

SOMMAIRE

Page 2 : L'administration et le droit administratif

Page 4 : La structure et les principaux instruments du droit administratif. Base de l'organisation administrative

Page 10 : Les sources du droit administratif

Page 13 : L'applicabilité et l'interprétation du droit administratif

Page 20 : Le principe de légalité

Page 24 : Les autres principes constitutionnels régissant le droit administratif

Page 29 : Les rapports entre l'administration et les autres organes de l'Etat

Page 33 : La mise en oeuvre du droit administratif. Les moyens d'action de l'Etat et la relation administrative

Page 38 : Le transfert et l'extinction des droits et obligations en droit administratif

Page 44 : Les décisions

Page 50 : Les décisions : les autorisations

Page 56 : La validité des décisions

Page 62 : La modification des décisions

Page 67 : Le contentieux administratif – les voies de droit

Page 72 : Le contentieux administratif

Page 76 : La saisine non contentieuse de l'autorité administrative

Page 82 : La procédure administrative

Page 87 : Les procédures spéciales et la coordination

Page 94 : Les contrats de droit administratif

Page 98 : Les concessions

Page 101 : Les plans

Page 107 : L'exécution des obligations de droit administratif. Exécution forcée et mesures administratives

Page 112 : Les sanctions

Page 117 : L'indemnisation pour les actes illicites de l'Etat

Page 123 : L'indemnisation pour les actes licites de l'Etat

Séance 1 : L'administration et le droit administratif

Introduction méthodologique

Définition du droit administratif : on le fait dans le chapitre 1 du manuel. C'est l'ensemble des normes qui regissent l'administration public, a savoir son organisation, ses activités et la procedure qu'elle doit appliquer. Cette definition concerne a la fois la fourniture des services étatiques, fournis a la population, sous diverses formes, par exemple en nature (on nous fournit une salle de cours à l'Uni). On a des prestations qui peuvent etre financières (par ex assurances sociales, allocations, subventions). Le droit administratif agit aussi directement sur la vie des gens. Domaines évidents : circulation routière (meme comme piéton on est soumis à la LCR, donc régit par le droit administratif). Idem pour les constructions, pour les professions qu'on exerce (ex : avocature). Le droit administratif régit donc non seulement l'action de l'administration mais intervient aussi directement sur la vie des administrés. On peut donc dire dans cette mesure que c'est le fonctionnement concret de l'état, par opposition au droit constitutionnel mais il est aussi le droit des rapports entre l'Etat et les particuliers (c'est la qu'on le ressent le plus).

Le droit constitutionnel derrière irrigue tout le droit administratif : « Le droit administratif est du droit constitutionnel concrétisé » (formule contestée). On ne se situe pas évidemment au niveau le plus general des grandes interventions de l'état, mais dans le quotidien des interactions avec les administrés.

Fonction : Qu'est-ce que l'administration ? Il y a deux approches de l'administration, deux facettes. D'abord, c'est une fonction de l'Etat. Comme souvent dans ce domaine la, la meilleure defintion est negative : c'est une fonction qui est ni legislative (=production des normes), ni judiciaire (=fonction de controle par des magistrats independents, distancés par rapport aux affaires dont ils traitent). Cette distinction n'est pas évidente. En effet, par rapport a la fonction legislative : le gouvernement a une fonction normative et legislative. Or l'administration s'y rattache de maniere naturelle. Dans la mesure ou le gouvernement (et meme en dessous, les departements, voire des offices) produisent aussi du droit : cette production doit-elle etre rattachée au droit administratif ? Non, on va laisser ça au droit constitutionnel. Le droit constitutionnel vu d'en haut nous montre comment les organes produisent les normes et le droit administratif regarde d'en bas comment celles-ci sont produites. Deuxième remarque : l'idée qu'il y ait une separation stricte entre production du droit d'un coté et application du droit de l'autre n'est pas possible. En réalité il y a une concreatisation progressive du droit, qui est plus ou moins marqué selon certains domaines (par exemple dans l'aménagement du territoire c'est extremement frappant : on a des lois, des ordonnances, on a des plans, des autorisations de constructions). On a deux pôles (legislatif et executif) : à chaque extreme, on a des choses très claires. Mais entre elles, il y a une zone grise qu'on peut mettre soit dans la legislation soit dans l'execution, et c'est bien le droit administratif qui la prend en charge, dans l'idée ou c'est le droit de la mise en oeuvre des grandes regles generales constitutionnelles ou légales.

L'autre distinction est aussi problématique : c'est une particularité du droit administratif. En droit civil, on a des activités privées. En gros, « quand tout va bien », le juge n'intervient pas. L'Etat non plus. Quand l'Etat intervient, c'est directement le juge qui intervient (par la fonction judiciaire). C'est en grande partie la meme chose en droit pénal (meme si il y a une petite problematique : fondamentalement c'est un juge qui peut condamner quelqu'un mais cette phase est parfois précédée d'une phase administrative, appelée le droit pénal administratif, donc a la fois les deux). En droit administratif ce n'est pas pareil. On a une premiere phase ou l'application du droit est le fait de

l'administration. Le syllogisme juridique va être fait au quotidien par des fonctionnaires membres de l'autorité administrative. Ce n'est qu'en cas de litige que le juge intervient, comme contrôle. Il en résulte à la fois une analogie et une différence : l'administrateur ET le juge font la même chose : un raisonnement juridique. Il peut arriver en doctrine qu'on nomme « juge » également un administrateur. Mais ce qui est différent c'est le contexte dans lequel l'administrateur (= toute autorité, tout membre d'une autorité, tout agent de l'Etat à qui on a confié la mise en œuvre d'une loi) et le juge agissent. Le premier est chargé d'intervenir ou pas, c'est lui qui est sollicité en premier lieu par les administrés. Le juge administratif n'intervient qu'en seconde ligne, sollicité par les administrés qui font un recours : son rôle est de contrôler la manière dont la loi a été appliquée par l'administration.

La distinction entre la fonction judiciaire et administrative ne réside donc pas dans le travail intellectuel mais dans le contexte et les enjeux. Le rôle n'est pas le même, donc la manière dont on va appliquer le droit sera différente, suivant qu'on vérifie le droit à la base ou que l'on doit vérifier qu'il a été appliqué par quelqu'un d'autre. Malgré tout, dans le vaste système de la mise en œuvre du droit, le juge administratif n'est pas là que pour trancher des litiges (comme le juge civil) mais doit aussi vérifier que la loi est correctement appliquée, que l'intérêt public est sauvegardé. C'est pourquoi on trouve des formes d'appel au juge particulières : certaines autorités ont le droit de recourir contre des décisions administratives, ainsi que des organisations à but idéal. La justice administrative est donc là pour protéger les administrés mais aussi pour veiller à ce que les buts de la loi soient correctement pris en compte.

Organisation de l'administration : ce n'est pas qu'une manière, c'est aussi des gens, des services, des établissements qui sont chargés de le faire. Le mot administration a deux sens : 1) le fait d'administrer, de mettre en œuvre le droit administratif et 2) l'organisation, régie par le droit administratif.

Caractéristiques du droit administratif :

- ♣ La devise du droit administratif c'est « partout est beaucoup ». Si on habite dans un logement subventionné par exemple, c'est le droit administratif qui gère la question. Idem pour un logement de marché libre, sa construction a été régie par le droit administratif. Si on prend le tram ou la voiture : idem. L'armée, les impôts : idem. En matière d'assurances sociales, maladie, accident, deuxième pilier : idem. L'air qu'on respire : sa qualité est traitée aussi par le droit administratif.
- ♣ Paradoxe : c'est concret et abstrait. Le droit administratif est concret dans la manière ou il est ressenti par les administrés : c'est la vie quotidienne. Des histoires de permis de conduire, d'exams, etc. On en a tous. En même temps, les principes de droit administratif, on les induit de la pratique (on les ressort) : double phénomène. Il y a des principes qui viennent d'en haut, du droit constitutionnel. Mais beaucoup de principes de droit administratif sont sortis de la pratique. C'est en regardant une série de cas qu'on pourra repérer les principes, les règles générales de fonctionnement du droit administratif. On a donc une tension entre des situations très concrètes et une théorie assez abstraite.
- ♣ C'est un droit qui bouge beaucoup. En civil et pénal il y a une grande réforme de temps en temps mais finalement ça bouge pas tout le temps. En droit administratif c'est infernal : il

change chaque jour. Pour établir le document de jurisprudence on attend la dernière minute car on attend les informations de la Chancellerie sur des dates d'entrée en vigueur de lois qui viennent d'être votées, etc. Le recueil ne sera déjà plus à jour dans quelques mois car le Grand Conseil aura déjà certainement et probablement modifié les lois.

Conséquence de ces caractéristiques : l'importance de la méthodologie. On ne peut pas le connaître. Il n'y a pas de partie générale. Il y a quelques parties générales sectorielles, en matière d'assurance sociale par exemple. On ne peut qu'essayer d'apprendre la méthode, une série de grands principes auxquels on peut se rapprocher et analyser le problème. C'est une sorte de boussole, des instruments de navigation au sens du droit administratif.

Rapports avec les autres cours: on va surtout s'attacher à l'administration comme fonction, donc les rapports entre l'administration et les administrés. La question d'organisation sera plutôt touchée en relation avec les cas pratiques. Le droit administratif spécial tel que droit fiscal, concurrence, environnement, sera aussi abordé au gré des cas pratiques, mais évidemment il ne sera pas enseigné. Contentieux : il fut un temps où il y avait ce cours. Maintenant il n'est plus abordé spécifiquement qu'au niveau de l'ECAV. On aura deux séances strictes dessus. Quatre séances sur le problème de procédure. Mais cela reste des éléments de base, des finesses. L'essentiel est de savoir à quelle autorité de recours s'adresser, qui a qualité pour agir et connaître les principes de procédure.

Séance 2 : La structure et les principaux instruments du droit administratif. Base de l'organisation administrative (lecture des §1, §2 et §3).

I. L'administration dans la structure générale de l'Etat

Comment placer l'administration dans la structure générale de l'Etat ? On peut partir de la triade classique de la séparation des pouvoirs. En Suisse on pourrait même ajouter le peuple qui intervient essentiellement au niveau législatif par le biais du référendum voire au niveau cantonal par le biais de l'IP. La fonction administrative se rattache à l'aspect exécutif. Il y a des normes qui sont adoptées par des instances administratives. Il est utile de rester sur le rôle du gouvernement qui a un double rôle : d'abord il dirige l'administration (au niveau fédéral mais aussi cantonal). Il en découle un élément important : pouvoir d'organisation du gouvernement. En principe il lui appartient de définir l'organisation de l'administration. Le législateur a souvent empiété dessus : on trouve souvent dans les lois des normes qui fixent certains éléments de l'administration. On pourrait presque dire qu'il y a parfois une certaine concurrence entre le Parlement et le gouvernement. Au niveau fédéral on a une loi sur l'organisation de l'administration. Le CF conserve l'essentiel de ses pouvoirs. Au niveau genevois cette concurrence se manifeste de manière assez prononcée. Les pouvoirs sont régulièrement remis en cause par le Grand Conseil. L'organisation des départements par le Conseil d'Etat doit être approuvée par le Grand Conseil qui dispose désormais d'un droit de veto (mauvaise idée selon T.T.). À côté de cette fonction de direction il y a tout un aspect de l'activité gouvernementale au sens strict du terme.

On peut distinguer une série d'autres acteurs :

- Les collectivités publiques : qu'est-ce ? C'est une entité étatique, qui a la personnalité juridique, mais qui a la particularité d'avoir des institutions démocratiques qui donnent une légitimité démocratique et qui permettent l'exercice des fonctions politiques (législatives et exécutives). Deux sortes de collectivités : celles qui ont clairement une nature étatique. C'est le cas de la Confédération par exemple, qui est clairement un Etat au sens du droit international. Ensuite les cantons qui ne sont pas des Etats au sens du droit international mais la doctrine s'accorde à leur reconnaître un caractère étatique, dans le sens où tous les cantons ont quasiment les caractéristiques d'un Etat. On a finalement les communes, qui ne sont pas des états non plus évidemment. Néanmoins, ce qui distingue les communes d'autres entités étatiques c'est qu'elles ont un véritable système politique avec une légitimité démocratique. En France, on parle de « collectivités territoriales ». Toutes les autres collectivités dépendent des celles-ci, puisque ces trois catégories peuvent en créer.
- Les entités indépendantes et les subdivisions administratives : l'entité indépendante a une existence juridique propre. C'est une autre personne que d'autres entités du même type. La subdivision administrative est un sous-ensemble d'une entité existante (p.ex d'une collectivité publique, d'une office, etc tel que l'Université, qui est une entité indépendante, distincte du canton de Genève mais à l'intérieur il y a des facultés, des centres, des instituts qui sont des subdivisions). Il ne faut pas surestimer les conséquences de cette division, notamment par exemple la capacité de contracter. Pour ce faire il faut que les cocontractants ne soient pas la même personne (ex : contrat entre Genève et les TPG. En revanche au sein de l'Uni les conventions passées entre deux facultés et un centre est de la « soft-law », ce

sont des engagements administratifs et non un vrai contrat). Quid du véritable degré d'autonomie de ces entités ? Les subdivisions ne nous disent rien là-dessus. On peut parfois avoir des entités véritablement juridiquement indépendantes mais qui sont sous un contrôle si étroit de la collectivité qui l'a créée que leur autonomie est finalement extrêmement faible. L'inverse est également possible.

- Les autorités administratives : qu'est-ce ? Ce qui caractérise ces autorités c'est son pouvoir de rendre des décisions, d'exercer la puissance publique et/ou d'édicter des normes, donc d'agir de façon prescrite de façon générale et abstraite soit de façon individuelle et concrète. On a parfois des autorités très importantes qui ont un poids significatif (ex : TPG) mais ne rendent pas de décisions administratives (si ce n'est éventuellement vis à vis de leur personnel). A l'inverse on a des services ou des offices qui sont appelés à un rendre un très grand nombre de décisions administratives. Quand on parle d'autorité administrative, cela peut être une entité indépendante ou même une subdivision. C'est possible qu'on ait des autorités administratives qui sont des collectivités publiques telles que les cantons par exemple.
- Les entreprises publiques : catégorie strictement descriptive. Aucune conséquence juridique de cette qualification. Ce sont les entités indépendantes ou des subdivisions qui fournissent des services concrets (par opposition des services purement prescriptifs par ex : office des permis de construire). Les TPG, la Poste et les CFF sont des entreprises publiques. Swisscom est semi-publique puisqu'il y a une participation du privé. Les entreprises publiques sont contrôlées par une collectivité publique et fournissent des prestations de valeur économique.
- Les agents de l'Etat : toutes les entités administratives sont des notions abstraites. Elles n'agissent juridiquement jamais elles-mêmes, mais à travers des organes qui agissent concrètement. Et toutes ces personnes qui agissent pour le compte et au nom de l'Etat, quelque soit le type de lien juridique qu'ils ont avec l'Etat, sont des agents de l'Etat. Donc sera un agent le fonctionnaire qui délivre ou non un permis de conduire, mais également un prof d'Uni ou encore un Conseiller d'Etat.

II. L'évolution

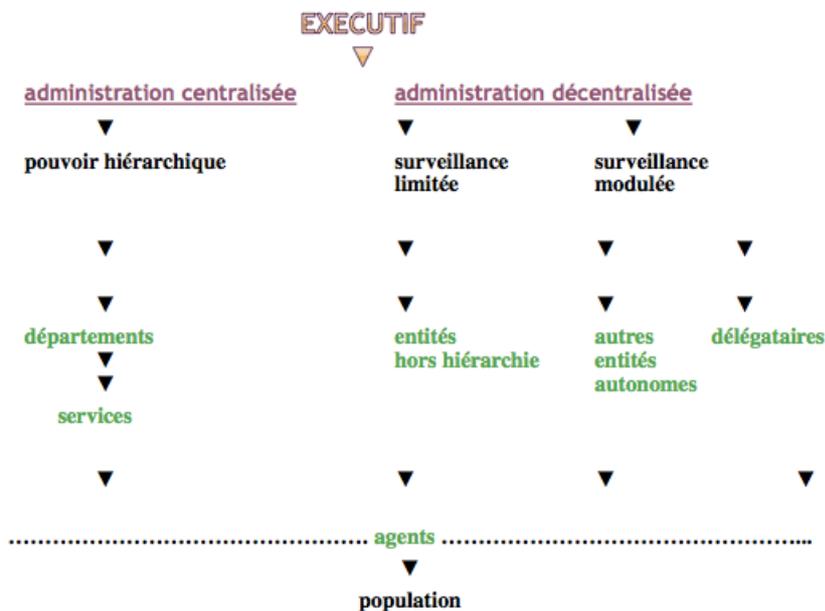
C'est une évolution vers une plus grande diversité. L'administration est aujourd'hui plus éclatée qu'elle ne l'était. À côté du modèle centralisé se sont développés d'autres modèles. Il y a aussi eu un phénomène de privatisation avec des formes très diverses ce qui fait qu'il y a une force centrifuge à l'œuvre de l'administration : elle n'est plus complète. Ce n'était pas la conséquence nécessairement voulue au départ. Troisième élément : il y a clairement eu avec l'émergence de la nouvelle gestion publique et de toutes sortes de théories analogues, une importation dans la pensée administrative des concepts utilisés dans l'économie privée et d'autres concepts du droit privé.

III. La structure de l'administration

A. Introduction

- Axe du pouvoir et axe de la cohésion : les deux ne s'opposent pas vraiment mais se combinent.

- L'opposition hiérarchie-autonomie : quelles sont les entités qui sont le plus strictement surveillées par l'exécutif et quelles sont celles qui disposent de la plus grande marge de manœuvre ?
- L'opposition centralisation-décentralisation : pas exactement le même parce qu'on peut avoir qqch de très décentralisé avec beaucoup d'entités au même niveau mais qui peuvent être très étroitement surveillées. Cette opposition ne se confond pas avec la précédente.



B. L'administration centralisée

Structure hiérarchique pyramidale : on a le gouvernement en haut puis ensuite on a des grandes subdivisions (au niveau fédéral on appelle ça des départements, idem à Genève mais pas dans tous les cantons) et en dessous on trouve des offices, services, etc.

Structure en arborescence.

Composantes du pouvoir hiérarchique :

1) Direction

- Instructions générales (d'organisation ou sur la manière de remplir ses missions ou encore juridiques sur la manière d'interpréter la loi ou sur le pouvoir d'appréciation, etc).
- Instructions particulières (elle peut dire aux autorités inférieures : vous devez dans tel cas particulier traiter X point de telle manière).
- Organisation du travail

2) Contrôle

- Droit d'être informé
- Surveillance

- Sanctions disciplinaires
- 3) Recours hiérarchique
 - Si une base légale (voire coutumière) le prévoit. Avant c'était presque la coutume, aujourd'hui peu de cas. La base coutumière qui existait dans le canton de GE par exemple a disparu avec la réforme, par laquelle on a instauré une clause générale de compétence au tribunal administratif.
- 4) Contrôle libre de l'opportunité des décisions des autorités inférieures : c'est à dire la question de savoir si l'autorité inférieure a pris la meilleure décision.
- 5) Evocation
 - Droit de statuer à la place de l'autorité inférieure (dans certaines limites)
 - Limites liées au droit de recourir
- 6) Révocation des décisions d'autorités inférieures

C. L'administration décentralisée

Elle implique une certaine autonomie des entités qui la composent. L'autonomie peut être plus ou moins grande. Souvent mais pas nécessairement cela implique une existence juridique propre. Dans l'administration décentralisée ce n'est plus le pouvoir hiérarchique qui prévaut par rapport à l'exécutif mais c'est le pouvoir de surveillance (qqch de plus souples mais aussi de très varié, parfois même pour la même entité, par exemple pour l'Uni).

Composantes du pouvoir de surveillance (varient de cas en cas) :

- Pouvoir de renseignement
- Pouvoir d'approbation
- Directives générales
- Pouvoir d'annulation
- Plainte à l'autorité de surveillance
- Recours à l'autorité de surveillance
- Pouvoir de nomination et de révocation des organes

Typologie des entités décentralisées :

- a.) Entités « hors pouvoir hiérarchique »
 - rattachées à l'administration centralisée
 - non soumises au pouvoir hiérarchique
 - Exemples : Comco, instances de préavis, etc.
- b.) Etablissements publics autonomes
 - avec ou sans personnalité juridique
 - activités de prestations : TPG, Université
 - activités de contrôle : FINMA, ISPI, Swissmedic
- c.) Corporations de droit public
 - avec « membres »

- territoriales : communes
- de personne : églises « de droit public »
- réelles : SA de droit public (Poste, CFF, etc)

d.) Fondations de droit public

e.) Entités privées contrôlées par l'Etat

f.) Déléataires privés de tâches publiques

g.) Cas particulier des communes

- Collectivités publiques
- Entités décentralisées par rapport au canton

Séance 3 : Les sources du droit administratif (lecture de §4).

