMCO ne doit pas nécessairement être confondu avec le droit de partie, qui est lié à la qualité pour recourir et qui doit être plus étroit. On peut faire un raisonnement analogue à l'association : ce n'est pas parce qu'elle peut assister à la procédure qu'elle aura encore le recours corporatif ouvert. En effet, la simple participation à la procédure ne donne pas encore la qualité pour recourir. Il faut encore se demander si Astérix SA subit un désavantage économique significatif. Devant le TAF, Astérix SA puis l'ALS auront probablement la qualité pour recourir, pareil ensuite devant le Tribunal fédéral.

Remarque : le critère est plus stricte sur 48 PA et 89 LTF que sur 43 LCart.

Cas 4

1. Furax, plombier irascible, est tombé d'une échelle alors qu'il réparait une chasse d'eau à l'ancienne. La Winterthur Assurances, assureur-accidents au sens de la LAA de son employeur, a refusé de prendre en charge une série de 10 séances de psychothérapie, estimant que les troubles psychologiques dont souffre Furax ne résultent pas de son accident. Furax vient de faire opposition à cette décision qu'il juge scandaleuse. Il souhaiterait savoir quelles règles de forme s'appliqueront d'une part à la procédure d'opposition et, d'autre part, à la procédure devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice s'il décide de saisir celle-ci au cas où son opposition

serait rejetée.

La LPGA prévoit elle-même qu'elle s'applique (art. 2 LPGA). Puis, la LAA elle-même prévoit à l'art. 1 LAA que les dispositions de la LPGA s'appliquent, à moins que la LAA n'y déroge. En matière d'opposition, de procédure de décision, des dispositions de la LPGA vont s'appliquer. Quid de la PA ? Art. 3 d bis PA nous dit que la PA ne s'applique pas à la procédure en matière d'assurances dans la mesure où la LPGA est applicable. C'est plutôt l'art. 55 LPGA qui dit que lorsque la LPGA ne traite pas d'une question alors la PA est applicable.

Ensuite, si recours auprès de la CJCA, on applique la LOJ genevoise quant aux compétences de la Chambre et la LPA/GE quant à la procédure.

Si il veut aller encore plus loin, il peut aller au TF, avec comme application la LTF.

2. Par ailleurs, Furax garde un mauvais souvenir de son séjour à l'hôpital cantonal de Genève suite à son accident. Il estime en effet que Spirou, l'un des infirmiers qui s'est occupé de lui, a fait preuve envers lui d'un comportement inadmissible portant atteinte à sa dignité. Il entend bien se plaindre à qui de droit de ce comportement et obtenir l'ouverture d'une procédure disciplinaire contre Spirou. Il vous demande quels seront ses droits dans cette procédure si celle-ci est ouverte.

.En vertu de la LS et de la Loi sur la surveillance, si Spirou a violé sa dignité, Furax invoque ses droits et c'est une procédure de plainte formalisée prévue devant une commission et dans ce cadre là le patient qui saisit la commission a la qualité de partie (normalement il devrait être simple dénonciateur mais ici il s'agit d'un système spécial). Par contre il ne pourra pas recourir ensuite contre des sanctions insuffisantes.

3. Toujours aussi remonté, Furax est en outre très mécontent des services de Me Roupillon, avocat au barreau de Genève, à qui il avait confié sa défense pour un problème de permis de conduire. Me Roupillon a en effet par inadvertance laissé passer le délai de recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance qui confirmait le retrait de permis prononcé contre Furax. Ce dernier entend voir la commission du barreau prononcer une sanction sévère contre « cet endormi de Me Roupillon ».

Ici il ne sera que simple dénonciateur. Art. 48 Loi sur la profession d'avocats.

4. La femme de Furax vient aussi vous consulter. Elle souhaiterait agir à la place de son mari contre Spirou, ainsi que contre Me Roupillon, et vous demande si elle aurait les mêmes droits que lui dans d'éventuelles procédures disciplinaires.

Elle n'aurait pas la qualité de partie contre Spirou (simple dénonciatrice) mais aurait les memes droits contre Me Roupillon que son mari, grâce à l'art. 48 de la loi sur la profession d'avocats (peu importe si le dénonciateur est lésé ou pas).

DOCUMENT DE TRAVAIL 18

Cas 1

L'association des meilleurs étudiants de l'Université de Genève (AMEUG) a décidé de combattre son image trop élitiste en organisant au mois de septembre prochain sur la place du Molard une fête populaire, dont le bénéfice ira à la centrale d'édition des photocopies officiels. L'AMEUG prévoit d'installer, sur l'espace de la place laissé libre par les terrasses des restaurants, un écran géant avec retransmission en direct d'un tournoi de polo, des stands de frites et des bars à cocktails. Il y aura également un concours d'imitateurs de Roger Federer et du président de la Confédération, ainsi qu'un thé dansant disco. L'AMEUG s'adresse donc par lettre à la Ville de Genève afin d'obtenir l'octroi d'une permission, conformément à l'art. 15 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - RS/GE L 1 05) et l'art. 56 de la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes - RS/GE L 1 10).

Vous travaillez depuis peu comme juriste au sein de l'administration municipale et vous avez été chargé(e) par le conseiller administratif compétent d'instruire cette demande.

C'est une autorité cantonale qui va rendre la décision : la Ville de Genève, autrement dit une commune genevoise. Est-ce que les communes sont mentionnées qqpart dans les autorités au sens de la LPA ? Oui, art. 5 let. f LPA/GE. Le critère déterminant c'est celui de l'autorité qui doit rendre la décision et non pas p.ex le territoire sur lequel se trouve l'autorité (le fait que la caisse se trouve sur le territoire genevois ne signifie pas forcément que c'est la LPA qui s'applique).

- 1. Ayant appris l'existence de ce projet, des commerçants directement voisins de la place ont écrit à la Ville afin de faire part de leur opposition, craignant pour la tranquillité de leurs clients et leur chiffre d'affaires. Lesdits commerçants s'étant groupés en association des commerçants du Molard, comment allez-vous traiter leur intervention ?*

Si ils souhaitent utiliser un droit d'être entendu, il faudrait se demander si ils ont la qualité de partie. Si ils l'ont, ils vont évidemment avoir des droits de procédure dont notamment le droit d'être entendu. Art. 7 LPA/GE : le critère que cette disposition établit pour la qualité de partie est l'intérêt digne de protection (contenu implicitement dans « ceux qui ont un moyen de droit » phr.2), on retombe sur l'art. 60 LPA let. b LPA/GE.

Recours corporatif en vertu de l'art. 7 ? personnalité juridique, un grand nombre a la qualité de parties, intérêt directement touché. Ici ils sont clairement touché plus que quiconque par la décision prise. Ici elle pourrait faire un recours corporatif, elle a donc par conséquent la qualité de partie et a donc effectivement le droit d'être entendu.

- 2. L'AMEUG, sachant que son projet ne fait pas l'unanimité, sollicite par écrit un entretien avec vous avant qu'une décision ne soit prise. Êtes-vous tenu(e) d'accéder à cette demande ?*

Elle dispose du droit d'être entendu en vertu de la qualité de partie mais on n'est pas tenu d'accorder la demande car pas d'obligation à ce que le droit soit oral. Il peut demander l'entretien mais on n'est pas tenu. L'association n'a pas un droit ici à une audition orale par l'autorité concernée.

3. *Vous avez prévu d'aller dîner prochainement sur une des terrasses de restaurant situées sur la place, afin de vous « imprégner de l'ambiance » de celle-ci. Pouvez-vous sans autre le faire ?*

Il y a la question de savoir si on peut utiliser le constat « de l'ambiance ». Si on y va informellement sans avoir convoqué les parties on ne pourra pas dire « l'autorité s'est rendue sur place, elle a constaté que, etc. ». On ne peut pas mettre dans notre décision les éléments qu'on aura appris en passant par hasard sur la place par exemple, il doit s'agir d'éléments objectifs, notoires.

4. *Vous souhaitez avoir une meilleure idée de l'emprise de la manifestation sur la place. Pouvez-vous vous rendre sur place pour y effectuer des relevés ?*

Comment appelle-t-on techniquement cette opération ? Art. 37 let. c LPA/GE par renvoi de l'art. 20 let. d LPA/GE, c'est un examen de l'autorité. Il faut convoquer les parties (qu'elles viennent ou pas est leur problème). Un avis de droit est juridique, c'est pas un problème d'établissement des faits. Il peut parfois être difficile de reconnaître une expertise ou faire des différences entre eux : l'expertise devrait être mise à disposition avant que la décision ne soit rendue (logiquement), il ne sera donc pas nécessaire que les parties soient là par contre le rapport des relevés devra être versé au dossier et les parties devront avoir eu le droit à être entendues.

5. *Il vous manque des pièces concernant la manifestation projetée par l'AMEUG. Pouvez-vous les lui demander ?*

Art. 22 LPA/GE : devoir de collaboration des parties prévu à cette disposition. Si les parties ne remplissent pas ce devoir : art. 24 LPA/GE, précision du devoir de renseigner à l'al.1 et conséquences à l'al.2 : l'autorité apprécie librement l'attitude d'une partie (...) gradation.

6. *Vous souhaitez obtenir des renseignements des commerçants situés aux abords de la place. Comment allez-vous procéder ?*

C'est pareil ici : ils sont aussi parties. Petite nuance / différence : si c'est l'AMEUG qui nous donne pas en pièce, on entre même pas en matière sur la requête. Quid si c'est les commerçants ? Contexte un peu différent, si eux ne répondent pas à mes demandes légitimes de renseignement on peut ne quelque sorte écarter leur requête mais on ne sera pas libérés d'examiner la requête et de voir si elle est conforme à la loi ou pas.

7. *Max Lecancre, qui tient un bar à bière à Carouge, vous écrit pour vous indiquer qu'il a des éléments importants à vous communiquer concernant une manifestation très mal organisée par l'AMEUG dans sa commune il y a trois ans. Pouvez-vous l'entendre comme témoin ?*

Ici il ne serait pas partie (habite à Carouge, n'est pas spécialement atteint, etc). Peuvent entendre des témoins les autorités administratives chargées d'instruire des procédures disciplinaires, le chancelier, etc. On n'est dans aucun cas de figure de l'art. ____ . Quid de l'art. 27 LPA/GE ? on peut recueillir des renseignements oralement mais quelle va être la grande différence avec le témoignage ? Pas de conséquences pénales si on donne de faux renseignements (=/= faux témoignage.) Il faudra communiquer le renseignement aux parties (droit d'être entendu).

8. *L'association des commerçants du Molard vous a adressé une expertise privée relative aux effets du bruit des animations prévues par l'AMEUG. Vous jugez ce document très intéressant. Pouvez-vous sans autre en tenir compte dans votre décision ?*

Ici c'est une offre de preuve, elle apparaît comme pertinente mais pour la prendre en compte il faut avertir l'autre partie. Selon le TF il n'est pas nécessaire de formellement impartir à un délai à l'autre partie pour s'exprimer sur le document mais il faut au moins leur en donner l'occasion (leur donner le temps d'exercer le droit d'être entendu, les avertir, etc).

9. *Vous avez été vous-même, jusqu'à la fin de l'an passé, membre du comité de l'AMEUG. Cela a-t-il une importance ?*

Art. 15 let. d LPA/GE ; le fait qu'on ait été membre du comité jusqu'à il n'y a pas longtemps, si il existe des circonstances qui sont de nature à faire suspecter une impartialité (donc c'est l'apparence qui compte ici). Si en apparence, on peut penser qu'on est impartial, on doit se récuser. Donc ici, c'est clair que c'est un motif en l'espèce.

10. *Le conseiller administratif compétent a déclaré en mars à la télévision locale qu'il entendait désormais appliquer avec la plus grande rigueur la loi sur le domaine public, pour éviter tout débordement, et qu'il accordait une importance primordiale à la tranquillité des voisins, habitants ou commerçants. Cela a-t-il une importance ?*

C'est un programme politique. On peut penser que c'est une manière déguisée de dire qu'on ne supporte pas cette association, alors là ça ne joue pas. Mais si c'est vraiment un programme politique, alors c'est possible de dire pour une autorité qu'elle va privilégier des aspects festifs ou plutôt la tranquillité, etc. Un programme politique tout à fait général n'est pas un motif de récusation.

Cas 2

Wallace et Gromit ont eu un accident de pédalo l'été dernier, leur embarcation ayant heurté les pierres du Niton. Suite au choc, Wallace et Gromit ont souffert pendant des mois de violents maux de dos, qui ont nécessité de nombreuses séances de physiothérapie et même, pour Wallace, une hospitalisation de quelques jours. Ils ont demandé le remboursement de leurs frais médicaux à leur assurance accidents selon la LAA, qui se trouve être la même compagnie, à savoir la Purgonia-Assurances.

La Purgonia, ayant des doutes sur le rapport de causalité entre l'accident de pédalo et les douleurs dorsales dont se plaignent Wallace et Gromit, leur a demandé de se soumettre à un examen chez un spécialiste, le professeur Diafoirus, ce qu'ils ont accepté sans aucune objection. Le professeur Diafoirus les a ainsi examinés il y a un mois. Par ailleurs, l'assurance ayant appris que Wallace avait déjà été hospitalisé, il y a deux ans, pour des problèmes de dos, elle a demandé à celui-ci de lui fournir le dossier relatif à cette hospitalisation ou du moins de lui indiquer les coordonnées des médecins qui l'avaient traité à cette occasion, en les autorisant à renseigner l'assurance. Wallace n'a pas répondu à cette demande.

Le professeur Diafoirus ayant rendu un rapport confus et ambigu sur les causes des maux de dos de Wallace et Gromit, un responsable de la Purgonia a téléphoné à chacun d'eux en leur mentionnant

les conclusions du rapport pour la première fois et en leur indiquant que l'assurance refusait d'entrer en matière sur leur demande de remboursement, car ils n'avaient pas pu démontrer que leurs douleurs dorsales résultaient d'un accident.

Wallace et Gromit viennent vous consulter chacun de leur côté : ils vous demandent si la Purgonia pouvait agir comme elle l'a fait et comment ils peuvent encore faire valoir leurs droits auprès de celle-ci.

Demande de remboursement de frais médicaux. Art. 1 LAA ? Loi spéciale. La LPGA prévoit ce système : mise a disposition mais qui ne s'applique que si la loi spéciale s'applique, donc 'est la LPGA qui s'applique car la LAA le prévoit.

Purgonia doit instruire d'office la cause (art. 43 al.1 LPGA). C'est pas quelque chose de particulier, la PA le prévoit aussi mais la LPGA précise les choses dans le contexte assurances-sociales. Notamment, que peut faire un assureur dans le cadre ? Elle peut demander que la personne se soumette à une expertise. Ainsi en demandant une expertise au Prof. Diafoirus, Purgonia a parfaitement respecté le droit.

Quid de l'attitude Purgonia vis a vis du rapport ? Soit on demande a l'expert de clarifier, soit on demande une autre expertise ou un complément. On ne peut pas juste dire : « l'expert nous dire peut être bien que oui, peut être bien que non », ce n'est pas une reponse, il faut instruire un peut plus. Ce n'est pas conforme a son devoir prévu par l'art. 43 LPGA.

L'assurance a demandé à W et G de se soumettre a une expertise. Elle a demandé des renseignements à W. Avait-elle le droit de faire ça ? W et G sont soumis à un devoir de collaboration des parties, parce qu'ils ont la qualité de parties et plus précisément c'est pas une partie en générale. Leur particularité c'est qu'ils demandent une prestation ; la LPGA prévoit justement à l'art. 28 que les assurés doivent collaborer gratuitement et doivent fournir tous les renseignements nécessaires pour établir leur droit + art. 43 al.3 LPGA et même avant l'al. 2 : l'assuré doit se soumettre a des examens si ceux ci sont nécessaires a la prestation et si ils peuvent être raisonnablement exigés.

Condition art. 43 al.4 LPGA : l'assureur doit adresser une mise en demeure écrite pour les avertir des conséquences (...). On pourrait penser que le délai est une décision incidente (on peut argumenter). A supposer que cela soit le cas, peut on recourir tout de suite contre elle ? Il faudrait que la décision incidente cause un dommage irréparable.

Mise en demeure : avant de pouvoir dire qu'on entre pas en matière pck on ne nous a pas renseigné, il faut une mise en demeure. Application du principe de la proportionnalité (on ne peut pas sanctionner sans avoir d'abord donné une chance aux gens de s'être amendés). Exigence ici très précise de mise en demeure. Il n'est pas exclu que dans certains cas la mise en demeure résulte directement du principe (si p.ex il n'y a pas une loi aussi précise que la LPGA qui le dit).

Droit d'être entendu : W et G ont ce droit car ils sont parties à la procédure. Ils avaient le droit d'être entendu sur l'expertise avant que l'assurance ne se prononce. Ils pouvaient lire le rapport d'expertise. Quid du choix de l'expert ? Ils en ont été informés et l'ont accepté sans autre. On ne leur a pas montré l'expertise, ils en ont appris un peu plus par le téléphone de Purgonia : violation du droit d'être entendu ? Pas nécessaire de les entendre avant de rendre une décisions sujette à

opposition mais pour pouvoir ensuite le faire, ils auraient du avoir accès à l'expertise, sinon ils ne peuvent pas correctement faire leur opposition.

En l'état il n'y a pas de violation du droit d'être entendu mais quand la décision sera rendue la on devra donner l'accès à W et G au dossier, si jamais ils veulent le cas échéant faire opposition.

A quel stade en est-on ? Il n'y a pas le formalisme de la décision. Est-ce prévu ? Art. 41 al.1 LPGA. Ici W et G devront dire qu'ils ne sont pas d'accord, en écrivant « veuillez rendre une décision formelle, qui devra avoir été précédée d'une mise en demeure de Wallace et au moment d'une décision formelle il faudra donner accès à l'expertise ».

Cas 3

Début septembre 2013, Félix Lechat, gardien à la prison de Champ-Dollon, a été impliqué dans un incident avec un collègue, au cours duquel Félix s'est laissé aller à frapper celui-ci. Le lendemain, à l'occasion d'une kermesse publique sans rapport avec son travail, Félix s'est ostensiblement et longuement répandu en injures et remarques dégradantes envers son collègue.

Informé de ces faits quelques jours plus tard, le Conseil d'Etat a, par décision notifiée en respectant toutes les formes légales et déclarée exécutoire nonobstant recours, suspendu immédiatement Félix de sa fonction dès le 1er octobre 2013, avec suppression de toute prestation à la charge de l'Etat de Genève. Le conseiller d'Etat responsable du département dont dépend la prison (aujourd'hui, département de la sécurité et de l'économie) a, de son côté, ordonné l'ouverture d'une enquête préalable à l'encontre de Félix, enquête confiée à M. Frank Einstein, ancien haut fonctionnaire à la retraite.

M. Einstein a longuement entendu Félix lors d'une audience, mais a refusé de convoquer les témoins que celui-ci voulait faire comparaître, au motif que seul le Conseil d'Etat ou les chefs de département étaient habilités à le faire.

Début février 2014, Félix a été invité à se prononcer sur le rapport rendu par M. Einstein, qui proposait sa révocation. A cette occasion, il a préalablement demandé à consulter un avis de droit que le Conseil d'Etat avait, à sa connaissance, demandé au professeur Georges-André Malinauer sur les devoirs des fonctionnaires en dehors de leur service. Il a en outre fait valoir que M. Einstein ne pouvait être impartial, car il avait été sa partie adverse dans un procès de voisinage il y a peu de temps. Il a aussi contesté la non-convocation de témoins. Il n'a pas fait d'autres observations d'ordre procédural et a évidemment argumenté sur le fond.

Par décision notifiée il y a une semaine en respectant toutes les formes légales, le Conseil d'Etat a écarté les demandes et arguments de Félix, considérant notamment que l'avis de droit du professeur Malinauer constituait un document interne à l'administration. Sur le fond, il a considéré – en se référant notamment au rapport de M. Einstein et, en ce qui concerne le comportement de Félix lors de la kermesse, à l'avis de droit du professeur Malinauer – que Félix avait gravement violé ses devoirs et nui aux intérêts de l'Etat. Il a ainsi prononcé sa révocation avec effet au 1er octobre 2013.

Félix a immédiatement recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice contre cette décision. Outre ses arguments de fond, il a persisté dans les observations qu'il avait formulées auprès du Conseil d'Etat. Félix s'est aussi plaint de n'avoir été à aucun moment entendu oralement

par un membre du Conseil d'Etat.

Félix vous consulte ce jour. Il vous demande ce que vous pensez de son dossier et de ses arguments sur le plan procédural. Veuillez l'orienter, en laissant de côté les questions de fond qui sont sans influence directe sur des questions de procédure.

Règles de procédures : PA

Règles de procédures complémentaire : loi spéciale, la LOPP (Loi sur l'organisation du personnel de la prison).

Différents problèmes de procédure ici : compétence de l'autorité ? OK art. 17 LOPP. Notification de la décision ? OK ici mais problème de motivation ? OK. Eventuellement problème sous l'angle de l'avis sde droit.

Art. 15 LOPP : on retombe de nouveau sur la let. d. : élément de nature a faire suspecter la partialité de M. Einstein. Art. 15 al.3 LOPP : la demande de récusation doit être déposée sans délais ! Il y a un motif de récusation mais il est tardif.

Droit d'être entendu : il a été entendu par M. Einstein et il a du se prononcer sur son rapport. Il a donc bien été entendu. Maintenant, aurait-il pu en demander plus ? Il y a le principe : pas obligé d'entendre les gens oralement sauf si la loi le prévoit, ici la LOPP le prévoit à l'art. 18 al.4. Par contre il y a aussi l'art. 18 al.2 LOPP : « (...) sans que l'intéressé ait été entendu par le magistrat », ici on entend bien l'audition orale. Rien dans la donnée ne nous dit qu'il y a eu procédure penale ni crime/délict, donc aurait du être entendu (on est ici dans un enrichissement de la procédure).

Consultation du dossier : on ne lui a pas donné le droit de regarder l'avis de droit. Dans la mesure ou dans la décision on fait une référence dans le rapport alors on ne peut pas le considérer comme un document interne. Donc ici 2^{ème} violation du droit d'être entendu.

Quid de l'instruction d'office sur les temoins ? Einstein avait parfaitement le droit d'entendre des temoins mais devait examiner si l'offre de preuve était pertinente. Pouvait refuser les temoins si estimait que c'était pas pertinent mais pouvait pas refuser des les entendre juste comme ca.

Quid de toutes ces violations de règles formelles ? Est-ce réparable devant la Chambre ? Pour que ce soit reparable il faut que la Chambre ait le même pouvoir que l'autorité (peut contrôler les faits, le droit, pas l'opportunité, or ici en matière de revocation c'est clairement un pouvoir de revocation, donc ici les vices ne seront pas reparables).

DOCUMENT DE TRAVAIL 19

Cas 1

Fulbert, ressortissant d'un Etat dictatorial, a quitté son pays pour demander l'asile en Suisse. Il y a en effet été condamné par un tribunal à 20 ans de bague à régime sévère, pour le motif officiel d'une infraction de droit commun. En réalité, la condamnation dont Fulbert est l'objet vise, selon lui, à le punir pour son engagement politique, ce qui est commun dans son pays.

Considérant que les déclarations de Fulbert n'étaient pas suffisamment fondées, au motif qu'il n'avait pas été en mesure de les étayer par des pièces, l'Office fédéral des migrations (ODM) a estimé que celui-ci n'avait pas démontré les faits qu'il alléguait. Par conséquent, sans avoir procédé à d'autres mesures d'instruction, l'ODM a rejeté la demande d'asile.

Fulbert conteste cette décision. Il a tenté vainement de se procurer une copie du jugement mentionné, et reproche aux autorités suisses de ne pas avoir cherché à vérifier l'existence de ce jugement, alors que l'ambassade de Suisse dans le pays d'origine de Fulbert aurait facilement pu trouver mention de la condamnation de celui-ci dans des documents officiels accessibles à tous dans le pays. Dans la mesure où l'on considère que Fulbert a rendu ses allégations vraisemblables a priori, l'ODM a-t-il violé le principe de l'instruction d'office ?

Droit applicable : LASI (Loi fédérale sur l'asile), qui comporte des dispositions spécifiques notamment sur le principe de l'instruction d'office et sur le principe du devoir de collaboration des parties. Ici, du point de vue de la procédure, quel est la loi de procédure qui va s'appliquer ? La PA, car c'est l'Office fédéral des migrations, qui est une subdivision du canton, et tombe sous l'art. 1^{er} al.2 let. a PA. Quid de la LASI ? Elle nous indique à l'art. 6 que la PA est applicable « à moins que la présente loi n'en dispose autrement ». Ainsi, si la PA est applicable, cela a pour conséquence sur le principe d'instruction d'office que l'art. 12 PA (qui pose le principe que l'autorité doit constater les faits d'office).

A priori, la maxime inquisitoire s'applique. Il n'y a pas, dans la LASI, de véritable dérogation à ce principe. Est-ce que Fulbert est soumis à un devoir de collaboration ? Art. 13 al.1 let. a : Fulbert est celui qui a introduit la procédure, il est donc tenu de collaborer (art. 8 LASI). Art. 13 al.1 let. c : on précise l'étendue du devoir de collaboration. Art. 13 al.1 let. d : le moyen de preuve serait le jugement, ou en tout cas les actes et le dossier qui permettraient de se rendre compte si c'est crédible comme jugement pour un déni de droit commun ou si en réalité on est en présence 'un procès politique.