Evolution du contexte

1. Les trois phases de l'Etat

- a. Administration restrictive → l'Etat de police : correspond à l'état de police. Un état dont la tâche essentielle est l'arbitrage entre particuliers. Les fonctions régaliennes comme la police, la défense etc.
- b. Administration de prestation → l'Etat-providence : assurances sociales, aide sociale. Prestations concrètes en matière de logement, de santé etc. cet ensemble de prestations doit être réglementé et géré. Il faut savoir qui y a droit. Tout un pan du droit admin va se développer en lien avec cet Etat-providence.
- c. Administration de gestion et d'orientation → l'Etat propulsif ou directeur : depuis une trentaine d'années prend de l'importance l'Etat propulsif/ directeur. L'idée n'est plus d'être seulement le gendarme ou le père Noël mais d'être le bon guide, d'orienter les activités humaines en vue d'objectifs économiques, de développement durable etc. L'Etat doit s'efforcer d'orienter les activités des gens dans un sens considéré comme bénéfique pour la société. Les instruments administratifs vont devoir s'adapter à ce nouveau rôle de l'Etat.

2. Le système administratif classique

- a. Soumission de l'administration à la loi : dès les origines de l'Etat moderne on a eu d'autres types de relations. Caricature du système pour justifier les nouveautés qu'on veut introduire. Elément fondamental est la soumission de l'administration à la loi. Dans un tel système, un critère très important, c'est la conformité de l'action administrative aux règles. Ce critère n'a toujours pas disparu.
- b. Relation d'autorité (puissance publique) entre l'administration et les administrés : au point de vue organisationnel ce qui est l'archétype c'est l'administration centrale avec son côté militaire. L'Etat qui était modèle c'était la Prusse. Ce modèle a été depuis quelques dizaines d'années remis sérieusement en cause. Si on veut le résumer il y a deux tendances principales : mouvement centrifuge.

3. La remise en cause du système classique

- a. Mouvement centrifuge dans la structure de l'administration :
- b. Assouplissement et diversification de la relation entre l'administration et les administrés : le mode de relation s'est bcp diversifié. Ça s'est en même temps assoupli. Les nouvelles modalités sont en général plus souples. Le terme même d'administrés est totalement passif. La soumission est déjà inscrite dans le terme lui-même. Ajd on préfère utiliser d'autres termes : usagers, citoyens, clients etc.
- c. Libération et mondialisation de l'économie → remise en cause de monopoles étatiques : en vertu des accords internationaux de libre échange. La notion même de services publics a évolué avec cette libéralisation.
- d. Remise en cause de l'importance de l'Etat → motifs idéologiques et financiers : même les gouvernements qui n'étaient pas dans une idéologie libérale on cherché des nouveaux moyens de résoudre les problèmes financiers → plus grande collaboration avec le secteur privé.
- e. Remise en cause du fonctionnement de l'Etat → NPM, modes d'actions, exigences écologiques.
- f. Décalage espace institutionnel et espace pertinent de l'action étatique : l'espace étatique a bougé sur des critères ethnique et historiques en Europe de l'Est. En Europe de l'Ouest l'espace étatique a très peu changé.

I. Les grandes tendances

1. **NGP – NPM** : on ne se préoccupe pas assez de la qualité des services rendus. L'administration est moins efficace que l'économie privée. Il faut qu'elle imite les marchés privés.
 - les dix piliers du NPM :
 - a. Orientation clients – public : but est de satisfaire le public.

- b. Diminution des coûts et efficacité : il faut viser à l'efficacité, rapport qualité-prix.
 - c. Direction fondée sur les prestations et non les ressources : on doit centrer sur les prestations et non les ressources
 - d. Séparation décisions stratégiques – compétences opérationnelles : chacun son rôle, le politique donne les grandes orientations, le spécialiste exécute avec sa connaissance particulière.
 - e. Séparation financier, acheteur, producteur et destinataire de la prestation
 - f. Structures similaires aux groupes de sociétés : passer par des mandats de prestations.
 - g. Mandats de prestations : concurrence.
 - h. Orientation par la concurrence
 - i. Evaluation globale des effets et de la conformité aux normes
 - j. Stimulation non monétaires et salaire au mérite.
- GMEB : gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire : mis en œuvre dans de nombreux services.
 - Nouveau modèle de gestion de l'administration fédérale (NMG) : introduction prévue le 1^{er} janvier 2016.

1. Décentralisation – dérégulation – privatisation

- Rapport du Conseil fédéral sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise) du 13 septembre 2006 :
- Rapport du Conseil fédéral sur l'annexe à l'OLOGA du 12 décembre 2008 :
- Les modèles des 4 cercles
 - 1^{er} cercle
Administration centrale et ministérielle
Direction et coordination
 - 2^{eme} cercle
Unités administratives sous mandat de prestation
Produits et groupes de produits
 - 3^{eme} cercle
Entreprises autonomes 100% Confédération
 - 4^{eme} cercle
Entreprises privées ou de droit spécial
Confédération majoritaire
- Le modèle des 4 cercles revisité
- Critères typologiques
 - Forme juridique de l'entreprise
 - Nature des tâches
 - Type de pilotage
- Les formes de privation – décentralisation
 - a. Autonomisation

- b. Privation de la relation Etat – particuliers
- c. Délégation d'autorité étatique à un privé
- d. Sous-traitance (outsourcing)
- e. Privation proprement dite (totale ou partielle)
- f. Retrait de l'Etat

j. Les nouvelles formes de collaboration

- Souples
- Soft law, accords intercantonaux
- Projets d'agglomération, PPP, CUS, etc.

k. Alternatives au modèle « prescrire et contrôler »

- « Ambiance contractuelle » et orientation
 - a. Soft law
 - b. Droit négocié
 - c. Contrats proprement dits
 - d. Incitateurs économiques
 - e. Normativité par les principes
 - f. Médiation

CONCLUSION :

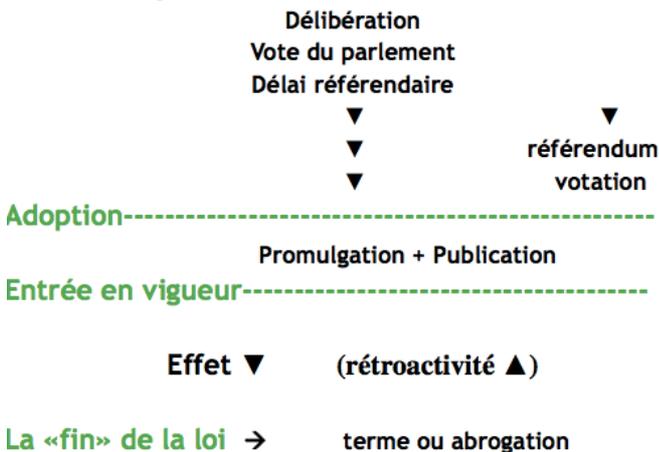
- Assouplissement du principe de la légalité
- Développement de la contractualisation
- Nouveaux moyens de contrôle
- Procédures complexes de participation
- Risques :
 - Réformes cosmétiques
 - Déficit démocratique

Séance 4 : L'applicabilité et l'interprétation du droit administratif (lecture de §5).

I. La « vie » de la loi

1. Les étapes

1. Les étapes



Au niveau du referendum il faut qu'il y ait une majorité acceptante. Dans ce cas la, le processus de formation de la loi est terminé. A ce moment la doivent intervenir 2 demarches :

- la promulgation (acte par lequel l'exécutif constate en quelque sorte que le processus législatif est complet, que la loi est formellement parfaite et adoptée). D'un point de vue logique on pourrait se passer d'un acte de promulgation mais c'est un acte utile en matière de publicité : il y a une manifestation du fait que la loi a été adoptée. Dans certains pays, la promulgation peut avoir une portée plus importante (par ex aux USA, le Président peut opposer son veto à une loi qui reviendra au Parlement ou alors l'adopter).
- Entrée en vigueur (moment où il faut considérer que la loi s'impose aux autorités et aux administrés, qu'elle fait partie du droit positif). Une loi peut être parfaite sans être encore en vigueur : on aurait pu prévoir qu'elle aurait des effets obligatoires que dans un moment fixé dans l'avenir.

Effets de la loi lorsqu'elle est entrée en vigueur : on peut imaginer deux types de décalages.

- Dispositions transitoires : certains effets de la loi sont repoussés, quand bien même la loi serait en vigueur.
- La loi a un effet rétroactif : au moment où elle entre en vigueur, elle modifie une situation juridique qui se trouve dans le passé.

Fin de la loi : actes normatifs qui contiennent un terme ; dans la loi elle-même il est indiqué qu'à une certaine date cette loi cesse d'être en vigueur OU alors par abrogation formelle ou matérielle.

2. L'entrée en vigueur

- Ne peut avoir lieu qu'après l'adoption et, en principe, la publication. Il faut effectivement pour ce faire que la loi soit parfaite.
- Fixée par l'acte normatif ou par le gouvernement sur délégation.
- Caractère exécutoire et entrée en vigueur, en droit genevois : quelle différence ?
- « Entrée en vigueur » avant la fin de la procédure d'adoption = effet rétroactif

Loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels : art. 14 et 14a.

A Genève, lorsqu'on promulgue une loi, elle est exécutoire. Idem dans le canton de Vaud. Il faut comprendre que quand on parle de loi exécutoire, on veut dire qu'elle est parfaite et qu'on ne revient plus dessus. On constate que cette loi a été définitivement adoptée. Mais il est possible qu'entre l'arrêté de promulgation et l'entrée en vigueur, il y a un laps de temps ou la loi est parfaite sans être exécutoire car pas encore en vigueur. Diapo d'illustration : (diapo)

D'éventuels référendaires avaient jusqu'au 27 janvier pour recueillir des signatures. Or la loi elle-même dit qu'elle entre en vigueur le 1^{er} janvier en l'absence de référendum : si à Noël personne n'a lancé de référendum, personne n'arriverait à recueillir les signatures à temps. Mais rien n'empêchait un milliardaire d'intervenir et de recueillir les signatures en 15 jours. La loi n'était constitutionnellement adoptée qu'au 27 janvier. Or, on dit qu'elle entre en vigueur le 1^{er} janvier ; en réalité une formulation de ce type exprime un effet rétroactif. On ne devrait pas dire en bonne rigueur de vocabulaire qu'elle entre en vigueur le 1^{er} janvier 2005 mais au plus tôt le 28 janvier 2005 MAIS elle a effet le 1^{er} janvier 2005.

Loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels (B 2 05)

Art. 14 Effets

1 Les lois constitutionnelles et les lois sont **exécutoires** dans tout le canton dès le lendemain de la publication de l'arrêté de promulgation.

2 En cas d'extrême urgence, un acte peut, par décision du Grand Conseil, être rendu exécutoire dès l'instant même de la publication de l'arrêté de promulgation.

Art. 14A Entrée en vigueur

Si la **date d'entrée en vigueur** de la loi constitutionnelle ou de la loi n'est pas indiquée dans l'acte lui-même ou fixée par arrêté du Conseil d'Etat, **cette date est celle où l'acte devient exécutoire en vertu de l'article 14.**

Exemple d'entrée en vigueur = effet rétroactif*Feuille fédérale 2004 p. 5141 ss*

Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)
 (Stratégie globale, compensation des risques)
 Modification du 8 octobre 2004

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
 vu le message du Conseil fédéral du 26 mai 2004,1,
 arrête:

I

La loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie est modifiée comme suit:

....

II

1 La présente loi est sujette au référendum.

2 Elle entre en vigueur, en l'absence de référendum, le 1er janvier 2005. Le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur en cas de référendum et d'acceptation de la loi par le peuple.

Date de publication: 19 octobre 2004

Délai référendaire: 27 janvier 2005

Exemple d'entrée en vigueur = effet rétroactif

Loi genevoise modifiant la loi sur l'imposition des personnes morales
 (Réforme de l'imposition des entreprises, réduction de l'impôt sur le capital) (LIPM)
 (10218) D 3 15 du 19 mars 2009

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi sur l'imposition des personnes morales, du 23 septembre 1994, est modifiée comme suit :

Art. 36A Réduction de l'impôt sur le capital

(nouveau, à insérer dans le chapitre III)

L'impôt sur le capital, calculé selon les dispositions des articles 33 à 36, est réduit du montant de l'impôt sur le bénéfice calculé selon les articles 20 à 25. La réduction ne peut toutefois excéder 8 500 F.

....

Art. 3 Entrée en vigueur

La présente loi **entre en vigueur le 1er janvier 2009**.

Le Conseil d'Etat est chargé de promulguer les présentes dans la forme et le terme prescrits.

Fait et donné à Genève, le dix-neuf mars deux mille neuf sous le sceau de la République et les signatures du président et du membre du bureau du Grand Conseil.

N.B. Loi approuvée par le peuple le 27 septembre 2009

3. L'abrogation

- Abrogation formelle ou matérielle : l'abrogation formelle c'est lorsque dans une nouvelle loi on indique expressément que la loi du tant est abrogée. Au jour d'entrée en vigueur la ou les anciennes lois font l'objet d'une abrogation formelle sont abrogées et n'existent plus (ne font plus partie du droit positif). Cela étant, dans de nombreux cas il est très difficile de faire la liste de tous les actes qui éventuellement sont contraires à un nouvel acte surtout si celui-ci est général. On peut alors se trouver dans une abrogation matérielle : le nouveau droit primera l'ancien droit. Une des difficultés est de savoir est-ce que véritablement on est en présence d'un nouveau droit qui déroge à la loi antérieure ? Ou est-ce qu'éventuellement on est dans un nouveau droit très général qui ne prétend pas abroger des règles spéciales du droit antérieur ? Quand on a une loi qui est à la fois postérieure et plus spéciale, les deux règles (ci-dessous) c'est simple. Si la loi nouvelle est plus générale que la loi ancienne il faudra se demander par le biais de différentes méthodes d'interprétation, si le sens de la

nouvelle loi est bien de déroger / primer la loi antérieure qui par hypothèse est plus spéciale. Il n'y a pas de règle de primauté entre ces deux règles. Autre difficulté : moins au niveau du droit administratif mais plus au niveau général (c'est ce qui s'est produit avec la Cst/GE), si on a un texte supérieur à une loi, la question est est-ce que la nouvelle règle est directement applicable (effet d'abrogation matérielle) ou est-ce que la nouvelle règle ne peut être appliquée que moyennant la modification de la législation (abrogation formelle) ?

- En cas d'abrogation matérielle : nécessité d'interprétation
 - Loi postérieure déroge à la loi antérieure
 - Loi spéciale déroge à la loi générale

II. L'effet rétroactif

1. La notion de rétroactivité

Il y a toute une série de situations où on peut avoir l'impression qu'il y a un effet rétroactif mais où en réalité il n'y en a pas :

- Rétroactivité improprement dite (ressentie mais pas juridique) :
 - nouvelles conséquences pour le futur de faits intervenus dans le passé ou de situation durable
 - nouvelle réglementation pour le futur d'une situation durable

Exemples : cas où on veut pour l'avenir renforcer les conditions d'accès à certaines professions, qui n'étaient pas soumises à des conditions d'accès (ou très laxistes). On décide qu'il faudra par ex avoir un casier judiciaire vierge. Si on met cette condition il est possible que des faits qui se sont produits dans le passé (condamnations pénales intervenues avant l'entrée en vigueur) aient des effets (alors qu'elles n'en avaient pas avant) sur des faits futurs (en l'espèce l'accès à la profession). Il n'y a pas de rétroactivité ici. Le cas le plus typique est celui des situations durables : par exemple occupation d'un logement. On occupe un logement subventionné et suivant l'évolution on doit payer une surtaxe. Il est possible que la législation change et que pour l'avenir les conditions d'occupation du logement soient modifiées, quand bien même on est entré dans le logement avant l'entrée en vigueur de ladite loi. On peut imaginer qu'un immeuble qui a été classé ou mis à l'inventaire (modalité de protection prévue par les lois sur la protection des monuments) : à un moment donné la loi se modifie et pour pouvoir modifier qqch sur un immeuble classé il faudra un préavis d'une commission spécialisée. On ne modifie pas l'acte de classement mais pour l'avenir on lui lie de nouvelles conséquences.

Il est difficile de distinguer certains cas de rétroactivité improprement dite : par exemple lorsqu'on touche à l'exercice d'une profession. Est-ce qu'on est en train de modifier une situation initiale ou les conditions d'exercice pour l'avenir ? On dira en principe qu'il n'y a pas de rétroactivité dans ce cas. Mais si on dit par exemple que les suisses naturalisés n'ont plus le droit de vote, on ne pourra pas dire « vous êtes toujours naturalisés mais on vous retire le passeport et le droit de vote, mais seulement pour l'avenir » : en l'espèce il y aurait bien un effet rétroactif.

- **Rétroactivité :**
 - conséquences juridiques nouvelles pour des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Un fait s'est produit dans le passé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il a eu ses conséquences juridiques et on revient dans le passé pour modifier des conséquences juridiques déjà intervenues. La il s'agit véritablement d'une rétroactivité, typiquement si on modifie des impôts ou la dette fiscale avait déjà été créée / avait déjà intervenu dans le passé. Exemple (loi sur l'imposition des personnes physiques) :

Exemple de rétroactivité

Loi (8756) modifiant la loi sur l'imposition des personnes physiques (LIPP-V) Détermination du revenu net - Calcul de l'impôt et rabais d'impôt - Compensation des effets de la progression à froid (D 3 16)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève décrète ce qui suit :

Art. 1

La loi sur l'imposition des personnes physiques (LIPP-V) Détermination du revenu net - Calcul de l'impôt et rabais d'impôt - Compensation des effets de la progression à froid, du 22 septembre 2000, est modifiée comme suit :

....

Art. 3 Entrée en vigueur

La présente loi **entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'Avis Officielle. Elle déploie ses effets dès l'année fiscale 2001.**

Art. 4 Vote populaire

Le vote populaire prévu par l'article 53A de la Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847, est fixé **au 27 octobre 2002** en dérogation à l'article 19, al. 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982.

Art. 5 Clause d'urgence

L'urgence est déclarée pour l'article 4 souligné.

2. Les conditions de la rétroactivité : une loi ne doit normalement pas être rétroactive. Néanmoins dans certaines circonstances on considère qu'une exception au principe de non-rétroactivité existe :

- Base légale
 - Limitée dans le temps (ce qui doit être limité c'est la rétroactivité et non pas la durée de vie de la loi, quelques semaines, quelques mois éventuellement. Une rétroactivité de plusieurs années est exclue et de plusieurs mois suivant le contexte aussi).
 - Pas d'inégalités choquantes (on parle du fait que la loi qui est rétroactive crée des inégalités).
 - Motifs pertinents (les motifs purement fiscaux par exemple ne sont pas considérés comme pertinents SAUF si il y a péril en la demeure, véritablement situation absolument dramatique ou l'état est au bord de la faillite, mais donc certainement pas un simple déficit).
 - Pas d'atteinte à un droit acquis (donc ces droits particuliers qui bénéficient d'une protection plus grande, créés par une promesse expresse qu'on ne toucherait pas à une situation). Le fait qu'on se soit inscrit dans une formation ne nous donne pas un droit acquis à ce qu'on termine ladite formation.
- Plus souple en pratique si la rétroactivité avantage les administrés.

III. L'effet anticipé : terme un peu inexacte. En réalité c'est :

- Mesure provisionnelle fondée sur le droit actuel
- Ou véritable effet anticipé du droit futur
- Toujours une base légale dans le droit actuel

Essentiellement en droit des constructions. Mais dans tous les cas il faut une base légale dans le droit actuel. Exclu qu'une loi future comporte elle même son effet anticipé.

IV. La détermination

1. Le principe

- Application du nouveau droit pour les nouvelles situations apparues après son entrée en vigueur. Toute situation apparue avant la situation = ancien droit. Après la situation = nouveau droit.
 - quelle est la situation déterminante ?
- Le droit intertemporel (dispositions transitoires) peut prévoir des exceptions : par exemple les situations intervenues encore pendant X temps seront régies par l'ancien droit.

2. Le cas des sanctions

- On applique le droit du moment où l'infraction a été commise.
 - situation déterminante = infraction et non prononcé de la sanction
- Sauf si nouveau droit plus favorable (lex mitior). On applique alors le droit au moment de la sanction (si on a allégé le droit pénal).

3. Le changement de loi en cours de procédure

- Règle de procédure
 - en principe applicables immédiatement. C'est le principe SAUF pour la question des autorités compétentes déjà saisies (cf infra).
 - autorités déjà saisies : restent compétentes sauf si elles sont abolies
 - règles expresses contraires : 81 PA, 92 LPA/GE, prévoient l'application de l'ancien droit
- Droit de fond applicable aux autorisations (cf diapo ci-dessous) : une autorisation sert à vérifier si un projet au moment où on l'examine est conforme au droit. Si il a changé entre la requête et le moment de l'autorisation, on va appliquer l'ancien droit. C'est au moment où on statue ou on applique le droit en vigueur. Mais si l'administration a de mauvaise foi retardé la décision pour pouvoir appliquer le nouveau droit, on appliquera quand même l'ancien droit SAUF si intérêt public prépondérant à appliquer quand même le nouveau

droit. Si le droit change après la décision, l'autorité de recours doit vérifier si l'autorité de décision a correctement fait son travail, doit donc appliquer l'ancien droit, de nouveau sauf si un intérêt public prépondérant veut qu'on applique le nouveau droit ou alors si le nouveau droit est plus favorable au recourant. Exception à cette exception : si droits des tiers en cause, alors on sera obligé de casser cette décision.

3. Changement de loi en cours de procédure

Droit applicable aux autorisations

▲ = ancien droit ▼ = nouveau droit

requête

.....entrée en vigueur du nouveau droit.....

décision sur autorisation ▼

bonne foi ▲

intérêt public ▼

.....entrée en vigueur du nouveau droit.....

Recours ▲

intérêt public ▼

nouveau droit + favorable ▼

droits des tiers ▲

Séance 5 : Le principe de la légalité (lecture de §6).

I. Les enjeux

- L'ouverture de la loi et la densité normative : par différentes techniques et dans de très nombreux cas le texte légal laisse une certaine marge de manœuvre à l'applicateur de la loi et une des questions importantes est de savoir qui en est le titulaire.
- Les formes du pouvoir d'appréciation : Fondamentalement deux grandes techniques qui peuvent créer le pouvoir d'appréciation : d'une part lorsque la loi expressement accorde à l'applicateur de la loi / l'administration une possibilité de choix et puis la deuxième c'est l'emploi de notions juridiques indéterminées (ie terme ou expression qui peut être interprétée de plusieurs manières. Ces deux techniques peuvent se combiner dans la même disposition (ce n'est pas rare). A partir du moment où on constate que la loi laisse une certaine marge d'indétermination, la question se pose de savoir qui bénéficie de cette ouverture.
- A qui revient le pouvoir d'appréciation ? Il est créé par le fait que la loi laisse le choix entre différentes solutions. Est-ce l'administration ou le juge ? En droit privé et un peu en droit pénal (encore que la densité normative en droit pénal est en général toujours très forte), c'est nécessairement au juge que ce pouvoir revient. C'est le seul qui est amené à trancher de manière impérative. Les parties peuvent se mettre d'accord mais là on ne tranche pas de manière autoritaire. Dans le domaine de l'administration on a deux acteurs différents : l'applicateur primaire et le surveillant (juge qui est là pour contrôler). Il en résulte qu'en droit administratif c'est l'administration qui en bénéficie. Quelle est la sphère de choix / le champ des possibles dans lesquels le juge va laisser l'administration agir sans se substituer à elle. Ce n'est pas une problématique qu'on trouve p. ex en droit privé ou en droit pénal. Dès lors qu'il existe un pouvoir d'appréciation, se pose la question de son bon usage.
- Le bon usage du pouvoir d'appréciation : il y a d'abord une problématique d'encadrement. L'administration ne peut pas choisir selon son bon plaisir (encadrement selon les droits constitutionnels) + définition du pouvoir résiduel, comment le dernier choix se fait (on dit qu'il se fait en opportunité). Définition de « l'opportunité » controversée.
- La question du contrôle
- L'opportunité

On dira qu'il y a une liberté d'appréciation lorsque la loi donne le choix entre plusieurs solutions conformes au droit. Un des premiers choix évidents est lorsque on prévoit que l'autorité peut agir dans un certain sens, ce qui signifie qu'elle peut ne pas le faire. Ce sont les décisions potestatives. Exemple 1 : art. 29 LAT : « La Confédération peut (...) ». C'est une permission et non une obligation. Dans certains cas, il peut arriver que le terme « peut » soit trompeur. C'est un indice en faveur d'un pouvoir d'appréciation mais parfois en réalité il n'y en a pas, soit que l'interprétation globale de la disposition il faut comprendre ce terme comme « doit » ou alors il peut arriver que nonobstant le fait que la loi dise « peut », les circonstances du cas et l'encadrement par les principes

constitutionnels peuvent nous faire aboutir que finalement il n'y a qu'une seule solution envisageable.

II. Le pouvoir d'appréciation

Solution plus complexe, lorsque la loi donne un « menu » de solution. Exemple art. 137 LCI/GE : « Est passible d'amende administrative de 100 CHF à 150000 CHF (...) ». Choix d'infliger amende + choix du montant de l'amende. Evidemment, contrairement à ce qui est parfois dit, c'est l'expression discretionnaire. Parfois on parle d'administration discretionnaire ou libre : on utilise peu ces autorités aujourd'hui car elle est en réalité peu libre. Elle n'a pas vraiment le choix dans le montant de l'amende.

III. La latitude de jugement

La loi comporte des notions juridiques indéterminées dont l'interprétation laisse une marge de manœuvre. Exemple : art. 3 al.2 let. c LB : « (...) les personnes chargées d'administrer et gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable ». P. ex qu'est-ce que présenter toutes les garanties ? On peut refuser l'autorisation à tout le monde : on est jamais sûr à 100% que la personne va appliquer la loi, aura une activité irréprochable, etc. Est-ce 99,9% ? Est-ce 95% ? Et une activité irréprochable, qu'est-ce ? Mériter un prix Nobel ? Simplement ne pas commettre d'infraction ? Ou faut-il placer la limite et quel est le niveau d'exigence ? Il y a sur ces aspects une marge de manœuvre pour l'autorité. Cependant l'autorité n'est pas totalement libre dans son interprétation : elle devra tenir compte des principes constitutionnels (p.ex à la tête du client qui viole l'égalité de traitement). Dans la théorie tout à fait classique, on dit que l'interprétation de ces notions est fondamentalement une opération juridique, donc le juge doit pouvoir contrôler l'interprétation de la loi, ce qu'il fait. On doit pouvoir vérifier si l'autorité s'est trompée ou pas. Mais selon une JP constante, le juge s'impose une certaine retenue lorsqu'il contrôle l'interprétation de notions juridiques indéterminées face à des notions techniques, des questions locales que l'autorité de base connaît mieux et puis plus largement, le TF dit que le juge doit s'imposer une certaine retenue en contrôlant « *lorsqu'il résulte de l'interprétation de la loi que le législateur a voulu conférer par l'utilisation de notions juridiques indéterminées à l'autorité de décision une marge de manœuvre que le juge doit respecter* ». Ce n'est pas une sorte de choix personnel du juge : lorsqu'il fait preuve de retenue, il ne fait que respecter la loi. Il ne faut pas avoir en tête le terme de retenue car il induit souvent en erreur.

IV. L'approche dualiste classique

Pouvoir d'appréciation = liberté d'appréciation. Il s'agit d'un synonyme.

En cas de latitude de jugement :

- Question de droit
- Mais « retenue » du juge

Opportunité seulement si liberté d'appréciation.

V. Approche unitaire du pouvoir d'appréciation

Remarque : T.T. est pour cette approche.

Question centrale : l'autorité dispose-t-elle d'un espace de liberté conféré par le législateur et que le juge doit respecter ?

Pouvoir d'appréciation = marge de manœuvre résultant de la liberté d'appréciation ou de la latitude de jugement.

Opportunité = champ d'exercice du pouvoir d'appréciation dans les deux situations (miroir du pouvoir d'appréciation). Dans l'hypothèse où toutes les solutions sont conformes au droit.

VI. Arguments pour l'approche unitaire

- Distinction pas retenue par la JP
- Distinction pas imposée par art. 49 PA : « Dans les motifs de recours le recourant peut invoquer (...) ». On distingue entre contrôle du droit et contrôle d'opportunité. Dans le contrôle du droit on parle de l'excès ou de l'abus d'appréciation. Mais on n'est pas dans deux choses différentes. L'autorité doit respecter les principes cst et même si on décide d'appeler la liberté « pouvoir d'appréciation » on peut appliquer 49 PA en disant que l'autorité avait une certaine marge de manœuvre mais elle a fait un mauvais usage en choisissant une solution pas proportionnelle.
- Liberté de l'autorité de même nature qu'elle ait son origine dans l'énoncé des faits et ou dans celui des conséquences juridiques qui figurent dans la norme « ouverte »
- Approche unitaire plus simple et plus proche de la réalité de la pratique.

Remarque : si on limite le terme de liberté d'appréciation à quelques cas et que la loi impose un contrôle, ce contrôle ne pourrait pas se faire dans le cas d'une latitude de jugement selon la doctrine, ce qui est paradoxal (conséquence pratique).

VII. Le bon usage du pouvoir d'appréciation

- Compensation d'une plus faible densité normative (donc d'un large pouvoir d'appréciation).
 - Cadre posé par les principes constitutionnels
 - Garanties procédurales
 - La JP dit qu'il est d'autant plus important de savoir ce que l'administré pense sachant qu'il y a un choix. Le respect des principes doit se faire dans les choix ouverts par la loi que dans l'interprétation des notions.
- Respect des principes constitutionnels
 - Dans le choix des solutions ouvert par la loi
 - Dans l'interprétation des notions juridiques indéterminées
- Importance de la pratique administrative, qu'elle soit codifiée ou que cela soit simplement une succession de décisions : c'est à partir de la pratique le principe d'égalité de traitement se concrétise.
- Excès positif du pouvoir d'appréciation
 - choisir une mesure non prévue par la loi (sortie du cadre légal)

- = violation directe de la légalité
- Excès négatif du pouvoir d'appréciation
 - refus d'exercer ce pouvoir (la loi nous donne le choix et l'autorité dit d'emblée qu'elle se limite à deux solutions seulement entre 4 ou 5. Lorsqu'on nous donne le choix, c'est un mandat. L'autorité qui s'y refuse viole la loi).
 - solutions trop schématiques
- Abus du pouvoir d'appréciation
 - Violation des principes cst dans le cadre fixé par la loi

Exemple : art. 137 LCI. Choix initial entre 100 CHF et 150'000 CHF. Supposons que vu le cas en question le max admissible en vertu de la proportionnalité est 10'000 CHF, l'autorité ne pourra pas la dépasser. Admettons que dans des cas du même type elle n'a jamais mis plus de 5000 CHF d'amende. Le principe d'égalité réduit donc ce choix. Choix final « en opportunité » est réduit entre 100 CHF et 5000 CHF (avis du prof, un autre est d'avis que le choix est différent, il y a un degré dans le choix, p. ex entre 4000 CHF et 5000 CHF vu les circonstances, etc).

VIII. Opportunité

- La marge de manœuvre qui subsiste quand la loi et les principes cst ont été respectés.
- Fondamentalement de nature (micro-)politique
- Le plus intelligent, le plus judicieux
- L'espace de liberté de l'administration que le juge doit respecter

IX. Contrôle judiciaire

- Légitime pour le contrôle du bon usage du pouvoir d'appréciation
- Sanction de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation
- Contraire à la mission fondamentale du juge en ce qui concerne l'opportunité
- Exception malheureuse du TAF
- Réticence des tribunaux à exercer le contrôle de l'opportunité : vers un « super » pouvoir d'appréciation.

Séance 6 : Les autres principes constitutionnels régissant le droit administratif (lecture de §7).

I. Introduction

- Les principes jouent un rôle dans la vérification de la validité des règles de droit : celles-ci doivent être conformes aux principes constitutionnels. Validité des règles de droit. On examine la norme sous l'angle du principe de la légalité ; mais les normes doivent également respecter d'autres principes, tels l'égalité de traitement, le principe de proportionnalité, etc.
- Ils jouent aussi un rôle dans l'application du droit administratif : le pouvoir d'appréciation des autorités administratives doit respecter les principes constitutionnels. Lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation (qu'il résulte de la loi au sens strict ou de notions juridiques indéterminées), l'autorité voit ce pouvoir encadré par des principes. Cela permet une application conforme au droit des règles de droit administratif.
- Le strict respect de la légalité peut aussi être nuancé (voire mise en échec) par l'application des autres principes, qui sont de rang égal, à savoir constitutionnel. Il ne faut pas voir ici une contradiction dans le système juridique : ces principes sont de même niveau constitutionnel (la légalité et la proportionnalité, la bonne foi, etc) ; et donc il s'agit d'en faire une application harmonisée, coordonnée. Il s'agit de voir comment ces différents principes peuvent s'articuler en principe : situations dans lesquelles on doit déterminer où est-ce que la balance doit pencher.
- Ce sont ces deux derniers points qui sont examinés ici.

II. Trois types de rapports

Légalité vs/et

- ⇒ intérêt public
- ⇒ proportionnalité
- ⇒ égalité de traitement
- ⇒ bonne foi
- ⇒ interdiction de l'arbitraire

- Intégration des différents principes dans celui de la légalité. C'est la situation dans laquelle les choses sont fondamentalement les plus simples.
 - Rapport de complémentarité
 - Ou un rapport d'opposition
- Il est possible d'avoir plusieurs rapports en même temps de différents principes.

III. Intégration

- On peut remarquer que dans nombreuses dispositions légales, la loi exprime, dans son texte, les principes d'intérêt public, proportionnalité, bonne foi, etc... Le législateur lui même a déjà tenu compte de ces principes et les a incorporé dans le texte de la loi elle même.
- Dès lors dans des cas de ce genre, la violation des principes est alors aussi une violation de la loi.
- On peut donc traiter la questions sous l'angle de la légalité ou sous celui du principe en cause
- Il est important d'être clair et explicite

P.ex : même si on a la notion explicite de proportionnalité que ce principe est respecté dans toute sa portée : il est possible que le législateur n'ait pas pensé à tout.

Exemple 1 : intérêt public et proportionnalité ; Art. 69 LRDBH/GE, Fermeture pour cause de perturbation de l'ordre public ; le législateur a dit que la perturbation doit être grave. Donc une perturbation réelle mais qui n'est pas grave ne justifie pas la fermeture, il faudra prendre d'autres mesures. Le mot « grave » ici exprime le principe de proportionnalité et c'est l'ordre public qui doit être remis en cause (ce n'est pas n'importe quel intérêt public, p.ex financier, esthétique, architectural, etc ce n'est pas encore l'ordre public qui a été troublé). + « si les circonstances le justifient » se rattache aussi fondamentalement au principe de proportionnalité. L'al.2 renferme de nouveau les deux idées.

Exemple 2 : proportionnalité, art. 137, amendes ; il y a deux manières d'intégrer le principe dans la loi, c'est de jouer directement dans la loi sur le tarif. Le montant de l'amende est en principe max de 150'000 CHF. Si la seule faute de l'intéressé c'est de ne pas avoir demandé d'autorisation et si il en avait demandé une il l'aurait eu, le législateur diminue sensiblement le montant. Si l'autorité inflige 30'000 d'amende c'est non seulement le principe qui est violé mais aussi la lettre de la loi (al.2). Pour l'al.3 : pas spécialement nécessaire de le marquer car le principe de proportionnalité l'exige de toute façon. Quid des circonstances aggravantes ? On en a de très générales, assez évidentes ; le législateur a érigé en circonstances aggravantes quelque chose qui est une infraction en réalité ; a priori il faut comprendre que concrètement ces circonstances là doivent être considérées comme grave.

Exemple 3 : bonne foi, art. 47 LPA/GE ; l'intégration de la bonne foi se fait un peu différemment. C'est des dispositions en elle-mêmes dont le mécanisme est une expression du principe de la bonne foi, moins que celle-ci ne soit prévue comme une modalité de la norme. Si p.ex quand on a notifié une décision on a dit quelque chose de faux sans pouvoir exiger des parties qu'elles se rendent compte immédiatement de l'erreur, les parties pourront se fier à ce qu'on leur a dit (p.ex délai de recours plus long que celui qu'on lui a indiqué ou une autre adresse de recours que la bonne adresse).

Art. 28 PA : cas où on peut refuser aux parties la consultation de certaines pièces, qui contiennent des données personnelles sur des tiers ou des secrets d'affaires ou des éléments importants pour la sécurité de l'état dont la révélation serait préjudiciable. Mais la loi exige qu'on ne puisse pas utiliser lesdites pièces au préjudice de l'intéressé sans l'avoir au moins informé du contenu dans les grandes lignes et que l'intéressé ait eu l'opportunité de s'exprimer à leurs sujets.

IV. Complément

Intérêt public, proportionnalité, égalité :

- Jouent comme directives pour l'exercice du pouvoir d'appréciation : le pouvoir est encadré par des principes qui complètent la loi. La loi ne dit pas tout le droit, les principes constitutionnels le complètent.
- Interviennent dans les pesées des intérêts : situation particulière où la loi prévoit elle-même une pesée des intérêts. On est pas ici dans un mécanisme conditionnel classique avec prémisse juridique, état de fait, conclusion ; on a quelque chose de plus complexe, pour arriver à la conclusion il faudra encore faire intervenir une pesée des intérêts / l'intérêt public dans le raisonnement pour arriver à la conclusion.
 - p. ex art. 9 LPD, 26 LIPAD, 24 let. b LAT, etc.
- Particulièrement utiles lorsque la densité normative est faible ; plus la densité est faible plus les principes vont gagner en importance. Notamment p.ex dans le domaine de la gestion du personnel de l'état ou de la gestion d'une école ; dans tous ces domaines où la loi ne peut pas entrer dans tous les détails, l'autorité doit être investie de pouvoir assez large / souple mais alors les principes constitutionnels sont au premier plan, car ils sont alors le seul rempart contre notamment l'arbitraire de l'autorité.
- Appliqués pour rétroactivité, application immédiate du nouveau droit, révocation, changement de pratique. La rétroactivité doit être limitée dans le temps, c'est un problème de proportionnalité. Elle doit être justifiée par un intérêt public suffisant (pas n'importe lequel, p.ex financier sauf péril en la demeure ne le justifie pas). Fondamentalement l'interdiction de la rétroactivité est liée à la bonne foi ; on ne peut pas imposer un comportement par une norme qui ne commence à exister que postérieurement à notre comportement. La question de l'application immédiate du nouveau droit ; problème de proportionnalité. Révocation d'une décision en force : exige une pesée des intérêts, donc fondamentalement c'est le principe de proportionnalité mais en lien avec l'intérêt public. Changement de pratique : problème d'égalité de traitement, donc nouvelle intervention de la pesée des intérêts.

Bonne foi :

- Principe de la confiance pour interprétation des décisions et des contrats ; c'est à dire selon le sens que de bonne foi l'intéressé pouvait lui donner étant précisé pour les contrats. On part du principe que normalement les parties ne peuvent pas avoir voulu violer la loi.

V. Opposition

A. La légalité peut céder le pas dans certaines circonstances, notamment :

- Bonne foi en cas de renseignement erroné
- Egalité dans l'illégalité

- Proportionnalité des mesures visant à rétablir une situation conforme au droit
- Abus de droit

B. Bonne foi en cas de renseignement erroné

- Prime la légalité si :
 - Situation concrète et personne déterminée
 - Autorité compétente ou censée l'être
 - Erreur pas immédiatement apparente
 - Dispositions prises impossibles à modifier sans préjudice
 - Législation non modifiée entre promesse et invocation du principe
- Mais légalité prime si :
 - Intérêt public ou privé prépondérant l'exige

Ici on parle d'un renseignement ou d'une promesse erronée. Ce qu'on a dit n'est pas conforme à la loi ; on ne peut pas respecter la promesse SAUF si certaines conditions sont remplies, par lesquelles la bonne foi prime. Il faut que l'autorité qui a donné le renseignement soit compétente ou censée l'être, il faut que l'erreur ne soit pas immédiatement apparente (p.ex pour un juriste il ne peut pas de bonne foi prétendre avoir cru à la promesse), il faut qu'on ait pris des dispositions impossibles à modifier sans préjudice (si pas de conséquences il ne pourra pas exiger qu'on s'écarte de la légalité). L'illégalité doit exister dès l'origine. P.ex si c'est juste parce que la loi a changé, chacun doit tenir compte de ce fait.