L'ODM ne peut pas se comporter comme un tribunal civil : on ne peut pas exiger des candidats réfugiés qu'ils amènent des preuves pour vérifier quoi que ce soit. Il est rare que les réfugiés puissent arriver avec tous les documents nécessaires. On veut à la fois sanctionner l'obstruction, dont pourraient se rendre coupables certaines personnes qui ne rempliraient pas la qualité de réfugié et ne feraient aucun effort pour qu'on puisse vérifier la vraisemblance de leurs affirmations.

Que cherche-t-on à établir en instruisant ? Il s'agit d'établir si la personne, en l'occurrence Fulbert, est un réfugié au sens de l'art. 3 LASI. Quel est le degré d'établissement qui est demandé par la loi ? Il faut au moins le rendre vraisemblable. Il y a une atténuation de la preuve et alors l'art. 7 al.2 nous explique que c'est vraisemblable lorsque c'est « hautement probable ». A l'inverse, on explique à l'al.3 ce qu'est l'inverse de vraisemblable.

Il faut d'une part, pour que l'ODM ait l'obligation d'aller chercher les informations, qu'un réfugié apparaisse a priori vraisemblable et d'autre part pour une offre de preuve, pour que l'autorité puisse aller chercher les preuves de ses propres moyens, il faut que ce soit pertinent.

Quelles sont les sanctions qui peuvent découler du fait qu'on a pas suffisamment collaborer ou qu'on a pas donné suffisamment d'éléments de preuve ? Il y a une gradation de la sanction dans la LASI : celui qui est totalement « non-collaborant » s'expose à ce que l'ODM n'entre pas en matière (art. 8 al.3bis LASI) ; le dossier est classé sans décision formelle. Il s'agit de la sanction la plus grave. Quid de celui qui ne se rend pas coupable d'une violation du devoir de collaboration au sens de l'art. 8 mais n'amène pas d'éléments suffisants qui démontrent qu'il a la qualité de réfugié ? Art. 40 LASI.

A priori on n'est ni dans un cas de l'art. 8 LASI, ni dans un cas de l'art. 40 LASI ; l'ODM a donc violé le principe de l'instruction d'office, il apparaît au vu du cas d'espèce que Fulbert a rendu à tout le moins *vraisemblable* ces allégations sur le fait qu'il est réfugié.

Cas 2

Dans le canton de Zède, les Transports publics zèdiens (TPZ) souhaitent construire un nouveau dépôt pour leurs bus et trolleybus.

Le directeur des TPZ vous consulte.

- a)** *Il a d'abord des craintes pour la construction de la ligne de tram qui doit desservir le nouveau dépôt, pour laquelle les TPZ ont déjà obtenu la concession d'infrastructure et l'autorisation d'utilisation du domaine public. Il sait en effet que l'autorité fédérale compétente, le canton et les communes, que la ligne doit traverser, n'ont pas exactement le même point de vue concernant cette ligne. Il craint donc que la coordination formelle soit difficile et que des décisions contradictoires ne soient prises, aux différents niveaux concernés, dans la procédure d'autorisation de la construction de cette ligne. Ses craintes sont-elles fondées ?*

Droit applicable : les véhicules sur rails sont des chemins de fer, les trams tombent également dans cette catégorie (pas seulement les trains), ainsi la LCdF (Loi fédérale sur les chemins de fer) est applicable.

Il faut établir une installation servant exclusivement à l'exploitation d'un chemin de fer ; il faut ainsi une autorisation de l'autorité compétence (qui est l'OFT, Office fédéral des transports), au sens de l'art. 18 LCdF. A noter que pour les grands projets, c'est plutôt le DETEC qui s'en charge.

La loi fédérale a tranché dans le vif ; cela résulte déjà de la loi sur la simplification des procédures. On concentre toutes les autorisations au niveau fédéral, donc les trams concernent une compétence d'autorisation strictement fédérale (p.ex pour déplacer un arrêt de tram à Genève, c'est Berne qui décide...). On tient compte, dans la mesure du possible, si ça n'entrave pas de manière disproportionnée le droit fédéral, du droit cantonal. Il n'y aura pas ici de problème de coordination formelle et il n'y a aucun risque de décision contradictoire ; de toute façon les cantons peuvent généralement toujours intervenir dans ce genre de cas, ils ont toujours leur mot à dire (p.ex au gré d'un financement cantonal à travers l'entreprise de transport public).

- b) *Par ailleurs, pour la construction du dépôt, un défrichement de 8 hectares de forêt est nécessaire. Le canton a mis à l'enquête publique le projet de siège et a fait établir un rapport d'impact. Le service spécialisé de la protection de l'environnement cantonal a jugé le rapport d'impact satisfaisant et le projet conforme aux prescriptions légales. Il en a proposé l'approbation moyennant un certain nombre de charges. Hier, l'autorité cantonale compétente a rendu une décision approuvant le projet de construction du dépôt, et par conséquent le défrichement qui lui est lié, avec les charges proposées par le service spécialisé. Le directeur des TPZ vous demande si, suite à la procédure qui a abouti à la décision d'hier, plus aucun obstacle ne s'oppose à la construction du dépôt, sachant que :*

Hypothèse 1 : l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) n'a pas été mis au courant du projet.

On a respecté la procédure au niveau de la LPE, a priori tout est en ordre avec l'étude d'impact. Le fait que l'OFEV n'ait pas été mis au courant pour le défrichement peut-il poser problème ? La loi fédérale sur les forêts (LFO) interdit en principe les défrichements mais il y a des dérogations qui sont possibles ; celles-ci peuvent être accordées par l'autorité fédérale ou par les autorités fédérales lorsque les conditions de l'art. 6 LFO sont remplies. Si le défrichement est un projet fédéral, c'est l'autorité fédérale qui soit compétente (art. 6 al.1 let. a LFO). La même idée s'applique pour l'autorité cantonale. En l'espèce, c'est l'autorité cantonale qui sera compétence au sens de l'art. 6 al.1 let. b LFO. On doit consulter l'OFEV si le défrichement excède 5000 m² ; l'autorité devra ensuite donner un préavis. Or, en l'espèce on parle de 8 hectares ; c'est bien plus que 5000 m². L'OFEV aurait du être consulté mais il ne l'a pas été. Qu'est-ce qui risque de se passer ? L'Office dispose d'un droit de recours contre la décision qui autorise la construction du dépôt et par la même occasion contre la décision qui autorise le défrichement. Dès que l'Office en apprendra l'existence, il fera recours (dans le cadre d'un recours au tribunal cantonal supérieur, ceci avant un RMDP, art. 86 LTF) et gagnera très certainement (déjà devant le tribunal cantonal du canton de Zède). Donc ici la décision sera annulée pour vice formel.

Hypothèse 2 : l'OFEV a rendu un préavis entièrement favorable au projet, considérant notamment que les conditions permettant d'autoriser un défrichement étaient parfaitement remplies.

Il peut y avoir des recours de voisins ou d'organisations de protection de la nature ; mais du côté de l'Office il n'y a plus rien à craindre.

Hypothèse 3 : l'OFEV a, au contraire, rendu un préavis défavorable (auquel l'autorité cantonale a donc passé outre), estimant qu'un défrichement ne pourrait être autorisé au vu des exigences de la loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (LFO – RS 921.0).

Risque formel (procédural) : recours de l'Office. Différence avec l'hypothèse 1 : ici, l'OFEV n'est pas absolument sûr de gagner son recours, c'est possible que les autorités cantonales aient des arguments assez solides pour passer outre le simple préavis de l'Office. Le canton qui veut s'écarter du préavis de l'Office fédéral devra cependant soigneusement argumenter.

- c) *Le directeur vous demande aussi qui, dans l'hypothèse 3, aura le droit de consulter le préavis de l'OFEV.*

Qui va pouvoir accéder à ce préavis ? Les parties, du fait qu'il s'agit d'un élément du dossier, les parties auront le droit d'y accéder en vertu du principe du droit d'accès au dossier, qui est lié au droit d'être entendu. Qui sont les parties dans cette affaire ? L'entreprise de transport public (requérant), les éventuels voisins qui font recours, l'Office, vu que c'est son propre préavis, les associations de protection de l'environnement et éventuellement les communes.

En dehors de cela, p.ex un journaliste ne pourra y accéder en vertu du principe de la qualité de partie. Mais est-ce qu'éventuellement il pourrait avoir une autre voie d'entrée ? Par le biais de la Loi sur la transparence (LTrans) lorsqu'il n'y a pas d'intérêts prépondérants qui s'y opposent.

- d) *Au cas où la consultation du préavis négatif de l'OFEV (hypothèse 3) aurait été refusée, pendant toute la procédure cantonale, y compris le cas échéant contentieuse, à toute personne étrangère aux TPZ et à l'administration cantonale, quelle conséquence juridique ce refus pourrait-il avoir ?*

Ce serait contre une décision finale qu'ils pourraient recourir. Que vont-ils obtenir / que vont-ils demander ? Que leur droit d'être entendu a été violé. Ils vont demander l'annulation de la décision et ils l'obtiendront sauf si le tribunal considère qu'il peut réparer la violation lui-même, chose qu'il peut faire si il a le même pouvoir que l'autorité inférieure. Ici l'autorité inférieure a-t-elle statué sur l'opportunité ? Y a-t-il un certain pouvoir d'appréciation des autorités s'agissant d'un défrichage ? Art. 5 al.2 LFO : l'autorité a un pouvoir d'appréciation pour accorder une autorisation de défricher et donc l'autorité de recours cantonal (ou fédéral) ne pourra avoir un pouvoir d'appréciation que si il contrôle l'opportunité. Or, le TF n'a pas ce pouvoir, donc pas possible. Pour ce qui est de l'autorité cantonal, c'est rare. Le grand risque que l'autorité court donc c'est qu'en refusant l'accès au dossier, les personnes vont invoquer la violation du droit d'être entendu. Il est, pour cela, très important de respecter ce droit pour les autorités.

Cas 3

La société Ma Petite Entreprise SA (MPE) ne connaît pas la crise. Il s'agit en effet d'une société de conseil spécialisée dans l'obtention d'aides publiques pour entreprises en difficulté et le recyclage des produits financiers toxiques. Ses affaires étant florissantes, elle a décidé de construire son nouveau siège social sur une des rares parcelles encore libres de constructions situées en zone de construction 2 de la Ville de Genève. Afin de mieux rentabiliser son investissement, MPE a décidé de créer en sous-sol de son nouvel immeuble un parking de 525 places, dont environ 100 seraient réservées à son personnel, les autres étant louées aux habitants et employés du voisinage. Vu la demande en stationnement dans le quartier, MPE ne doute pas qu'elle pourra louer ces places très rapidement et au prix fort. Soucieuse de son image de marque, MPE a fait appel au célèbre architecte Barrio Motta. Ce dernier a conçu un projet qui, certes, dépasse les gabarits normalement admissibles dans la zone, mais qui, de l'avis de tous ceux qui l'ont découvert lors d'une conférence de presse, s'intègre magnifiquement dans le quartier grâce à son élégance et à ses proportions.

Le directeur de MPE vous consulte et vous demande s'il doit s'attendre, pour la réalisation de son projet, à des complications particulières. Il vous précise à cet égard que la parcelle sur laquelle le bâtiment doit être construit comporte de magnifiques arbres centenaires, dont aucun ne pourra

malheureusement être maintenu, vu la nécessité de creuser sur l'ensemble de la parcelle pour le parking souterrain. Il vous demande s'il serait envisageable de régler «rapidement et discrètement» la question de l'abattage des arbres afin de «diluer» l'opposition qui ne manquera pas de se manifester contre le projet futuriste de MPE. Il vous demande enfin si, du point de vue strictement procédural, certaines modifications du projet pourraient simplifier les choses.

Droit applicable :

- LCI (Loi sur les constructions et les installations diverses)
- ORCI (Ordonnance de la LCI)
- LAT (Loi sur l'aménagement du territoire)
- LaLAT (Loi d'application de la LAT)
- LPE (Loi sur la protection de l'environnement)
- OEIE (Ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement)
- LPMNS (Loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites)
- RCVA (Règlement sur la conservation de la végétation arborée)
- ROAC (Règlement sur l'autorisation de l'administration cantonale)

A priori, vu le nombre de normes qui peuvent s'appliquer en espèce, la procédure risque d'être compliquée. On va faire une requête d'autorisation de construire au DALE. Qu'est-ce qui va se passer avec cette requête d'autorisation de construire ? Procédure simple : les requêtes des demandes d'autorisations sont publiées et à partir de cette publication, il y a une observation. Ensuite préavis communes + services, décision DALE, ensuite TAPI, ensuite CJCA et finalement RMDP au TF. Mais ici on n'est pas en présence d'une autorisation simple, on va demander ici un parking de 525 places, ce qui implique une étude d'impact (c'est prévu dans l'annexe à l'OEIE) ; il y a une limite à respecter. Il faudra faire une enquête préliminaire pour savoir si le parking peut avoir des conséquences sur l'environnement. Le service donnera son avis à l'autorité compétente (le DALE) qui prendra sa décision. Autre conséquence de la nécessité d'une étude d'impact (conséquence sur les recours) : puisque ce projet est soumis à une étude d'impact, les organisations d'importances nationales qui ont le droit de recours au sens de l'art. 55 LPE pourront aussi recourir (il y a aussi une disposition de la LCI qui autorise le recours aux organisations à but idéal).

On pourrait aussi se demander si, vu le type de projet, on ne devrait pas encore faire un plan localisé de quartier (plan de LAT) qui compliquerait encore les choses et qui viendrait encore avant la requête (la requête étant déposée, l'autorité va commencer par le plan). + Art. 108a al.2.

Pour pouvoir abattre les arbres : autorisation du DETA > requête > publication > observations de ceux qui ont la qualité de partie > décision > recours au TAPI > recours à la CJCA.

Les deux autorisations devront être délivrées en même temps par les deux départements.

DOCUMENT DE TRAVAIL 20

Cas 1

Archibald Haddock, chauffeur-livreur de son état, vient de se voir retirer son permis de conduire par l'Office cantonal des véhicules (OCV), pour une période de 3 mois, pour avoir conduit en état d'ivresse avec un taux d'alcoolémie qualifié. Archibald est consterné, car cette décision va lui faire perdre son emploi.

C'est pourquoi il entend proposer à l'OCV le marché suivant : il s'engage à ne faire aucun usage de son véhicule privé pendant une période de six mois, durant laquelle il s'engage également à s'abstenir de toute consommation d'alcool et à participer bénévolement à des opérations de sensibilisation aux dangers de l'alcool au volant ; en contrepartie, l'OCV l'autorise à conduire, pendant les heures de travail, son véhicule professionnel durant la même période.

Archibald vous demande si « ce compromis parfaitement raisonnable », selon ses termes, est juridiquement envisageable.

On a le cas échéant deux manifestations de volonté ; on ne voit pas quelle autre base juridique on pourrait avoir, autre que son engagement. Pour que ce qu'il propose ait une portée juridique, il faut passer par un contrat ; droit public ou droit privé ? Ce serait un contrat de droit public en raison de l'objet. Il ne s'agirait pas pour l'administration d'agir comme un privé ; l'objet du contrat serait en quelque sorte une exécution aménagée de sanction administrative, qui est une tâche publique. On serait donc ici typiquement face à un contrat de droit public.

Il faut cependant encore examiner si la loi interdit implicitement ou explicitement ce type de contrat. La loi qui s'applique ici est la LCR et ses ordonnances d'applications, mais il n'y a manifestement pas de telles dispositions. Peut-on déduire une interdiction de ce genre de contrats ? Art. 16c al.1 let. d LCR : est-ce qu'au vu de cette base légale on a le sentiment que l'autorité dispose d'une marge de manœuvre ? En tout cas pas sur le principe du retrait de permis (l'autorité *doit* retirer le permis). Ou y a-t-il cette marge de manœuvre ? Sur la durée du retrait. L'Office ici s'est arrêté à la durée minimale.

Ainsi, on ne voit pas quelle place pourrait rester ici pour des contrats. Il y a encore un élément supplémentaire : pour pouvoir faire un contrat il faut déjà que la loi le permette, mais encore par rapport au contenu on doit vérifier le respect du principe de la légalité, autrement dit que ce contenu ne viole pas des dispositions spécifiques de la loi. Or, ici Archibald demande comme contrepartie une sorte de retrait modulé ; et ça c'est quelque chose que la loi ne permet pas (elle ne prévoit pas la possibilité d'un retrait de permis uniquement à titre privé).

En conclusion, le compromis que propose Archibald n'est pas envisageable, en raison du fait qu'elle se heurte à une interdiction implicite du contrat et à une violation par rapport au contenu, autrement dit à une violation du principe de la légalité.

Cas 2

Gilberte Decourgenay a toujours voulu travailler au service de la Confédération. Titulaire d'un diplôme d'informatique, elle vient de se voir offrir par le département fédéral des finances (DFE) un contrat de travail de 3 ans pour travailler à la mise en place d'un nouveau logiciel comptable. Elle est intéressée, mais préférerait un contrat de 6 ans, ou encore mieux une nomination par décision, persuadée que de cette manière elle aura une meilleure sécurité de l'emploi.

Gilberte insiste sur ce point, car elle sait fort bien que le projet sur lequel elle doit travailler va durer au moins 6 ans. Le directeur des services informatiques du DFF en est d'ailleurs, dit-elle, conscient, puisqu'il lui a indiqué qu'un nouveau contrat de 3 ans pourrait lui être proposé à l'échéance du premier contrat. Gilberte veut donc être sûre qu'elle ne pourra en aucun cas perdre son emploi ou voir ses droits et obligations en tant qu'employée modifiés contre sa volonté avant la fin du projet. Elle vous demande si vous pouvez la rassurer à ce sujet et de quelle manière elle pourra se défendre si la Confédération voulait la licencier.

Premièrement, quid du fait d'être nommée par décision, plutôt que par contrat ? Art. 8 al.1 LPers prévoit expressément que les employés sont engagés par des contrats de droit public. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions (art. 9 al.1 LPers), mais ce n'est pas très clair par rapport à quoi. Quoi qu'il en soit, l'art. 1 LPers ne permet pas à Gilberte de se retrouver dans lesdites exceptions et il n'est donc pas possible pour elle d'être engagée par décision.

Deuxièmement, quid de la négociation ? Pour un poste ordinaire, on négocie quasiment rien. P.ex dans le régime genevois, où a priori il n'y a rien à négocier, il peut y avoir quand même certains éléments de négociation.

Troisièmement, quid de la sécurité de l'emploi ? On lui propose un contrat de trois ans (donc contrat de durée déterminée). Est-ce possible ? Oui, c'est possible en vertu de l'art. 9 LPers. Ensuite, il faut distinguer deux situations : au bout des trois ans, le contrat prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 334 CO, sur renvoi de l'art. 6 LPers). Donc à ce moment là, sa sécurité de l'emploi est nulle. Pas de recours possible, pas d'obligation de justifier, etc. Art. 10 al.3 LPers, s'agissant de la résiliation ; pendant la durée du contrat, il n'y a aucun motif possible de résiliation et la sécurité de l'emploi est à son maximum (art. 337 CO).

Quatrièmement, quid du contrat de six ans ? Art. 13 LPers le permet, sous la forme d'une prolongation. Mais peut-on faire un contrat de travail de durée déterminée de six ans ? Non ; normalement on n'a pas le droit de conclure un tel contrat pour une durée de six ans. En effet, au delà de trois ans, le contrat est réputé de durée indéterminée. Si on admet qu'il s'agirait d'un contrat de durée indéterminée, quelle serait sa sécurité ? Quelles seraient les possibilités de licenciement ? Les motifs de l'art. 10 al.3 LPers sont plus larges que les justes motifs de résiliation immédiate de l'art. 337 CO. Par ailleurs dans ce cas là il y a un délai de congé prévu dans l'OPers par renvoi de l'art. 12 LPers.

Peut-on faire un contrat de trois ans, et à l'échéance le refaire quand même ? Non, le deuxième contrat sera une reconduite du premier et ne sera pas un contrat de trois ans distinct. Ainsi la loi a prévu qu'à partir d'un certain nombre d'années, quand bien même on aurait aligné des contrats de durée déterminée on bascule dans un contrat de durée indéterminée (pour éviter que les administrations contournent la loi au détriment des employés).

Cinquièmement, quid si Gilberte ne veut pas qu'on modifie ses droits et obligations contre son gré ? En principe, lorsqu'on a fixé des droits et des obligations dans un contrat et qu'on veut les modifier, soit les deux parties sont d'accord, soit on résilie le contrat et on en fait un nouveau (pour ceci il faut que les conditions de résiliation soient réunies). Mais une souplesse a été introduire à l'art. 34 al.1 LPers et 30 OPers : il faut respecter les délais de résiliation et il y aura une enquête judiciaire si besoin.

Sixièmement, quid des moyens de défense de Gilberte ? Si c'est le contrat de durée déterminée de trois ans, il n'y en a aucun. Si on la licencie sur la base de l'art. 10 LPers ou pour juste motifs, soit elle est d'accord de partir et c'est une résiliation d'un commun accord ; mais si elle ne veut pas partir, doit-elle prouver que c'est un licenciement abusif ? Elle peut simplement démontrer que les motifs ne sont pas remplis, ceci dans le cadre d'une demande de décision. Le licenciement devra être notifié sous forme de décision et elle pourra faire un recours contre cette décision.

Cas 3

Suite aux pics de pollution constatés en début d'année, un groupe de députés genevois de tous bords a décidé de frapper un grand coup en déposant un projet de loi prévoyant la gratuité des TPG. Ils prévoient d'en demander la discussion immédiate lors de la prochaine séance du Grand Conseil et de l'assortir de la clause d'urgence. A la surprise générale, ce projet a reçu un accueil favorable d'une majorité de partis représentés au parlement et a une grande chance d'être adopté.

a. Quelle conséquence juridique cela aura-t-il pour le contrat de prestations des TPG 2011-2014, étant précisé que le projet de loi ne prévoit rien à cet égard ?

Qu'est-ce que ce contrat de prestation des TPG ? Est-ce qu'a priori cela peut être un vrai contrat ? Pour cela, il faut au moins deux parties différentes ; ici l'Etat a un contrôle sur les TPG qui est un établissement public autonome (art. 1 LTPG) et qui peut donc passer un véritable contrat avec l'Etat de Genève. Ce serait dans cas là un contrat de droit public (objet du contrat : service public de transports). Dans ce contrat, on a une liste de prestations ainsi qu'un calcul. Il y a une tranche de subventions prévue à l'art. 2 de la loi qui ratifie le contrat de prestations. Donc il y a des montants qui sont mentionnés dans les prestations de l'Etat. On voit bien que pour que le système fonctionne, il faut que l'ensemble des moyens financiers des TPG (prestations de l'Etat + ce que rapport le prix des billets) couvre les dépenses.

En pratique, comment se passe la négociation ? L'Etat contrôle les TPG, ces derniers doivent faire ce que l'Etat demande mais ne peuvent pas non plus faire de miracles. Il y a bien une discussion de type contractuel mais au sein du grand Etat, puisque les TPG restent une institution étatique et qu'il n'est pas question que l'Etat dise aux TPG : « finalement non, on va s'adresser à quelqu'un d'autre » et vice versa. Les deux sont liés, même si ils négocient. On arrive à un contrat. Le problème ici c'est que si a un moment donné (le 1^{er} mai) ce projet de loi est accepté, quelle va être la conséquence concrète et immédiate pour les TPG ? Ils n'auront plus l'argent lié à l'achat des billets (env. la moitié de leur bénéfice). Ainsi, par un « fait du Prince », ils perdent complètement cette source de financement. Donc il faut bien compenser.

Le Département ne modifie pas sa propre prestation mais les conditions financières qui s'appliquent aux TPG. Ainsi il faudra trouver une compensation. Que peut-on envisager ? Art. 25 al.3 du contrat de prestation. Sinon, si il y a un désaccord total entre l'Etat et les TPG, ces derniers pourraient aller au CJCA, même si cela ne se passerait probablement pas comme ça en pratique. Les TPG pourront aussi faire pression en diminuant leurs prestations et l'Etat ne pourra pas se plaindre d'une mauvaise exécution du contrat, vu que c'est lui même qui aura causé la crise financière des TPG.

b. Cela aura-t-il une conséquence sur la relation entre les TPG et leurs usagers ?

Contrat de transport (art. 19 LTV). Il n'y a plus de prix du coup ; les TPG s'engagent toujours unilatéralement de faire une offre mais les usagers ne paient plus de prix. Ainsi on ne serait plus dans un contrat de transport mais dans un simple acte matériel des TPG. On pourrait difficilement considérer qu'on aurait encore une relation contractuelle ; en tout cas l'art. 19 LTV ne serait plus applicable dans ce genre de cas.

Cas 4

Se fondant sur l'art. 49 al. 3 LPE, la fondation Ecoville a demandé à la Confédération une aide financière pour développer le Sol-Iter, un projet de mini voiture urbaine à une place, solaire silencieuse et non polluante.

Sur la base des contacts qu'elle a eus avec l'Office fédéral de l'environnement (OFEV), la fondation pense pouvoir obtenir la subvention requise; l'OFEV lui a toutefois fait comprendre qu'il liera l'octroi de la subvention à un certain nombre de conditions, dont il désire assurer le respect en concluant un contrat.

La fondation vous consulte et vous demande quelle procédure sera suivie jusqu'au versement éventuel de la subvention.

Elle craint en particulier que le montant de la subvention ne soit inférieur à ses besoins et vous demande comment elle pourrait le contester dans le cadre contractuel souhaité par l'OFEV.

Elle voudrait en outre savoir si Vroum SA qui est l'un des principaux importateurs de scooters en Suisse et qui voit d'un très mauvais œil l'éventuelle arrivée sur le marché du Sol-Iter pourrait intervenir à un moment quelconque de la procédure pour empêcher l'octroi de la subvention.

Veillez renseigner la fondation.

On a une subvention fondée sur la LPE. Sur le fond, c'est l'art. 49 LPE mais qui ne dit rien sur la procédure de subvention. Où trouve-t-on ces règles ? On les trouve dans la Loi fédérale sur les subventions et les indemnités (LSU). En principe, les subventions sont allouées sur la base d'une décision (art. 16 LSU). Maintenant ici, l'Office voudrait faire un contrat. Est-ce possible ? Oui, art. 16 al.2 LSU. C'est aussi possible de récupérer la subvention si le projet a un succès commercial sur la base de l'art. 49 LPE.

Pour passer à ce contrat, quelles vont être les étapes de procédure ? On discute (art. 19 al.2) : ce sont des pourparlers, des négociations. A la fin, l'autorité adresse une proposition de contrat en impartissant un délai pour accepter le contrat. Si tout le monde est d'accord, on signe le contrat.

Supposons qu'Ecoville ici est d'accord et signe le contrat. Est-ce que Vroum SA aura quelque chose à dire ? Il n'a pas la qualité de recourir ; c'est un concurrent qui ne serait pas touché directement par la subvention (pas de rapport particulièrement étroit, du à une relation légale, etc). On a ainsi pas à lui communiquer la proposition.

Quid si la proposition est trop faible par rapport à ce que demande Ecoville ? Ou si on est dans une situation où un tiers peut recourir ? C'est possible (art. 19). On fait apparaître une décision de conclure le contrat (en d'autres termes, c'est un acte détachable).

DOCUMENT DE TRAVAIL 21

Cas 1

Tintin-Emile Hu, étudiant en sciences de la communication, rédige son mémoire de maîtrise sur le marché de la téléphonie mobile. Dans le cadre de ses recherches, il a appris qu'il arrivait à la Commission fédérale de la communication (ComCom) de « vendre les fréquences aux enchères », ce qui lui paraît totalement aberrant.

Ayant fait deux semestres de droit avant de bifurquer sur les sciences sociales, il avait toujours pensé qu'un avantage résultant du droit public ne pouvait en aucun cas être « vendu ». Il estime que si une telle procédure était permise cela conduirait à devoir accepter n'importe quel opérateur puissant financièrement, sans pouvoir vérifier si cet opérateur est en mesure de respecter les objectifs et contraintes fixés par le droit suisse des télécommunications. De son point de vue, il suffit de pratiquer comme cela se passe dans la plupart des domaines : ceux qui remplissent les conditions légales se voient attribuer une concession, les autres voient leur requête refusée. Il doit en être de même pour le renouvellement ou non des concessions existantes. Cette méthode simple et éprouvée est la seule apte, selon lui, à garantir un service au public conforme aux buts de la loi.

Avant de faire de ce point de vue la thèse centrale de son mémoire, Tintin-Emile vous demande de lui indiquer si son approche juridique est bien correcte.

Selon l'article 22 alinéa 1 de la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC), quiconque utilise le spectre des fréquences de radiocommunication doit être titulaire d'une concession. Cette règle confirme le monopole de droit de la Confédération fondé sur l'article 92 Cst. C'est le lieu de préciser que le but de la LTC est d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international (art. 1 al. 1 LTC).

L'autorité concédante est la Commission fédérale de la communication (ComCom; art. 24a al. 1 LTC cum art. 5 LTC).

L'article 23 alinéa 1 LTC, qui reprend certaines exigences générales de l'article 6 LTC, prévoit que certaines conditions doivent être remplies par les requérants afin de pouvoir bénéficier d'une concession. L'article 23 LTC n'institue cependant pas un droit à l'obtention d'une concession dès que les conditions énoncées sont remplies. L'article 24 alinéa 1 LTC prévoit d'ailleurs que, en règle générale, l'octroi d'une concession de radiocommunication fait l'objet d'un appel d'offres public si les fréquences utilisées servent à fournir des services de télécommunication et qu'il n'existe pas assez de fréquences disponibles pour satisfaire tous les intéressés présents et futurs. Le Conseil fédéral règle la procédure, qui doit obéir aux principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence (art. 24 al. 2 LTC).

L'ordonnance sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication du 9 mars 2007 (OGC) prévoit, à son article 21 alinéa 1, que l'autorité concédante détermine si la concession sera adjugée sur la base de certains critères ou au plus offrant, l'adjudication au plus offrant pouvant être précédée d'une présélection, laquelle doit notamment permettre de vérifier que les entreprises admises à enchérir remplissent les conditions légales susmentionnées. L'alinéa 2 de l'article 21 OGC précise que, en vue de l'octroi d'une concession, l'autorité concédante peut demander à des experts indépendants de participer à la préparation et au déroulement de la procédure ainsi qu'à l'évaluation des offres.

L'article 39 LTC, qui dispose qu'une redevance sur les concessions de radiocommunication est perçue, confirme à son alinéa 4 qu'une concession de radiocommunication peut aussi être octroyée "au plus offrant", la redevance de concession correspondant alors au montant offert, déduction faite des émoluments perçus pour l'appel d'offres et l'octroi de la concession de radiocommunication, et l'autorité concédante pouvant fixer une offre minimale.

Il apparaît donc que les opérateurs désirant participer à la procédure d'octroi d'une concession de radiocommunication doivent de toute façon remplir les conditions posées par la LTC (art. 6 et 23 LTC).

Si l'autorité concédante (ComCom) choisit la procédure d'octroi au plus offrant, la forme choisie ressemble certes à une « vente », terme que reprend l'article 23 alinéa 1 OGC, qui parle de « produit de la vente ». Mais, en fait, le montant réclamé au bénéficiaire de la concession n'est rien d'autre qu'une redevance, dont la valeur économique est calculée par les opérateurs eux-mêmes lorsqu'ils font leur offre. Ce système préserve donc bien l'égalité de traitement entre concurrents.

Au demeurant, la procédure de présélection qui peut précéder l'adjudication au plus offrant (art. 21 al. 1, 2ème phrase, OGC) permet encore de vérifier que les opérateurs admis aux enchères présentent toutes les garanties techniques et légales.

Dès lors, la crainte de Tintin-Emile concernant l'admission de n'importe quel opérateur sans pouvoir vérifier si ce dernier est en mesure de respecter les objectifs et contraintes fixés par le droit suisse des télécommunications est infondée.

La solution proposée par Tintin-Emile, qui consiste en un simple octroi de la concession en cas de réalisation de toutes les conditions légales sans passer par un appel d'offres, n'est pas conforme à la LTC. En effet, en raison d'un nombre limité de fréquences, la ComCom ne peut pas satisfaire tous les intéressés présents et futurs (art. 24 al. 1 LTC). Pour la même raison, on ne saurait renoncer systématiquement à un appel d'offres pour le renouvellement des concessions. Une rente de situation serait ainsi créée pour les concessionnaires « sortants », ce qui ne serait pas conforme au principe d'égalité de traitement. C'est pourquoi l'article 19 OGC ne permet de renoncer à l'appel d'offre que s'il ne se justifie pas selon l'article 24 LTC (art. 19 al. 1 OGC) ou si la concession elle-même a prévu une prolongation ou un renouvellement automatiques (art. 19 al. 2 OGC).

Cas 2

Grisbi SA exploite une maison de jeu, en l'espèce un casino de type « B », dans une grosse bourgade touristique d'un canton de Suisse orientale. Elle a obtenu les concessions d'implantation et d'exploitation nécessaires, pour une durée de 20 ans, en 2002.

Hans Piksu, actionnaire principal et président de Grisbi SA, vous consulte, car il a plusieurs inquiétudes et interrogations au sujet des concessions dont sa société bénéficie pour son casino.

Suite à des plaintes de personnes ayant demandé leur exclusion volontaire des jeux, il est apparu que le système d'enregistrement et de communication de ces demandes était défectueux en ce qui concerne Grisbi SA. Une des personnes plaignantes a même menacé Grisbi SA de « faire sauter sa concession ». Hans vous précise que les plaintes en cause sont récentes et que la société n'a jamais eu d'autres problèmes.

Hans a également appris qu'un influent politicien local veut faire fermer le casino d'ici trois ans, au motif que la concentration de maisons de jeu dans la région est trop élevée.

Hans voudrait donc savoir si ces deux éléments sont susceptibles de menacer les concessions de sa société.

Il songe aussi à l'avenir. Dans l'idéal, il souhaite que ses enfants, auxquels il entend transférer ses actions de Grisbi SA, continuent l'exploitation à travers cette société. Il voudrait ainsi être sûr que Grisbi SA pourra continuer l'exploitation au-delà de 2022. Il voudrait en particulier savoir qui pourrait le cas échéant recourir contre le renouvellement de la concession.

Si les garanties d'une exploitation à long terme ne peuvent lui être données, il songe à céder la concession au puissant groupe Bling Bling SA, quitte, si nécessaire, à maintenir « pour la forme » la façade de Grisbi SA, dont Bling Bling SA prendrait le contrôle économique total, par des contrats adéquats. Alternativement, Hans envisage de suspendre pendant quelques années l'exploitation du casino, afin de «faire réaliser aux autorités son importance économique », et obtenir ensuite plus facilement un renouvellement de concession de longue durée. Il vous demande dans quelle mesure ces voies sont envisageables.

I. Contexte

Pour pouvoir ouvrir et exploiter une maison de jeu, il est nécessaire d'obtenir une concession de la Confédération (art. 10 LMJ et 106 al. 2 Cst.). Les jeux d'argent sont un monopole de droit (art. 106 Cst.) de type régalién poursuivant notamment un but fiscal, dont l'exercice n'est possible qu'au moyen d'une concession¹. Il existe deux types de concession (A ou B) pour les maisons de jeu selon leur taille et leur possibilité d'offre en matière de jeux de hasard (art. 8 LMJ). Grisbi SA est un concessionnaire au sens de l'art. 11 let. b LMJ au bénéfice d'une concession de type B (art. 8 al. 2 LMJ). La durée de la concession est de 20 ans à teneur de l'énoncé et conformément à l'art. 17 al. 1 LMJ.

Une concession peut être octroyée lorsque sont remplies les conditions énumérées aux art. 11 à 13 LMJ, portant sur les qualités de la personne exploitant la maison de jeu et de son implantation. La demande de concession, dans laquelle le requérant doit notamment définir son programme de mesures de sécurité et de mesures sociales (art. 14 al. 1 et 2 LMJ et art. 13 al. 2 let. b LMJ), est adressée à la Commission fédérale des maisons de jeux, qui la publie dans la Feuille fédérale et dans la feuille officielle du canton. Elle instruit par la suite la procédure de manière expéditive et procède en particulier aux consultations nécessaires avant de soumettre une proposition au département compétent, qui la transmet finalement au Conseil fédéral (art. 15 LMJ). Ce dernier statue sur l'octroi de la concession en opportunité. Autrement dit, le Conseil fédéral peut refuser l'octroi de la concession à une personne remplissant toutes les conditions légales pour des motifs relevant de son pouvoir d'appréciation².

II. Le problème des défauts concernant l'exclusion volontaire des jeux

Au sens de l'art. 22 al. 1 LMJ, la maison de jeu peut exclure de son établissement des personnes qui sont insolvables (let. a), engagent des mises sans rapport avec leur revenu et leur fortune (let. b) ou qui sont susceptibles de perturber le déroulement des jeux (let. c). Un joueur peut demander lui-même d'être exclu des jeux. Dans tous les cas, la maison de jeu tient un registre des exclusions et

communiquent aux autres maisons de jeu de Suisse l'identité des personnes exclues (art. 22 al. 5 LMJ).

Chaque casino en Suisse est doté d'un système d'enregistrement et de communication qui permet de vérifier, au moment du contrôle d'identité de la personne désirant entrer dans la maison de jeu, si elle fait l'objet d'une exclusion. Si un tel système est défectueux, il permettrait à ces personnes interdites de jeux de pouvoir entrer facilement dans un tel établissement et irait à l'encontre des mesures sociales définies par le requérant pour « prévenir les conséquences socialement dommageables du jeu » (art. 14 al. 2 LMJ). En d'autres termes, le maintien de ce système à jour et fonctionnel est d'une importance considérable.

En l'espèce, le fait que le système de Grisbi SA en la matière soit défectueux constitue une violation de l'art. 22 al. 5 LMJ. Dès lors, la commission, qui assure la surveillance des maisons de jeu et veille à ce que les dispositions légales soient respectées, peut prendre les mesures nécessaires à la bonne application de la loi (art. 48 al. 1 et 50 al. 1 LMJ). À teneur de l'énoncé, les plaintes sont récentes et l'établissement n'a jamais eu d'autres problèmes à ce jour ; de ce fait, on peut considérer que l'erreur est de moindre gravité qui ne justifie sans doute pas le retrait de la concession (art. 19 al. 1 et 2 LMJ). Celui-ci est cependant théoriquement envisageable, notamment si Grisbi ne donnait pas suite aux mesures ordonnées par la commission. La commission pourrait aussi envisager, si elle craint une mauvaise volonté de Grisbi, de suspendre la concession, dans l'attente de la mise en conformité du système d'enregistrement (art. 19 al. 3 LMJ).

Si les plaignants ne sont évidemment pas en mesure, à eux seuls, de « faire sauter la concession », Hans doit savoir que, comme « ultima ratio », un retrait de la concession pourrait intervenir si Grisbi ne remédie pas au problème, en particulier suite à une injonction en ce sens de la commission.

III. Le risque de fermeture du casino dans les trois ans

L'art. 106 al. 2 2ème phrase Cst. prévoit que « lorsqu'elle octroie une concession, la Confédération prend en considération les réalités régionales », disposition reprise à l'art. 9 LMJ. En effet, un requérant doit obtenir, en sus d'une concession d'exploitation, une concession d'implantation (art. 10 al. 1 LMJ). L'art. 13 al. 1 LMJ précise d'ailleurs les conditions spécifiques à remplir quant à l'implantation de la maison de jeu: le canton et la commune doivent y être favorables et elle doit être d'une utilité économique pour la région désirée.

On pourrait imaginer que le politicien influent qui considère qu'il y a trop de casinos parvienne à convaincre la commune ou le canton d'être désormais opposés au casino de Grisbi SA. Ce ne serait cependant pas une raison suffisante pour retirer la concession avant son échéance. En effet, en vertu de la composante contractuelle de la concession, Grisbi SA, qui a certainement consenti des investissements importants bénéficie d'un droit acquis à ce que celle-ci perdure pendant la durée prévue, sous réserve de l'art. 19 LMJ. Ce n'est donc qu'au terme de la concession que le politicien en cause pourra tenter de convaincre commune ou canton de s'opposer au renouvellement de celle-ci.

IV. Transfert des actions de Grisbi SA aux enfants de Hans Piksu et poursuite à long terme de la concession

L'art. 17 al. 3 LMJ exclut tout transfert de la concession. Dans le cas d'espèce, Hans, actionnaire principal de Grisbi SA ne transfère pas ladite concession mais seulement les actions de la société, dont il est le porteur, à ses enfants, qui continueraient l'exploitation de la concession à travers la société. L'art. 17 LMJ ne trouvant pas ainsi application, le transfert d'actions serait envisageable. Grisbi devra cependant signaler ce changement d'actionnariat en vertu de l'art. 18 al. 1 LMJ.

Au demeurant, les concessions sont toujours octroyées pour une durée déterminée³. L'art. 17 al. 1 LMJ prévoit expressément une durée de 20 ans pour la validité de la concession. Cette dernière pouvant néanmoins être prolongée ou renouvelée (art. 17 al. 2 LMJ). Dans ces cas, l'exploitant doit procéder comme pour la demande de concession initialement obtenue. Il doit remplir toutes les conditions légales pour exercer l'activité (art. 11 à 13 LMJ) et suivre la procédure réglée aux art. 15ss LMJ. Dans l'octroi d'une concession, l'autorité compétente dispose d'une marge d'appréciation quant au choix du concessionnaire, Grisbi SA n'a ainsi pas de droit, encore moins de droit acquis, à ce que sa concession soit automatiquement et sans réserve renouvelée au-delà de 2022. Si, néanmoins, une décision de renouvellement est rendue par le Conseil fédéral, cette dernière ne peut faire l'objet d'aucun recours comme le prévoit l'art. 16 al. 1 in fine LMJ, confirmé par l'exception de l'art. 32 al. 1 let. h LTAF. Il n'y aura pas non plus de recours si le renouvellement est refusé. Ce régime, qui constitue une dérogation à l'accès au juge au sens de l'art. 29a in fine Cst., a pour but de permettre au Conseil fédéral de refuser une demande de concession même lorsque le candidat remplit toutes les conditions requises pour des motifs d'opportunité.

V. Cession de la concession à Bling Bling SA

Selon l'art. 17 al. 3 LMJ, la concession n'est pas transmissible. La concession est liée, entre autres, aux qualités spécifiques du requérant. Il doit disposer de moyens financiers propres suffisants, jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie d'une activité commerciale irréprochable (art. 12 al. 1 LMJ). Il apparaît clairement que le projet de Hans de transférer sa société à une autre personne morale est contraire au droit. De plus, « tout acte juridique contraire à cette interdiction ou qui vise à la contourner est nul » selon l'art. 17 al. 3 in fine LMJ. Ainsi, les « contrats adéquats » qu'envisage Hans pour faire passer le contrôle de Grisbi SA à Bling Bling SA seraient tout simplement nuls.

VI. Suspension de l'exploitation de la concession

En cas de suspension pendant quelques années de l'exploitation du casino, Hans violerait ses devoirs découlant de la concession. Précisément, en cas d'inexploitation, diverses mesures peuvent être envisagées, en tenant compte du principe de la proportionnalité⁵. A cet effet, l'art. 19 al. 1 let. c LMJ prévoit le retrait de la concession « si le concessionnaire cesse intentionnellement l'exploitation pendant une durée relativement longue ». Hans risque ainsi de perdre sa concession. La commission peut aussi ordonner la dissolution de la société anonyme en cas de retrait de concession au sens de l'art. 19 al. 4 LMJ.

En conclusion, ce n'est pas en agissant ainsi qu'il pourra espérer obtenir un renouvellement de concession de longue durée. Il risque au contraire de perdre sa concession actuelle.

Cas 3

Bomagaz SA exploite un centre commercial qui se veut élégant dans une commune suburbaine du canton de Genève. Son centre jouxte une vaste place qui fait partie du domaine public communal, mais est mal entretenue et d'un aspect peu engageant. Les finances de la commune ne lui permettent malheureusement pas d'investir pour la rénovation de la place.

Bomagaz entend soumettre à la commune les trois propositions suivantes :

a. Elle rénoverait entièrement la place, avec le concours d'un grand architecte, en réservant une partie latérale de celle-ci à un parking pour ses clients et en construisant en son milieu un pavillon d'information sur le centre, ainsi qu'une plateforme pour des animations commerciales. Elle est prête à tout financer si on lui garantit la jouissance de la place à perpétuité. Bomagaz estime que chaque partie serait gagnante avec cette solution. Elle disposerait d'une certaine extension de son périmètre d'activité commerciale. En échange, la commune bénéficierait d'une rénovation complète et de qualité de la place, qui lui aurait coûté fort cher si elle avait dû la mener elle-même.

b. Subsidiairement, elle est prête à financer un projet de même contenu pour l'essentiel, mais moins luxueux, si elle a la garantie de pouvoir ainsi utiliser la place pendant 20 ans.

c. Encore plus subsidiairement, elle propose d'installer au milieu de la place, qui est actuellement réservée aux piétons, un stand et une terrasse pour la vente de boissons et de glaces pendant les mois de mars à octobre.

Bomagaz vous demande par quelle procédure il faudra passer pour obtenir le droit d'utiliser la place dans les trois hypothèses sus-évoquées. Elle vous précise que Supercheap SA, qui se vante de vendre l'électronique la moins chère de Suisse, a aussi un projet pour la place en question, mais de bien moindre qualité. Veuillez lui répondre, en omettant toutes les questions liées au droit des constructions.

A teneur de l'article 12 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu), chacun peut utiliser le domaine public conformément à sa destination. Toutefois, l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun, comme un empiètement, une installation, un dépôt ou une utilisation à des fins commerciales ou toute autre utilisation excédant l'usage commun, est subordonnée à l'octroi préalable d'une permission (13 al. 1 LDPu) ou d'une concession, lorsqu'une telle utilisation fait l'objet de dispositions contractuelles (13 al. 2 LDPu).

a. Rénovation de la place en échange de sa jouissance à perpétuité

L'utilisation que Bomagaz entend faire de la place implique l'aménagement d'un parking, d'un pavillon d'information, ainsi qu'une plateforme pour des animations commerciales, soit des constructions permanentes constitutives d'un usage excédant manifestement l'usage commun du domaine public au sens des articles 13 LDPu. Bomagaz doit donc pour cela passer soit par l'octroi d'une permission, soit par celui d'une concession (art. 13 LDPu). Compte tenu de la garantie de jouissance à perpétuité que vise Bomagaz, seule une concession serait envisageable, en vue de créer, par une clause contractuelle, un droit acquis en faveur de Bomagaz. Toutefois, en vertu du principe de l'inaliénabilité de la puissance publique, l'octroi de concessions pour une durée illimitée n'est pas admissible⁶ ; dans une telle hypothèse, on ne serait plus face à une véritable concession,

mais plutôt à une aliénation du domaine public. La première proposition de Bomagaz ne peut donc être acceptée.

b. Rénovation moins luxueuse de la place en échange de sa jouissance pendant 20 ans

Contrairement à sa première proposition, Bomagaz est prête à rénover la place communale en échange de sa jouissance pendant une période limitée de 20 ans.

Comme dans sa première proposition, Bomagaz est d'accord de réaliser ce projet seulement en échange de garanties quant à la durée d'utilisation de la place, même si ce n'est plus à perpétuité. En d'autres termes, elle souhaite disposer d'un droit acquis à cette utilisation pendant au moins 20 ans. Dans la mesure où cet élément n'est pas expressément prévu par la loi et qu'elle va devoir négocier la durée de la jouissance de la place avec l'autorité compétente, le résultat de cette négociation fera l'objet de dispositions contractuelles. Partant, c'est une demande de concession et non de permission que Bomagaz devra déposer devant l'autorité compétente (art. 13 al. 2 LDPu), à savoir le Conseil d'Etat (art. 16 al. 1 LDPu). Plus précisément, il s'agira ici de l'octroi d'une concession domaniale, qui comme toute concession est en principe un acte pour lequel l'autorité compétente dispose d'un pouvoir d'appréciation⁸, conférant le droit de faire un usage accru ou privatif du domaine public⁹.

Supercheap SA a également un projet pour la place en question, qui n'est évidemment pas cumulable avec celui de Bomagaz. La composante contractuelle des concessions ouvre la question de leur soumission aux règles sur les marchés publics¹⁰.

L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) institue une procédure particulière qui soumet à un système d'adjudication la conclusion de certains contrats portant sur l'acquisition de biens ou de services par l'Etat. Cette convention intercantonale a pour but d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés publics, de favoriser la concurrence et, pour l'Etat, de se procurer selon l'offre la plus avantageuse les biens et services dont il a besoin.

Pour savoir si l'AIMP est applicable au cas d'espèce, il convient d'abord de se demander si l'on se trouve bien en présence d'un « marché public » au sens de cet acte normatif. Cette notion n'est pas définie dans l'AIMP, ni dans les autres lois et conventions qui traitent des marchés publics en général. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, on se trouve en présence d'un marché public « lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que “demandeur”, acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques »¹¹.

En l'espèce, concernant la mise à disposition de la place, la collectivité publique ne serait pas « demandeur » dans le contrat passé mais « offreur » d'un droit exclusif détenu en vertu de son monopole de fait. Elle n'acquerrait pas une prestation contre un prix, mais accorderait l'usage exclusif dont elle était détentrice à une entreprise privée qui l'exercerait à ses propres risques et profits. Enfin, l'utilisation de la place à des fins commerciales ne constitue pas une tâche publique. On ne saurait ainsi dire que le concessionnaire exécutera, par le biais de cette concession, un service public pour le compte de l'autorité concédante¹².

Pour toutes ces raisons, la mise à disposition de la place au moyen d'une concession n'implique pas en tant que telle l'existence d'un marché public qui justifierait l'application de l'AIMP.

Toutefois, si, comme le propose Bomagaz, la contrepartie de la mise à disposition est la rénovation de la place, la collectivité étatique obtiendrait dans ce cas des prestations qu'elle aurait dû normalement acquérir moyennant un prix, par un marché public, mais qu'elle rémunère en quelque sorte « en nature » par la mise à disposition de son domaine public. Le Tribunal fédéral a indiqué dans un cas similaire, où il était demandé au concessionnaire d'offrir un système de vélos en libre-service en échange du droit exclusif d'affichage sur le domaine public, que l'octroi de la concession devra respecter, au fond et à la forme, le droit des marchés publics¹³. Ainsi, puisque la rénovation de la place est une tâche publique que la commune aurait normalement dû financer, les règles des marchés publics devront être respectées dans l'attribution de la concession.

c. Installation d'un stand et d'une terrasse pendant les mois de mars à octobre

La troisième proposition de Bomagaz vise à installer au milieu de la place, qui est actuellement réservée aux piétons, un stand et une terrasse pour la vente de boissons et de glace pendant les mois de mars à octobre. Il s'agit d'installations provisoires sur le domaine public communal excédant manifestement son usage commun. Par conséquent, Bomagaz doit requérir de l'autorité compétente soit une permission, soit une concession (13 LDPu).