C. Egalité dans l'illégalité

- Si situation identique à celle d'un tiers dans l'illégalité
 - pas de droit au même traitement illégal. Quand on a une situation identique illégale d'un tiers et on demande à être ainsi légalement traité illégalement, on ne peut en principe pas le demander.
- Sauf si
 - l'autorité a une pratique illégale établie.
 - et n'entend pas revenir à une pratique légale
 - alors droit au traitement illégal
- A moins que
 - un intérêt public ou privé prépondérant n'exige que la loi soit appliquée strictement

A ne pas confondre avec égalité dans la légalité : si dans le cadre d'une liberté d'appréciation on a toujours traité une situation de la même manière alors on peut continuer de le faire dans la légalité.

D. Proportionnalité

- Rétablissement d'une situation conforme au droit
 - La stricte légalité l'exigerait
 - L'effet serait disproportionné pour le perturbateur

P. ex une construction errigée totalement illégalement dans un endroit dangereux on exigera qu'elle soit démolie. Mais si il n'y a que quelques centimètres qui manquent, qui n'arrivent juste pas a la taille qu'il faut selon al disposition légale, on ne va pas demander la démolition.

E. Abus de droit (bonne foi) :

- Droit apparent d'un administré
 - Mais contraire à sa finalité
 - Ou « fraude à la loi » (p.ex « mariages blancs », exemple typique, en vue d'obtenir une autorisation de séjour).

- Comportement abusif de l'autorité
 - P.ex retard volontaire à statuer.

VI. Opposition + Complément

- Droit applicable a une autorisation : normalement au moment où on statue. Cela correspond aussi a l'interet public. Exception au principe : is l'autorité a tardé a statuer alors la bonne foi peut obliger a ce que la décision soit conforme au droit au moment de la requête.
 - ⇒ Droit au moment de la décision sur autorisation
(*légalité stricte et intérêt public*)

 - ⇒ Sauf si autorité tarde à statuer
(*bonne foi en opposition à la légalité*)

 - ⇒ Sauf si intérêt public préponderant
(*intérêt public en complément de légalité et en opposition à bonne foi*)

Séance 7 : Les rapports entre l'administration et les autres organes de l'Etat (lecture de §8).

I. Introduction

- Cadre général de la séparation des pouvoirs
- Rapports entre administration et justice
- Mais aussi rapports entre différentes entités administratives (c-à-d circulation des informations au sein de l'entraide administrative)

Quatres situations à étudier :

- Les compétences parallèles
- Les questions préjudicielles
- Le contrôle préjudiciel des décisions
- L'entraide administrative

II. Les compétences parallèles

- Mêmes faits traités sous des angles différents. Le cas échéant par le biais d'autorités, de législations, de mécanismes différents. On peut imaginer qu'on a parallèlement :
- Logique administrative et pénale qui entrent en ligne de compte. Typiquement lorsqu'on a :
 - ⇒ p.ex mesure administrative, pour rétablir une situation conforme au droit ou protéger l'ordre public, intervention qui peut avoir un caractère de sanction : disciplinaire et sanction pénale. Il peut arriver que ces interventions administratives qui visent à empêcher ou même sanctionner des comportements soient menées en parallèle avec le pénal. Exemple classique : LCR.
- On peut aussi avoir en parallèle une logique administrative et civile
 - ⇒ p.ex mesure administrative et action civile en responsabilité (médecins, avocats) ; un avocat p.ex qui commet une faute professionnelle peut être poursuivi disciplinairement (p.ex par une commission qui peut aller jusqu'à suspendre son droit d'exercer sa profession) mais aussi poursuivis par ses clients sur la base d'un contrat de mandat pour demander la réparation de leur dommage directement à l'avocat.
 - ⇒ p.ex réglementation administrative du logement social et droit de bail
- Principe de l'indépendance réciproque : Puisqu'il y a trois logiques / trois buts différents, alors il y a des procédures indépendantes. Exemple frappant : fonctionnaires. Un fonctionnaire est accusé p.ex de certaines malversations, est jugé pénalement. On peut imaginer que dans le cadre de la procédure le fonctionnaire soit acquitté, cependant son comportement est jugé inadéquat par son employeur et ledit fonctionnaire finit par perdre sa place même si ledit comportement n'était pas pénalement répréhensible.
- Mais éviter les contradictions / incohérences, fait développé par la JP. Certaines contradictions sont tout de même admissibles, p.ex le fait que certaines autorités voient la

situation d'un œil différent. Ce qui est choquant est le problème des faits : notamment lorsqu'une autorité dise que tel fait s'est passé et qu'une autre autorité différente dise le contraire. Constatations différentes et non appréciations différentes

- Autorité administrative liée par faits constatés par l'autorité pénale sauf lacune ou erreur : C'est pourquoi la JP a développé notamment dans le domaine de la circulation routière que l'autorité administrative est liée par les faits constatés par l'autorité pénale sauf si l'autorité pénale n'a pas suffisamment instruit / a fait une instruction sommaire / a manqué quelque chose d'essentiel qu'elle aurait du voir. P.ex de nouvelles pièces qui surgissent, des témoins qui s'annoncent en cours de procédure. Le fait est qu'on ne s'écarte pas sans raisons de l'instruction de l'autorité pénale, sauf si la première est lacunaire et qu'on s'en rend compte dans la deuxième ; il est préférable d'avoir une contradiction que d'avoir une double-erreur.
- Pas liée par les interprétations juridiques que l'autorité pénale aura faite : c'est évident dans la mesure où il y a des dispositions différentes si il s'agit de lois différentes. Mais même si c'est la même loi, l'interprétation juridique peut être interprétée différemment (surtout si ce sont des notions juridiques indéterminées). Rien de choquant ici.
- Mise en œuvre du principe : en principe suspension de la procédure administrative en attente du pénal. Pas toujours possible pour différentes raisons : on ne sait pas nécessairement si il y a eu une procédure ; pour des raisons de sécurité et de bon fonctionnement de service on doit prendre d'ores et déjà certaines mesures, p.ex provisionnelles au minimum en attendant l'enquête ; etc.

III. Les questions préjudicielles

- Une question 1 est de la compétence A (qui n'a pas encore statué ou ne statuera jamais parce que personne ne lui a demandé)
- La question 1 (préjudicielle) doit être tranchée pour répondre logiquement à la question 2
- La question 2 est de la compétence de B (autorité administrative)

Est-ce que l'autorité administrative, qui pour pouvoir faire son travail, doit trancher une question 1 ? Est-ce qu'elle peut le faire ? Est-ce qu'elle doit attendre que A statue ? Doit-elle provoquer une décision de A ?

- B peut répondre à la question 1
- B peut attendre que A statue, mais n'y est pas obligée (parfois pas possible d'attendre)
- Première restriction du pouvoir de B : B doit suivre la JP de A si elle est bien établie
- Deuxième restriction du pouvoir de B : La réponse de B n'a pas autorité de chose jugée (ne lie pas A lorsque et si elle doit statuer)

Exemple : assureur social, pour accorder l'assurance doit déterminer le statut matrimonial de quelqu'un, qui est discuté parce que p.ex il a été contracté à l'étranger et qu'il n'apparaît pas avec évidence si ladite personne est mariée ou pas. L'assureur peut-il trancher cette question ? Oui, car de manière générale, l'autorité administrative peut le faire et parfois même elle doit le faire. Ceci même si l'autorité est face à une question préjudicielle qui n'est pas de sa compétence.

IV. Le contrôle préjudiciel

- Une décision 1 rendue par A est en force (donc A a statué, la décision est en force et ne peut plus être attaquée).
- La décision 1 est déterminante pour prendre une décision 2 de la compétence de B
- B ne peut contrôler la validité de la décision 1
- Cela vaut pour les décisions d'autorités judiciaires, mais aussi pour les décisions administratives. Principe général selon lequel les décisions entrées en force ne peuvent pas être contrôlées préjudiciellement à l'occasion d'une autre décision qui l'applique / qui en tire les conséquences.
- Sauf droit inalienable ou imprescriptible (p.ex liberté personnelle) ou nullité (décision tellement viciée qu'elle n'existe pas) ou révocation (l'autorité décide de revenir sur sa propre décision et décide de la révoquer / réexamen de ladite décision).
- Cas particulier : quid du contrôle préjudiciel de la décision dont la violation contrevient à 292 CP ? Disposition qui reprime le non-respect d'une décision prise par l'autorité. Pour que cet article puisse s'appliquer il faut que la menace de son application ait été expressement adjointe à la décision (on nous ordonne de faire telle chose sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP, p.ex on ordonne à un médecin de remettre une pièce au Tribunal avec risque d'être poursuivi par 292 CP). Comme il s'agit d'une sanction pénale, on considère que la pénalisation d'une activité et qqch de grave, la JP a nuancé ce cas en fonctions de 3 situations :
 - Non si juridiction administrative a été saisie à l'époque et que la décision avait été confirmée ; il pourrait y avoir un contrôle et il est clair que le tribunal pénal ne va pas y rajouter son propre contrôle.
 - Oui seulement pour arbitraire si recours était possible mais n'a pas été formé ; là un contrôle préjudiciel pourra être fait mais seulement pour arbitraire. Il faudra que la violation de la loi soit vraiment grave. C'est la nuance essentielle parmi les trois.
 - Oui, si aucun recours n'était pas possible ; normal qu'on puisse contrôler (pour la première fois) dans le cadre de l'application de 292 CP si la décision de base avait été conforme au droit.

V. L'entraide administrative

- Communication d'informations d'une autorité à une autre autorité : domaine qui pendant longtemps avait été sous-réglé, avec seulement quelques dispositions générales qui laissaient entendre que chaque fois que la communication arrivait, cela provoquait une décision contre laquelle on pouvait s'opposer. Peu respecté. Depuis une réglementation a été posée au niveau fédéral ET cantonal ; deux types.
- Cf. LPD, LIPAD, lois spéciales. La LIPAD vise à poser des principes généraux de protection. L'idée s'est que le fonctionnaire lambda derrière son ordinateur d'administration fiscale p.ex, ne peut pas en tapant notre nom savoir tout ce que l'état sait sur nous. On ne va pas connecter ensemble toutes les données. Pour que les informations circulent il faut une base légale, un besoin, le respect du principe de proportionnalité, etc. Lois spéciales qui prévoient expressement la transmission d'informations : c'est simple. Quand il n'y en a pas, c'est flou, il faut peser les intérêts. Ces questions se posent uniquement si le secret de

fonction s'oppose à cette question. Evidemment si il s'agit d'informations publiques, on ne se pose même pas la question.

- Entraide interne à une collectivité et entraide externe entre collectivités

Secret de fonction :

- Principe
 - droit du personnel (intérêt de l'Etat)
 - protection de la sphère privée ou bonne foi
- Relativisation
 - secret partagé
 - information de la hiérarchie
 - transparence
 - levée

Séance 8 : La mise en oeuvre du droit administratif. Les moyens d'action de l'Etat et la relation administrative (lecture de §9 n°663 à 716).

I. Introduction

- Inégalité des parties à la relation : la partie étatique dispose de la puissance publique, mais est contrainte par le droit. Dans une relation de droit privé, de fait principalement dans les relations contractuelles, le fondement c'est l'égalité juridique des parties. Ce n'est pas le cas en droit administratif puisque l'une des parties dispose de pouvoirs supplémentaires mais en même temps est soumise à des contraintes supplémentaires.

La loi peut lui donner le pouvoir d'imposer unilatéralement des droits ou des obligations à l'administré (la partie autre qu'étatique). Il s'agit de la relation administrative classique entre l'Etat et un particulier ou une entité privée, relation autre que celle entre différentes entités étatiques. C'est en contrepartie naturelle à ce pouvoir que l'entité étatique est contrainte par le droit.

Dans cette relation qui se crée lorsque une partie privée et une entité étatique il y a une relation de droit (p.ex le particulier des obligations ou des droits qu'il peut faire valoir vis à vis de la collectivité), ces droits ont aussi des particularités. On a beaucoup moins de symétrie ou d'équilibre des droits et d'obligations dans la relation administrative comparée à la relation de droit privé : p.ex l'obligation fiscale de payer des impôts. Autre exemple : un droit à une bourse d'étude n'est pas liée à une prestation qu'on aurait faite à l'Etat. Pas de relation entre la TVA et une prestation de l'état. Il en va cependant différemment entre d'autres impôts qu'on appelle des contributions causales, mais c'est plutôt une exception.

- Particularité des droits et obligations
 - En général unilatéralité
 - Execution en nature, car lorsqu'on doit faire quelque chose prévu par le droit administratif dans l'intérêt public, on voit bien que si on pouvait transformer ces obligations concrètes en obligations purement financières, l'intérêt public ne serait pas réalisé.
 - Droits, obligations : ces termes ne sont souvent pas très bien choisis pour la partie étatique. Cette dernière a plus des compétences dans la mesure où ils sont habilités par la loi à agir dans un certain sens. Nuance importante ; car lorsqu'on parle de droit, il est implicite qu'on peut y renoncer, tandis que l'entité étatique ne peut pas librement renoncer à ce, à quoi la loi l'habilite (p.ex revendication des impôts, l'état ne peut pas y renoncer, cette compétence doit être exercée).
- Actes juridiques et matériels : quelle frontière et quelle conséquence ? L'instrument de création de la relation juridique par excellence c'est l'acte juridique. Mais l'administration n'agit pas seulement par des actes juridiques. Elle fait concrètement toute une série de choses sans passer par des actes juridiques, elle passe par des actes matériels. Entre les deux : zone grise, les « actes informels de l'administration ».

Conséquences : dans le contexte du respect des principes constitutionnels (!), tels le principe de légalité. Ils s'étendent à tout y.c aux modalités d'action, qu'il s'agisse d'acte juridique ou d'acte matériel. D'où le problème de vérifier si l'administration les respecte.

- Importance du contrôle : donc importance de la formalisation et de la relation administrative. Comment créer un contrôle de l'activité administrative ? Il peut y avoir des contrôles de types abstraits, hors relation administrative (politiques). Le point crucial ou le droit administrative a le plus d'importance c'est le contrôle dans le cadre d'une relation administrative et pour qu'il puisse avoir lieu il faut une certaine formalisation.

II. Actes juridiques et matériels

- L'acte juridique a pour but et pour conséquence de produire un effet juridique (fonction). Juridiquement lorsque l'acte est valable, il produit l'effet, et c'est à cela qu'il sert.
- Types d'actes juridiques :
 - actes normatifs, produisant des droits et obligations de manière générale et abstraite.
 - décisions, individualisant les droits et les obligations, acte juridique central du droit administratif car individuel et concret.
 - contrats de droit administratif
 - concessions, acte mixte qui mélange à la fois des éléments de la décision et du contrat
 - plans, qui sont plutôt dans une zone intermédiaire entre la norme et la décision, qualifiée sui generis par le TF, mais en pratique plutôt assimilées à des décisions
 - Actes administratifs au sens étroit : catégorie résiduelle ; visent un effet juridique mais ne sont ni normes, ni décisions, ni contrats (ni concessions, ni plans). Procéduralement seront traités comme les actes matériels. On y mettra par exemple la définition d'un cahier des charges ou les préavis dans une procédure juridique ou encore le fait de donner un ordre à un fonctionnaire de l'administration. On ne peut pas attaquer les actes administratifs au sens étroit.
 - Traités procéduralement comme des actes matériels
- L'acte matériel est une action de l'administration qui n'a pas pour objet, pour but de produire un effet juridique : cela ne signifie pas qu'elle ne produira pas d'effet juridique, cela peut arriver mais ce sera involontaire.
 - ⇒ action strictement concrète : nettoyage, soins, intervention des pompiers, etc
 - ⇒ mesure d'organisation interne : allocation de moyens aux services de l'administration ; modalités du service public, etc. P.ex donner les horaires des TPG, les dates d'examens, etc.
 - ⇒ qualification parfois délicate, notamment pour la situation des employés de l'Etat

Les actes matériels peuvent avoir un effet juridique (p.ex responsabilité de l'Etat), mais ce n'est pas leur objet ou leur but. Exemple : Si un médecin ne respecte pas les règles et provoque une atteinte à sa santé, il est possible que la responsabilité de l'état ; l'acte du médecin n'avait pas cela pour but, c'est une conséquence.

Quid si on prend un policier ; on l'assigne à un autre service mais il reste policier ? La JP est hésitante mais dit qu'il faut considérer cette mesure plutôt comme une décision. On ne sait pas où se trouve exactement la limite ; c'est une question de degré.

- L'enjeu de la qualification d'un acte est celui du **contrôle** : la plupart des actes juridiques (mais pas les actes administratifs au sens étroit et seulement de manière limitée les contrats) peuvent faire l'objet de moyens de droit. A l'inverse les actes matériels ne peuvent pas directement faire l'objet de moyens de droit, il faut passer par une phase de formalisation.
- Il faut aussi mentionner l'**activité informelle** de l'administration. On vise des actions de l'administration qui tendent à l'application de la loi mais sans utilisation directe d'actes juridiques, sans prise de décisions, sans conclusion de contrats ; par l'information, par la persuasion, par la discussion que ce soit dans la préparation d'actes juridiques ou pour éviter que ces derniers ne soient perdus. Le contexte est particulier : ce n'est pas n'importe quel matériel ; c'est celui en vue de la résolution d'un problème juridique, en vue de l'application de la loi. Exemple : on tombe malade pendant un examen, on va voir la doyenne avec un certificat médical. La discussion avec elle, avant même qu'elle ne prenne une décision, constitue une activité informelle.
- En définitive, sont assimilés aux actes matériels :
 - ⇒ les véritables actions concrètes
 - ⇒ les mesures d'organisation internes
 - ⇒ les contrats de droit privé qui sont inclus dans une activité concrète
 - ⇒ les actions informelles de l'administration
- Du point de vue du contrôle, les actes administratifs au sens étroit (bien qu'ils soient clairement des actes juridiques) sont également traités comme les actes matériels

III. La formalisation de la relation administrative

- Intervient par un acte juridique précis et identifiable (peut être de différents types : décision, concession, contrat de droit administratif, plan d'affectation)
- Ouvre préalablement une procédure administrative. En matière de contrats la procédure préalable est réglementée, en revanche en matière de plans ou de concessions ce n'est pas pareil.
- Permet subséquemment un contentieux administratif.
- Peut aussi résulter d'une action en justice (accent sur les remèdes). On peut imaginer aller vers le juge et de condamner X à faire ou ne pas faire telle action. Ici on ne se centre pas sur un objet qu'on attaque mais sur le remède qu'on demande et la formalisation ici se fait par l'introduction d'une action en justice. Régime anglo-saxon mais chez nous on se centre beaucoup plus sur l'acte attaqué et la décision.
- La formalisation est naturelle dans l'activité décisionnaire ordinaire :
 - ⇒ concrétisation de la loi (l'activité de l'autorité consiste à rendre des décisions)
 - ⇒ rétablissement d'une situation conforme au droit (l'autorité intervient même si pas obligée, p.ex en ordonnant la fermeture d'un local dangereux ou en retirant un permis de conduire).

- Elle doit être provoquée, en général par une décision, pour les actes matériels ; c'est ce qui distingue notre système du système anglo-saxon.
- Elle doit rester raisonnable : cf. JP du TF. Si la formalisation va trop loin, on risque de provoquer le gel / la paralysie de l'administration.

IV. Formalisation et acte matériel

Différentes méthodes : la première est d'engager la responsabilité de l'état : soit on va provoquer une décision (qui sera le cas échéant susceptible de recours) soit l'action en justice (comme à GE p.ex). Il y a la modalité de la plainte formalisée, p.ex en matière médicale à GE, ou avec la protection des données. La dénonciation : le fait de se plaindre à l'autorité supérieure ou de surveillance du comportement contraire à la loi d'une autorité, mais c'est une procédure faible car elle n'oblige pas l'autorité saisie à intervenir. Décision sur cessation d'activité illicite : droit d'exiger de l'autorité qu'elle cesse d'exercer cette activité, l'autorité devant rendre une décision susceptible de recours. Si on ne peut pas obtenir une décision sur la continuité ou non de l'activité on pourra au moins obtenir une décision constatatoire.