Dans la mesure où la demande de Bomagaz ne semble pas faire l'objet d'une négociation particulière et ne nécessite pas la création de droits acquis, c'est par le biais d'une permission – délivrée à titre précaire (art. 19 al. 1 LDPu), c'est-à-dire sans création de droit acquis, et contre émoluments (art. 26 al. 1 LDPu) – que l'installation du stand et de la terrasse pourra être autorisée (art. 13 al. 1 et 15 LDPu). S'agissant en l'espèce du domaine public d'une commune genevoise, l'autorité compétente sera ladite commune (15 LDPu).

Cas 4

Oligarkair est une compagnie de transport aérien prospère, spécialisée dans le transport de voyageurs d'affaires et le tourisme de luxe. Elle exploite depuis un peu plus d'un an une ligne régulière entre les aéroports de Zurich et de Saint-Moritz (Engadin Airport). Sa concession de route prévoit au minimum un vol quotidien dans chaque sens chaque jour du mardi au dimanche. L'horaire soumis à l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) et publié prévoit actuellement deux vols dans chaque sens le vendredi et le samedi, un vol dans chaque sens du mardi au jeudi, ainsi que le dimanche.

Aujourd'hui, Oligarkair doit constater que la ligne en question est assez largement déficitaire, la fréquentation étant très inférieure aux prévisions. Elle a récemment annoncé que, faute d'amélioration de la situation dans les mois à venir, elle allait abandonner cette ligne au 1er septembre 2014. Le directeur de l'aéroport de Saint-Moritz, qui ne voit évidemment pas d'un bon œil cette éventuelle diminution d'activité, vous demande si Oligarkair est vraiment libre d'agir à sa guise dans ce dossier.

I. Question principale

Oligarkair peut-elle abandonner l'exploitation de la ligne qu'elle dessert au bénéfice d'une concession ?

II. Analyse

A titre préliminaire, l'on notera que les concessions de transport aérien professionnel de personnes (concessions de routes) sont non seulement des concessions domaniales (l'espace aérien faisant partie du domaine public¹⁴), mais également des concessions de service public (art. 28 de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 – LA), octroyées aux entreprises titulaires d'une autorisation d'exploiter (art. 27 LA). En effet, la concession n'est délivrée que si les vols sont d'intérêt public (art. 28 al. 2 LA), l'entreprise est responsable de l'accomplissement des obligations découlant de la concession (art. 28 al. 4 LA) et l'étendue de ces obligations, notamment en matière d'horaire et d'exploitation, doit être précisée par le Conseil fédéral (art. 28 al. 5 LA).

L'abandon de l'exploitation de la ligne aérienne constitue une forme radicale de modification de la concession. En effet, le concessionnaire d'un service public est tenu d'assurer l'exploitation de sa concession¹⁵. Le concessionnaire ne peut donc pas cesser l'exploitation sans avoir obtenu l'assentiment de l'autorité concédante¹⁶.

En matière de transports aériens de ligne, l'obligation d'exploiter résulte indirectement de l'article 118a de l'ordonnance sur l'aviation du 14 novembre 1973 (OSAv), qui prévoit la caducité de la concession si la ligne aérienne n'est pas exploitée pendant douze mois. Ce mécanisme ne permet toutefois pas de contraindre un concessionnaire à exploiter une ligne qui ne l'intéresse plus au point qu'il est prêt à abandonner la concession y afférente.

Aussi l'OSAv prévoit également que l'obligation d'exploiter, dans son genre et sa portée, est réglée par la concession elle-même (art. 111 al. 1, dernière phrase, OSAv). Si la concession prévoit une obligation d'exploiter la route concédée, ce qui est, en pratique, l'hypothèse la plus probable, la levée de cette obligation ne pourra passer que par la procédure de dispense de l'article 111 alinéa 2 OSAv.

Oligarkair devra donc demander à l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC), autorité concédante, de la dispenser de son obligation d'exploiter la ligne pour laquelle elle a obtenu une concession de route. Il convient de noter que l'article 111 alinéa 2 OSAv n'exige pas à cette fin que les conditions strictes de la *clausula rebus sic stantibus* soient remplies, puisqu'il vise notamment, outre les cas d'urgence, la « modification de la situation », sans qualifier celle-ci.

A cet égard, on peut se demander si le fait que la ligne Zurich – Saint-Moritz soit assez largement déficitaire n'est pas révélateur de l'absence d'intérêt public au maintien de la ligne (l'existence d'un intérêt public étant au demeurant déterminant pour l'octroi des concessions, notamment sous l'angle du besoin : art. 28 al. 2 LA et 115 al. 1 OSAv). Il serait en conséquence peu sensé d'appliquer trop strictement les conditions régissant les modifications de concessions de service public alors qu'en l'espèce, il n'existerait pas d'intérêt public réel à l'exploitation de la ligne en cause.

Si donc Oligarkair peut démontrer que l'exploitation de la ligne ne répond en définitive pas à une véritable demande et qu'elle ne correspond donc pas à un intérêt public avéré, elle devrait pouvoir obtenir d'être déliée de son obligation d'exploiter, ce qui entraînerait logiquement la révocation de la concession ou alors son transfert à une autre entreprise suite à une demande de cette dernière (art. 118 al. 1 OSAv).

DOCUMENT DE TRAVAIL 22

Cas 1

Sardanapale vient d'acquérir une très belle villa avec vue sur le lac de Neuchâtel. La villa et la terrasse panoramique qui s'étend juste devant celle-ci sont situées en zone de construction destinée aux maisons individuelles. Le reste de la propriété, soit une magnifique parcelle arborisée descendant en pente douce vers le lac, est en zone agricole.

Bien qu'il ait eu le coup de cœur pour cette maison, élégante et à la situation exceptionnelle, Sardanapale regrette toutefois que celle-ci ne dispose pas d'une piscine. Il souhaiterait donc construire juste en dessous de sa terrasse une belle piscine à débordement, si discrètement insérée dans le terrain qu'elle ne serait quasiment pas visible des parcelles voisines.

Il vous explique qu'il n'est techniquement pas possible de construire la piscine à la place de la terrasse, faute de place et parce que cela menacerait les fondations de la maison et que par ailleurs une telle piscine n'a évidemment de sens que sur sa propriété.

Il vous demande si ce projet peut être autorisé directement ou en modifiant le plan de zones de la commune, qui a été entièrement révisé il y a deux ans. Il précise à cet égard que sa situation, père d'une famille nombreuse et recevant de nombreux amis, est très différente de celle de la précédente propriétaire, une dame âgée sans enfant.

I. Question juridique

Il s'agit d'examiner si Sardanapale peut obtenir une autorisation de construire une piscine à débordement pour sa famille et ses amis sur une parcelle arborisée de sa propriété sise en zone agricole.

II. Contexte légal

A teneur de l'art. 1 LAT, la Confédération, les cantons et les communes veillent à assurer une utilisation mesurée du sol. Dans ce but, la LAT, qui est une loi cadre, détermine un certain nombre de principes qui doivent obligatoirement être respectés par les cantons, ceux-ci étant par ailleurs compétents en matière d'autorisations de construire. La LAT prévoit trois moyens principaux : le plan directeur cantonal, les plans d'affectation, ainsi que l'obligation d'une autorisation de construire pour les constructions et installations nouvelles¹. Lorsqu'une construction non conforme à l'affectation de la zone est envisagée hors de la zone à bâtir, la LAT prévoit, à ses art. 24 ss, des conditions bien précises pour permettre une dérogation.

III. Analyse juridique

Il ne fait pas de doute que la construction de la piscine est soumise à l'obligation d'obtention d'une autorisation au sens de l'art. 22 al. 1 LAT.

Dès lors, il convient de vérifier tout d'abord la conformité du projet de construction à la zone au sens de l'art. 22 al. 2 let. a LAT et, dans la négative, d'examiner si une dérogation au sens des art. 24 à 24d LAT est envisageable.

Selon l'art. 22 al. 2 LAT, deux conditions cumulatives minimales doivent être réalisées pour qu'une autorisation ordinaire puisse être accordée, sous réserve des règles de droit fédéral ou cantonal qui

poseraient des conditions supplémentaires (art. 22 al. 3 LAT) :

1. La construction doit être conforme à l'affectation de la zone (let. a);
2. Le terrain doit être équipé (let. b).

A teneur de l'énoncé, la parcelle arborisée devant accueillir la piscine est située en zone agricole et non pas en zone à bâtir. La destination de cette zone, découlant des art. 16 al. 1 et 16a LAT, est l'activité agricole, actuelle ou potentielle. Le but de la législation est de préserver le caractère non bâti de cette zone tout en permettant le maintien des activités agricoles. Par conséquent, les constructions n'ayant aucune finalité agricole sont en principe exclues. En effet, selon l'art. 16a LAT, sont admis en zone agricole les bâtiments nécessaires à l'exploitation agricole (habitation pour les exploitants, étables, granges, etc.), y compris ceux pouvant servir à son développement interne (par quoi on vise notamment l'élevage industriel et la culture hors-sol).

En l'espèce, la construction d'une piscine à débordement n'a aucune finalité agricole et n'a au demeurant aucun lien avec une exploitation agricole. Partant, elle ne constitue pas une construction conforme à l'affectation de la zone au sens de l'art. 22 al. 2 let. a LAT.

Les deux conditions de l'art. 22 al. 2 LAT étant cumulatives, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'équipement du terrain.

Conclusion intermédiaire : Sardanapale ne peut pas obtenir une autorisation de construire ordinaire selon le régime de l'art. 22 LAT.

Se pose alors la question d'une dérogation en vertu de l'art. 24 LAT, selon lequel, hors de la zone à bâtir, des autorisations peuvent être délivrées pour de nouvelles constructions si les deux conditions cumulatives suivantes sont réalisées:

1. L'implantation de ces constructions hors de la zone à bâtir est imposée par leur destination (let. a);
2. Aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (let. b).

En premier lieu, l'implantation de la construction doit être imposée par sa destination, c'est-à-dire qu'elle ne peut objectivement remplir ses fonctions qu'à un endroit spécifiquement déterminé hors de la zone à bâtir. Tel serait le cas, par exemple, d'une carrière qui devrait forcément se situer en dehors de la zone à bâtir en raison de la situation des minerais à extraire ou d'une usine de recyclage des ordures qui entraînerait trop de nuisances pour le voisinage. En second lieu, aucun intérêt prépondérant ne doit s'opposer au projet.

En l'espèce, la construction d'une piscine, qui sert au seul confort de la famille et des amis de Sardanapale, n'est pas imposée en zone agricole. Cet examen doit en effet être fait objectivement, l'utilité subjective d'une piscine proche de la maison n'est donc pas pertinente. La première condition cumulative n'étant pas réalisée, il est inutile d'examiner la seconde.

Par ailleurs, il est manifeste qu'aucune des situations de fait pouvant entraîner l'octroi d'une dérogation spéciale selon les art. 24a à 24d LAT n'est présente en l'espèce.

Conclusion : Sardanapale ne peut pas obtenir une dérogation selon le régime de l'art. 24 ou des art. 24a à 24d LAT. La situation juridique actuelle ne lui permet donc pas de construire une piscine sur une parcelle sise en zone agricole.

Sardanapale pourrait tenter d'obtenir un déclassement de son terrain en zone à bâtir. L'art. 21 al. 2 LAT prévoit en effet que les plans d'affectation font l'objet des adaptations nécessaires en cas de modification sensible des circonstances. La jurisprudence rappelle que plus le plan est d'adoption récente et les modifications à apporter importantes, plus les motifs justifiant la modification doivent être impérieux³. En l'espèce, le plan de zones de la commune est récent, puisqu'il a été entièrement révisé il y a deux ans. Le fait que la villa soit désormais occupée par une famille nombreuse et non plus par une dame âgée sans enfants ne constitue pas un changement de circonstances sensible et surtout pertinent justifiant le déclassement de la parcelle arborisée. Partant, une modification du plan de zones n'est pas envisageable ; le projet de Sardanapale ne sera pas autorisé, même par ce biais.

Cas 2

Il y a un an, le Conseil d'Etat a adopté un plan localisé de quartier portant sur une parcelle relativement étendue sise dans la commune de Thônex, en zone de développement 3, la zone de base étant la zone villa.

Conformément aux options du plan directeur cantonal pour le secteur en question, le plan localisé de quartier prévoit la construction d'un grand bâtiment destiné au logement.

Pocahontas vient d'acheter cette parcelle et souhaite y édifier un immeuble de bureaux, seule utilisation économiquement rationnelle à cet endroit selon elle. Elle entend bien demander une autorisation de construire en ce sens, en faisant valoir à cette occasion que le plan directeur n'est, en ce qui concerne la parcelle en cause, pas conforme à la LAT et que le plan localisé de quartier constitue une restriction exagérée de son droit de propriété.

Elle vous demande si cette démarche a une chance d'aboutir.

En outre, au cas où sa demande d'autorisation de construire un immeuble de bureaux serait refusée, elle souhaite savoir si, alternativement, elle pourrait déposer une demande d'autorisation pour la construction de villas de luxe, aux normes de la zone villa.

I. Droit applicable

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT – RS 700) est applicable car elle contient les normes-cadres régissant les plans directeurs (art. 6ss LAT), les plans d'affectation (art. 14ss LAT) ainsi que l'autorisation de construire (art. 22ss LAT). La loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT – RS/GE L 1 30) est aussi applicable parce qu'elle précise les normes-cadres de la LAT.

La loi générale genevoise sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD – RS/GE L 1 35) est applicable puisque la parcelle de Pocahontas se trouve en zone de développement 3.

La loi genevoise sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI – RS/GE L 5 05) s'applique pour les questions relatives aux conditions générales d'octroi de l'autorisation de construire.

La LPA s'applique aussi, car l'autorisation de construire émane d'une autorité administrative cantonale, soit le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE) (art. 1 al. 1, 5 let. c. LPA).

II. Quid d'une autorisation de construire pour un immeuble de bureaux ?

A. Principe

La parcelle en cause se trouve en zone de développement 3 (qui renvoie donc pour les affectations qui pourront être autorisées à la zone de construction 3), la zone de base étant la zone villa. Prévues par les art. 12 al. 4 et 30 LaLAT et réglementées plus en détail par la LGZD, les zones de développement sont des zones de transition, qui se superposent à des zones non constructibles (zone agricole) ou à des zones à bâtir peu denses (zone villa) pour en permettre la densification progressive et contrôlée. A cet effet, la LGZD soumet l'application des normes de la zone de développement à l'adoption d'un plan localisé de quartier (art. 2 al. 1 let. a LGZD)⁴ et à la condition que les bâtiments construits (logements ou locaux commerciaux et artisanaux) correspondent à un besoin prépondérant d'intérêt général (art. 2 al. 1 let. b et art. 4 à 5 LGZD).

La construction d'un immeuble de bureaux n'étant à l'évidence pas conforme à l'affectation de la zone de base (zone villa), elle ne pourrait être envisagée que dans la mesure où elle serait compatible avec l'application des normes de la zone de développement 3. Or, il résulte de l'art. 3 al. 4 LGZD que les projets établis selon les normes d'une zone de développement doivent être conformes aux plans localisés de quartier (PLQ) adoptés en application de l'art. 2 LGZD (la même conclusion peut être tirée de l'art. 21 al. 1 LAT).

En l'espèce, il existe un PLQ adopté il y a un an, donc en force, concernant la parcelle en cause. Ce PLQ prévoit la construction d'un grand bâtiment destiné au logement. Il exclut donc la construction d'un immeuble de bureaux. Celle-ci ne correspondrait manifestement pas aux dérogations prévues par l'art. 3 al. 4 in fine et al. 5 LGZD, qui permettent, dans une certaine mesure de s'écarter du PLQ. L'autorisation de construire ne pourra donc pas être accordée.

Reste à savoir, si, dans un recours contre le refus d'autorisation, Pocahontas pourrait remettre en cause le plan directeur cantonal – dans la mesure où les options de celui-ci ont été reprises dans le PLQ – ainsi que le PLQ lui-même.

B. La remise en cause du plan directeur

Le plan directeur détermine l'orientation future de la planification et de la collaboration entre autorités en précisant notamment les exigences à respecter lors de l'affectation du sol et en ce qui concerne la coordination des différents domaines sectoriels (art. 6 ss LAT). Le caractère de ce plan est programmatique et spatial avec effet obligatoire pour les autorités uniquement (art. 9 al.1 LAT). A contrario, il n'a aucun effet direct sur les droits et obligations des administrés⁵.

En l'espèce, faute d'effet obligatoire pour Pocahontas, le plan directeur ne pouvait, lors de son adoption, être contesté par un recours direct de celle-ci.

Toutefois, la jurisprudence a admis que le plan directeur pouvait faire l'objet d'un contrôle préjudiciel à l'occasion d'un recours contre un plan d'affectation ou une autorisation de construire. On ne peut donc, a priori, pas exclure que Pocahontas, dans un recours contre le refus d'autorisation

de construire, puisse invoquer la non-conformité à la LAT du plan directeur.

Cela étant, dans la mesure où le problème soulevé par Pocahontas a été réglé dans le PLQ, qui concrétise l'option du plan directeur, son argument ne sera recevable que si elle peut encore contester ledit PLQ.

C. La remise en cause du PLQ

Le plan d'affectation est un acte sui generis qui règle le mode d'utilisation du sol et, contrairement au plan directeur, a un caractère obligatoire pour les autorités ainsi que pour les particuliers (art. 21 al. 1 LAT, art. 3 al. 4 LGZD)⁸. Le PLQ est un plan d'affectation spécial qui régit de façon plus détaillée l'utilisation de périmètres déterminés. Les art. 14ss LAT lui sont également applicables⁹.

En l'espèce, le PLQ touche directement Pocahontas, mais elle ne peut plus recourir contre celui-ci, puisqu'il est entré en force il y a 1 an (art. 35 al. 1 et 2 a contrario LaLAT).

Selon la jurisprudence, qui assimile à cet égard le plan d'affectation à une décision, le contrôle incident d'un plan d'affectation est en principe exclu sous réserve des cas où les conditions d'un réexamen obligatoire du plan seraient remplies – à savoir notamment lorsque les circonstances ont changé de façon telle que l'intérêt public des restrictions d'utilisation liées au plan n'existe plus – et de ceux où la procédure d'adoption n'a pas permis aux intéressés de protéger à temps leurs intérêts ou d'évaluer la portée juridique des restrictions imposées¹⁰.

En l'espèce, on ne voit pas, vu le caractère récent du PLQ, en quoi Pocahontas pourrait invoquer une modification sensible des circonstances. Rien ne permet non plus de conclure que le propriétaire de l'époque, n'a pas pu évaluer la portée juridique du PLQ et faire valoir ses droits à temps. Le fait que Pocahontas n'était pas elle-même propriétaire au moment de l'adoption du plan n'y change rien. Elle a en effet acheté la parcelle en toute connaissance de cause.

Les conditions permettant exceptionnellement une remise en cause préjudicielle du PLQ ne sont pas remplies. Pocahontas ne pourra donc pas contester le PLQ dans un recours contre un refus d'autorisation de construire. Elle ne pourra dès lors pas non plus remettre en cause les options du plan directeur, telles qu'elles ont été concrétisées par le PLQ.

III. Quid d'une autorisation pour la construction de villas de luxe aux normes de la zone villa ?

Le PLQ en force impose, on l'a vu, la construction d'un immeuble de logements, ce qui exclut aussi bien la construction d'un immeuble de bureaux (cf. II, A supra) que celle de villas de luxe.

On peut cependant se demander si la LGZD laisse ici au propriétaire le choix entre l'application du PLQ et celles des normes de la zone de base (ou « ordinaire »), dès lors que l'art. 3 al. 4 LGZD ne vise expressément que les « projets de construction établis selon les normes d'une zone de développement ».

L'ancien Tribunal administratif a répondu à cette question par la négative, considérant que l'existence d'un PLQ en force excluait implicitement l'application des règles de la zone ordinaire. Le Tribunal fédéral a jugé que cette interprétation « qui n'admet pas la coexistence de deux régimes juridiques contradictoires et qui accorde au plan localisé de quartier la portée qui est normalement

celle d'un plan d'affectation selon les art. 14 ss LAT, permet de définir clairement le mode d'utilisation du sol dans le périmètre concerné » et n'est « à l'évidence pas arbitraire »¹¹.

Dès lors, Pocahontas ne pourra pas obtenir une autorisation de construire qui appliquerait les normes de la zone villa en faisant abstraction du PLQ. Celui-ci s'imposera en tout état de cause.

Variante : le plan localisé de quartier a été adopté il y a 15 jours ; que doit faire Pocahontas pour préserver ses chances de construire un immeuble de bureaux ?

Le PLQ a été adopté il y a 15 jours, donc il n'est pas encore entré en force. Un recours contre ce PLQ est possible devant la chambre administrative de la Cour de justice selon l'art. 6 al. 11 LGZD, qui renvoie à l'art. 35 al. 1 LaLAT, sous réserve du fait que la voie de l'opposition (dans ce type de procédure, préalable à la décision, cf. art. 6 al. 8 LGZD) ait été épuisée (art. 35 al. 4 LaLAT).

Dans le cadre de ce recours, Pocahontas pourra aussi faire valoir des griefs qui seraient dirigés contre le plan directeur. Ces griefs sont recevables, ce qui ne préjuge pas de leur bien-fondé.

Cas 3

Le nouveau Conseil d'Etat d'un grand canton de Suisse alémanique a décidé de faire de la lutte contre la pollution atmosphérique, particulièrement forte dans le canton, une de ses priorités.

C'est pourquoi, il a adopté, sur la base de la disposition de la constitution cantonale qui prévoit que « le Conseil d'Etat planifie à long terme l'action de l'Etat et soumet régulièrement au Grand Conseil un rapport sur cette planification en ce qui concerne les principales politiques publiques », un « Plan de développement de la mobilité douce » (PDMD), qui prévoit un triplement en 10 ans des investissements dans les pistes cyclables et les cheminements piétonniers. Le Parlement cantonal a pris acte du rapport du Conseil d'Etat relatif au PDMD par un vote quasi unanime, il y a une semaine.

Le Conseil d'Etat a également adopté, conformément à la compétence que lui accorde le droit cantonal, un plan de mesures au sens de l'art. 44a de la loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (LPE – RS 814.01), qui prévoit notamment la construction d'une nouvelle ligne de tram rapide traversant la capitale du canton.

Archibald Piscou, membre du Comité pour des finances publiques raisonnables n'est nullement convaincu par ces mesures : le plan de développement de la mobilité douce lui paraît une lubie coûteuse et inutile ; quant à la construction de la nouvelle ligne de tram, qui passerait juste devant chez lui, il la juge beaucoup trop onéreuse, tout en soulignant les nuisances qu'elle entraînera pour les voisins de cette installation, y compris lui-même. Il vous demande quels sont les moyens de droit qui lui permettraient, d'une part, de contester le PDMD et de s'opposer aux dépenses qu'il prévoit et, d'autre part, de remettre en cause le plan de mesures en ce qui concerne la construction de la nouvelle ligne de tram.

a. La question du plan de développement

Le plan de développement de la mobilité douce (PDMD) soumis par le Conseil d'Etat au Parlement cantonal est un instrument d'orientation politique qui doit permettre aux autorités compétentes de gérer leur activité ou de les aider à la décision¹². Le Conseil d'Etat a la faculté de l'adopter, en vertu de la Constitution cantonale, mais faute de loi lui conférant un effet obligatoire quelconque,

un tel plan ne lie pas les autorités¹³: celles-ci sont libres de s'en écarter, si les circonstances l'exigent, notamment si les pronostics du plan ne se sont pas réalisés ou même en vertu d'un simple choix politique. Logiquement, le plan de développement devrait alors être adapté. A fortiori, ce plan ne peut créer des droits ou des obligations pour les administrés. Dès lors, il ne constitue ni une norme ni une décision, mais un acte administratif interne sans effets sur les particuliers. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, lorsque les parlements sont appelés à en débattre, ils se contentent d'en prendre acte.

Dans ces conditions, faute d'acte attaquant, Archibald Picsou ne dispose d'aucun moyen de droit contre le PDMD de ce canton suisse alémanique. Seuls des moyens politiques, comme la pétition, pourraient être utilisés pour infléchir les options prises par le Conseil d'Etat. Archibald ou le Comité pour des finances publiques raisonnables pourraient aussi envisager de lancer une initiative populaire cantonale visant à s'opposer au triplement des investissements en matière de pistes cyclables et de cheminements piétonniers. Une telle initiative ne toucherait pas directement le PDMD, mais son acceptation rendrait celui-ci inexécutable en ce qui concerne les investissements routiers, et il devrait être adapté en conséquence. Un référendum contre les éventuels crédits votés en application du PDMD pourrait aussi être lancé, dans la mesure où le droit cantonal le permet.

b. Le plan de mesures

Le plan de mesures prévu par l'art. 44a LPE est un instrument d'incitation et de coordination qui vise à mettre en évidence les moyens par lesquels les autorités cantonales, ou même fédérales (cf. art. 44a al. 3 LPE), entendent réduire les atteintes nuisibles ou incommodantes dues à la pollution atmosphérique.

Parmi les mesures qui peuvent être prévues, peuvent figurer des projets relatifs à la politique des infrastructures en matière de transports, notamment en ce qui concerne la création d'une nouvelle ligne de tram. Conformément à l'art. 32 al. 1 let. e et g de l'ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 (OPair – RS 814.318.142.1), le plan devra alors mentionner les bases légales de ces mesures (en l'espèce, la législation budgétaire et celle relative à la construction et à l'exploitation de chemins de fer) et les autorités compétentes (pour voter les crédits, approuver les travaux, accorder le cas échéant une concession). Cela étant, si le plan de mesures est, en vertu de l'art. 44a al. 2 LPE, contraignant pour les autorités d'exécution (ce qui ne vise ni le parlement ni le peuple), il ne concerne pas directement les droits et obligations des particuliers, même si ceux-ci sont plus particulièrement touchés par des réalisations prévues par le plan.

Le plan de mesures ne constitue ainsi ni une norme ni une décision. Il ne peut donc être attaqué, par un moyen de droit, par des particuliers. Seules les mesures elles-mêmes, si elles se traduisent dans des normes ou des décisions, pourront faire l'objet d'un recours. On rappellera cependant, à cet égard, que le budget n'entre pas dans ces catégories et ne peut donc être attaqué par des particuliers¹⁶.

Une fois encore, Archibald ne disposera que de moyens politiques pour contester directement le plan de mesures adopté par le Conseil d'Etat, prévoyant la construction de la nouvelle ligne de tram (ce plan n'ayant pas fait l'objet d'une loi, le référendum ne sera cependant pas ouvert à ce stade ; le droit cantonal peut toutefois prévoir que l'acte octroyant le crédit pour la construction de la ligne de tram soit assujéti au référendum). Il pourra cependant, le moment venu, contester préjudiciellement le plan de mesures à l'occasion d'un éventuel recours contre une décision ultérieure mettant en

œuvre ledit plan et contre laquelle il aurait, par hypothèse, la qualité pour agir.

Cas 4

La commune de Merlagny, dans le canton de Genève, souhaite construire un nouvel « éco-quartier » sur une parcelle actuellement située en zone agricole, mais enclavée sur trois côtés par la zone à bâtir et toute proche des équipements communaux existants. Ce projet est parfaitement conforme au plan directeur cantonal, mais rencontre l'opposition farouche d'un groupe d'habitants voisins, qui ne souhaitent pas perdre leur vue dégagée sur la campagne et considèrent que ce projet est inutile et trop cher. Le maire de la commune vous demande par quelle procédure celle-ci doit passer pour réaliser son projet et de quels moyens les opposants disposeront pour le retarder ou le bloquer. Par curiosité, le maire vous demande si tous ces moyens sont imposés par le droit fédéral ou s'il s'agit, pour partie au moins, de particularités genevoises.

I. Question juridique

Le maire de la commune de Merlagny souhaite savoir quelle procédure la commune doit suivre pour réaliser son projet de construction d'un nouvel éco-quartier et quels moyens sont à disposition des opposants à ce projet.

II. Droit applicable

S'agissant de savoir quel type de constructions est admissible sur la parcelle en cause, la LAT et sa loi d'application dans le canton de Genève (LaLAT) seront applicables. La procédure d'autorisation de construire elle-même n'est pas réglée dans la LaLAT, mais dans la loi sur les constructions et les installations diverses (LCI).

III. Analyse juridique

A. Choix du moyen d'action de la commune

La parcelle visée par la commune se trouvant en zone agricole, le projet de construction n'est pas conforme à l'affectation de la zone. Par ailleurs, l'implantation d'un éco-quartier, comprenant à tout le moins des logements, en zone agricole n'est à l'évidence pas imposé par sa destination au sens de l'art. 24 LAT et les hypothèses des art. 24a à 24d LAT ne sont pas non plus réalisées. Aucune dérogation n'est donc envisageable pour le projet de la commune.

Une modification du plan d'affectation, plus particulièrement du plan des zones de construction du canton de Genève, au sens de l'art. 12 LaLAT, est donc nécessaire pour réaliser ce projet. Ce changement peut amener soit à déclasser directement le terrain agricole en zone constructible (probablement 4B, au sens de l'art. 19 al. 2 let. b LaLAT), soit à le déclasser en zone de développement. Vu le projet envisagé, un déclassement en zone de développement pourrait se révéler judicieux, afin de maîtriser la mise en œuvre du projet tant sur le plan urbanistique que sur le plan du type de logements construits.

On relèvera qu'à teneur d'énoncé l'urbanisation du quartier correspond à une des options du plan directeur cantonal, de sorte qu'une adaptation de ce dernier n'est pas nécessaire. Conformément à l'art. 21 al. 2 LAT, une modification du plan de zones implique que les circonstances se soient sensiblement modifiées. La commune pourra argumenter dans ce sens en faisant par exemple valoir que son évolution démographique exige de nouveaux logements, qu'il n'existe plus de place pour

ceux-ci dans la zone à bâtir existante et que le développement de l'urbanisation de la commune sur la parcelle en cause est prévu par le plan directeur. Sur le fond, la commune a donc des chances réelles d'obtenir le déclassement souhaité.

B. Procédure du changement d'affectation de la parcelle

La procédure de modification du plan d'affectation se fera conformément aux art. 15 ss LaLAT. A ce titre, il convient de relever que l'initiative d'un changement du plan d'affectation appartient au Conseil d'Etat, au Grand Conseil ainsi qu'aux communes à condition que la modification des limites de zones concerne leur propre territoire (art. 15A al. 1, 3, 4 et 5 LaLAT). En l'espèce, les terrains envisagés sont sur le territoire de la commune de sorte que le Conseil administratif peut solliciter un tel changement des limites de zones. Le conseil administratif ou le maire élaborera alors un avant-projet de loi. Sur préavis du conseil municipal, ce projet de loi sera transmis au Conseil d'Etat (art. 15A al. 4 LaLAT).

1) Première enquête publique (observations)

Si l'avant-projet communal répond aux exigences formelles, le Conseil d'Etat engage la procédure prévue à l'art. 16 LaLAT, qui aboutira au dépôt d'un projet de loi au Grand Conseil (art. 15A al. 4 LaLAT). L'avant-projet est alors soumis à une enquête publique pendant 30 jours (art. 16 al. 1 LaLAT), ce qui permet à chacun de présenter des observations (art. 16 al. 2 LaLAT).

2) Préavis communal, susceptible d'un référendum municipal

Simultanément à l'ouverture de l'enquête publique, le projet est transmis à la commune pour qu'elle prenne position (préavis communal ; art. 16 al. 3 LaLAT). Un référendum municipal peut être lancé contre le préavis communal (art. 29 al. 2 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 – LAC – RS/GE B 6 05), étant donné que le préavis communal dans ce cas fait partie des fonctions délibératives du conseil municipal (art. 30 al. 1 let. q LAC). Au terme de cette procédure, le Conseil d'Etat décide s'il entend saisir le Grand Conseil du projet et s'il y a lieu de le modifier pour tenir compte des observations de la commune. L'éventuel dépôt du projet de loi au Grand Conseil est ensuite annoncé par voie de publication officielle (art. 16 al. 4 LaLAT).

3) Deuxième enquête publique (oppositions)

S'ouvre alors la procédure d'opposition, qui est limitée à toute personne, organisation ou autorité disposant de la qualité pour recourir contre le changement d'affectation visé par le projet de loi, c'est-à-dire en particulier ceux qui peuvent se prévaloir d'un intérêt digne de protection ou à qui la loi reconnaît le droit de recourir (art. 16 al. 5 LaLAT cum art. 60 al. 1 let. b et e LPA).

4) Décision du Grand Conseil sous forme de loi, susceptible d'un référendum cantonal

A l'échéance du délai de trente jours, le Grand Conseil statue sur les oppositions et vote le projet de loi (art. 16 al. 6 LaLAT), qui peut faire l'objet d'un référendum cantonal facultatif (; art. 67 al. 1 de la Constitution genevoise du 14 octobre 2012 – Cst-GE – RS/GE A 2 00).

5) Recours à la chambre administrative de la Cour de justice

La loi votée par le peuple ou contre laquelle le référendum n'a pas été demandé peut encore faire

l'objet d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice (art. 35 LaLAT).

C. Moyens d'opposition au projet de la commune

Ainsi, les opposants au projet de la commune pourront faire valoir leur point de vue à de nombreux stades de la procédure de modification du plan de zones : - ils pourront faire valoir leurs observations dans la première enquête publique; - ils pourront utiliser le référendum communal afin de s'opposer à un préavis positif de la commune;

- ils pourront, formellement, s'opposer au plan de zone dans le cadre de la seconde enquête publique, le Grand Conseil devant alors se prononcer sur ces oppositions; - ils pourront, si c'est politiquement envisageable, lancer un référendum cantonal contre l'adoption de la modification du plan par le Grand Conseil sous forme de loi;

- enfin, ils pourront contester l'adoption du plan auprès de la chambre administrative de la Cour de justice, puis du Tribunal fédéral par le biais d'un recours en matière de droit public (art. 82 let. a LTF).

D. Moyens imposés par le droit fédéral ou particularités genevoises ?

Le droit fédéral prévoit que les plans d'affectation sont mis à l'enquête publique (art. 33 al. 1 LAT) ; il n'exige en revanche pas une double enquête publique, telle que prévue en droit genevois.

Par ailleurs, le droit fédéral n'impose pas que l'adoption d'un plan d'affectation soit soumise au référendum ; l'intervention des instruments de démocratie directe est ainsi très variable d'un canton à l'autre.

Enfin, le droit fédéral exige au moins une voie de recours cantonale contre les décisions et les plans d'affectation fondés sur la LAT et sur les dispositions cantonales et fédérales d'exécution (art. 33 al. 2), une autorité de recours au moins devant avoir un libre pouvoir d'examen, s'étendant aux questions d'opportunité¹⁸. Ces exigences sont respectées par la procédure genevoise : la procédure d'opposition remplit en particulier la seconde de ces exigences.

E. Procédure supplémentaire en cas de déclassement en zone de développement

Si le terrain est déclassé en zone de développement, les constructions projetées ne seront possibles que moyennant l'adoption d'un plan localisé de quartier (art. 2 al. 1 let. a LGZD)²⁰. La procédure d'adoption de ce plan (art. 6 LGZD) est proche de celle relative à la modification du plan de zones. La décision relative à l'adoption du plan est toutefois de la compétence du Conseil d'Etat et non du Grand Conseil (art. 6 al. 8 LGZD). Un référendum cantonal n'est donc pas possible. Afin de gagner du temps, la procédure d'adoption du plan localisé de quartier peut être menée, jusqu'à la phase décisionnaire, en parallèle à celle de modification du plan de zones (art. 6 al. 12 LGZD).

DOCUMENT 23**Cas 1**

La banque Picosou Suisse SA exerce son activité en Suisse depuis cinq ans, au bénéfice d'une autorisation délivrée par l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA), auprès de laquelle vous avez obtenu, pour votre premier emploi à la suite de vos études de droit, une place de juriste. La FINMA a eu connaissance de graves irrégularités commises au sein de la succursale de Genève de la banque Picosou. Elle a soumis ses constatations à la banque en lui demandant de s'expliquer. Votre chef, responsable de ce cas au sein de la FINMA, vous expose la situation, en vous expliquant qu'il n'a absolument pas été convaincu par les explications de la banque. Il considère que le directeur et le directeur adjoint de la succursale genevoise de Picosou Suisse SA doivent sans délai être écartés de toute activité bancaire. Il juge aussi indispensable que toute une série de renseignements soient encore fournis par la banque pour évaluer précisément l'ampleur des irrégularités commises dans sa succursale genevoise et les moyens d'y remédier. Il a cependant le sentiment que la banque ne met aucune bonne volonté à collaborer avec la FINMA et qu'elle va tout faire pour retarder l'effet de toute mesure qui pourrait être ordonnée, pour éviter de se séparer des deux responsables de la succursale genevoise et pour ne pas donner la totalité des renseignements souhaités.

Il vous demande donc de préparer un plan d'action détaillant les mesures à prendre dans un premier temps et leurs modalités, ainsi que les moyens de forcer s'il le faut la banque à se plier aux exigences de la FINMA.

A. Droit applicable

LB – Loi sur les banques

LFINMA – Loi sur la FINMA

PA – Procédure administrative (car la FINMA est une autorité fédérale, donc pas la LPA/GE).

B. Ecarter le directeur et le directeur-adjoint

La FINMA n'a pas encore rendu de décision, cette demande d'explication à la banque est l'application du droit d'être entendu. Quels sont les moyens dont la FINMA dispose pour rétablir une situation conforme au droit en écartant les personnes qui ne respectent pas la LB ? On pourrait faire des contrôles directes (la FINMA peut envoyer p.ex qqn, ou aller en délégation la bas pour contrôler directement ce qui se passe) en vertu de l'art. 23 LB. Art. 31 LFINMA autorise la FINMA à agir lorsqu'elle constate des irrégularités, ceci en vue du « rétablissement de l'ordre légal ». Des mesures peuvent être prises, p.ex interdire à un directeur d'exercer des activités bancaires au sens de l'art. 33 LFINMA. On pourrait interdire au directeur et au directeur adjoint d'exercer. Quelle serait la nature juridique de cette interdiction ? C'est une décision.

La FINMA va donc rendre des décisions administratives (mesures d'exécution au sens large de la Loi sur les banques), il s'agit de mesures administratives, avec aussi un petit aspect sanction. Dans ce cadre la, le contrôle direct au sens de l'art. 23 LB s'inscrit dans quel contexte ? Le but est de pouvoir prendre des mesures administratives. Art. 29 LFINMA oblige les assujettis à fournir les renseignements, ce qui veut dire que la FINMA peut très bien rendre une décision qui obligerait la banque à lui donner tous les renseignements nécessaires ; si cette décision n'est pas exécutée, la FINMA pourra ordonner un contrôle direct. Plutôt que de le faire elle-même, que peut elle faire

d'autre ? Art. 36 LFINMA ; la FINMA peut charger un spécialiste de le faire. Peut-on faire un contrôle direct sans avant demander les renseignements à la banque ? Ce serait une mesure d'instruction d'office (la FINMA les qualifie de mesures provisionnelles). En tout cas, la décision de faire le contrôle sur place serait une décision incidente. Il s'agirait dans ce cas là d'une procédure non contentieuse dans laquelle la FINMA doit annoncer l'ouverture (art. 30 LFINMA). Elle doit aviser les parties de l'ouverture formelle de procédure.

Recours possible au TAF : lorsque ce dernier aura jugé (RMDP) au tribunal, la décision entre en force et à ce moment là la Banque va devoir s'incliner. Comment peut-on accélérer les choses pour éviter d'attendre aussi longtemps ? On peut retirer l'effet suspensif au recours et déclarer la décision exécutoire nonobstant recours. Autre moyen possible ? Il est urgent qu'elles soient écartées tout de suite (p.ex si elles veulent effacer des preuves, etc) et il n'y a pas encore de décision, que faire ? On est en train d'instruire mais il y a urgence ; la FINMA peut utiliser la voie des mesures provisionnelles.

Il y a des « armes » efficaces qui peuvent être utilisées : *des amendes* (art. 48 LFINMA prévoit des amendes pour ceux qui ne respectent pas des décisions de l'autorité, mais il faut avoir menacé de recourir à l'amende si on ne respectait pas la décision, donc une commination) ou *le retrait de l'autorisation de la banque* (art. 37 LFINMA, le principe de proportionnalité exigera qu'il y ait eu une commination ici également) ou enfin la *publication de la décision en matière de surveillance* (art. 34 LFINMA y compris les données personnelles des assujettis).

Cas 2

Séraphin habite une jolie demeure avec jardin dans la banlieue de Genève. Ayant observé qu'un hêtre pourpre planté à la limite de son jardin présentait des signes de faiblesse, Séraphin l'a fait expertiser. L'expert a estimé qu'un abattage s'imposait à relativement court terme, l'arbre pouvant devenir dangereux. Il y a un mois, Séraphin a ainsi déposé, la mort dans l'âme, une requête en abattage auprès du département compétent, le département de l'environnement, des transports et de l'agriculture (DETA). Vendredi passé, vers 9h00, un passant a remarqué que le hêtre en cause penchait de façon inquiétante. Ce passant a sonné chez Séraphin, mais celui-ci était absent de Genève pour la journée. Le quidam a alors alerté le DETA, qui a envoyé un inspecteur sur place vers 11h00. Ce dernier a considéré que l'arbre risquait de s'effondrer sur la chaussée d'un moment à l'autre. Après avoir vainement tenté de joindre Séraphin, il a communiqué cette information à la présidente du département, qui a ordonné l'abattage immédiat du hêtre. A 14h00, des employés du DETA ont procédé à cet abattage. A son retour, en fin de soirée, Séraphin a découvert avec stupéfaction que son arbre avait été coupé, une note du DETA glissée dans sa boîte aux lettres lui en expliquant les raisons. Il vous demande aujourd'hui ce que vous pensez de l'action du DETA qui a, selon lui, gravement violé son droit d'être entendu, de même que le principe de proportionnalité en ne lui permettant pas de faire procéder lui-même à l'abattage en cause, ce qu'il avait de toute façon l'intention de faire, mais à moindre coût, son neveu étant lui-même bûcheron. Il estime, dans ces conditions, ne rien devoir payer pour l'opération menée par le DETA dont la décision ne lui était de toute façon pas opposable faute de lui avoir été notifiée dans les formes requises.

Que pouvez-vous lui répondre ?

Autorisation fondée sur le Règlement sur la conservation de la végétation arborée (RCVA).

Procédure ordinaire : on fait une requête, qui est publiée, puis il y a une décision contre laquelle il peut y avoir un recours, d'abord au TAPI, puis à la CJCA. On était parti pour un cas de ce genre là

mais on en est resté à la requête, la décision n'ayant pas pu intervenir. Comme Séraphin n'était pas là, le DETA est intervenu et a ordonné l'abattage d'un arbre dangereux ; on veut éviter qu'il tombe sur la route, crée des dégâts, perturbe l'ordre public, etc. Il s'agit d'une mesure administrative. Art. 50 ss LPMNS. Si Séraphin avait été là, on aurait pu lui délivrer immédiatement l'autorisation en la déclarant décision nonobstant recours. Il se trouve que Séraphin n'est pas là, il y a donc un ordre d'abatage d'arbre fondé sur l'art. 50 LPMNS (diverses mesures peuvent être ordonnées par l'autorité compétente, dont l'abatage d'un arbre). Même pour un ordre, pour une mesure administrative, on doit normalement respecter la procédure. On doit donc *normalement* commencer par entendre la personne concernée, puis décision / mesure administrative, puis notification avec un délai (év. une commination) pour exécuter la mesure, puis éventuels recours et enfin éventuelles mesures d'exécution.

Exécution par substitution / par équivalent si urgence avec 24h de délai. Puis cas encore supérieur : en cas de danger imminent, même plus de délai de 24h et on prend immédiatement les mesures nécessaires, c'est ce qui a été fait ici. Séraphin n'est pas joignable donc le droit d'être entendu tombe, la notification doit intervenir aussi vite que possible mais on va pas l'attendre, donc exécution anticipée si pas possible de notifier avant.

En l'espèce, le DETA n'a pas violé le droit d'être entendu de Séraphin car il s'agissait d'une situation de danger imminent (péril en la demeure). L'art. 53 al.2 LPMNS règle la question de notification ; vu le danger imminent on pouvait procéder à une exécution anticipée, on devait ensuite l'en informer dans les meilleurs délais, mais comme on savait pas où il était on lui a laissé une note, ce qui a été fait était conforme à la loi. S'agissant des frais, ils incombent au perturbateur. Il y a deux types de perturbateurs : soit par comportement, soit par situation. Ici, Séraphin a la maîtrise sur la chose (l'arbre) sur sa propriété qui menace l'ordre public, il est perturbateur par situation et donc en vertu de l'art. 58 LPMNS c'est tout à fait normal qu'il paie les frais. En revanche, si il estime simplement que les frais sont trop élevés, il pourra faire recours (la décision sur les frais sera séparée).

Cas 3

Rakham Lerouge possède un immeuble de logements récent, mis en location depuis 2 ans, sis en zone de développement 3 de la Ville de Genève. L'immeuble est soumis à un contrôle des loyers de dix ans conformément à l'article 5 alinéa 3 de la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD – L 1 35). Rakham est un homme énergique et décidé, qui ne s'embarrasse pas de complications administratives.

Ainsi, lorsqu'il a appris l'été dernier, par des plaintes de locataires de son immeuble, que des jeunes du quartier se réunissaient sur le terre-plein devant ledit immeuble et écoutaient de la musique à fond sans se soucier de la tranquillité du voisinage, il a fait édifier, sans effectuer une quelconque démarche administrative, un mur en béton de trois mètres de haut sur tout le pourtour de la propriété, avec une seule entrée munie d'un code d'ouverture. Par ailleurs, jugeant que les loyers qui lui étaient imposés par l'Etat ne lui fournissaient pas un rendement suffisant, il les a fixés, dans tous les baux conclus depuis 6 mois, à un niveau 30% supérieur à celui qui avait été autorisé.

Alerté par une dénonciation, le département genevois de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE) a notifié à Rakham, début octobre 2013, une décision lui ordonnant de démolir le mur en question dans les 60 jours dès réception de ladite décision, faute de quoi, il serait procédé

d'office à ses frais à cette démolition. Une amende de 20'000 frs lui était en outre infligée pour avoir fait édifier ce mur sans demander la moindre autorisation. Rakham, n'a pas jugé bon de réagir à ce courrier, qui lui avait été notifié selon toutes les formes légales. Or, vendredi dernier, Rakham a reçu le courrier recommandé suivant du DALE :

« Monsieur,

Nous constatons que le mur que vous avez construit sans autorisation autour de votre immeuble n'a pas été démolit malgré la décision qui vous a été dûment notifiée vous ordonnant de procéder à cette démolition. Conformément à l'art. 133 al. 3 LCI, nous vous informons que si vous n'avez pas procédé à ces démolitions dans un délai de 5 jours dès réception de la présente, elles seront effectuées d'office, à vos frais, par les soins de l'entreprise Armageddon SA.

Veillez agréer, Monsieur, nos salutations distinguées. »

Ce matin, Rakham a reçu une nouvelle décision du DALE lui enjoignant de restituer aux locataires de son immeuble tous les loyers perçus en trop, à savoir la différence entre le montant prévu dans les baux et le montant de loyer autorisé. Rakham vient immédiatement vous consulter. Il considère que la destruction du mur qu'il a fait édifier est complètement disproportionnée, surtout que celle-ci aurait sans doute pu être autorisée s'il l'avait demandé. Il estime aussi que la démolition d'office est une méthode inappropriée, car, s'il fallait vraiment se résoudre à la démolition demandée, il préférerait la faire effectuer par une entreprise de son choix sous son étroite supervision. Le délai de 5 jours qui lui est imparti lui paraît en outre ridiculement trop court.

Enfin, il n'est pas du tout d'accord avec le choix de l'entreprise Armageddon, qui n'a pas bonne réputation dans les milieux immobiliers genevois. S'agissant de l'ordre de restituer les loyers trop perçus, il le juge parfaitement infondé faute de base légale, quand bien même il ne conteste pas avoir conclu des baux et perçu des loyers pour un montant de 30% supérieur à celui autorisé.

Que peut-il faire à cet égard et que pensez-vous de ses arguments ?

Par ailleurs, Rakham vous indique qu'il n'a aucune intention de payer l'amende de 20'000 frs qui lui a été infligée, jugeant celle-ci « inique ». Que risque-t-il ?

La LGZD prévoit un contrôle des loyers. En vertu de l'art. 5 LGZD il y a un contrôle des loyers de dix ans. Il a reçu en octobre 2013 une décision qui prononçait la destruction du mur + une amende de 20'000 frs. Cette décision est aujourd'hui entrée en force. Le fait d'ordonner la démolition du mur est une mesure administrative fondée sur la loi sur les constructions (art. 129 LCI) qui comportait un élément particulier ; elle disait déjà (si vous ne le faites pas, on l'exécutera d'office à vos frais). La décision était assortie d'une commination. Aujourd'hui il ne peut plus s'opposer au principe de la démolition du mur. Quid de la commination ? Idem. Donc, ce qu'il a reçu avant hier, on peut considérer que le courrier de vendredi dernier que c'est une mesure individuelle concrète, c'est une décision mais dans une large mesure c'est une simple mesure d'exécution car elle reprend la décision précédente. Ainsi, on n'avait pas besoin de l'entendre là dessus et il ne peut plus contester cela. Petite particularité : délai de 5 jours. Quid ? Art. 133 LCI : il faut donner un délai d'au moins 5 jours si le délai de la première décision n'est pas respecté. C'est quelque chose de nouveau ; peut-on recourir contre cela ou est-ce une simple modalité d'exécution par équivalent ? Simple modalité, donc pas possible de recourir. S'agissant de l'entreprise Armageddon, le choix de

l'entreprise ne lui appartient pas. C'est une simple mesure interne de l'administration.

DOCUMENT 24

Cas 1

A l'issue d'une séance d'un groupe de travail Confédération-cantons, à laquelle assistaient des journalistes et lors de laquelle un buffet un peu trop copieux et un peu trop bien arrosé avait été servi, Riri, adjoint administratif au département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), Fifi, fonctionnaire cantonal genevois, et Loulou, juriste au sein de l'administration cantonale vaudoise, se sont permis des dérapages verbaux clairement racistes.