◉ Acte matériel ▼

- **Responsabilité de l'Etat**
 - décision
 - action → décision
- **Plainte formalisée** → décision
- **Dénonciation** (*pas de droit à une décision*)
- **Décision sur cessation d'activité illicite**
(25a al. 1 let. a PA, 4A al. 1 let. a LPA/GE)
- **Décision constatatoire**
(25a al. 1 let. c PA, 4A al. 1 let. c LPA/GE)

◉ Exceptionnellement : contrôle judiciaire direct de l'acte matériel

V. La jurisprudence du Tribunal fédéral

- Pas de recours direct contre des directives internes, car diverses possibilités de formalisation à disposition
- Ordonnance administrative sur fouille et interdiction d'accès au Forum de Davos
- Même si effet externe, pas attaquant si protection juridique suffisante, ce qui est le cas en l'espèce selon le TF

- Refus d'une autorisation de sortie à un requérant d'asile placé dans un centre d'enregistrement
- Pas de droit à une décision formelle pour tout acte appliquant la réglementation du centre
- Mais droit, sur requête, à une décision formelle si risque d'être touché de façon inadmissible dans ses droits fondamentaux

Séance 9 : Le transfert et l'extinction des droits et obligations en droit administratif (lecture de §9 n°717 à 765).

I. PREMIERE PARTIE : LA STABILITE DES DROITS ET OBLIGATIONS

A. La gradation de la stabilité

Dans quel contexte la question se pose-t-elle ?

- La question ne se pose pas si extinction par :
 - exécution de l'obligation (y compris par compensation). P.ex la créance fiscale s'éteint parce que l'impôt est payé.
 - exercice d'un droit ponctuel. P.ex le droit octroyé de manifester un certain jour est un droit général, réglementé par différentes lois cantonales : lorsqu'une autorisation est accordée pour une certaine date et que la manifestation a lieu à cette date, le droit a été exercé et s'éteint.
 - survenance d'un terme, d'une condition résolutoire, de la prescription ou de la péremption. Exemples : le retrait de permis de conduire pour une certaine période : au terme de ce retrait l'obligation de ne pas utiliser le permis va s'éteindre automatiquement. Pour la condition résolutoire, si tel personne est autorisée à exercer telle activité en Suisse tant qu'elle réside en Suisse : quand elle quitte la Suisse, le droit disparaît. La prescription et la péremption ont le même effet par le passage du temps.
 - la conséquence est déterminée d'avance : elle n'est pas certaine (sauf dans le cas du terme). Dans quasi tous les cas sauf le terme, il n'est pas certain que la condition résolutoire va survenir, que l'obligation sera exécutée ou encore que la prescription ne sera pas interrompue, etc. Mais ce qui est certain, c'est que si la condition résolutoire survient ou si l'obligation est exécutée, le droit s'éteint.
- La question se pose en cas d'extinction par acte juridique contraire : où il y a donc une manifestation de volonté à un moment donné de supprimer / d'éteindre le droit ou l'obligation. Il y a des lois qui en renversent d'autres ou alors des décisions qui en renversent d'autres. C'est dans ce cadre là qu'on aura une gradation de stabilité.

B. Droits et obligations créés par la loi

- Modification libre par le législateur : le législateur n'a pas à se préoccuper en quelque sorte de bonne foi des personnes soumises à la loi, qui pourraient compter sur le fait que normalement la loi ne doit pas changer ; justement pas, la loi peut changer ! Ce n'est que dans des circonstances particulières et exceptionnelles qu'on peut compter là dessus. Mais le législateur n'est pas complètement libre : deux réserves (proportionnalité et bonne foi).
- Réserve de la proportionnalité et la bonne foi (p.ex délai, dispositions transitoires). Fondamentalement, le fait que le législateur a choisi une solution, la bonne foi ne l'oblige pas à rester avec cette solution. Il peut p.ex arriver un changement de loi car il y a un

changement politique (moins évident en Suisse). Exemple : « Si je suis élu, j'abroge la loi Y adoptée par le précédent gouvernement ». Ces principes peuvent imposer une obligation dans certains cas de prévoir un délai d'adaptation. P.ex dans certaines circonstances il sera contraire au principe de proportionnalité de prévoir l'entrée en vigueur immédiate d'un loi.

⇒ stabilité très faible, parce que fondamentalement le législateur est libre de modifier la loi. La volonté politique du législateur prime.

C. Droits et obligations résultant de décisions non en force

- Cas des décisions qui peuvent encore faire l'objet d'un recours ordinaire : les recours ordinaires sont les recours qui sont dans le prolongement naturel de la procédure de décision et qui en permettent un contrôle complet sur le plan de fait et de droit (mais pas sur le plan de l'opportunité). Deux choses peuvent arriver :

a.) Modification par décision (retrait ou sur recours) sans conditions spéciales. L'autorité de recours, en principe, ne pourra pas prendre de décision simplement de type politique, comme dans l'hypothèse précédente. Mais si elle considère que la décision n'est pas conforme au droit, elle pourra l'annuler sans se poser de questions (p.ex devrais-je l'annuler ou la laisser subsister, y a-t-il un intérêt public prépondérant ? etc). L'autorité qui a pris la décision peut aussi le faire : une autorité prend une décision Y. Un recours est formé contre cette décision. A la lecture du recours l'autorité se rend compte qu'elle s'est trompée : elle peut admettre cette erreur et modifier sa décision (pour éviter de voir sa première décision cassée par un tribunal). Quel en sera le cadre ? Celui des principes constitutionnels. Si elle estime qu'une décision plus conforme au droit aurait été meilleure, elle peut modifier sa première décision.

b.) Jeu normal des principes régissant le droit administratif, en particulier la légalité, contrairement à l'hypothèse précédente où le législateur (fédéral p.ex) n'est limité que par le droit international et non pas par la légalité.

⇒ stabilité faible. Le Tribunal Fédéral pousse très loin cette idée de stabilité faible puisqu'il admet que même une décision favorable à un administré peut encore être modifiée par l'autorité en défaveur de l'administré, pendant le délai de recours, même si aucun tiers n'aurait été susceptible de recourir. Cette jurisprudence est très discutable.

D. Droits et obligations résultant de décisions en force

- Cas des décisions qui ne sont plus susceptibles d'un recours ordinaire : le délai de recours est passé. C'est un principe fondamental du droit administratif continental (système anglo saxon est un peu différent même si il y a des institutions juridiques qui vont un peu dans le même sens) : dans le système continental l'idée est que lorsque une décision administrative est rendue, il y a un délai plus ou moins long (en Suisse en général 30 jours, mais dans le domaine de l'asile, très court), on peut remettre en cause la décision pendant ce délai. Ensuite, cette décision est réputée valable et normalement on ne peut plus la remettre en cause. En matière administrative cependant il y a toujours une possibilité, en vue du respect de la légalité, de l'intérêt public, mais cela ne peut être fait que dans les cas ci-dessous.

- Modification par décision (aussi appelée révocation) si :
 - non conforme au droit : p.ex le droit a changé.
 - intérêt public prépondérant à la modification par rapport à l'intérêt privé à la sécurité du droit
 - pesée des intérêts : on avait pas besoin d'analyser ces deux conditions supplémentaires dans les hypothèses précédents. On doit arriver a la conclusion qu'il est plus important de respecter le droit.
- ⇒ stabilité grande des droits et obligations. La décision est modifiable mais a des conditions relativement élevées.

E. Droits acquis

Droits avec assurance particulière de stabilité. Catégorie un peu spéciale : le point commun des différents droits c'est qu'ils ont une assurance particulière de stabilité (encore plus que ceux créés par une décision en force, qui est fondamentalement révocable mais à des conditions strictes).

- Créés par :
 - contrat (pacta sunt servanda) : catégorie la plus importante statistiquement. Lorsque l'Etat s'engage contractuellement, il y a une promesse dans le contrat. La création du droit acquis est en quelque sorte cosubstantielle de l'idée du contrat. Mais ce n'est pas la seule possibilité.
 - loi (si qualification ou garantie expresse) : il faut qu'on trouve dans la loi l'idée que p.ex telle disposition concernant des avantages concédés a des fonctionnaires en matière de caisse de pension, il faut que la loi ait incorporé une promesse de non modification pendant au moins un certain temps.
 - décision (idem) : un simple octroi de subvention ou une simple autorisation de pratiquer ne créent aucun droit acquis. Mais dans des cas particuliers, si on indique expressément a quelqu'un qu'on souhaite créer un droit acquis (p.ex on nous accorde une autorisation et on nous promet qu'en aucun cas pendant X années l'autorisation ne pourrait nous être retirée).
 - « droits immémoriaux » : proche du droit de propriété, p.ex droit d'eau, droit de pâturage, qui datent de très longtemps, qui sont quasiment assimilables à des droits de propriété et auxquels on ne peut en principe pas toucher.
- Protégés par garantie de la propriété et bonne foi. La doctrine suivant les auteurs discute, plutôt l'un, plutôt l'autre : fondamentalement ce sont les deux.
- Opposables au législateur : le législateur peut décider de mettre fin a des droits créés par la voie de décision (moyennant le respect des principes cst) mais il ne peut pas sans autre mettre fin a des droits acquis ; ces derniers résistent même a des changements de législation.
- Sujets à expropriation : les droits acquis ne sont tout de même pas entièrement illimités. A

l'instar des droits de propriété ils peuvent être expropriés, au même conditions que le droit de propriété (base légale + intérêt public + respect du principe de proportionnalité + indemnisation pleine et entière de la valeur du droit acquis). Si on exproprie un droit acquis on devra indemniser l'intéressé de ce que vaut ce droit, de la même manière que si on exproprie une maison pour construire une autoroute, on devra payer la valeur vénale complète de la propriété.

⇒ stabilité très grande

II. DEUXIEME PARTIE : LE ROLE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS POUR LE TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS

A. La légalité

- Compétences et devoirs des autorités, fixés par la loi, non transférables ou alors en vertu de clauses de délégation : c'est la loi qui (dans la dispo spéciale ou par le jeu de dispositions générales) fixe les droits, ou plutôt les compétences des autorités, le cas échéant leur devoir.
- Droits légaux (issus directement de la loi) non transférables, sauf si la loi permet elle même leur transfert en vertu d'une cause de délégation. Il ne faut pas confondre le problème de la compétence d'une autorité dans un problème de délégation avec le pouvoir de l'autorité : si on désigne un organe pour une signature (p.ex le CF ou le CE), il est compétent en collège. Pour déléguer la compétence à un membre du collège il faut une clause de délégation. En revanche, pour un département ou une commune, qui sont souvent en tant que tel des autorités, on pourra par voie interne (ordonnance administrative interne) déterminer qui peut engager le département ; ce n'est pas toujours la même personne qui peut signer les autorisations pour chaque question, c'est la raison de la délégation. Dans certains cas on a une véritable délégation : c'est une autorité inférieure qui rend la décision avec une possibilité de recours hiérarchique. On est ici dans un cas d'exercice de la compétence à un niveau hiérarchique inférieur. Les droits légaux en question sont droits des administrés issus directement de la loi (p.ex droit de vote, droit de séjourner sur le territoire, droits qui découlent des assurances sociales, etc)
- Droits personnalissimes définis par la loi : droit de vote, droit de nationalité, tous les droits fondamentaux, etc.
- Conditions légales « personnelles » à une autorisation empêchant le transfert. C'est aussi le principe de la légalité qui, en définissant les conditions personnelles à une autorisation, empêche le transfert : c'est bien la loi qui va définir que p.ex pour exercer une certaine activité il faut tel diplôme.

B. L'intérêt public

- Renforce l'intransférabilité des droits liés aux qualités personnelles : si la loi, si le législateur a jugé bon que ne pouvait être avocat celui qui réussissait l'examen de brevet, c'est pour la bonne application du droit, au bon fonctionnement de la justice, etc.

- Intransférabilité, avant échéance, de certains droits : p.ex des droits liés aux assurances sociales, pck si ils étaient cédés à l'avance, le but d'intérêt public d'une assurance ne serait pas rempli. On ne peut donc pas céder à l'avance nos prestations en cas d'accident ou en cas de vieillesse, car le risque serait que des personnes feraient des placements financiers ou veulent dépenser maintenant sans se soucier du lendemain, mettent en gage ces prestations et se retrouvent démunis quand le risque survient et qu'ils ne se retrouvent à l'assistance publique.
- Intransférabilité d'un droit assorti d'une charge imposée dans l'intérêt public, sauf si la loi le permet : qqn recoit un avantage en échange d'une obligation en faveur de l'intérêt public (cas p.ex en matière de concession). Dans ces cas la on aura une interdiction de principe de transférer le droit pour échapper à la charge.
- Accord de l'autorité pour le transfert de certains droits et obligations : p.ex en matière de concessions dites de service public. Pour qu'une concession puisse être concédée, il faut que l'autorité soit d'accord, donc que le nouveau concessionnaire remplira tout aussi bien sa tâche que le précédent.

III. TROISIEME PARTIE : LE ROLE DES PRINCIPES CONSTITUTIONNELS POUR L'EXTINCTION DES DROITS ET OBLIGATIONS

A. La légalité

- ⇒ vs bonne foi ou proportionnalité : on a vu que pour la modification des droits légaux, cette modification était en principe possible (la nouvelle loi primera) mais pour la modification des décisions on aura une barrière plus grande.
- Cas de la modification des droits légaux
 - Cas de la modification des décisions
 - Problème de l'exécution des obligations prévues par la loi : d'une part, le principe de légalité va imposer que l'autorité ne renonce pas à cette exécution mais le principe de proportionnalité ici peut au départ, éventuellement s'opposer à l'exécution. P.ex si on a un immeuble construit et on a un problème d'hauteur d'étage : demander de raser l'immeuble et de le reconstruire serait disproportionné même si c'est clairement illégal.
 - Légalité stricte pour péremption (extinction du droit), plus souple pour prescription (blocage de l'invocation du droit). La péremption doit être prévue par la loi. Pour la prescription on admet que c'est une institution générale de droit qui intervient même en absence de base légale.

B. L'intérêt public

- ⇒ VS bonne foi et proportionnalité
- Avec la légalité s'oppose à la renonciation à l'exécution des obligations prévues par la loi : l'autorité n'est pas libre de dire « Ok vous avez une bonne tête, je vous permets de construire illégalement ou de ne pas payer vos impôts ».

- Limite la mutation des obligations : en principe exécution en nature ; la compensation financière est l'exception : on ne peut pas acheter le fait de polluer l'environnement, le fait d'avoir des constructions dangereuses, de pratiquer la médecine sans avoir les diplômes. Ces obligations doivent être compensées en nature, on ne peut pas les compenser par une prestation financière faite à l'Etat.
- Entre dans la pesée des intérêts pour la remise en cause des décisions en force
- Peut justifier la remise en cause de droits acquis par expropriation

C. La proportionnalité

- Fonde la péremption du droit d'exiger l'exécution après 30 ans. Peut imposer d'emblée la renonciation à l'exécution.
- Est aussi un fondement de la prescription (fait qu'après un certain délai on peut nous opposer l'écoulement du temps pour refuser d'exécuter l'obligation).
- Entre dans la pesée des intérêts pour la remise en cause des décisions en force
- Entre dans l'examen de la justification de l'atteinte à un droit acquis

D. La bonne foi

- Fondement, sous l'angle de la « sécurité du droit », de la stabilité des décisions
- Est aussi un fondement de droits acquis
- Constitue une justification de la péremption et de la prescription, parce que si l'autorité ou le particulier n'a pas agi pendant un certain délai raisonnable, on ne peut parfois pas prétendre qu'on est de bonne foi, surtout si on a attendu pendant des années alors qu'on aurait dû agir rapidement.

Séance 10 : Les décisions (lecture de §10).

A. Définition

- ◉ **Art. 5 PA et art. 4 LPA/GE**
- ◉ **Art. 4 [LPA/GE] Décisions**

¹ Sont considérées comme des décisions au sens de l'article 1, les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal, communal et ayant pour objet :

 - a) de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations;
 - b) de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits;
 - c) de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations.
- ◉ + décisions en matière d'exécution, incidentes, sur opposition, sur recours, de révision, d'interprétation (4 al. 2 LPA/GE, 5 al. 2 PA)

B. Caractéristiques

- ◉ **Caractère souverain**
oui ▼ non → pas de rapport de droit public
- ◉ **Caractère unilatéral**
oui ▼ non → p. ex. contrat
- ◉ **Prononcé par autorité administrative**
oui ▼ non → p. ex. jugement pénal ou civil
- ◉ **Touche directement les droits et obligations des administrés**
oui ▼ non → acte matériel, interne ou informel
- ◉ **Caractère individuel**
oui ▼ non → norme ou décision générale
- ◉ **Caractère concret**
oui ▼ non → décision ▼ (si individuelle) ou norme
- ▶ **Décision**

Premier aspect : Le droit de rendre des décisions est une caractéristique fondamentale. Si on n'est pas en présence d'un acte souverain alors il ne s'agira pas d'un acte public. Deuxième aspect : le caractère unilatéral. On est face à un acte juridique mais sa caractéristique c'est qu'il a des effets par la seule manifestation de l'entité étatique. Si il était bilatéral on serait en présence d'un contrat. Troisième aspect : Cet acte souverain unilatéral est prononcé par une autorité administrative (au sens large, comprenant les juridictions administratives, par opposition à des actes qui seraient tout aussi souverains et unilatéraux mais prononcés par un tribunal civil ou pénal). Quatrième aspect : La décision touche directement les droits et obligations des administrés, en les créant, en les modifiant, en les constatant ou éventuellement en refusant de le faire. La décision porte sur des droits et des obligations des administrés. Critère central qui nous permet de distinguer ces décisions avec le reste. Cinquième aspect : La décision a un caractère individuel, donc qui vise un nombre déterminé ou déterminable de personnes (on doit pouvoir les lister, pas forcément une personne). Si

pas de caractère d'individualité, alors norme ou décision générale. Sixième aspect : la décision ne touche pas un nombre indéterminé de situations mais une situation concrète.

Quid si le dernier critère n'est pas rempli ? Les choses sont simples lorsqu'on a un individuel et concret (forcément décision), idem si général et abstrait (forcément norme). Quid si général et abstrait ? Alors décision générale. Et si individuel et abstrait ? Le caractère d'individualisation prime et on considère que l'on est tout de même en présence d'une décision.

C. Régime

Pourquoi est-ce important de savoir si l'on est en présence d'une décision ou pas ? L'existence d'une décision implique :

- **Droits de procédure**

- ⇒ qualité de partie : droit de participation à la procédure et notamment le droit d'être entendu, mais aussi p.ex le droit à ce que la décision soit rendue par une autorité impartiale.
- ⇒ droit d'être entendu
- ⇒ impartialité, etc.

- **Sujette à recours** : c'est pas le seul objet, il existe dans une certaine mesure des recours contre les normes mais fondamentalement ce sont les décisions qui font l'objet du recours.

- ⇒ RMDP (82 LTF, un des objets) ; RCS (113 LTF, comme objet exclusif) ; Recours PA (44 PA, objet typique)
- ⇒ Recours cantonaux (57 LPA/GE, 132 al.2 LOJ, objet typique).

- **Pas de contrôle préjudiciel** : exclusion générale. Une décision peut faire l'objet d'un recours certes. Mais si on a manqué le délai pour recourir, cette décision va être présumée et il sera très difficile de la remettre en cause. On peut cependant remettre en cause une deuxième, voire une troisième décision qui applique la première, dont elle tire les conséquences. Au moment où la deuxième décision intervient on ne peut plus remettre en cause la décision précédente.

- ⇒ Sauf décisions générales : comme elles touchent un nombre indéterminé de personnes, il est difficile d'exiger d'eux que nécessairement ils interviennent dans la procédure visant cette décision. On va souvent se contenter de publier une décision générale donc dans ces cas là on peut imaginer sur le principe qu'à l'occasion d'un acte d'application on peut remettre en cause la décision générale. EXCEPTION à cette exception : réglementation en matière de circulation routière. Au moment d'une décision d'application, lorsqu'on a une sanction (retrait de permis, amende, etc), peut-on encore remettre en cause la décision à partir de laquelle s'applique la décision en cause (p.ex fait d'installer un feu rouge à tel endroit) ? Evidemment que non, sinon c'est le bordel et cela ne serait pas compatible avec la sécurité du droit.