Poursuivis devant l'autorité pénale compétente, ils ont tous trois été condamnés, il y a trois semaines, à une peine de quinze jours-amende en vertu de l'art. 261bis CPS, le tribunal ayant tenu compte de leur repentir sincère et notamment de la lettre d'excuses qu'ils avaient publiée dans la presse.

Riri, Fifi et Loulou viennent en outre de se voir chacun infliger par leur employeur une amende de 3'000 frs pour les mêmes faits. Ils vous consultent tous les trois, vous demandant si ces amendes sont matériellement valables, soulignant qu'ils considèrent « avoir déjà payé » pour leur dérapage, qu'ils regrettent profondément.

S'agissant de Riri, on applique la LPers, l'OPers. Qui est compétent pour punir quelqu'un sur la base de 261bis CPS ? Les tribunaux. Donc une telle décision serait nulle, violation de l'autorité de chose jugée, violation du principe de *ne ibis in idem*. Pour Fifi, en tant que fonctionnaire genevois, on applique la LPAC, et en complément le RPAC. Pour Loulou, vu qu'il est vaudois, on applique la LPers-VD. Même en dehors de leurs heures de travail, ils restent tous trois fonctionnaires. On regarde pour chacun d'entre eux si l'employeur pouvait intervenir et sur quelle base.

Principe de légalité : est-ce que la loi a prévu l'amende en question, donc si elle prévoit une sanction (*nulla poena sine lege*, pas de peine sans loi), aussi vérifier que l'infraction soit prévue. Ici on est face à une sanction prononcée par un employeur contre un employé, donc pas une sanction pénale mais une sanction de type disciplinaire, on a estimé que par rapport à son travail l'employé a commis une faute. En outre, il faut vérifier l'existence de la faute et la proportionnalité.

Riri : Degré d'exigence ici : en d'autres termes, quelle est la disposition du droit sur le personnel qu'aurait violé Riri ? Art. 20 al.1 LPers qui pose deux obligations : exécuter avec soin le travail confié et défendre les intérêts légitimes de la Confédération. Si il manque à ces deux obligations, alors il manque à ses obligations professionnelles au sens de l'art. 99 OPers. On utilise des notions juridique indéterminées, on peut en droit disciplinaire pour définir l'infraction de telles notions, ce qui est beaucoup plus rare en droit pénal. Est-ce que Riri a violé l'art. 20 al.1 LPers en se livrant à l'issue d'une séance de travail avec d'autres fonctionnaires à des dérapages racistes ? Il ne faut pas nuire à la réputation de la Confédération ; le fait qu'une infraction pénale soit pertinente comme infraction publique dépend de plusieurs facteurs, tel que la nature de l'infraction (notamment lorsqu'il s'agit de dérapages racistes, diffamations, injures, etc) qui, si elles émanent d'un fonctionnaire, sont susceptibles de déteindre sur la Confédération. On peut considérer ici que Riri a effectivement violé l'art. 20 al.1 LPers en contrevenant aux intérêts légitimes de la Confédération par ce type de déclaration. Maintenant reste à savoir si la sanction était prévue par la loi : art. 99 al.3 OPers : ici l'amende de 3000 frs est prévue, ce qu'on lui a infligé. Il devait se rendre compte que se laisser aller à ce dérapage là pouvait porter atteinte aux intérêts de la Confédération, du point de vue de la légalité, la loi a donc été correctement appliquée.

A-t-on choisi la sanction la plus élevée pour lui (art. 99 OPers) ? On aurait pu réduire son salaire, le faire changer de lieu de travail, le licencier avec ou sans effet immédiat. Donc certes il a l'amende la plus sévère mais il échappe au licenciement, donc il s'en tire pas si mal.

Fifi : Légalité de l'infraction : art. 16, sanctions disciplinaires. Comment définit-on l'action répréhensible ? Enfreindre les devoirs de service. Art. 2a Ordonnance ne concerne pas les devoirs de fonctionnaires individuels, c'est un mandat. Art. 20 Ordonnance du règlement d'application : ils doivent s'abstenir de tout ce qui peut porter préjudice à la Confédération. Voire, art. 21 let. b : dirigé vers l'extérieur, établir des contacts empreints de compréhension et de tact avec le public (=/= racisme) + let. c justifier la confiance. Fifi a clairement violé ces obligations dans le cadre d'un dérapage raciste. Légalité de sanction (de l'amende) : art. 16 : pas d'amende ici. Donc la sanction n'est prévue ni dans la loi ni dans le règlement. L'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix du catalogue mais ne peut pas prendre quelque chose qui n'est pas dans le catalogue : c'est ce qu'on appelle un excès positif du pouvoir d'appréciation, autrement dit une violation pure et simple de la légalité. La sanction prononcée contre Fifi est ainsi contraire au principe de légalité et n'est pas valable.

Loulou : Légalité de l'infraction : il doit agir de manière professionnelle et conforme aux intérêts de l'Etat et du service public (art. 50 al.2 LPers-VD). Il y a bien une violation de la part de Loulou à ce niveau là. Légalité de sanction : quelles sont les sanctions disciplinaires prévues dans le canton de Vaud ? Il n'y a pas de sanction disciplinaire en droit vaudois, ils l'ont abrogé complètement concernant la fonction publique. La sanction prononcée contre Loulou est ainsi contraire au principe de légalité et n'est pas valable.

Cas 2

Spirou, citoyen suisse d'un peu moins de trente ans, a été dispensé du service militaire en raison de problèmes de santé. Il est dès lors soumis à la taxe d'exemption de l'obligation de servir. Il n'a pas payé celle-ci depuis plusieurs années, car il aurait bien voulu faire son service militaire et considère qu'il n'est nullement responsable du fait qu'il en a été dispensé.

Spirou prévoit pour l'été prochain un voyage en Palombie, pour lequel il a absolument besoin d'un nouveau passeport. Fantasio, qui doit effectuer ce voyage avec lui, l'a averti qu'il aurait intérêt à se mettre à jour dans le paiement de sa « taxe militaire », à défaut de quoi il risque de se voir refuser la délivrance d'un passeport.

Spirou qui ne voit guère le rapport entre les deux objets vous demande s'il doit vraiment s'inquiéter.

Peut-on se voir refuser le passeport parce qu'on n'a pas payé la taxe d'exemption de servir ? C'est typiquement un moyen de contrainte indirecte : si on est dans un cas où la prestation, on y a le droit, ça doit être prévu par la loi. Si on est dans un cas où l'administration pourrait refuser la prestation sur la base du pouvoir d'appréciation, il faut un lien logique avec la prestation en cause.

En tant que citoyen suisse, on a le droit à un passeport (art. 1 de la Loi sur les documents d'identité). Y a-t-il une base légale qui permet de refuser le passeport pour non paiement de la taxe militaire ? Ce principe de l'art. 35 LTEO est précisé par l'ordonnance OTEO et les conditions pour refuser une taxe, ça serait l'art. 49 OTEO.

Cas 3

Zantafio a été contrôlé par la police un samedi soir sur la route de Meyrin, alors qu'il conduisait en état d'ivresse manifeste. Il s'est avéré qu'il présentait un taux d'alcoolémie de 2,5 pour mille. Or il avait déjà été sanctionné à deux reprises d'un retrait de permis de conduire, il y a respectivement 6 et 2 ans, pour des ivresses au volant très importantes. Après le contrôle, Zantafio a fait mine de reprendre le volant de son véhicule, refusant d'écouter les injonctions des agents. Ceux-ci l'ont maîtrisé et l'ont conduit immédiatement à la prison de Champ-Dollon. Il a été libéré le lendemain matin, mais le Ministère public a décidé de le poursuivre pour les faits précités. Son permis de conduire avait été saisi sur-le-champ par la police.

L'office cantonal des véhicules de Genève (OCV) a notifié à Zantafio quelques jours plus tard, une décision par laquelle son permis de conduire lui était retiré pour une durée indéterminée à titre préventif, obligation lui étant par ailleurs faite de se présenter au site genevois du Centre universitaire romand de médecine légale (CURML) afin de se soumettre à une expertise destinée à apprécier son aptitude à la conduite. Zantafio, qui ne conteste pas les faits, n'a pas recouru contre la décision de l'OCV et s'est présenté au CURML. Exceptionnellement rapide, le CURML a rendu hier un rapport dans lequel il conclut que Zantafio est apte à la conduite de véhicules à moteur.

Zantafio vous demande si, dans ces conditions, il peut considérer que l'affaire est close et que la prochaine communication qu'il va recevoir de l'OCV sera un courrier l'informant de la restitution de son permis sans autre suite.

Il vous signale par ailleurs qu'il n'a toujours pas payé une amende d'ordre de 120.- frs, qui lui avait été infligée, le matin même de son interpellation, par un gendarme pour avoir stationné sur un passage pour piétons. Il vous demande quelle suite aura cette affaire.

Art. 14c : conditions.

Art. 31 LCR : incapacité de conduire = on doit s'abstenir de conduire, si on est sous l'influence de l'alcool. C'est une obligation légale. Est-elle directement / immédiatement exécutoire ? Y a-t-il besoin d'une décision pour individualiser et concrétiser cette obligation ? Non. On doit faire en sorte de le savoir, l'ignorance n'est pas une excuse. Les taux d'alcool qui nous permettent de qualifier le degré d'ivresse sont indiqués à l'art. 55 al.6 LCR.

En outre, la police l'empêche de reprendre le volant. Est-ce que cette manière de faire a une base légale ? Il y a une interdiction de conduire qui résulte de l'art. 31 al.2 LCR qui est directement applicable. Zantafio a déjà violé cette interdiction et s'apprête à le refaire, alors que les agents de police l'attrapent : art. 54 al.3 LCR. Comment qualifie-t-on cette action ? C'est une mesure d'exécution d'interdiction de conduire qui résulte directement de l'art. 31 al.2 LCR et de quel genre de mesure s'agit-il ? Contrainte directe.

Art. 54 al.3 LCR : on empêche de continuer sa route et on « saisit son permis de conduire ». Juridiquement, cela signifie que qu'il a officiellement une interdiction de conduire et que c'est une mesure administrative ici, qui a quelque chose de spécial : l'autorité prend une mesure immédiatement (elle retire tout de suite le permis, pour transmettre à l'autorité compétente qui doit se prononcer sur le retrait) : il s'agit d'une mesure provisionnelle. On pourrait même dire une mesure super-provisionnelle, car on ne va pas respecter le droit d'être entendu. Ensuite, ça arrive auprès de l'autorité, qui doit se prononcer sans délai sur le retrait. L'autorité, qu'est-ce qu'elle a

comme choix, en recevant le rapport de la police ? Il a déjà eu 2 autres retrait, là c'est la troisième fois. Il est donc alcoolique, ainsi il n'a pas l'aptitude à la conduite et il est dangereux au volant. L'autorité doit lui retirer le permis dans le but de la sécurité (intérêt public). + ordre d'expertise. En attendant de savoir si il est alcoolique ou pas, alors retrait de durée indéterminée ; on appelle ça un retrait de sécurité, c'est une mesure administrative (mais ce n'est pas une sanction !). Zantafio devra lui même demander un nouveau permis en prouvant cette fois qu'il n'est pas alcoolique et qu'il est parfaitement apte à la conduite. Art. 30 OAC qui permet de retirer le permis à titre préventif lorsqu'il existe des doutes sérieux sur l'aptitude à conduire de l'intéressé, dans l'attente de l'expertise qui permettra de prendre une décision définitive. Est-ce que c'est la décision finale ? Non, c'est une décision incidente : mesure provisionnelle (pas super-provisionnelle), on devra respecter le droit d'être entendu, les voies de recours sont ouvertes. Zantafio n'a pas recouru, donc la décision aujourd'hui est en force et il ne peut plus s'en plaindre. L'institut a dit qu'il n'était pas alcoolique. Va-t-il récupérer son permis ? Admonestation (retrait-sanction) fondé sur 16c LCR et comme il est récidiviste... L'autorité n'a pas le choix entre prononcer un retrait ou pas ici. Zantafio risque une amende, voire peine privative de liberté, le principe *ne ibis in idem* ne s'applique pas.

Amende d'ordre ici. Cf. théorie. Comme il a pas payé, ça va être une procédure de contravention ordinaire. Il aura un délai de 10 jours pour contester, l'autorité pourra soit maintenir la décision soit modifier légèrement la sanction, si elle est convaincue par ses arguments, et lui pourra aussi demander à être jugé par le tribunal. Si il ne fait rien, alors ça deviendra un jugement exécutoire.

VARIANTE

Comme Zantafio n'a pour le moment plus de permis de conduire, il est obligé de prendre les transports publics, ce qui est contraire à ses habitudes. Il « oublie » ainsi souvent de prendre son billet. Il vous explique qu'il y a deux jours, il a dû payer sur le champ un montant de 80 francs à un contrôleur des TPG faute d'avoir pu lui présenter un titre de transport. Zantafio est furieux parce que le contrôleur n'a pas voulu écouter ses explications, se contentant de lui répéter que cela lui coûterait plus cher s'il ne payait pas tout de suite. Il considère donc que son droit d'être entendu n'a pas été respecté et « souhaite recourir contre l'amende exagérée » qu'il a dû payer. Comme le reçu qui lui a été remis n'indique aucune voie de recours, il vous demande ce qu'il doit faire.

La surtaxe qu'on paie aux TPG lorsqu'on resquille, est-ce une amende ? Quelle est la nature du rapport entre TPG et usagers selon la Loi sur le transport de voyageurs ? Il s'agit d'un contrat de droit privé (art. 15 LTV et art. 56 LTV). Dans ce cadre là, art. 20 LTV : les 80.- CHF sont un supplément. Il y a le prix des billets (3.50 CHF), le prix avec billet donné par le contrôleur = 80.- CHF. Pas de droit de recours. Vu que c'est pas une décision, les TPG n'ont pas un titre exécutoire, ils ne peuvent pas nous poursuivre sur la base d'un constat du contrôleur, ils devront engager une procédure civile contre nous. En pratique, autre méthode : menace de plainte pénale, p.ex de l'art. 57 LTV.

DOCUMENT 25**Cas 1**

Un groupe de députés interpartis du Grand Conseil genevois s'est réuni pour réfléchir à une réforme du droit genevois de la responsabilité de l'Etat. Ayant eu vent de vos excellentes capacités juridiques, ce groupe vous consulte. Ayant entendu dire que la législation fédérale est un modèle du genre, il vous demande quels sont les points sur lesquels la loi cantonale apporte déjà les mêmes solutions que la LRCE et quels sont ceux pour lesquels il conviendrait de modifier le droit cantonal afin qu'il protège les lésés aussi bien que le droit fédéral. Il vous demande aussi si le droit genevois actuel protège de la même façon que le droit fédéral les intérêts des agents de l'Etat.

I. Points communs et différences entre la LRCE et la LRCE

1. Le principe d'une responsabilité de l'Etat vis-à-vis des tiers pour les actes illicites de ses agents est prévu à l'art. 3 al. 1 LRCE (qui chronologiquement a précédé l'art. 146 Cst.) et aux art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LRCE. Ce point est donc commun aux deux législations.

2. En vertu de l'art. 3 al. 1 LRCE, la responsabilité de la Confédération est une responsabilité pour acte illicite (dommage causé "sans droit"), sans égard à une faute du fonctionnaire. Il s'agit donc d'une responsabilité causale.

A Genève, la responsabilité du canton et des communes était, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution genevoise le 1^{er} juin 2013, une responsabilité pour acte illicite fautif. En effet, la LRCE exigeait aux art. 1 al. 1 et 2 al. 1, qu'un acte illicite du magistrat ou du fonctionnaire ait été commis intentionnellement, par négligence ou par imprudence.

Cependant, avec la nouvelle constitution, le modèle genevois a suivi celui de la LRCE. L'art. 12 al. 1 Cst-Ge prévoit désormais que « l'Etat [par quoi il faut comprendre toutes les entités étatiques, notamment les communes et les établissements de droit public] répond des dommages causés sans droit par ses agents dans l'exercice de leur fonction ». La responsabilité dans le canton de Genève est désormais causale.

A noter, la LRCE n'a pas encore été modifiée dans ce sens : les art. 1 al. et 2 al.1 LRCE mentionnent toujours les actes illicites commis soit « intentionnellement, soit par négligence ou imprudence ». Néanmoins, la disposition constitutionnelle genevoise étant suffisamment déterminée et précise pour imposer une obligation, elle est, de ce fait, directement applicable et abroge les dispositions législatives contraires (art. 225 al. 2 Cst.-GE).

Le modèle genevois est donc, sur ce point, équivalent à celui de la LRCE.

3. La responsabilité de l'Etat est exclusive (il n'y a pas d'action directe du lésé contre l'agent auteur de l'acte illicite) aussi bien en droit fédéral (art. 3 al. 3 LRCE) qu'en droit genevois (art. 1 al. 2 et 2 al. 2 LRCE).

4. Cependant, cette responsabilité exclusive est étendue par la LRCE aux cas où la Confédération agit comme sujet de droit privé et où sa responsabilité est régie par ce droit (art. 11 al. 2 LRCE). Tel n'est pas le cas en droit genevois. Sur ce point, le droit genevois est, théoriquement du moins, plus favorable au lésé. On notera que le canton ne pourrait pas ici s'aligner sur le droit fédéral, car il

dérogerait alors au droit privé fédéral, qui s'impose en vertu des art. 61 al. 2 CO et 49 al. 1 Cst.

5. Selon l'art. 6 al. 1 LRFC, une indemnité pour tort moral peut être allouée à la victime si, cumulativement (a) il y a eu faute du fonctionnaire; (b) il y a eu lésions corporelles ou mort d'homme; (c) des circonstances particulières le justifient. Une indemnité pour tort moral peut aussi être allouée en cas d'atteinte illicite et fautive à la personnalité, si la gravité de l'atteinte le justifie et si l'auteur n'a pas donné satisfaction autrement à la victime (art. 6 al. 2 LRFC).

La LREC ne prévoit rien quant à l'indemnité pour tort moral. Mais, en vertu du renvoi de l'art. 6 LREC, les art. 47 CO (réparation morale en cas de lésions corporelles ou de mort d'homme) et 49 CO (réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité) s'appliquent. L'exigence de faute, incluse à l'art. 41 CO, doit aussi, à notre sens, s'appliquer.

La solution est donc, en pratique, la même selon la LRFC ou selon la LREC en ce qui concerne la possibilité d'obtenir une indemnité pour tort moral.

6. A teneur de l'art. 12 LRFC, la légalité des décisions, d'arrêtés et de jugements ayant force de chose jugée ne peut pas être revue dans une procédure en responsabilité.

Une telle disposition n'est pas prévue dans la LREC, mais cette lacune peut être comblée par l'application, à tout le moins analogique, de l'art. 14 al. 2 LPA², qui dispose que les autorités administratives et les juridictions administratives saisies d'une question préjudicielle sont liées par les décisions de l'organe compétent qui l'ont résolue avec force de chose jugée.

Ainsi, malgré l'absence d'une base légale spécifique dans la LREC, on arrive au même résultat dans le cadre des deux législations : le demandeur ne peut pas réclamer une indemnisation en raison de l'illicéité d'une décision s'il n'a pas contesté la décision en cause, alors qu'il pouvait le faire, auprès d'un tribunal répondant aux exigences de l'art. 6 par. 1 CEDH³. Selon le Tribunal fédéral, il convient à cet égard que le lésé ait fait lui-même usage des voies de recours à sa disposition⁴.

7. Selon l'art. 19 al. 1 let. a LRFC, les institutions indépendantes de l'administration ordinaire chargées d'accomplir des tâches pour la Confédération répondent des actes illicites de leurs organes ou employés, la Confédération répondant subsidiairement du dommage que l'institution n'est pas en mesure de réparer.

En droit genevois, les règles de la LREC s'appliquent « aux autres corporations et établissements de droit public dotés de la personnalité ». Les institutions indépendantes répondent donc des actes illicites de leurs agents. Mais il n'y a pas de responsabilité subsidiaire du canton. Les lésés sont donc potentiellement moins bien protégés dans le canton de Genève, même si l'on imagine mal celui-ci, en pratique, ne pas donner les moyens à ses institutions indépendantes de respecter leurs éventuelles obligations en responsabilité.

8. En vertu de la LRFC, celui qui prétend à une indemnisation doit déposer une demande auprès du Département fédéral des finances (art. 20 al. 2 LRFC). Le Département statue, par une décision, sur les demandes contestées (art. 10 al. 1 LRFC et 2 al. 1 de l'ordonnance relative à la loi sur la responsabilité), le cas échéant après avoir consulté l'organe dont relève le domaine ayant donné lieu à la contestation. La décision du Département pourra faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 31 ss LTAF), puis d'un recours en matière de droit public au Tribunal

fédéral (art. 82 ss LTF) si la valeur litigieuse est au moins égale à 30'000 frs ou si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. a et al. 2 LTF).

Cependant, en cas d'actes de membres du Conseil fédéral ou des Tribunaux fédéraux (art. 1 al. 1 let. b et c LRFC), si une demande d'indemnisation est contestée, une procédure d'action directe devant le Tribunal fédéral est prévue (art. 10 al. 2 LRFC et art. 120 al. 1 let. c LTF).

Sur le plan genevois, les demandes fondées sur la LREC doivent être déposées devant le Tribunal de première instance, qui applique le code de procédure civile suisse (art. 7 LREC). Par conséquent, la détermination de l'Etat ou des communes sur une prétention en indemnisation, qui serait formulée auprès de la collectivité concernée avant que la justice ne soit saisie, ne constitue pas une décision (art. 4 al. 3 LPA).

On peut penser que, sur le plan pratique, la solution de base prévue par la LRFC est plus favorable au lésé, car sans doute moins coûteuse. Cependant, une fois qu'une décision a été rendue, elle oblige le lésé insatisfait à recourir dans les 30 jours, alors que dans le système genevois de l'action, seul le délai de prescription entre en ligne de compte.

II. Protection des agents de l'Etat

1. On a vu que la responsabilité directe des agents vis-à-vis des tiers est exclue aussi bien par la LRFC (art. 3 al. 3) que par la LREC (art. 1 al. 2 et 2 al. 2). Dans les deux cas, l'agent qui aurait commis un acte illicite est protégé contre des actions directes des lésés.

On a vu que cette protection s'étend également, pour les agents de la Confédération, aux cas où la responsabilité est régie par le droit privé. Tel n'est pas le cas à Genève, en raison de la force dérogatoire du droit privé fédéral.

2. S'agissant de l'action récursoire de l'Etat contre l'agent qui lui a causé un dommage indirect en l'obligeant à indemniser un tiers lésé, la LRFC (art. 7) et la LREC (art. 3) la limitent aux cas où le dommage a été causé intentionnellement ou par négligence grave. Les agents sont donc protégés de la même manière en droit fédéral et en droit genevois.

3. Enfin, en ce qui concerne le dommage direct causé à l'Etat par un de ses agents, la LRFC limite aussi la responsabilité de l'agent aux cas où le dommage a été causé intentionnellement ou par négligence grave (art. 8 LRFC). En revanche, la LREC ne règle pas expressément la question. Par renvoi de l'art. 6 LREC, c'est le CO, en particulier les art. 41 ss, qui s'appliquent. Il n'y a donc pas en droit genevois de limitation de la responsabilité de l'agent vis-à-vis de l'Etat: même une faute légère peut, théoriquement, impliquer une obligation d'indemnisation.

Cas 2

La commune de Zède dans le canton de Genève a construit un nouveau garage flambant neuf pour sa compagnie de sapeurs-pompiers. Ce hangar abrite les véhicules de pompiers de la commune. Comme il est pour l'instant surdimensionné, dans l'attente de l'achat de nouveaux véhicules, la commune loue une demi-douzaine de places à des commerçants du quartier, qui y parquent leurs camionnettes de livraison. Il y a un mois, un bureau d'ingénieur mandaté pour vérifier la qualité des travaux a remis au maire de la commune un rapport alarmant qui faisait état de graves défauts dans la conception et la réalisation de la toiture du hangar. Celle-ci risquait de s'écrouler

brusquement, sans aucun signe avant-coureur. Craignant les critiques de l'opposition communale à ce sujet, le maire a préféré classer ce rapport dans un tiroir sans en faire état à qui que ce soit. Avant-hier, les poutres métalliques qui soutenaient le toit du hangar se sont rompues et le toit s'est écroulé. Les véhicules communaux et privés parqués dans le hangar ont été entièrement détruits. Des dommages-intérêts peuvent-ils être réclamés à la commune de Zède ou au maire de celle-ci ? Le cas échéant, par qui et sur quelle base juridique ? Ne vous préoccupez pas du montant éventuel de ces dommages-intérêts.

I. La responsabilité de la commune de Zède

1. En tant que propriétaire du hangar

En ce qui concerne les dommages causés aux véhicules privés par l'écroulement du toit, la responsabilité de la commune de Zède peut être engagée par le fait qu'elle est propriétaire du hangar. En tant que propriétaire de l'ouvrage dont le vice de construction a causé des dommages, elle est responsable en vertu de l'art. 58 CO, et cela indépendamment du fait que le hangar ait été utilisé dans le cadre d'une activité étatique ou non⁵. En l'espèce, les graves défauts dans la conception et la réalisation de la toiture du hangar relèvent incontestablement d'un vice de construction. En outre, il est clair que, sans ces vices, le toit ne se serait pas effondré et les véhicules privés n'auraient pas subi de dommages. De même, ces vices étaient, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, propres à provoquer ces dommages. Il y a donc un lien de causalité entre le défaut de l'ouvrage et les dommages aux véhicules privés. Enfin, la responsabilité de l'art. 58 CO est causale, elle n'implique aucune faute du propriétaire. La commune de Zède pourra donc se voir réclamer par les propriétaires des véhicules une indemnisation pour les dommages subis en raison de l'effondrement du toit.