- **Relativement stable après entrée en force** : il conviendra, si on peut la remettre en cause, de faire une pesée des intérêts entre l'intérêt de la bonne application du droit et l'intérêt à la sécurité de droit de ceux qui peuvent se fonder sur la décision pour bénéficier de certains droits ou se libérer de certaines obligations.

D. Décision et norme

- Elements communs
 - ⇒ unilatérales
 - ⇒ souveraines
 - ⇒ émanent d'organes de l'Etat : dans les deux cas l'Etat exerce sa puissance publique et fixe de sa seule volonté (en vertu de la compétence que la Cst lui donne) des droits et des obligations.

- Différence
 - ⇒ La norme est générale et abstraite
 - ⇒ La décision est individuelle et concrète

- Quid des hybrides ?
 - ⇒ générale et concrète = décision générale : on a le mot décision mais le traitement procédural ici sera différent. On va ouvrir la voie a un contrôle préjudiciel ; quand bien meme les recours directs seront ouverts, comme pour les décisions, mais pour le contrôle préjudiciel on se rapproche d'une norme. S'agissant du droit d'être entendu il est un peu plus limité. Certains auteurs disent qu'il n'est pas envisageable mais pas tout à fait juste.
 - ⇒ individuelle et abstraite = décision, avec toutes ses caractéristiques, p.ex une décision de nomination d'un fonctionnaire : on suit le fait qu'il est fonctionnaire, qu'il a acquis ce statut de part cette décision. Cela va s'appliquer dans un nombre indéterminé de situations.

E. Décision et norme : régimes comparés

	<u>Norme</u>	<u>Décision</u>
Droit d'être entendu →	non	oui
Référendum →	oui/non	rare
Publicité →	publication	notification
Motivation →	non	oui
Mutabilité →	forte	relative
Recours direct →	oui/non	oui
Contrôle préjudiciel →	oui	en principe non

Qu'est-ce qui va différencier le régime de la décision et le régime de la norme ? C'est l'élément de liberté de décision. Il est clair que le législateur et le pouvoir normatif (que ce soit le gouvernement dans l'exercice du pouvoir réglementaire ou le législateur) a une plus grande marge de manœuvre. Cela se traduit de différentes manières : le droit d'être entendu n'est en principe pas garanti dans une procédure législative. C'est une caractéristique helvétique : il n'y a pas de droit au sens strict du terme d'être entendu. Pour les règlements, c'est discuté : le conseil de l'Europe recommande qu'un droit d'être entendu des milieux intéressés soit ouvert pour les règlements. En Suisse ce n'est

pas prévu. Pour les décisions par contre cela doit être respecté. Pour les referendums : oui et non pour une norme. Par rapport aux décisions, c'est rare ; il y a quelques cas où les décisions sont prises par des organes délibératifs (p.ex certains octrois de concessions). Question de la publicité : les décisions doivent être publiées pour tout le monde et notifiées à leurs destinataires. Lorsque le nombre de destinataires est trop nombreux on peut en lieu et place passer à une publication. Les décisions doivent être motivées, pour les normes ce n'est pas nécessaire même si on le fait assez souvent (p.ex message du Conseil fédéral). Problème plus évident pour les ordonnances : très rare qu'on ait une motivation. Cependant pour des ordonnances très importantes il est possible de trouver un rapport avec une motivation. Recours direct pour les normes : ça dépend des situations. Les normes fédérales ne peuvent pas faire l'objet d'un recours direct, les ordonnances seulement peuvent être contrôlées par voie d'un contrôle d'exception.

F. Décision et contrat

- Elements communs :
Situation individuelle et concrète : p.ex dans le contrat on sait qui sont les parties dans le contrat, ce sont les signataires. Le contrat règle une situation concrète.
Création de droits et obligations.

⊙ Différences	<u>Contrat</u>	<u>Décision</u>
Droits acquis	oui	non
Droit d'être entendu	non	oui
Contestation	action ou décision	opposition ou recours
Modification unilatérale	non	oui

Le contrat crée des droits acquis, pas la décision. Le droit d'être entendu n'a pas d'intérêt pour le contrat car les deux parties discutent, lisent le contrat et le signe (en principe). Pour les décisions par contre ce droit est nécessaire. Pour le contrat, on aura soit une contestation par voie d'action soit on provoquera une décision à propos du contrat. Pour les décisions, c'est une opposition ou un recours. En principe pas de modification unilatérale pour le contrat (sauf exception) mais une décision peut en principe être modifiée unilatéralement, à certaines conditions (pas d'obstacles de principe).

Il peut parfois y avoir des difficultés à distinguer les décisions et les contrats : il y a beaucoup de décisions sujettes à acceptation (ou sollicitation) pour qu'elles aient leur effet, typiquement dans le domaine de la fonction publique lorsqu'un membre du personnel de l'état est nommé comme fonctionnaire, il est évident qu'il doit accepter sa nomination. Il se peut que la nomination soit précédée de négociations (durée, salaire, etc). À l'inverse on peut avoir des contrats types où l'intéressé peut certes lire le contrat avant de le signer mais ne peut pas le modifier. Il est parfois difficile d'analyser ce genre de situations. La question de l'existence de droits acquis peut être à ce moment la déterminante, de même que la modification unilatérale. P.ex est-ce qu'on est en présence d'un contrat parce qu'il y a des droits acquis ? Ou est-ce qu'on est en présence de droits acquis parce qu'il y a un contrat ?

G. Décision et actes administratifs au sens étroit ou actes matériels

- Acte administratif au sens étroit
 - ⇒ individuel ou général
 - ⇒ juridique
 - ⇒ ne crée pas de droits ou obligations

Cela peut être des actes internes p.ex, comme le budget qui est une autorisation de dépenses données à l'exécutif mais qui n'a pas d'effet sur les administrés. Il peut s'agir d'instructions données à l'intérieur de l'administration. Si elles sont générales, plutôt des décisions générales ; mais on peut aussi imaginer des instructions individuelles. Cette instruction / ordre est valable vis-à-vis du subordonné et a un effet juridique mais ne crée pas de droits et d'obligations chez les administrés, ce sera le cas échéant la décision prise par le subordonné, donc ça reste un acte interne. Des préavis, expertises faites à l'intérieur d'une procédure : idem.

- Acte matériel
 - ⇒ n'est pas un acte juridique
 - ⇒ ne crée pas de droits ou obligations

Il se peut, de fait, qu'un acte matériel illicite crée un droit d'indemnisation mais ce n'est ni son but, ni son objet.

- Acte interne
 - ⇒ organise le service public et l'exécution des tâches
 - ⇒ ne règle pas une situation juridique

Il est un peu entre l'acte administratif au sens étroit et l'acte matériel, ça dépend des circonstances.

- Acte administratif au sens étroit + acte matériel + acte interne : caractéristiques communes :
 - ⇒ ne sont pas des décisions (« tous dans le même sac »)
 - ⇒ pas de publication ou de notification
 - ⇒ pas de procédure formelle (droit d'être entendu)
 - ⇒ pas attaquables directement

H. Cas délicats

- Rapports Etat - membres du personnel
 - ⇒ distinction difficile entre décision et acte interne
 - ⇒ salaire, indemnités, sanctions : décisions
 - ⇒ détermination des devoirs de service, instructions particulières : actes internes
 - ⇒ Ex. : manuel numéro 803 et 806. Il peut y avoir des cas difficiles : p.ex fiduciaire chargée d'une gérance légale d'un immeuble. La fiduciaire agissait comme agent de l'état, peu importe son contrat. La JP a penché ici pour un acte interne donc absence de décision. Deuxième cas : changement de fonction d'un policier. La JP a considéré que ce déplacement avec un travail totalement différent allait au-delà de la simple organisation du service et devait donc être considérée comme une décision, car elle touchait réellement

l'administré.

- Renseignements, recommandations, avertissements informels
 - ⇒ cadre légal et volonté de l'auteur
 - ⇒ ex. Manuel numéro 805 : avertissement pas du tout prévu par la loi mais nécessaire avant de prendre une sanction ultérieure a été considérée comme une véritable décision par le TF.

I. Décision et « détermination »

- Si une prétention doit être invoquée par voie d'action
 - ⇒ la détermination de l'autorité à son sujet n'est pas une décision
 - ⇒ Art. 5 al.3 PA, 4 al.3 LPA/GE
 - ⇒ Donc pas de droit d'être entendu ni de recours

On doit aller faire une action devant un tribunal, alors si on a posé avant la question et a l'autorité et qu'elle nous a répondu, alors ce n'est pas considérée comme une décision. Pour que le système tienne on a fait cette rétroaction du fait que la contestation se fait par voie d'action, implique que ce qu'on nous a dit avant n'est pas une décision.

J. Décision et actes privés

- Question de délégation du pouvoir de décision a une entité privée
- Une base légale est nécessaire
 - ⇒ distribution d'eau à Schwytz (numero 788)
 - ⇒ braderie de la Chaux-de-Fonds (numero 793 ; cas pratique 1 DT 8).

Séance 11 : Les décisions (suite) : les autorisations (lecture de §10).

A. Les décisions incidentes : notion

- Décision qui ne met pas fin à la procédure, qui ne répond pas à la question de fond posée. La décision n'est pas finale. On se place du point de vue de l'autorité (indépendamment de savoir si il y aura un recours ou pas, si des tiers feront opposition, etc) en se demandant si avec cette décision là on a clos le problème. Si la décision est prise dans le cours de la procédure, alors on parle de décision incidente.
- Décision d'organisation de la procédure : mesure d'instruction, octroi de délais, récusation, compétence, recevabilité, effet suspensif, mesures provisionnelles, etc. En effet, lorsque par exemple une autorité admet sa compétence, la on est en présence d'une décision incidente.
- Mais aussi questions matérielles de principe qui ne mettent pas fin à la procédure : on les appelle aussi parfois « décisions préjudicielles », il n'y a pas de différence.

Distinctions :

- *Décision incidente et acte matériel.* Il est parfois difficile de déterminer pour certaines actes de procédures si on est déjà en présence d'un simple acte matériel ou déjà d'une décision.
 - ⇒ expertise d'assurance : dans un premier temps le TF en s'appuyant sur la LPGA a dit que lorsqu'une assurance sociale ordonne une expertise, c'est un simple acte matériel et non une décision. C'était très critiquable, car le fait d'ordonner l'expertise, le choix de l'expert, etc aura une influence certaine. Le TF a renversé sa JP en disant que ces expertises, même prises par des assurances, constituaient des décisions incidentes.
 - ⇒ ouverture d'une procédure : décision incidente ou acte matériel ? C'est une décision parce qu'il y a un effet matériel : le fait d'ouvrir la procédure change la situation juridique parce que la concentration est bloquée du simple fait qu'on a ouvert la procédure. Quid si pas d'effet matériel ? P.ex on ouvre une procédure disciplinaire contre un médecin ? On peut raisonnablement soutenir qu'on est bien en présence d'une décision incidente car le fait d'ouvrir formellement la procédure rend concret la qualité de parties et l'exercice de leurs droits (concrètement et non pas virtuellement). Il est clair que pendant la période où la hiérarchie / l'autorité se demande si X ou Y a enfreint la loi, on ne l'entend pas, on ne lui transmet aucune pièce, on ne sait même pas encore si on va ouvrir une décision ; au moment où on décide que oui et qu'on ouvre formellement la procédure donne naissance à la décision incidente. Mais cette distinction est peu importante en pratique (notamment à cause du fait qu'elle ne donne pas p.ex lieu à un dommage irréparable). Le fait de donner un délai (de 30 jours p.ex) est une décision incidente ; si c'est 2 jours, on peut même imaginer un recours possible, voire même un dommage irréparable.
- *Décision incidente et décision préjudicielle :* toutes les lois ne font pas cette distinction ; on la trouve dans la LTF. On distingue dans le titre et dans la lettre des dispositions qui nous parlent de décisions préjudicielles et incidentes.

- ⇒ art. 92 et 93 LTF (mais cf. 45 PA) : si les dispositions font la différence c'est qu'il y en a une. Curieusement, dans la PA on nous parle que de décisions incidentes.
- ⇒ fond vs procédure ? Le CF dans son message sur le LTF n'expliquait pas du tout cette différence. On peut penser que cela correspond en réalité aux deux premières catégories susmentionnées ; les questions matérielles de principe sont des décisions préjudicielles.
- ⇒ pas de différence de traitement : Les art. 92 et 93 LTF traitent exactement de la même manière ces deux types de décisions, donc pas de différence en pratique. Si une loi nous parle seulement de décision incidente, il ne faut pas se dire qu'elle ne porte aucunement sur une décision préjudicielle. Exemple : LDTR. Est-ce que le projet est soumis à la LDTR ? Si oui, on peut se demander si les conditions d'une autorisation ou d'une dérogation sont remplies ; il arrive que l'autorité partage cela en deux. Ce n'est pas un simple élément de procédure, on se prononce sur un aspect matériel ; mais on n'a pas tranché du fond de la question puisque qu'on n'a pas encore dit « vous avez le droit de faire le projet ou pas ». Même exemple avec la violation de la LCR (p.ex on se demande pour combien de temps va durer le retrait de permis).
- *Décision incidente et décision partielle* : important de les distinguer.
 - ⇒ 91 LTF : décision partielle = objet dont le sort est indépendant ou fin de procédure pour une partie des consorts et pas d'autres ; les décisions préjudicielles sont traitées à 92 et 93 LTF. La décision partielle touche le fond de l'affaire mais la difficulté c'est parfois de la distinguer de la décision préjudicielle. Exemple de décision partielle : Un assuré qui suite à un accident demande à son assurance accident d'une part une rente et d'autre part une indemnité pour atteinte à l'intégrité corporelle (unique, vise à compenser le fait même) : les critères légaux pour délivrer l'un ou l'autre sont différents. On peut très bien imaginer qu'il a le droit à une rente et pas à l'indemnité pour atteinte, et vice-versa. Le fait que l'assurance octroie la rente et doit encore examiner les conditions pour l'indemnité est indépendant ; c'est une décision partielle et elles sont considérées comme finales (on devrait dire « finales partielles »). Exemple 2 : procédure disciplinaire ouverte contre plusieurs fonctionnaires pour X raisons : au bout de quelque temps on se rend compte que Mme Z n'a rien fait. On décide qu'en ce qui concerne Mme Z on clos la procédure ou écope d'une simple blâme. Pour les autres, on va continuer la procédure. On a mis fin à la procédure contre Mme Z mais pas pour les autres ; décision partielle en ce qui concerne Mme Z.
 - ⇒ exemple du renvoi : critère de la marge de manœuvre : sur les renvois, typiquement cas suivant : on a une affaire traitée au niveau inférieur > recours > l'autorité de recours dit que sur tel point elle admet le recours mais renvoie à l'autorité inférieure pour qu'elle statue de nouveau dans le sens des considérants. Fondamentalement dans ce genre de cas, avec la loi et la jurisprudence actuelle, clairement les renvois sont des décisions incidentes même si les autorités de recours tranchent un certain nombre de questions juridiques. Le problème qui peut se poser c'est quand l'autorité inférieure n'a en réalité plus aucune marge de manœuvre ; si elle n'en a plus, la décision à ce moment est une décision finale. Cas typique : en matière de constructions. P.ex une autorisation de construire est refusée car l'autorité estime que ladite construction n'est pas conforme à l'affectation de la zone >

recours > l'autorité de recours dit que cela peut être conforme, peut être qu'il faut une dérogation, elle casse le refus, dit que c'est conforme à la zone et renvoie à l'autorité d'examiner d'autres questions (p.ex voisins, pb de trafic, etc) ; l'autorité inférieure doit examiner toute une série de points et c'est clairement de nouveau une décision incidente. MAIS si l'intéressé recourt et va p.ex devant le TAF qui casse le recours en disant que toutes les conditions étaient remplies et que l'autorité inférieure doit délivrer l'autorisation ; c'est rare que le TAF va dire qu'il délivre lui même l'autorisation mais va renvoyer l'affaire au département compétent pour qu'il la délivre. Zéro marge de manœuvre et on admet ici, bien qu'il y ait un renvoi, que c'est une décision finale et que la décision de l'autorité inférieure est une pure mesure d'exécution, car plus rien de nouveau à ce niveau-là.

- ⇒ cf. assurances sociales et expropriation : en matière d'expropriation, si on pense à l'expropriation formelle, c'est quand l'état nous prend notre propriété et nous indemnise ; un litige peut avoir lieu sur le fait de savoir si l'état a le droit de nous prendre le terrain. Lorsque le tribunal tranche et dit : l'Etat a le droit de prendre le terrain mais on verra après dans une procédure suivante combien il va devoir vous payer, on considère que c'est une décision finale car le principe (fait de prendre le terrain) est acquis. Situation différente en cas d'expropriation matérielle (pas prise de terrain mais l'Etat nous impose de telles contraintes que c'est comme si, et on a de nouveau le droit à une indemnisation) ; on ne va pas se poser la question de savoir si l'Etat y avait le droit ; le tribunal va dire que sur le principe on est bien en cas d'expropriation matérielle mais il faut encore décider de combien est l'indemnisation ; là c'est une décision préjudicielle, car ce ne sont pas 2 actes juridiques différents, c'est une analyse juridique et lorsqu'on est en présence d'une analyse juridique c'est toujours une décision préjudicielle.

B. Les décisions incidentes : régime

- Différence quant à la possibilité de recourir
 - ⇒ si décision incidente notifiée séparément : il arrive très souvent que le tribunal se prononce dans un seul jugement. La question se pose lorsque c'est de manière séparée qu'on se prononce.
 - ⇒ cf. diapo.
- Plus de différence quant au délai de recours au niveau fédéral (100 al.1 LTF, 50 al.1 PA) : pendant longtemps les délais étaient plus courts contre les décisions incidentes que contre les décisions finales mais maintenant c'est 30 jours dans quasi tous les cantons.
- Délai de recours différent à Genève, à GE on a maintenu la différence même si la plupart des cantons se sont alignés.
 - ⇒ 30 jours décisions finales, 10 jours décisions incidentes (62 al.1 let.a et b LPA/GE)

Nature		Recours immédiat	Recours contre décision finale
Finale	▶	oui	=
Partielle	▶	oui	non
Incidente compétence ou récusation	▶	oui	non
Incidente/préjudicielle	▶	non	oui
<i>mais si</i>			
→préjudice irréparable	▶	oui	oui
→éviter procédure longue et coûteuse	▶	oui	oui

- ⇒ La loi considère que les décisions portant sur la compétence ou la récusation, si elles sont notifiées séparément, il faut recourir tout de suite et on ne peut plus recourir après (pour des économies de procédure). Si on attend la décision finale, on doit tout recommencer, même si toute l'instruction était bien faite.
- ⇒ Pour les autres décisions incidentes, on ne peut recourir qu'au moment de la décision finale et non pas tout de suite. Exception au principe : si la décision incidente est susceptible de provoquer un préjudice irréparable (relativement rare mais ça peut arriver, p.ex si décision sur refus d'effet suspensif). Dans ces cas là on peut recourir tout de suite ou on peut aussi attendre et recourir contre la décision finale. De même si le fait de pouvoir trancher immédiatement la question peut éviter une procédure longue et coûteuse.

C. Les décisions constatatoires

1. La notion

- Ne change rien à la situation juridique
- Constate :
 - ⇒ des droits et obligations (5 al.1 let. b PA)
 - ⇒ aussi des faits (4 al.1 let.b LPA/GE), peu d'intérêt selon TT même si cela figure dans la loi. Cette formulation genevoise n'apporte pas grand chose.
- *Contra* :
 - ⇒ autorisations de police
 - ⇒ mesures concrétisant et individualisant une obligation légale générale : on nous ordonne de démolir construit illégalement ; le fait d'ordonner est le fait de concrétiser cette obligation (décision formelle et non pas constatatoire).
- Constatation avec volonté de constater officiellement
 - ⇒ *contra* : ne pas confondre la décision constatatoire avec la motivation ou simple information : p.ex « Monsieur, nous avons constaté que votre bar était ouvert jusqu'à 4h du

matin, par voie de conséquence nous vous mettons une amende + fermeture pendant une semaine » = PAS UNE DECISION CONSTATATOIRE MALGRE LE VERBE.

2. Le droit à une décision constatatoire

- Si intérêt digne de protection (25 al.2 PA) : en effet, on a pas le droit a ce que l'Etat reponde de maniere generale à n'importe laquelle de nos questions. On a pas cet intérêt digne de protection si on peut faire trancher par une décision formatrice et cela vaut aussi pour les actes matériels pour lesquels on peut obtenir une décision (25 PA). Cela prime sur une décision constatatoire, qui n'est que subsidiaire.
- Si intérêt juridique digne de protection (49 al.2 LPA/GE)
- Voir aussi 25a al.1 let.c PA
- Subsidiarité avec décision formatrice

D. Les clauses accessoires

1. La notion

- « Complète » la clause principale de la décision
- Pourrait être supprimée, mais n'aurait pas de sens seule
- Peut être considérée (contestée) séparément quant à sa validité.
- Deux grandes catégories : automatiques, comme le terme, condition suspensive ou résolutoire ; et les autres, tels que la charge, la violation de la charge n'a pas d'effet automatique.

2. Le régime

- Peut être attaquée séparément
- Si pas de pouvoir d'appréciation : il faut base légale. Si la loi ne le prévoit pas, év. pouvoir d'appréciation.
- Si pouvoir d'appréciation : possible même sans base légale expresse si relation pertinente avec objet principal de la décision ; la clause accessoire doit avoir un lien logique avec l'objet.
- Terme, condition : conséquences automatiques
- Charge : décision d'espèce en cas de violation

E. Les mesures provisionnelles

- « Gel » d'une situation pour éviter fait accompli ou autorisation provisoire d'exercer une activité
- Décision incidente si prise dans la procédure menant à une décision finale ultérieure
- Décision finale si prise dans procédure autonome
- Prévues par la loi (55 et 56 PA, 103 et 104 LTF, 21 LPA/GE)

- Mais possibles sans base légale expresse si :
 - ⇒ autorité compétente sur le fond
 - ⇒ décision sur le fond pas d'emblée exclue
 - ⇒ pas possible de rendre immédiatement décision sur le fond
 - ⇒ mesure proportionnelle pour éviter dommage irréparable vraisemblable

Séance 12 : La validité des décisions (lecture de §11).

A. L'enjeu de la validité

- La validité pour elle-même : l'applicateur (agent de l'Etat, autorité compétente) doit respecter le droit même si personne ne peut ou ne veut recourir. C'est comme ça que ça se passe : tous les jours, lorsqu'on est appelé à appliquer le droit administratif, on est amené à se demander qu'est-ce qu'il faut faire pour bien faire, comment correctement appliquer le droit ? Cela se fait d'une manière générale. L'administration ne passe pas son temps à travailler mal (comme dans les cas pratiques), dans l'immense majorité des cas elle travaille bien car elle se pose des questions.
- Les conséquences d'une irrégularité : on peut les examiner pour le décideur ou le bénéficiaire d'une décision, quelles sont les risques et les chances d'une opposition ou d'un recours ? L'avocat p.ex, lorsqu'il analyse la validité d'une décision, ne doit pas nécessairement se demander uniquement si en toute objectivité la décision est correcte ; il doit le faire mais doit aussi essayer tous les arguments pour plaider en faveur de son client. Là on a une position beaucoup plus critiques, on va essayer de couvrir toutes les bases. Cas du juge : il doit faire le service minimum, on ne juge bien que lorsqu'on est obligé de juger (à bas l'obiter dictum). Dans ces enjeux on a des positions différentes d'acteurs différents qui font qu'on va insister sur tel ou tel point de l'irrégularité d'une décision.

B. Les éléments de la validité

1. La validité formelle

Trois grandes catégories de sous-catégories de validité / de vices potentiels qui affectent la décision :

- *Compétence de l'autorité, sous trois aspects*
 - ⇒ Respect des compétences légales. Si telle autorité est compétente, il faut que cela soit cette autorité la qui rendre la décision, à moins que la loi l'autorise à déléguer.
 - ⇒ Composition correcte de l'autorité : ceci quand on a une autorité collégiale. Si on a une personne, la question de la compétence et de la composition se confond. Si par contre on nous dit le Conseil fédéral / la Cour / la Commission est compétente, alors cette question peut se poser.
 - ⇒ Question de la récusation, dans les cas où une personne, à cause de sa proximité avec une des parties, peut être légitimement soupçonnée de partialité ou rien qu'à l'observation, l'apparence de partialité pourrait subvenir, alors se pose cette question. De plus si une autorité siège, avec en son sein une personne qui aurait dû être récusée, sa composition ne sera pas correcte.

- *Respect des règles de procédure*

- ⇒ Notamment droit d'être entendu : règle fondamentale. On ne peut prendre une décision au détriment d'une personne sans l'avoir préalablement entendue : c'est un principe constitutionnel garanti à 29 Cst mais qui est aussi reconnu de manière très large en Europe (p.ex Code de bonne administration en Europe consacre ce principe). On a aussi des règles spéciales dans certaines lois, qui prévoient p.ex qu'un préavis doit être demandé dans certaines circonstances spéciales.
- ⇒ Nature des vices formels : comme le droit d'être entendu, on dit que ce sont des droits de nature formelle dont la violation entraîne nécessairement par elle-même l'annulation de la décision, quand bien même une analyse matérielle de la décision aboutirait à ce que la décision était quand même correcte / valable en soit. La violation du droit d'être entendu suffit *en principe* pour provoquer l'annulation de la décision.
- ⇒ Conséquences sur la validité matérielle ? La procédure n'est pas là pour faire joli, elle sert à établir les faits, à cerner les intérêts en présence, à préciser les enjeux, pour que la meilleure décision soit rendue. Il est quasiment inévitable que les problèmes dans la procédure entraînent des conséquences sur la validité matérielle (en tout cas c'est qqch d'assez envisageable) : p.ex si on a pas entendu les témoins, voire les parties, si on a mal instruit la procédure, alors on va faire le syllogisme juridique sur la base d'une prémisse éronnée. Il arrive souvent qu'un vice de forme entraîne un vice matériel ; la décision elle-même sera éronnée dans son contenu. Néanmoins, le fait que le vice de forme ait entraîné ensuite un vice matériel n'est pas une condition de l'annulation de la décision.

- *Régularité de la notification*

- ⇒ Notification comme condition d'opposabilité : une décision qui fixe des droits et de obligations dans un cas concret doit être portée à la connaissance de ses destinataires. On doit pouvoir imposer au destinataire le respect de ce qui figure dans la décision. Pour que la décision soit opposable, elle doit être notifiée. Il le faut aussi pour que la décision puisse être contestée ; pour qu'on puisse recourir à la décision.
- ⇒ Exigences de notification : la notification ne doit pas se faire n'importe comment. Elle doit être notifiée au destinataire, lui parvenir. Le principe c'est qu'elle doit se faire par écrit (exceptionnel qu'elle soit orale), une décision doit être désignée comme tel (le destinataire doit s'en rendre compte, même si c'est pas marqué « décision », cela doit ressortir clairement), la décision doit être motivée (on doit expliquer les raisons de la décision, on dit souvent que c'est essentiellement pour permettre l'éventuelle contestation de la décision). Les voies de recours et les délais de recours doivent être indiqués, les décisions doivent être signées.

2. La validité matérielle

- *La constatation exacte des faits*

- ⇒ Conséquences de vices de procédure : la constatation inexacte des faits peut intervenir à

cause de vices de procédure : p.ex on n'a pas instruit correctement ou qu'on n'a pas fait attention à certaines choses, on a reçu des indications fausses et les faits n'ont pas été constatés correctement. Ainsi la décision sera erronée, car fondée elle même sur une prémisse erronée. Le but n'est pas d'avoir une histoire vraie mais d'avoir une décision juste et correcte, elle doit donc porter sur des faits vrais, concrets, pertinents et déterminants pour la décision.

- ⇒ Rapport avec l'application de loi : correcte application de la loi nécessaire.
- ⇒ Etendue variable du contrôle judiciaire : on a des cas où par définition le contrôle judiciaire est difficile, si p.ex il s'agit de contrôler des faits en rapports avec un fait médical. Les juges ne sont pas des experts médicaux, on devra recourir à des experts le cas échéant ; le contrôle judiciaire doit donc se faire avec beaucoup de retenue. Autre exemple : domaine des examens.
- *Le respect du droit*
 - ⇒ Légalité
 - ⇒ Autres principes constitutionnels, p.ex proportionnalité, intérêt public, bonne foi, etc.
- *L'opportunité*
 - ⇒ En cas de pouvoir d'appréciation de l'autorité et normalement la définition du pouvoir d'appréciation c'est la liberté qui reste à l'autorité.
 - ⇒ Composante politique : si une décision est viciée pck elle est inopportune, c'est une autorité politique qui pourra revoir ça (p.ex une autorité hiérarchique) ou alors dans le cadre d'une opposition (la même autorité qui a rendu la 1ère décision qui revient dessus).
 - ⇒ Ne concerne pas la conformité au droit

C. La gradation des conséquences des vices formels ou matériels

- *Absence de conséquence*, grade le plus bas :
 - ⇒ irrégularité formelle sans effet sur l'administré p.ex dans la motivation du recours ou encore dans l'instruction du recours. On indique la mauvaise voie de recours mais l'administré voit l'erreur et recours dans le bon délai et dans le bon recours. La décision est viciée mais l'intéressé a fait ce qu'il fallait. Idem p.ex si on n'a pas entendu de témoin à même de disculper l'intéressé mais finalement on ne prononce pas de sanction.
 - ⇒ substitution de motifs : une décision pouvait se justifier de plusieurs manières et l'autorité donne la mauvaise justification, mais le résultat est conforme au droit. Si la décision est contestée il sera possible de dire qu'on s'est trompé de raison, mais on n'y a toujours pas droit (on change les motifs mais le résultat reste le même) ; le droit d'être entendu devra être respecté si l'administré ne pouvait pas deviner le motif.

⇒ absence de recours ou de révocation (cf. guérison) : on a une décision viciée (matériellement ou formellement), personne ne recourt, l'autorité n'a pas de motif de révoquer car la décision lui convient, la décision va « guérir ».

- *Guérison*

⇒ voie de droit non utilisée, même si elle était ouverte. C'est aussi une forme d'absence de conséquence.

⇒ présomption de validité des décisions « en force », la décision sera présumée valable. Nuance : cette guérison n'est pas un miracle, c'est pas nécessairement une guérison absolue. P.ex on a loupé le délai de recours, on n'a pas de motif de révision, on ne peut plus rien faire. Ça ne veut pas dire que suivant les circonstances, l'autorité qui remarque qu'elle s'est trompée ; elle pourra éventuellement, suivant les circonstances, modifier sa décision.

- *Réparation*, par rapport à des vices de procédure

⇒ sur recours, l'autorité dans certains cas peut réparer elle-même ce que l'autorité de base n'avait à tort pas fait (p.ex entendre des témoins, organiser une expertise, etc). Ce n'est possible que si l'autorité de recours a le même pouvoir d'examen que l'autorité de base.

⇒ pour violation du droit d'être entendu ou de l'instruction d'office

- *Inopposabilité*

⇒ en cas de notification irrégulière, si une décision n'a pas été notifiée ou notifiée pas correctement, on ne pourra pas exiger de l'intéressé que tant qu'il ignore la décision qu'il la respecte, et si les voies de recours n'ont pas été correctement indiquées, les délais ne devront pas commencer à courir (sous réserve du principe de la bonne foi, p.ex on ne peut pas attendre 10 ans).

- *Correction*, ne pas confondre avec la réparation ; quand une décision est viciée

⇒ sur recours ou opposition (soit annulation / soit réforme)

⇒ hors voies de droit (révocation)

- *Nullité*

⇒ conditions strictes. Sanction suprême. La décision est tellement viciée qu'elle est radicalement nulle.

D. La nullité

- *La notion*

- ⇒ décision « inexistante », tellement les vices dont elle est affectée sont importants.
- ⇒ pas d'effet guérisseur du passage du délai de recours, même si les délais pour recourir sont échus, on peut encore dire que cette décision est affectée d'un tel vice qu'on ne doit pas en tenir compte.
- ⇒ distinction avec inopposabilité : la JP a un peu flotté entre nullité et inopposabilité. Il y a une petite différence : si la décision est nulle, il faut recommencer toute la procédure. Si la décision est simplement inopposable pck on l'a pas notifiée, on peut le faire et le délai de recours commence à courir, et on a doit respecter la décision.
- *Les conditions de la nullité*
 - ⇒ vices graves : une simple illégalité ne suffit pas.
 - ⇒ nullité manifeste ou au moins aisément décelable, cela ne doit pas être une simple subtilité juridique. C'est une violation crasse du droit.
 - ⇒ pas de mise en danger de la sécurité du droit : puisque la décision n'existe pas, on peut par définition invoquer ça n'importe quand. Dès lors, le risque, puisqu'il n'est plus question du délai de recours, si on admettait trop facilement la nullité, des tiers ou d'autres personnes touchées peuvent se voir confrontés à un gros problème.
- *En pratique*
 - ⇒ surtout vices de forme (compétence) : Souvent en pratique c'étaient des vices de formes et non pas des vices de fonds.
 - ⇒ rapport avec protection juridique
 - ⇒ ne pas compter dessus, si l'avocat dit « c'est bon on a tout le temps, ca se voit que la décision est nulle » c'est une faute professionnelle grave.

E. La constatation de la nullité

- Par toute autorité concernée
- Pas d'effet sur les autres autorités, sauf si la constatation émane de l'autorité compétente pour la décision en cause
- En tout temps
- D'office ou sur demande, plusieurs modalités envisageables :
 - ⇒ décision constatatoire
 - ⇒ demande de reconsidération

- ⇒ sur recours
- ⇒ révocation

F. La casuistique de la nullité

Vert = nullité Noir italiques = pas de nullité

◉ Compétence

- RDAF 2000 I 446 (TF)
- ATF 114 V 319, 327
- ATF 132 II 342, 348
- ATAF 2008/59
- ATF 127 II 32, 47/48

◉ Forme

- *ATF 106 Ib 177, 179*
- *ATF 111 Ib 213, 219*
- *ATF 132 II 21, 27*
- *ATF 114 Ib 180, 184*
- *ATF 116 Ib 215*
- *ATF 122 I 97, 98*
- *JAAC 2002/66 no 36 (CFRPF)*
- *ATF 129 I 361, 364*
- *SJ 2005 I 579, 585 (TA/GE)*
- *RDAF 2006 I 145/146 (TF)*
- *RDAF 2005 I 62, 65 (TFA)*
- *ATF 137 I 273, 276 ss*

◉ Fond

- *ATF 128 II 193, 198*
- *ATF 133 II 366, 369*
- *ATF 138 III 49, 56 (rappel des conditions générales)*

sécurité routière

- *ATF 128 IV 184, 197*
- *ATF 113 IV 123, 124*
- *ATF 138 II 501*

Séance 13 : La modification des décisions (lecture de §12).

A. REMARQUES LIMINAIRES

Mutabilité de la norme vs stabilité de la décision ; Comme les décisions sont concrétisées et individualisées et que la sécurité du droit est importante, elles ont une certaine stabilité.

Exige de validité continue de la décision

- pour les décisions à effet durable : C'est lié au principe de la légalité et de l'intérêt public. La conformité au droit doit subsister également dans la durée. Si modification des faits ou du droit, il faudra rétablir conformité au droit. Comme les décisions administratives doivent rester conformes au droit, leur stabilité est moins forte que celles des jugements pénaux et civils.

Lien avec la question de l'entrée en force : Il y a un moment clé ds notre système de droit administratif. C'est le moment où il n'est plus possible de faire des recours ordinaires. La décision est devenue définitive ou est entrée en force (termes synonymes).

Prise en compte des intérêts en jeu : La relation de droit administratif peut être polaire ou bipolaire. Il y a p.ex. les cas de sanctions. Dans ce cas, on prend en compte l'intérêt de l'Etat (intérêt public) à l'application pure et stricte du droit ou intérêt privé de l'administré à la remise en question d'une décision. Les choses se compliquent lorsqu'il y a des tiers administrés susceptibles d'être impliqués. Le cas typique est l'autorisation de construire : éventuels voisins non en accord ac le projet que je projette. Il y a aussi sinon d'autres sortes de tiers susceptibles d'être impliqués. Il va y avoir une combinaison entre moment de l'entrée en force et relation d'intérêt simple (polaire) ou multipolaire, ce qui complique les choses.

B. FOND ET PROCEDURE

1. Deux questions

La question de fond : Une décision **peut-elle** ou **doit-elle** être modifiée dans son contenu ?
Est-ce qu'au vu des faits il est autorisé voire imposé de modifier la décision ?

La question de procédure : Un administré peut-il obtenir que l'autorité examine à nouveau une décision ?

2. Trois étapes

L'analyse devrait normalement se décliner en 3 étapes (théoriques).

La saisine

= le fait pour l'autorité d'ouvrir le dossier, d'entrer en matière

- d'office, sur moyen de droit, sur demande de reconsidération

p.ex. de sa propre initiative ou demande de reconsidération venant de l'administré envers l'administration

Le travail après entrée en matière

- analyse et instruction : travail de réexamination du dossier
- réexamen ou reconsidération au sens littéral

Le résultat de ce travail

- maintien ou modification de la décision
- réforme, annulation, révocation, retrait

3. Ne pas confondre***Entrée en matière***

Obligation et/ou droit d'entrer en matière sur une demande d'un administré de modifier une décision

Modification

Obligation et/ou droit de modifier la décision au fond

On peut avoir les deux en même temps. Modification des circonstances telles que la décision en peut plus rester comme ça. Et administré a droit à ce qu'on rouvre le dossier. L'administration a même l'obligation de modifier la décision.

Mais on peut aussi imaginer qu'on aille l'un, mais pas l'autre. P.ex. obligation d'entrer en matière pour faits nouveaux, mais finalement la nouvelle situation ne modifie pas le dispositif.

On peut aussi imaginer la substitution de motif.

C. TERMINOLOGIE**1. La révocation****Au sens large**

- = toute modification d'une décision par son auteur (ou par autorité supérieure s'y substituant) ; cf. cours précédents autorité supérieure qui décide à la place de l'autorité inférieure
- mais pas par une autorité de recours
- la révocation est donc une **question de fond** : concerne la modification du dispositif de la décision

Usage recommandé

- réserver le terme de « révocation » pour la modification des décisions entrées en force : C'est dans ce cas-là qu'on parle des conditions de révocation.
- parler de « retrait » ou de « modification » dans les autres cas

2. Selon les étapes du processus**Demande de reconsidération ou de révision**

- moyen procédural formel à disposition des administrés ; c'est la clé de la saisine ; c'est le moyen pour que l'autorité entre en matière ; Enfin, le résultat sera la révocation ou la révision au sens matériel du terme, c'est à dire la modification de la décision elle-même

Reconsidération ou réexamen proprement dit

- au sens littéral

Révocation ou révision matérielle

- modification ou révision matérielle

D. MODIFICATION AVANT L'ECHEANCE DU DELAI DE RECOURS

Modification en principe possible pour tout motif (normalement) : tous les motifs conformes au droit restent ouverts. L'autorité a la liberté de se corriger pdt le délai de recours car elle estime qu'elle n'a pas pris la décision conforme au droit.

- meilleure application du droit, meilleur établissement des faits, opportunité

Décision ne faisant que favoriser (ou éviter de défavoriser un particulier) (Cas particulier) : On en devrait pas autoiser administration à utiliser délai de recours qui n'est pas fait pour elle mais pour administré.

- Il faudrait appliquer les mêmes règles que pour les décisions en force (pesée des intérêts)
- Pas applicable si intérêts de tiers ou intérêt public défendu par des tiers en cause : le destinataire de la décision peut s'attendre à son éventuelle remise en cause. Le destinataire lui-même doit attendre que sa décision soit contestée par un tiers. Si l'autorité estime que la nouvelle décision est plus conforme au droit, elle doit pouvoir la modifier.

Jurisprudence

- TF : **Modification possible** sans conditions particulières pour décisions de prestations d'assurances sociales pendant le délai de recours (Manuel n° 932) sans pesée des intérêts au détriment de l'administré. P.ex. administré à 30 jours pr recourir, alors administration a 30 jours pour réaliser qu'elle s'est trompée et qu'elle a trop donné.
- TAF : Idem pour naturalisations (id.)
- TF : Modification possible sans conditions particulières de décisions de taxation (au détriment du contribuable) pendant le délai d'opposition ou de recours (Manuel n° 933)
- Donc ne suit pas le principe posé au § précédent

E. MODIFICATION SUR OPPOSITION OU SUR RECOURS

Par l'autorité compétente : Dans le cas d'opposition, même autorité que celle qui a rendu décision. Dans le cas du recours, c'est une autre autorité.