2. Sur la base de la LREC

Toujours pour les dommages causés par l'écroulement du toit, la commune pourrait aussi voir sa responsabilité engagée en raison des actes du maire, sur la base de l'art. 1 al. 1 LREC, dans la mesure où son comportement, à savoir, avoir caché le rapport faisant état des vices de construction du hangar, a empêché la prise de mesures et a mené à l'effondrement du toit. En tant que maire, il avait le devoir d'administrer la commune et de prendre toutes les mesures provisionnelles dont l'urgence est commandée par les intérêts de la commune. On peut considérer qu'il a violé un devoir de fonction en cachant le rapport du bureau d'ingénieur et en ne lui donnant aucune suite. Dans la mesure où elle était contraire à une obligation légale et où elle a provoqué un dommage à la propriété, son omission était illicite.

Le lien de causalité naturelle et adéquate entre le comportement du maire et l'absence de mesures suite au rapport du bureau d'ingénieur ne faisant pas de doute, la commune pourrait se voir réclamer des dommages-intérêts par les propriétaires des véhicules pour les dégâts résultant de l'effondrement du toit, sur la base de la LREC. Comme les conditions de la responsabilité fondée sur l'art. 58 CO, évoquée plus haut, sont moins strictes, cette voie n'a toutefois en l'espèce guère d'intérêt pratique.

3. Sur la base du droit privé ?

On peut en outre se demander si, en considérant le rapport entre la commune et les commerçants

stationnant leur véhicule dans le hangar comme un contrat de bail portant sur un bien partiellement non encore affecté à une tâche étatique (ce qui mériterait une discussion approfondie), la responsabilité contractuelle de la commune selon l'art. 97 CO ne serait pas engagée. Cela exclurait alors l'application de la LREC. Mais comme la voie la plus favorable aux lésés est celle de l'art. 58 CO, cette question peut rester ouverte.

II. La responsabilité du maire de la commune de Zède

Dans l'hypothèse évoquée sous ch. I, 2 ci-dessus, le maire de la commune ne pourra pas être actionné directement par les lésés (art. 1 al. 2 LREC). En revanche, si la commune est amenée à indemniser les lésés sur la base de l'art. 1 al. 1 LREC, elle pourra se retourner contre le maire, le comportement de celui-ci devant, au vu de la donnée, être qualifié de négligence grave (art. 3 LREC). Il en serait à notre avis de même si la commune indemnise les lésés en vertu de l'art. 58 CO, car la faute du maire a empêché de réparer les vices de construction et le dommage de la commune reste sous cet angle un dommage indirect. Il est donc conforme au but et à l'esprit de la loi d'appliquer l'art. 3 LREC.

Par ailleurs, en l'absence de toute réglementation topique dans la LAC, l'art. 82 al. 2 LAC se bornant à préciser qu'une éventuelle action disciplinaire « est sans effet sur l'action civile et les poursuites pénales », en cas d'infraction aux devoirs de fonction, la responsabilité du maire pour le dommage direct que son comportement a causé à la commune (dégâts au hangar lui-même et aux véhicules de la commune) sera régie par l'art. 41 CO (par renvoi de l'art. 6 LREC). On a déjà vu plus haut que l'illicéité et le caractère fautif du comportement du maire sont donnés, ainsi que la relation de causalité avec le dommage.

Cas 3

Dans le courant de l'an passé, l'office fédéral de la statistique (OFS), qui dépend du département fédéral de l'intérieur (DFI), a ouvert une procédure d'appel d'offres pour un marché de 2'000'000 frs portant sur du matériel informatique. Diverses entreprises, toutes ayant leur siège en Suisse, ont répondu. Le marché a été attribué, fin septembre dernier à l'entreprise Pèssé SA. Le contrat a été conclu dans les jours qui ont suivi.

Glouglou SA a recouru contre la décision d'adjudication auprès du Tribunal administratif fédéral, qui, par décision tombée il y a deux semaines, a constaté que celle-ci violait le droit fédéral.

Suite à ce jugement, Glouglou SA entend demander réparation à la Confédération pour les frais engagés en vain pour présenter une offre, ainsi que pour le gain manqué du fait que le marché ne lui a pas été attribué, alors qu'elle aurait eu, dit-elle, de très sérieuses chances de l'emporter si la décision d'adjudication avait respecté la loi. Clic SA, autre soumissionnaire évincée, qui s'était pourtant dans un premier temps résignée à son échec, entend déposer une demande d'indemnisation identique depuis qu'elle a appris la décision du Tribunal administratif fédéral. Quelles sont a priori les chances de succès de ces deux sociétés ?

Il s'agit ici d'un problème en matière d'adjudication de marchés publics fédéraux. La responsabilité civile dans ce domaine est régie par une législation spéciale : la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1). Elle est applicable en l'espèce, car l'office fédéral de la statistique (OFS) y est soumis en tant qu'adjudicateur en vertu de l'art. 2 al. 1 let. a LMP et le

marché de 2 millions portant sur du matériel informatique entre dans son champ d'application : il constitue en effet un marché de fournitures au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LMP et son ampleur dépasse le seuil prévu à l'art. 6 al. 1 let. a LMP.

Le marché en question a fait l'objet d'un appel d'offres (art. 14 al. 1 LMP); les sociétés Péssé SA, Glouglou SA et Clic SA ont notamment présenté une offre. Le marché a été attribué à Péssé SA par décision à fin septembre 2013. Cette décision a fait l'objet d'un recours de la part de Glouglou SA. Ce recours n'avait pas d'effet suspensif (art. 28 al. 1 LMP) et la donnée n'indique pas que cet effet aurait été accordé sur demande de Glouglou SA (art. 28 al. 2 LMP). Le contrat a donc été conclu entre l'OFS et Péssé SA, en vertu de l'art. 22 al. 1 LMP. Pour sa part, Clic SA n'a pas recouru.

Il y a deux semaines, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a statué sur le recours et constaté que la décision attaquée violait le droit fédéral. L'art. 32 al. 2 LMP prévoit expressément que le TAF se limite à une décision constatatoire lorsqu'un contrat a déjà été conclu. A noter que la voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est possible, sauf dans les cas visés par l'art. 83 let. f LTF.

Pour ce qui est de la responsabilité civile, l'art. 34 al. 1 LMP prévoit que la Confédération répond du dommage qu'elle a causé en prenant une décision dont la non-conformité au droit a été constatée par le TAF.

En l'espèce, cette décision ne profite qu'à Glouglou SA, car Clic SA n'était pas partie à la procédure de recours et ne profite donc pas des droits et obligations constatés par la décision (qui a un caractère concret et individualisé). Clic SA n'est donc pas légitimée à déposer une demande de dommages-intérêts.

Cette solution correspond au régime de la LRCE (art. 12), à laquelle renvoie l'art. 34 al. 3 LMP : on ne peut pas revoir la légalité de décisions ayant force de chose jugée dans une procédure en responsabilité. Ainsi, si une voie de recours ouverte contre une décision n'a pas été utilisée, il n'est plus possible pour celui qui a renoncé à recourir de se prévaloir de l'illicéité de cette décision, même constatée suite au recours d'un tiers, pour invoquer la responsabilité de l'autorité étatique⁶.

La réglementation de l'art. 34 LMP présente en outre deux divergences de fond avec le système résultant de la LRCE.

Premièrement, l'ampleur du dommage indemnisable est restreinte par l'art. 34 al. 2 LMP et se limite aux dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours. Glouglou SA ne pourra donc pas invoquer le gain manqué du fait que le marché ne lui a pas été attribué.

Deuxièmement, selon l'art. 34 al. 1 LMP, il suffit, pour qu'une indemnisation soit due, que la décision d'adjudication ait été déclarée « non conforme au droit ». Il n'est donc pas nécessaire que l'on soit en présence de l'illicéité qualifiée exigée normalement en matière de responsabilité de l'Etat⁷. Une violation d'un devoir primordial de la fonction⁸ de la part de l'agent étatique qui a procédé à l'adjudication n'est donc pas exigée.

On peut se demander si le lésé peut, en invoquant le renvoi de l'art. 34 al. 3 LMP, tenter de démontrer l'existence d'une illicéité qualifiée pour obtenir, sur la base de la LRCE, une pleine

indemnisation, au-delà de la limite posée par l'art. 34 al. 2 LMP. Cette question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence. Il faut, à notre avis, y répondre par la négative : le renvoi de l'art. 34 al. 3 LMP vaut pour les questions qui ne sont pas réglées par l'art. 34 LMP, mais non pour celles qui font l'objet d'une réglementation spéciale dans cette disposition. Il apparaît tout à fait cohérent du point de vue du législateur d'avoir voulu à la fois simplifier la procédure et la tâche des lésés en abaissant le seuil d'illicéité, tout en protégeant les adjudicateurs par une limitation du dommage indemnisable.

Dans ces conditions, Glouglou SA a toutes les chances d'obtenir l'indemnisation des frais qu'elle a engagés en vain pour présenter une offre, mais n'obtiendra certainement pas celle du gain manqué.

Quant à Clic SA, elle ne pourra obtenir aucune indemnisation faute d'avoir contesté la décision d'adjudication.

Quant à la procédure, Glouglou SA devra déposer sa demande de dommages-intérêts auprès de l'adjudicateur (art. 35 al. 1 LMP) et ce dans les douze mois qui suivent la constatation de non-conformité au droit (art. 35 al. 3 LMP). Le Département fédéral des finances statuera en première instance si la demande est contestée (art. 32 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 octobre 2012- Org-OMP; RS 172.056.15 ; cf. aussi art. 10 al. 1 LRCP et 2 al. 1 de l'ordonnance relative à la loi sur la responsabilité). Sa décision pourra faire l'objet d'un recours auprès du TAF selon l'art. 35 al. 2 LMP (et 31 ss LTAF), puis d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 83 a contrario LTF), à condition que la valeur litigieuse ne soit pas inférieure à 30'000 frs (art. 85 al. 1 let. a LTF) ou que la contestation porte sur une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF).

Cas 4

Coppélia, après quelques années passées au service d'une grande banque d'affaires comme gérante de fortune, a décidé de se mettre à son compte en créant un cabinet de conseil spécialisé dans le négoce de valeurs mobilières dans le domaine des technologies de pointe. A cette fin, elle a sollicité il y a un peu plus d'une année de la FINMA l'autorisation prévue par l'article 10 LBVM. La FINMA lui a signifié en juin 2013 une réponse négative, en lui indiquant qu'elle ne disposait pas des connaissances professionnelles nécessaires pour une telle activité (la FINMA précisant que dès lors les autres conditions de l'autorisation n'avaient pas été examinées). Coppélia a été très étonnée de ce qu'elle a considéré comme des exigences extraordinairement élevées de la FINMA, car elle avait joint à sa requête les versions originales de son doctorat en économie d'Oxford, de son MBA de Harvard, ainsi que de divers autres diplômes en matière de finance émanant de prestigieuses universités. Mais, assez déprimée à l'époque pour des raisons personnelles, elle n'avait pas réagi à la décision de la FINMA.

Au début de cette année, Coppélia a écrit à la FINMA pour lui demander de lui restituer ses diplômes originaux. Très ennuyé, le directeur de la FINMA en personne lui a téléphoné quelques temps plus tard pour lui avouer que ces pièces étaient parvenues au secrétariat de la FINMA, mais qu'elles avaient été malencontreusement perdues peu après leur réception. Le directeur lui a précisé que l'autorité avait statué sur un dossier dans lequel une note de la personne qui l'avait instruit indiquait que « la requérante prétend être titulaire de nombreux diplômes prestigieux, mais ne les produit pas, il y a donc des doutes sur le sérieux de cette requête ».

Assez estomaquée, Coppélia a entrepris des démarches afin d'obtenir des duplicatas de ses diplômes auprès des diverses institutions concernées. Ces démarches lui ont coûté 2'540 frs.

Il y a deux mois, Coppélia a déposé une double requête auprès de la FINMA. Elle demandait d'une part que l'autorisation qui lui avait été une première fois refusée lui soit maintenant accordée au vu des diplômes dont elle joignait des copies dûment certifiées. Elle réclamait d'autre part l'indemnisation du montant de 2'540 frs qu'elle avait dû dépenser pour obtenir les duplicatas des documents perdus. La FINMA étant, au vu de l'article 4 LFINMA, une institution indépendante de la Confédération, Coppélia considérait qu'il lui appartenait de traiter sa demande d'indemnisation.

Vendredi dernier, Coppélia, qui entretemps n'avait pas eu de nouvelles de la FINMA, a reçu deux décisions de celle-ci notifiées selon toutes les formes légales.

Dans la première décision, la FINMA refuse d'entrer en matière sur la nouvelle demande d'autorisation présentée par Coppélia au motif qu'aucune modification des circonstances n'est intervenue depuis le premier refus.

Dans la seconde décision, la FINMA rejette la demande d'indemnisation de Coppélia en indiquant que si le montant du dommage n'est pas contesté, il résulte de l'enquête qu'elle a menée auprès de ses services administratifs, et notamment des déclarations des témoins qui ont été entendus par un fonctionnaire enquêteur, qu'aucune faute grave n'avait été commise. Dès lors une indemnisation était légalement exclue. Coppélia vous consulte. Elle vous demande ce que vous pensez de la validité formelle et matérielle de ces décisions et comment elle peut les contester, « le plus loin possible si nécessaire ». Elle estime notamment qu'elle aurait dû être auditionnée par la FINMA avant que celle-ci ne prenne ses décisions et que, vu les pièces qu'elle avait transmises, la FINMA ne pouvait que lui accorder l'autorisation sollicitée.

Questions juridiques

Il s'agit ici d'examiner la validité formelle et matérielle des décisions reçues vendredi dernier par Coppélia et de déterminer les voies de recours afin qu'elle les conteste « le plus loin possible ». Dans ce cadre, il faudra notamment traiter des arguments avancés par Coppélia.

Droit applicable

Au fond, la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) est applicable, car elle régit notamment l'activité des négociants en valeurs mobilières. La loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) s'applique également, cette autorité étant intervenu en l'espèce. Enfin, les questions de responsabilité seront réglées par la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (art. 1 al. 1 let. f LRCF) et par la loi spéciale (LFINMA).

Quant à la forme, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) est un établissement de droit public autonome (art. 4 LFINMA) au sens de l'art. 1 al. 1 let. c de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), donc la PA trouve application. De même que la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf) et la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) pour les voies de droit.

Analyse

I. Décision sur la nouvelle requête

A. Validité formelle

1. Compétence de la FINMA

En application de l'art. 10 al. 1 LBVM, la FINMA est bien l'autorité compétente pour octroyer l'autorisation pour exercer l'activité de négociant.

2. Respect des autres règles de procédure

A teneur de l'énoncé, la décision a été rendue selon toutes les formes légales, donc la forme de la décision a été respectée.

Cependant, Coppélia invoque une violation de droit d'être entendu car, selon elle, elle aurait dû être auditionnée par la FINMA avant que celle-ci ne prenne sa décision. En tant que destinataire de la décision, Coppélia disposait de la qualité de partie dans la procédure non contentieuse au sens de l'art. 6 PA et de ce fait, elle devait être entendue au sens des art. 29 et 30 PA. Cela étant, en déposant une requête écrite et motivée auprès de la FINMA, elle a exercé son droit d'être entendu⁹. Au surplus, elle ne peut exiger une audition orale.

B. Validité matérielle

Selon la FINMA, aucune modification des circonstances n'est intervenue depuis le premier refus pour qu'elle entre en matière sur la nouvelle demande d'autorisation.

La décision de refus d'autorisation a été signifiée à Coppélia en juin 2013. Elle ne l'a pas contestée, la décision est donc entrée en force de chose décidée. Ainsi, seule une reconsidération est possible.

En effet, l'objet de la demande est exactement le même que la première fois¹¹. Saisie d'une demande de reconsidération, l'auteur de la décision n'est pas obligé d'entrer en matière et de réexaminer l'affaire à moins d'être dans un cas de reconsidération obligatoire, à savoir si le requérant invoque des faits ou moyens de preuve importants qu'il ne connaissait pas lors de la première décision ou si les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision.

En l'espèce, la FINMA a raison de dire qu'il n'y a pas de circonstance nouvelle. Cependant, il y a un fait « nouveau ancien » ; à savoir la découverte par Coppélia que la FINMA n'a pas statué sur un dossier complet. On peut aussi dire que l'autorité n'a pas tenu compte de faits importants établis par pièces (66 al. 2 let. a et b PA, applicable par analogie à la reconsidération). Coppélia ne pouvait pas faire valoir cela dans un recours, car elle ignorait la perte de ses diplômes avant d'en demander la restitution au début de cette année (66 al. 2 PA). Comme ce fait nouveau est pertinent (10 al. 2 let. c LBVM), la FINMA aurait donc dû entrer en matière sur la requête de reconsidération.

Cela ne signifie cependant pas que la FINMA aurait dû automatiquement lui accorder l'autorisation, car il fallait encore examiner les autres conditions de l'art. 10 LBVM. Il n'est donc pas certain que, sur le fond, la première décision de refus sera révoquée.

C. Voies de droit

La décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral (art. 31, 33 let. e LTAF, ainsi que 32 LTAF a contrario) puis être contestée au moyen d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 82, 86 al. 1 let. a et 83 a contrario LTF).

II. Décision sur indemnisation

A. Validité formelle

1. Compétence de la FINMA

La responsabilité de la FINMA est régie par l'art. 19 al. 1 LFINMA, qui renvoie à la LRFCF. Elle est donc compétente pour rendre cette décision en vertu de l'art. 19 al. 3 LRFCF.

2. Respect des autres règles de procédure

La décision a également été rendue selon toutes les formes légales. En tant que requérante d'une indemnisation, Coppélia a la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA, qui comprend, notamment, le droit d'assister à l'audition des témoins et de poser des questions complémentaires (art. 18 al. 1 PA). Ce droit fait partie intégrante du droit d'être entendu. La FINMA a ordonné l'audition de témoins (cf. art. 14 al. 1 let. e PA) sans prévenir Coppélia, elle a donc violé son droit d'être entendu (art. 29 et 30 PA). En revanche, Coppélia ne peut exiger le droit à une audition orale, en dehors du fait d'assister à l'audition des témoins.

B. Validité matérielle

1. Légalité

La décision sur indemnisation est fondée sur la responsabilité de la FINMA, régie par l'art. 19 LFINMA. Son alinéa premier renvoie aux règles de la LRFCF, soit en particulier, pour une entité de ce type, à l'art. 19 LRFCF. Selon cette disposition, la FINMA répond envers le lésé, conformément aux art. 3 à 6 LRFCF, du dommage causé au tiers, sous réserve de l'alinéa 2 LFINMA.

Selon l'art. 3 al. 1 in fine LRFCF, la faute du fonctionnaire n'est en principe pas exigée. Mais par rapport aux règles générales de la LRFCF, l'art. 19 al. 2 LFINMA limite fortement la responsabilité de la FINMA. En effet, sa responsabilité est seulement engagée lorsqu'elle ou les personnes qu'elle a mandatées ont violé des devoirs essentiels de fonction (let. a) et que l'assujetti n'ait pas causé les dommages en violant ses obligations (let. b).

En l'espèce, perdre les pièces constituait à l'évidence une violation des devoirs essentiels de fonction (ce qui en pratique implique une faute) au sens de l'art. 19 al. 2 let. a LFINMA. Le montant du dommage n'est pas contesté. La relation de causalité naturelle et adéquate entre la perte des documents et le dommage (qui correspond aux frais pour les duplicata) est évidente. Enfin le dommage n'a pas été causé par un surveillé en violant ses devoirs (art. 19 al. 2 let. b LFINMA). La décision est par conséquent erronée sur le fond.

2. Respect des autres principes constitutionnels

Les autres principes constitutionnels n'entrent pas en considération en l'espèce.

C. Voies de droit

La décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral (art. 31, 33 let. e LTAF, ainsi que 32 LTAF a contrario). Il pourra réparer la violation du droit d'être entendu s'il réentend lui-même les témoins, car il dispose du même pouvoir d'examen que la FINMA (art. 49 PA).

Un recours devant le Tribunal fédéral ne sera pas ouvert car la valeur litigieuse en matière de responsabilité étatique n'est pas atteinte (art. 85 al. 1 let. a LTF). Se pose alors la question de la question juridique de principe au sens de l'art. 85 al. 2 LTF. Elle est admise de manière très restrictive, donc très peu probable en l'espèce.

DOCUMENT 26**Cas 1**

Partenaires réguliers de golf, Dupond, Dupont et Dupong discutent, à l'issue d'un parcours disputé, des misères que l'Etat leur cause et des compensations auxquelles ils estiment avoir droit.

Dupond est propriétaire d'un restaurant avec un très grand jardin dans un beau canton romand. Lors de la construction de l'autoroute menant à la capitale, un tiers du jardin a été exproprié et Dupond a été indemnisé en conséquence, y compris pour la perte de valeur du reste de sa propriété.

Son ami Dupont est propriétaire d'une station-service à quelques centaines de mètres de là, au bord de l'ancienne route cantonale. Se rendant compte de la très importante perte de clientèle que lui cause l'ouverture de l'autoroute, Dupont souhaiterait aussi être indemnisé, son dommage apparaissant en définitive plus important que celui de Dupond, qui a toujours autant de clients. Il vous demande s'il pourrait obtenir une indemnisation pour expropriation formelle ou matérielle.

Dupong possède lui un petit hôtel autrefois très calme, mais subissant désormais de très importantes nuisances sonores, car il est situé à quelques mètres de l'autoroute. Il considère avoir droit de ce fait à une indemnité. Qu'en pensez-vous ?

a) Indemnisation pour expropriation formelle ou matérielle de Dupont ?

Dupont aimerait savoir s'il peut être indemnisé du sérieux préjudice qu'il subira, en raison de la perte de clientèle causée par l'ouverture d'une autoroute à quelques centaines de mètres de sa station-service, qui ne bénéficiera plus du trafic transitant par l'ancienne route cantonale.

L'expropriation de droits réels immobiliers donne droit à une indemnité pleine et entière¹. C'est ce qui s'est passé dans le cas de son ami Dupond, propriétaire du restaurant, dont le droit de propriété sur un tiers de son jardin a été exproprié. Les deux éléments de l'indemnisation de Dupond découlent de son expropriation formelle : la valeur des m² expropriés, ainsi que la perte de valeur du reste de sa propriété résultant de l'amputation d'un tiers du jardin.

D'emblée, il faut constater que Dupont n'aura droit à aucune indemnité pour expropriation matérielle, aucune mesure restrictive de son droit de propriété n'ayant été prise à son égard. La modification d'une situation de fait (détournement du trafic) ne constitue en effet pas une restriction du droit de propriété.

Sous l'angle d'une expropriation formelle, la perte d'un simple avantage de fait n'est pas indemnisée si aucun droit du bénéficiaire de cet avantage n'est exproprié. Cette perte doit donc être réparée dans l'unique cas où cet avantage est si étroitement lié au droit exproprié que la perte de l'avantage de fait est la conséquence de la disparition du droit. En l'espèce, Dupont n'a, contrairement à Dupond, fait l'objet d'aucune mesure d'expropriation, il a conservé l'intégralité de sa propriété. La perte de l'avantage de fait que constituait la circulation sur l'ancienne route cantonale n'est donc liée à aucune expropriation d'un droit. Dès lors, Dupont n'aura droit à aucune indemnité pour expropriation formelle.

b) Indemnisation pour expropriation formelle ou matérielle de Dupong ?

Dupong, propriétaire d'un hôtel qui est situé à quelques mètres de l'autoroute, considère avoir droit à une indemnité, parce qu'il subit de très importantes nuisances sonores.

En vertu des art. 684 et 679 CC, le propriétaire d'un immeuble peut s'opposer aux effets dommageables d'immissions excessives provenant des fonds voisins. La jurisprudence admet qu'il peut aussi s'y opposer lorsque le propriétaire voisin est la collectivité publique, et cela non seulement si cette collectivité agit en tant que propriétaire du fonds mais aussi lorsqu'elle agit en vertu de sa souveraineté. Cependant, si les immissions dommageables excessives proviennent d'une utilisation du domaine public conforme à sa destination et que le dommage ne peut pas être évité, ou ne peut l'être sans frais disproportionnés, l'action civile en cessation du trouble est remplacée par la prétention à une indemnité de droit public, qui découlera d'une expropriation formelle des droits de voisinage. Une telle expropriation ne sera toutefois admise qu'aux conditions cumulatives que le dommage soit spécial, imprévisible et grave.

Il n'est pas contesté que les immissions provenant d'une autoroute sont inévitables. Dupong ne dispose donc plus du droit de faire cesser celles qui sont excessives. On peut aussi considérer que le dommage qu'il subit, en tant que propriétaire d'un hôtel tout proche de l'autoroute, est spécial et grave. Quant à la condition de l'imprévisibilité, elle ne sera remplie que si, lors de l'acquisition ou la construction de l'hôtel par Dupong, la construction de l'autoroute n'était nullement prévue à cet endroit. Compte tenu du fait que la planification du réseau autoroutier suisse date déjà de 1960, cette condition ne sera réalisée que si l'hôtel de Dupong est assez ancien et qu'il l'a acquis – ou que ses prédécesseurs l'ont acquis, s'il en a hérité – avant la fin des années 1950 et qu'à ce moment, au vu de l'implantation de l'hôtel, il n'était pas possible de s'attendre à un développement du réseau routier à cet endroit.

Si c'est le cas, Dupong pourra demander l'ouverture d'une procédure d'expropriation formelle, en vue d'être indemnisé de la perte de ses droits de voisinage. Sinon, il ne pourra prétendre à aucune indemnité. Une expropriation matérielle n'entre pas en ligne de compte, Dupong ne subissant pas de restriction juridique à l'usage de sa propriété.

Cas 2

Zébulon possède trois vastes parcelles, équipées mais non construites, sises dans une riante commune de Suisse orientale. Jusqu'à la fin de l'an passé, ces trois parcelles étaient entièrement situées en zone à bâtir. D'après les règles d'affectation de la zone, des maisons individuelles de grande taille y étaient admissibles, sans limitation quant à leur aspect ou leur implantation.

Soucieuse de préserver son caractère architectural et de protéger les quelques zones humides riches en faune et flore qui sont situées sur son territoire, la commune a entièrement révisé son plan de zone, qui datait de la fin du siècle passé.

Selon le nouveau plan, entré en vigueur le 1er janvier 2014, la première parcelle de Zébulon reste en zone de construction, mais est placée dans la « zone protégée du village », au sein de laquelle la hauteur des constructions est limitée. Il en résulte pour Zébulon une perte d'environ 15% des possibilités de bâtir sur cette parcelle. La deuxième parcelle de Zébulon a été placée en zone de marais, dans laquelle toute construction est absolument prohibée. Enfin, rien n'a changé pour la troisième parcelle de Zébulon.

Ce dernier, qui n'a pas contesté le nouveau plan à l'époque où il était adopté, pour ne pas se fâcher avec la municipalité, vous demande s'il peut demander une indemnisation en raison des restrictions de bâtir que lui impose ledit plan.

Il vous explique en outre que, concernant sa troisième parcelle, il avait un projet de construction déjà prêt, avec un acheteur, fin 2011. Il avait d'ailleurs déjà contracté un emprunt pour réaliser ce projet. Utilisant une faculté prévue par le droit cantonal, la commune avait opposé un refus provisionnel à la demande d'autorisation de construire présentée par Zébulon en décembre 2011, dans l'attente de la révision du plan de zone. Ce refus n'a été levé qu'avec l'entrée en vigueur du nouveau plan. Zébulon, qui vient de recevoir l'autorisation de construire et qui ne doute pas de retrouver un nouvel acheteur, vous demande s'il peut être indemnisé pour les intérêts qu'il a dû payer inutilement, en raison du fait que sa troisième parcelle est restée légalement inconstructible pendant deux ans.

a) L'effet de la révision du plan de zone pour Zébulon

La modification du plan de zone de la commune constitue certainement une restriction au droit de propriété de Zébulon, car pour deux des parcelles qu'il possède il en résulte une diminution de ses possibilités d'utilisation et, pour la troisième parcelle, il a été empêché de construire pendant deux ans en raison de la révision dudit plan. Cette restriction est cependant réputée valable, puisque le nouveau plan est entré en force sans avoir été contesté par Zébulon.

Cela étant, le fait que Zébulon n'a pas recouru contre le nouveau plan ne le prive pas du droit de réclamer une indemnité pour expropriation matérielle. Une telle indemnisation est en effet prévue pour des mesures en principe conformes au droit. On peut donc logiquement tout à fait admettre la validité de ces mesures en renonçant à recourir et réclamer une indemnité pour expropriation matérielle si l'on estime que les conditions de celle-ci sont réalisées.

Il convient donc d'examiner, pour chacune des parcelles de Zébulon, si les conditions posées par la jurisprudence pour reconnaître l'existence d'une expropriation matérielle sont remplies.

Constitue une expropriation matérielle, l'interdiction ou la limitation particulièrement grave de l'usage licite d'une chose, cet usage devant être actuel ou très probable dans un proche avenir. Par ailleurs, s'agissant du déclassement d'un terrain à bâtir, il est nécessaire que la construction envisagée ait été juridiquement et pratiquement possible. En d'autres termes, pour que l'on puisse parler d'expropriation matérielle, il faut que le terrain ait été situé dans une zone permettant une construction équipée au sens de l'art. 22 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT – RS 700) et, plus généralement, que le terrain ait été, selon une haute vraisemblance, affecté à la construction dans un proche avenir, eu égard à l'ensemble des facteurs juridiques ou matériels pertinents.

b) Le cas de la première parcelle

Pour cette parcelle, le nouveau plan revient à une restriction de 15% de la possibilité de bâtir. Il faut donc se demander si une telle restriction remplit la condition de base de la gravité de l'atteinte qui peut justifier une indemnisation pour expropriation matérielle. Il convient à cet égard de relever que Zébulon peut toujours faire un usage économiquement rationnel de sa parcelle. Certes, cet usage se voit réduit dans son ampleur : alors qu'auparavant des maisons individuelles de grande taille étaient

admissibles, sans limitation quant à leur aspect ou leur implantation, la hauteur des constructions est désormais limitée. Or le Tribunal fédéral a admis qu'une interdiction de bâtir frappant un tiers d'une parcelle n'était pas d'une gravité justifiant une indemnisation. Il a de même admis des réductions d'indice d'utilisation de 25%, 46%, voire davantage (75%, il est vrai pour une surface constructible importante). La perte pour Zébulon d'environ 15% des possibilités de bâtir sur cette parcelle ne paraît donc pas suffisamment grave pour entraîner une expropriation matérielle.

c) Le cas de la deuxième parcelle

Le classement de la deuxième parcelle de Zébulon en zone de marais, une zone dans laquelle toute construction est absolument prohibée, constitue une restriction au droit de propriété de celui-ci que l'on peut qualifier de grave. Un tel déclassement entraîne en effet en principe la perte d'une faculté essentielle du droit de propriété.

Reste à se demander si c'est un « usage futur proche probable » qui est ainsi rendu impossible. Il convient à cet égard de tenir compte de l'ensemble des facteurs juridiques et matériels influençant les possibilités de bâtir. On relèvera d'abord que la parcelle est équipée. L'élément déterminant sera donc en définitive la valeur de la zone humide en cause. Si celle-ci est telle qu'une construction sur cette zone aurait, même selon l'ancien plan, violé l'art. 78 al. 5 Cst., le passage en zone inconstructible ne constitue pas une expropriation matérielle. Il en est de même si des règles cantonales sur la protection des marais rendaient impossible la délivrance d'une autorisation de construire. En revanche, si la zone n'était pas d'intérêt national et s'il n'existait pas de normes cantonales faisant obstacle à la construction, le classement en zone de marais inconstructible est constitutif d'expropriation matérielle et Zébulon pourra être indemnisé de ce chef.

d) Le cas de la troisième parcelle

Le régime de la troisième parcelle est resté exactement le même que dans l'ancien plan. Néanmoins, Zébulon s'est vu opposer un refus provisionnel à la demande d'autorisation de construire qu'il avait déposée fin 2011 et a ainsi été empêché de construire pendant deux ans. Il a de ce fait subi un dommage économique suite au paiement inutile des intérêts de l'emprunt qu'il avait contracté pour financer son projet de construction.

Comme la restriction imposée à Zébulon est temporaire, elle ne constitue pas, selon la jurisprudence, une expropriation matérielle.

Cependant, le Tribunal fédéral a admis que le principe de la bonne foi pouvait fonder le remboursement des frais engagés en vain par un propriétaire lorsque ce dernier avait déposé une demande d'autorisation de construire conforme au droit et que cette démarche avait donné lieu à un changement de réglementation qui empêchait la réalisation du projet, sans que le propriétaire n'ait pu prévoir ce changement. En l'espèce, l'empêchement de construire est resté provisoire et découlait d'une révision générale du plan d'affectation de la commune et non de la demande précise de Zébulon. Ce dernier a finalement pu réaliser son projet. Une indemnisation sur la base du principe de la bonne foi n'est donc pas non plus envisageable.

Cas 3

M. de Champagnac est propriétaire d'une vaste parcelle dans le canton de Genève, sise en zone de développement. Le terrain se prête parfaitement à la construction de logements.

Récemment, M. de Champignac a décidé de vendre sa parcelle à Zorclub, promoteur de son état, qui entend y édifier des résidences de grand luxe. L'acte de vente a été conclu pour le prix de 3'000'000 frs et déposé au Registre foncier il y a 15 jours.

Le Conseil d'Etat souhaiterait acquérir cette parcelle afin de réaliser du logement social. Il juge toutefois le prix de 3'000'000 frs totalement spéculatif et ne veut pas déboursier plus de 2'000'000 frs pour ce terrain. Dispose-t-il d'un mécanisme juridique pour arriver à ses fins. Qu'en serait-il si l'objectif du Conseil d'Etat était de construire un collège sur le terrain en question ? Dans les deux cas, quels arguments M. de Champignac pourrait-il soulever pour contrer les intentions du Conseil d'Etat ?

Il s'agit de savoir si le Conseil d'Etat dispose de moyens juridiques pour acquérir la parcelle de M. Champignac et quels arguments ce dernier pourrait soulever pour s'y opposer.

I. L'exercice droit de préemption de l'Etat pour la construction de logements

a) Principe

En vertu de l'art. 1 al. 1 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL – RS/GE I 4 05), l'Etat encourage la construction de logements d'utilité publique. A cet effet, l'Etat peut acquérir des terrains en usant notamment des droits de préemption et d'expropriation que lui confère la LGL. L'art. 3 LGL permet notamment à l'Etat, en vue de la construction de logements au sens de la LGL, d'exercer un droit de préemption sur les biens-fonds sis en zone de développement qui peuvent être affectés à un tel usage. En l'espèce, l'énoncé indique que l'Etat entend construire du logement social, ce qui correspond certainement aux logements visés par la LGL. Dans ce contexte, le projet est, au sens de la loi, susceptible de justifier en principe l'exercice du droit de préemption par l'Etat. Cette restriction au droit de propriété et à la liberté économique repose donc sur une base légale. Il faut encore qu'elle réponde à un intérêt public et soit proportionnelle.

Quand le Conseil d'Etat aura, le cas échéant, notifié sa décision d'exercer son droit de préemption (aux conditions fixées dans l'acte de vente, art. 5 al. 1 let. b LGL ou aux conditions fixées par lui, art. 5 al. 1 let. c LGL), M. de Champignac disposera d'un recours à la chambre administrative de la Cour de justice (CJCA) contre cette décision (art. 132 LOJ). Il pourra tenter de faire valoir que l'exercice du droit de préemption n'est pas proportionnel dans le cas d'espèce, par exemple s'il peut montrer que Zorclub a l'intention ferme de réaliser lui-même des logements d'utilité publique, que le prix prévu permet la réalisation de cette intention et que son projet présente des avantages évidents en matière de construction de logements d'utilité publique par rapport au projet étatique. Comme la donnée indique que Zorclub veut construire des résidences de grand luxe, une telle démonstration ne sera pas possible.

b) S'agissant du prix offert par le Conseil d'Etat pour l'acquisition des terrains

En vertu de l'art. 5 LGL, le Conseil d'Etat peut :

1. renoncer à exercer son droit de préemption (art. 5 al. 1 let. a LGL) ;
2. décider d'acquérir le bien-fonds aux prix et conditions fixés dans l'acte de vente (art. 5 al. 1 let. b

LGL) (cf. b supra) ;

3. faire une offre à des conditions et prix différents (art. 5 al. 1 let. c LGL) ;

4. déclarer, à défaut d'acceptation de cette offre, son intention de recourir à la procédure d'expropriation si les conditions de l'art. 6 LGL sont remplies (art. 5 al. 1 let. c et d LGL).

c) Procédure

En l'espèce, le Conseil d'Etat souhaite acquérir le bien-fonds à un prix différent de celui convenu par les parties. Il n'a cependant, à teneur de l'énoncé, pas encore notifié une décision d'acquérir pour 2'000'000 frs et d'exproprier en cas de non-acceptation de cette offre conformément à l'art. 5 al. 1 let. d LGL.

M. de Champignac devra donc faire part, dans un premier temps, de son opposition à l'exercice du droit de préemption, en tout cas au prix proposé par l'Etat (art. 4 al. 2 LGL).

Dans un délai de 60 jours dès le dépôt de l'acte au registre foncier, l'Etat devra confirmer son offre en l'accompagnant de la notification de son intention de recourir à la procédure d'expropriation (art. 5 al. 1 let. d et 6 LGL), conformément aux dispositions de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique du 10 juin 1933 (LEx/GE – RS/GE L 7 05).

A considérer la lettre de la loi, on peut se demander si l'offre d'acquérir à un prix inférieur à celui convenu par les parties, assortie de l'intention de recourir à la procédure d'expropriation à défaut d'acceptation de cette offre, constitue en elle-même une décision. L'ancien Tribunal administratif, suivi par le Tribunal fédéral a tranché dans ce sens : le principe de l'acquisition par l'Etat, qui empêche le propriétaire d'aliéner comme il l'entend, est acquis par la notification de l'offre du Conseil d'Etat. Il s'agit donc bien d'une décision par laquelle l'Etat exerce un droit formateur.

M. de Champignac pourra, on l'a vu, recourir contre cette décision auprès de la CJCA (art. 132 LOJ). Outre les arguments déjà évoqués, il pourra à cette occasion contester le principe d'une acquisition à des conditions différentes de celles prévues par les parties, donc d'une préemption tournant à l'expropriation. Il faudrait qu'il puisse démontrer que le prix de 3'000'000 frs n'est pas spéculatif contrairement à l'avis du Conseil d'Etat.

d) La portée de la procédure d'expropriation

Au vu de ce qui précède, il n'y aura pas lieu de mener une procédure d'expropriation complète selon la Lex/GE. La question du principe de l'expropriation sera tranchée à propos de la décision évoquée au paragraphe précédent. Seule la procédure d'estimation (art. 43 ss LEx/GE) sera encore mise en œuvre, pour fixer le prix d'acquisition par l'Etat, si le principe en est confirmé, dès lors que M. de Champignac a clairement indiqué qu'il ne se satisferait pas du prix proposé par le Conseil d'Etat.

II. L'expropriation pour la construction d'un collège

Dans cette hypothèse, la LGL n'est pas applicable et la procédure sera entièrement régie par la LEx/GE. La construction d'un collège n'entre pas dans les motifs justifiant l'exercice du droit de

préemption selon la LGL (art. 3 LGL).

Faute de loi déclarant d'une manière générale la construction de collèges d'utilité publique au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LEx/GE, une loi déclarant que le collège que le Conseil d'Etat souhaite construire est d'utilité publique devra être adoptée (art. 3 al. 1 let. a LEx/GE). En pratique, cette déclaration interviendra dans la loi accordant le crédit de construction du collège. Vu l'importance du projet, il devra être soumis à l'enquête publique (art. 26 al. 1 LEx/GE). Au cours de celle-ci, M. de Champignac pourra notamment contester le caractère d'utilité publique de ce projet (art. 28 al. 2 LEx/GE). Le fait que la construction de collèges en général soit d'utilité publique ne suffira pas, il faudra encore que le projet particulier le soit, l'emplacement retenu pouvant par exemple s'avérer inadéquat. Il incombera au Grand Conseil de statuer sur une opposition portant sur l'utilité publique du projet (art. 29 al. 2 LEx/GE).

Une fois l'utilité publique constatée par le Grand Conseil, le Conseil d'Etat pourra décréter l'expropriation par voie d'arrêté (art. 30 LEx/GE), qui devra être notifié à M. de Champignac par lettre recommandée (art. 31 al. 1 LEx/GE). M. de Champignac pourra alors contester l'arrêté du Conseil d'Etat, y compris en ce qui concerne l'utilité publique du projet, en recourant auprès de la CJCA (art. 62 al. 2 LEx/GE).

Si l'arrêté du Conseil d'Etat sur le principe de l'expropriation devient définitif, le Tribunal administratif de première instance devra fixer l'indemnité d'expropriation (art. 43 al. 1 LEx/GE). Cette dernière devra être pleine et entière (art. 14 LEx/GE). Elle sera calculée en examinant les prix payés pour des objets analogues lors de ventes de gré à gré.

Cas 4

Par deux décisions séparées du 17 décembre 2013, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a octroyé à l'association Tourisme Vert et Bio (ci-après TVB), qui a pour but statutaire le développement du « tourisme doux », deux subventions de respectivement 50'000 et 150'000 frs. La première subvention était destinée à permettre l'édition d'un « Guide des stations suisses de tourisme doux ». La deuxième subvention était destinée à l'organisation d'un stage de trois semaines, au mois d'avril 2014, visant à informer les responsables communaux, promoteurs et commerçants, sur les possibilités du tourisme doux et les méthodes s'y appliquant.

Le 3 février 2014, le SECO a indiqué qu'il envisageait la révocation de la subvention de 50'000 frs en raison d'inexactitudes dans le dossier de requête présenté par TVB et a invité celle-ci à se prononcer. TVB a écrit au SECO pour expliquer en quoi le dossier était bien exact. Par décision du 3 mars 2014, le SECO a révoqué ladite subvention, conformément à l'article 30 alinéa 1 de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (Loi sur les subventions, LSu – RS 616.1) en expliquant que les qualifications des auteurs prévus pour le guide avaient été présentées de manière fallacieuse. Déjà très préoccupée à ce moment par l'organisation difficile du stage, TVB n'a pas réagi.

Conformément à la décision du 3 mars 2014, la subvention de 50'000 frs n'a pas été versée. Celle de 150'000 frs a été versée fin mars 2014.

TVB n'a plus eu de contact avec le SECO jusqu'à ce que celui-ci lui notifie il y a une semaine une décision respectant les formes légales qui lui enjoignait de rembourser la totalité de la subvention de 150'000 frs, au motif que le stage qui devait avoir lieu au mois d'avril n'avait jamais été

organisé.

Cette fois-ci, TVB veut réagir et vous consulte. Elle envisage de déposer un recours contre la décision reçue du SECO il y a une semaine. Elle vous explique ce qu'elle entend y exposer. Elle a certes eu quelques difficultés dans l'organisation du stage ; celui-ci n'est cependant pas annulé mais simplement retardé de quelques mois. Elle allègue, preuves à l'appui, que tout est désormais en ordre pour que le stage ait lieu dès le 1er septembre. En droit, elle soutient que la décision attaquée est dépourvue de base légale et qu'elle viole le principe de proportionnalité. Elle invoque aussi une inégalité de traitement, en relevant, à nouveau preuves à l'appui, plusieurs cas de retard dans l'organisation de cours ou de stages analogues, pour lesquels le SECO n'avait pris aucune mesure, les bénéficiaires des subventions s'étant bien gardés de lui faire part desdits retards. Elle vous demande ce que vous pensez de tout cela, auprès de quelle instance elle doit déposer son recours et quelles sont les chances que ce recours soit déclaré recevable et bien fondé.

Elle vous indique également qu'elle souhaite demander une indemnisation à la Confédération en raison de la révocation de la subvention de 50'000 frs. Cette décision était en effet manifestement erronée, car TVB avait démontré que sa présentation des qualifications des auteurs du guide projeté dans la demande de subvention était parfaitement correcte. Vu la révocation de la subvention, TVB avait perdu plusieurs milliers de francs de frais déjà engagés pour la rédaction du guide. TVB vous demande comment elle doit procéder pour réclamer une indemnisation et quelles sont ses chances de succès. Alternativement, elle voudrait savoir si elle peut encore obliger le SECO à revenir sur la décision du 3 mars 2014.

Questions juridiques

TVB souhaite contester la validité de la décision du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) de la semaine passée au moyen d'un recours. Il convient donc d'examiner la validité formelle et matérielle de la décision et les voies de recours ouvertes contre elle.

De plus, TVB souhaite une indemnisation de la Confédération suite à la décision du 3 mars 2014 ou, alternativement, obliger le SECO à revenir sur sa décision. Il convient donc d'examiner si les conditions d'une responsabilité de la Confédération, respectivement d'une demande de reconsidération sont remplies.

Droit applicable

Au fond, la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (Loi sur les subventions, LSu - RS 616.1) est applicable au cas d'espèce, dans la mesure où elle régit toutes les aides financières et indemnités prévues par le droit fédéral (art. 2 al. 1), en complément de la loi spéciale, soit la loi fédérale encourageant l'innovation, la coopération et la professionnalisation dans le domaine du tourisme du 30 septembre 2011. Pour les questions de responsabilité, le SECO étant une autorité fédérale, la LRFC s'appliquera (art. 1).

Quant à la forme, le SECO est une autorité fédérale au sens de l'art. 1 al. 1 let. a PA. La PA trouve donc application. Il en est de même pour la LTAF concernant les voies de droit.

Analyse I.

Décision de la semaine passée

A. Validité formelle

TVB a reçu la décision de révocation de la subvention de 150'000 frs la semaine passée, alors qu'elle n'avait eu aucun contact avec le SECO depuis le début du mois de mars. Elle n'a donc pas eu la possibilité d'exposer son point de vue. Son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) a ainsi été violé.

De plus, le SECO n'a nullement cherché à savoir pourquoi le stage n'avait pas eu lieu. Ce manquement peut être considéré comme une violation du principe d'instruction d'office (art. 12 PA).

B. Validité matérielle

1. Légalité

L'art. 28 al. 1 LSu prévoit qu'une autorité exige la restitution d'une subvention « si, en dépit d'une mise en demeure, l'allocataire n'exécute pas la tâche qui lui incombe ». La décision du SECO de demander à TVB le remboursement des 150'000 frs au motif que le stage du mois d'avril n'avait pas eu lieu, repose donc sur une base légale. Toutefois, celle-ci est mal appliquée, puisqu'une mise en demeure était nécessaire préalablement. Le principe de la légalité est donc violé.

2. Proportionnalité

L'absence de mise en demeure constitue également une violation du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). En effet, un avertissement du risque de retrait de la subvention aurait peut-être été une mesure suffisante. De même, un simple report du stage aurait du être envisagé. Il est très probable que les objectifs visés par la mise en place du stage pourront aussi être atteints s'il a lieu en septembre. Ainsi, d'autres mesures moins incisives auraient pu être prises. Le sous-principe de la nécessité n'est donc pas respecté.

3. Egalité de traitement

TVB prétend qu'elle subit une inégalité de traitement puisque dans plusieurs autres cas de retard dans l'organisation de cours ou de stages, le SECO n'a pris aucune mesure, malgré l'art. 28 al. 1 LSu. Le principe d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) impose de traiter de manière similaire des situations semblables. Il n'est en principe pas possible d'exiger l'égalité dans l'illégalité, sauf en cas de pratique illégale établie de l'autorité à laquelle celle-ci n'entend pas renoncer. En l'espèce, toutefois, il ne s'agit pas de cas similaires, le SECO n'ayant pas été pas informé des autres cas de retard. Il n'y a pas non plus de pratique illégale établie de l'autorité. Les conditions de l'égalité dans l'illégalité ne sont pas remplies.

C. Voies de droit

Le SECO étant une autorité fédérale, la voie du recours au Tribunal administratif fédéral (TAF) est en principe ouverte contre ses décisions (art. 31 et 33 let. d LTAF). Aucune des exceptions de l'art. 32 LTAF ne s'appliquant, TVB devra effectivement s'adresser au TAF pour contester la décision de la semaine passée.

Le délai de recours de 30 jours (art. 50 al. 1 PA) est respecté. De plus, TVB a la qualité pour recourir en tant que destinataire directe de la décision (art. 48 al. 1 PA). Le recours sera donc recevable.

Concernant les griefs invocables, le TAF peut contrôler le droit, les faits et l'opportunité (art. 49 PA). La violation du droit d'être entendu pourra donc être réparée par le TAF, car le SECO n'est pas composé de spécialistes.

D. Chances de succès

Au vu des violations des principes de la légalité et de la proportionnalité (cf. supra), TVB a de bonnes chances que son recours soit déclaré recevable et bien fondé.

II. Décision du 3 février 2014

A. Statut de ladite décision

TVB n'a pas réagi suite à la décision du 3 février. Le délai de recours de 30 jours (art. 50 al. 1 PA) est donc échu. La décision n'étant manifestement pas nulle, elle est entrée en force.

B. Demande d'indemnisation

Concernant la procédure, TVB doit adresser sa demande au Département fédéral des finances (art. 20 al. 2 LRFC).

Sur le fond, la Confédération répond des dommages causés « sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions » (art. 3 al. 1 LRFC). En l'espèce, la décision en cause est en force et est donc considérée comme licite. L'art. 12 LRFC précise à ce propos que « la légalité d'une décision en force ne peut être remise en cause dans une procédure en responsabilité ».

TVB n'obtiendra donc pas d'indemnisation.

C. Reconsidération obligatoire

Afin d'« obliger le SECO à revenir sur sa décision », il faut être en présence d'un cas de reconsidération obligatoire³². Pour cela, un motif de révision (« fait nouveau ancien ») doit être présent ou une modification notable des circonstances doit être survenue. En l'espèce, aucune de ces deux hypothèses n'est remplie. Le SECO ne sera donc pas obligé de revoir sa décision.