Très large pouvoir pour l'opportunité. On pourra même modifier décision au détriment de l'opposant. Su recours, alors le pouvoir est variable. Parfois limité à l'arbitraire. Fondamentalement, elle ne doit pas faire pesée des intérêts mais simplement bien appliquer le droit.

Pas de pesée des intérêts particulière**Modification sur opposition (= même autorité)**

- pour tout motif : droit, faits, opportunité

→ *reformatio in pejus* en principe possible

Modification sur recours

- pouvoir d'examen variable
- pouvoir de décision variable

F. MODIFICATION PENDANT PROCEDURE DE RECOURS

Par l'auteur de la décision

Fondamentalement comme avant échéance du délai de recours

- pas de pesée des intérêts particulière

L'autorité intimée (celle qui a rendu décision) peut toujours la modifier sans faire une pesée des intérêts particulière.

Problème de l'effet dévolutif du recours

- Peut faire échec à la modification
- N'est en général pas complet sur ce point
- Genève : modification possible en tout temps (67 al. 2 LPA/GE)
- Niveau fédéral : modification jusqu'à envoi de réponse au recours (58 PA)

G. MODIFICATION DE DECISIONS ENTREES EN FORCE

Pas suffisant qu'il y ait de bons motifs de droit pour modifier décision.

Nécessité d'une pesée des intérêts

- application objective du droit

vs

- sécurité du droit

Application objective du droit doit peser d'avantage que les motifs de sécurité du droit.

Motifs de révocation

- décision viciée à l'origine
- modification du droit
- modification de l'état de fait : p.ex. personne qui ne voit plus bien et qui continue à conduire.
- « motifs de révision » cf. Manuel n° 1290

Motif principal de révision = fait nouveau, ancien. C'est un fait qui existait à l'époque mais n'était pas connu ou ne pouvait pas être prouvé et qui mtn peut l'être.

Elements jouant contre la révocation

- les droits acquis
- les « droits subjectifs » : on ne sait pas vmt bien ce que c'est. Manière de dire qu'une attente particulière a été créée chez administré. L'attente de la sécurité du droit est forte. C'est dire que l'intérêt individuel à la sécurité du droit pèse plus qu'intérêt public.
- les décisions prises sur recours

- les décisions après instructions approfondies
- les décisions favorisantes entièrement exécutées

Proportionnalité et bonne foi

Ces deux principes entrent en jeu ici.

Séance 14 : Le contentieux administratif – Les voies de droit (lecture

de §17).

I. VOIES DE DROIT CONTRE LES DECISIONS DES AUTORITES FEDERALES

1. Principe

- Recours au TAF (31 LTAF) = autorité de recours ordinaire contre les décisions des autorités fédérales. C'est le principe à retenir.
- Pour décisions des autorités selon **33 LTAF**, *notamment*
 - > CF dans certains cas (p.ex dans le domaine de la fonction publique fédérale)
 - > Chancellerie, départements et unités subordonnées de l'administration fédérale (offices)
 - > Commissions fédérales
 - > Établissements et entreprises de la Confédération
 - > Autorités et organisations extérieures, voire même les tribunaux arbitraux dans les cas où ils sont mis sur pieds pour des contrats de droit public fédéraux
 - > + parfois des autorités cantonales si la loi le prévoit (très peu de cas)

SAUF

- exceptions selon **32 LTAF** *notamment*
 - > sûreté intérieure et extérieure
 - > droit de vote
 - > énergie nucléaire
 - > concessions ferroviaires
 - > décisions autorité de plainte radio-TV
- ➔ d'une manière générale si une opposition ou plus rarement un recours préalable (hiérarchique) est possible, le recours au TAF sera possible, à moins qu'on retombe dans une des exceptions mentionnées plus haut.

2. Si pas recours au TAF ...

- opposition ou recours préalable
- recours direct au TF (notamment recours en matière de plainte loi radio-TV)
- recours spécial (47 al. 1 let. c PA)
- recours à l'autorité de surveillance (47 al. 1 let. d PA)
- recours au CF (47 al. 1 let. a et 72 ss PA)
- recours à l'AF (79 PA)
- pas de recours du tout (décision définitive) -> cas peu nombreux à cause 29a Cst. Ce ne sera que pour des décisions à charge politique massive prépondérante que l'on exclura tout recours.

3. Contre la décision du TAF

- recours en matière de droit public au TF (82 let. a et 86 al. 1 let. a LTF)
- rien si exception au recours au TF selon 83 à 85 LTF

- pas de RCS ! Le RCS n'est ouvert *que contre des décisions d'autorités cantonales*, mais non pas contre les décisions du TAF.

4. Motifs de recours

Devant le TAF

- droit (49 let. a PA)
- faits (49 let. b PA)
- inopportunité (49 let. c PA) (mauvaise idée d'avoir permis cela selon la doctrine). En pratique, le TAF ne contrôle pas vraiment l'inopportunité. Mais, à rigueur de texte, cet argument est invocable devant TAF.

Devant le TF

- droit (95 LTF)
- faits ne seront revus par TF que si établis arbitrairement (97 al. 1 LTF) (p.ex. manifestement incorrecte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF)
- On ne peut pas invoquer l'inopportunité d'une décision devant le TF.

5. La voie de l'action

On ne va pas contester devant une autorité une décision prise par une autre mais on va directement devant le juge pour se plaindre en demandant directement au Tribunal de statuer, d'ordonner à l'autorité de faire ou de ne pas faire quelque chose.

« Plainte » au TAF (art. 35 LTAF)

- contrats de droit public (passés par la confédération ou une entité fédérale au sens de l'art. 33 let h). Le contentieux contractuel, lorsqu'une des parties est une entité fédérale (Confédération, organisation, etc), on ne le fait valoir par voie d'action auprès du TAF.
- protection des données en matière de droit privé

Action devant le TF (art. 120 LTF)

- conflits de compétence Confédération-cantons
- litiges entre Confédération-cantons ou entre cantons
- certains cas de responsabilité

II. LES VOIES DE DROIT CONTRE LES DECISIONS DES AUTORITES CANTONALES

1. EXIGENCES DE LA LTF

Les autorités cantonales vont rendre des décisions basées sur le droit fédéral. Mais ça reste des décisions cantonales. Ces juridictions cantonales vont appliquer le droit fédéral. Elles ont office de juridiction cantonale aussi lorsque l'autorité applique le droit cantonal. Exigences minimales imposées par le droit fédéral aux juridictions cantonales.

- **Il faut qu'un Tribunal supérieur comme dernière instance cantonale si RMDP ou RCS soit ouvert** (= en pratique quasiment toujours) (86 al. 2 LTF). Les cas dans lesquels ni RMDP ni RCS ouvert sont peu nombreux.

Sauf pour deux exceptions :

- Décisions à caractère politique prépondérant (86 al. 3 LTF).
 - ➔ ATF 136 I 42, 45 ss : Cette notion doit se faire de manière restrictive. Dans cet arrêt le TF a considéré que des exonérations fiscales à Genève faites pour des fondations, certes il y a un aspect politique mais il n'est pas prépondérant : c'est l'intérêt de la fondation à être exonéré qui apparaît en premier plan, selon le TF. Et donc une voie de recours auprès d'un tribunal cantonal supérieur doit être ouvert.
- Décisions du parlement ou du gouvernement en matière de droit de vote (88 al. 2 LTF), ici il n'est même pas obligatoire de prévoir une voie de recours, ou alors on peut en prévoir une qui est non-judiciaire.

2. CONTRE DECISIONS D'AUTORITES GENEVOISES

Si une loi spéciale le prévoit :

- ➔ opposition/réclamation
- ➔ recours hiérarchique
- ➔ recours au Tribunal administratif de première instance (TAPI – 116 al. 1 LOJ)
- ➔ recours à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire (138 LOJ) (compétence minimale)
- ➔ exceptionnellement recours au TAF (33 let. i LTAF) (p.ex. 53 al. 1 LAMal)

si pas de disposition spéciale :

- ➔ recours à la chambre administrative de la Cour de justice (CJCA, dans manuel marqué CACJ) (132 al. 2 LOJ)
(sauf exceptions prévues par la loi)

ou

- ➔ recours à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (CJCAS) (134 LOJ)
(p.ex. assurance vieillesse, maladie etc.)

3. EXCEPTIONS AU RECOURS A LA CJCA (= Cour de Justice Chambre Administr.)

Si autre voie de recours prévue (132 al. 8 LOJ) : il faut regarder la loi spéciale, si elle prévoit que préalablement un recours hiérarchique est prévu, si il doit être porté devant le TAPI ou si il faut d'abord faire une réclamation, etc. En résumé :

- ➔ réclamation (59 let. c LPA)
- ➔ TAPI

- Recours hiérarchiques
- ensuite recours à la CJCA (d'abord il faut utiliser la voie de recours prévue)
- Cour d'appel du pouvoir judiciaire
- CJCAS (132 al. 1 in fine LOJ) = chambre des assurances sociales de la CJCA
- Ensuite **pas** de recours à la CJCA
C'est parce que ce sont des juridictions parallèles à la CJCA.

EXCEPTIONS (SUITE)

Exceptions ponctuelles (lois spéciales)

- presque toutes supprimées
- exemple : 132 al. 7 let. b LOJ (levée du secret de fonction des membres du Conseil d'Etat ou du Grand Conseil)

4. CONTRE LA DECISION CANTONALE DE DERNIERE INSTANCE :

- RMDP au TF (82 let. et 86 let. d LTF)
- Sauf exceptions de 83 à 85 LTF)
- Dans ce cas : RCS (113 LTF). C'est la grande différence avec les décisions fédérales.

5. MOTIFS DE RECOURS

Au niveau d'une réclamation/opposition et recours hiérarchique :

- droit
- faits
- inopportunité

Ici la même autorité qui statue, ou l'autorité hiérarchique, a exactement les mêmes pouvoirs que l'autorité qui statue à la base (p.ex une même liberté d'appréciation)

Au niveau d'un recours à une juridiction (TAPI, CJCA, CJCAS)

- droit (61 al. 1 let. a LPA)
- faits (61 al. 1 let. b LPA)
- mais pas l'inopportunité (61 al. 2 LPA)

Les juridictions administratives genevoises ne peuvent pas contrôler l'opportunité sauf quelques exceptions qui doivent être spécifiquement prévues.

6. MOTIFS DE RECOURS DEVANT TF

En RMDP on peut invoquer :

- Droit fédéral (y.c. constitution) (95 let. a LTF)
- Droit international, droits constitutionnels cantonaux, droit cantonal sur droit de vote et élections, droit intercantonal (95 let. b à e LTF)
- Faits si établis arbitrairement (97 al. 1 LTF)

- Donc examen de la violation du droit cantonal ordinaire seulement en relation avec violation des droits constitutionnels (notamment arbitraire)
- Constitue aussi un minimum admissible devant l'autorité cantonale de dernière instance (111 al. 3 LTF). Il est exclu que le contrôle de dernière instance cantonale soit plus étroit.

RCS

- droits constitutionnels (y.c. faits établis arbitrairement) (116 et 118 LTF)

7. LE PARCOURS D'UNE DECISION CANTONALE GENEVOISE**Impôts**

- Réclamation (Loi procédure fiscale le prévoit)
- puis recours au TAPI
- puis recours à la CJCA
- puis RMDP au TF

Police des étrangers, construction, circulation routière

- recours au TAPI
- puis recours à la CJCA
- puis RMDP au TF ou RCS au TF (certaines décisions en matière de police des étrangers)

Assurances sociales

- opposition (sauf assurance-invalidité)
- recours à la CJCAS
- RMDP au TF

Autres domaines

- réclamation ou opposition si la loi le prévoit
- recours à la CJCA
- RMDP ou RCS au TF

8. LA VOIE DE L'ACTION**Action à la CJCA**

- contrats de droit public si pas décision (art. 132 al. 3 LOJ)

Action à la CJCAS

- LPP (art. 134 al. 1 let. b LOJ)

Action au TPI (tribunal civil et non pas devant les juridictions administratives qd bien même ce tribunal devra appliquer le droit public)

- responsabilité de l'Etat (art. 7 LREC)

Séance 15 : Le contentieux administratif (suite) – La qualité pour agir

(lecture de §17).**I. Le critère ordinaire : l'intérêt digne de protection****A. Le champ d'application**

- ◎ 89 al. 1 LTF → RMDP
- ◎ 48 al. 1 PA → recours au TAF
→ recours hiérarchiques
- ◎ 60 al. 1 let. b LPA/GE → recours genevois
- ◎ 111 al. 1 LTF → recours cantonaux si
RMDP ouvert ensuite

Le critère de l'intérêt digne de protection est défini dans toutes ces dispositions : ce n'est pas étonnant que ce soit ce critère là, car par le jeu de l'art. 111 al.1 LTF doivent au minimum prévoir un recours aussi large que l'art. 89 LTF.

B. Les exigences

- ⇒ Etre touché « **directement** » (apparaît explicitement à l'art. 60 al.1 let. LPA/GE et implicitement dans PA et LTF).
- ⇒ Donc **pas « par ricochet »** : il faut que la décision qu'on souhaite attaquer nous cause directement une atteinte et non pas parce qu'elle va impliquer un certain comportement d'une autre personne, qui par ricochet est susceptible de nous toucher. P.ex : futurs locataires de construction lorsqu'une autorisation de construire est refusée au promoteur.
- Pas qualité : actionnaire (même unique !) d'une société destinataire de la décision, seule la société a qualité pour recourir.
- Qualité : client d'un avocat interdit de représenter en raison d'un conflit d'intérêts (ATF 138 II 162, 166 ss, renversant ATF 135 II 145, cité in Manuel n° 1363)
- ⇒ Etre touché **plus que quiconque**
 - « Spécialement » (PA)
 - « Particulièrement » (LTF)
 - « Besonders » (PA + LTF)
- ⇒ Dans un intérêt **digne de protection**
 - qui peut être de simple fait et pas juridique ! Donc pas nécessaire de démontrer qu'on est protégé dans notre intérêt par la loi.
 - donc pas nécessaire d'être « dans la sphère de protection » des dispositions évoquées
 - mais l'application de celles-ci doit pouvoir juridique ou factuellement, avoir un effet sur la situation du recourant. On peut donc invoquer des dispositions qui visent à protéger d'autres

gens ou intérêt public mais il faut que ces dispositions soient susceptibles de nous (recourants) procurer un avantage.

- ex. *SJ 2013 I 526 (sous-sol)*
- ex. *ATF 139 II 499, 505 (ligne électrique)*

- ⇒ Le recourant doit être dans un **rapport spécial digne d'attention** avec l'objet du litige
- ⇒ L'admission du recours doit pouvoir procurer un avantage **concret** (intérêt purement idéal ne suffit pas). Cela signifie aussi que la personne à qui « ça fait beaucoup de peine qu'on démolisse un immeuble » ne suffit clairement pas.
- ⇒ En matière d'aménagement et de constructions, le critère spatial (situation d'un objet ou résidence) est privilégié.
- ⇒ Pour les concurrents, il faut une « relation particulièrement étroite » entre eux en raison de la réglementation (ATF 139 II 328 : oui pour la LCart). Domaine particulier : celui des concurrents. La jurisprudence a évolué de manière pas toujours très claire ; si p.ex un nouveau supermarché s'installe dans le quartier, cela touchera les commerçants déjà installés. À l'inverse si dans la petite bourgade où est déjà installé un avocat notaire, et qu'un autre arrive, cela touchera le premier. Or, selon le TF, cela ne suffit pas. Dans le cadre de l'application de la LCart, elle met les concurrents dans cette relation étroite.

II. Le critère de l'intérêt juridique

A. Le champ d'application

- ⇒ Ancien critère du recours de droit public et dans certains cantons, avant la réforme de la juridiction fédérale. Aujourd'hui c'est le critère du RCS, car son champ est beaucoup plus réduit que ne l'était le champ du recours de droit public avant. On peut aujourd'hui avec le RMDP attaquer les décisions cantonales, certes dans un champ plus étroit mais avec la qualité pour agir large.
- ⇒ Aujourd'hui, critère de la qualité pour agir en recours constitutionnel subsidiaire : 115 let. b LTF.

B. Les exigences

- Être touché directement dans un **intérêt juridique** = dans ses **droits ou obligations**. Distinguer, suivant que si on invoque une norme cst ou la violation d'une loi.
- Constitutionnels
 - ⇒ en principe la titularité des droits constitutionnels invoqués suffit : p.ex liberté d'expression. Mais tout seul, cela ne suffit pas ; y a-t-il réellement une violation de ce droit (question de fond) ?
 - ⇒ Mais ne vaut pas pour l'art. 9 Cst (interdiction de l'arbitraire) ni pour l'art. 8 al.1 Cst (égalité de traitement) : il faut encore un intérêt légal.

- Légaux
=> Il faut être « dans la sphère de protection » des dispositions invoquées : il faut pouvoir démontrer qu'on figure parmi les personnes que le législateur a entendu protéger en adoptant la loi en question sinon on ne sera pas habilité à recourir en RCS.

C. Exemple récent

- ATF 138 I 305 : en matière de naturalisation, normalement on n'y a pas le droit. Ici l'intéressé invoquait une application arbitraire de la Loi sur la nationalité (qui fixe les critères qui doivent être remplis).
- Le TF a dit que l'art. 14 LN procure une situation juridique suffisamment claire pour donner l'intérêt juridique : donc d'une part, principe du TF qui dit que l'art. 9 Cst ne nous donne pas la qualité pour agir en RCS par lui seul, le TF maintient cette JP mais fait en même temps une interprétation audacieuse de l'art. 14 LN, en disant qu'il donne un intérêt juridique pour se plaindre de son éventuelle application arbitraire.
- Prémices d'un assouplissement ? A suivre, très critiqué par la doctrine.

III. Conditions complémentaires valables pour les deux critères

- Participation à la procédure antérieure, sauf empêchement non fautif (en droit fédéral et dans une certaine mesure dans les cantons). Le principe, c'est qu'on ait participé dès le début à la procédure. Si on a pas participé à la première procédure (sauf empêchement non fautif), on ne peut pas participer à la deuxième.
- Intérêt actuel, donc qu'au moment où le Tribunal statue, qu'il y ait encore un intérêt concret pour le recourant de voir son recours traité. Exceptions :
 - ⇒ Sauf circonstances identiques reproductibles
 - ⇒ Sauf acte normatif : intérêt virtuel suffit

IV. Le recours associatif dans l'intérêt des membres

A. Généralités

- Appelé aussi : recours corporatif ou recours associatif « égoïste » (pour opposer à l'association qui poursuit un but « idéal »), donc but de recourir dans l'intérêt de ses membres.
- Création jurisprudentielle, donc pas de base légale !
- Vaut pour tous les types de recours (RMDP, RCS, recours cantonaux).

B. Conditions

- ⇒ personnalité juridique (donc p.ex un groupement sans pers. jur. ne peut pas en bénéficier)
- ⇒ défense des intérêts des membres prévue dans les statuts
- ⇒ intérêts communs à un grand nombre de membres (pas une majorité, juste proportion importante)

⇒ qualité pour agir individuelle desdits membres (touchés) donnée en l'espèce

V. La qualité pour agir spéciale

A. Champ et bases légales

- Pas pour RCS : titularité des droits constitutionnels suffit
- Pour RMDP : art. 89 al.1 let. c LTF
- Pour recours au TAF : art. 48 al.2 PA
- Pour recours cantonal : art. 60 al.1 let. a LPA/GE

B. La qualité pour agir des organisations

- Organisation de protection de l'environnement
 - ⇒ 55 LPE (environnement)
 - ⇒ 12 LPN (nature)
- conditions quant à l'organisation : à but idéal (≠ but égoïste), exister depuis + de 10 ans, se vouer à des intérêts de protection tels que définis par la loi, être reconnue et figurer sur la liste prévue par le CF.
- conditions quant à l'objet : pas tous les cas d'application de LPE (que projets ou une étude d'impact est nécessaire, donc les projets les plus importants) ou LPN.
- Autre exemples : 9 LHAND (personnes handicapées) et 145 al.4 LCI/GE

VI. La qualité pour agir des collectivités et autorités

- Dispositions spéciales :
 - ⇒ 89 al.2 let. a à c LTF
 - ⇒ 12g al.2 LPN, 56 al.1 LPE, 48 al.4 OAT, 24 al.2 LCR, 73 al.2 LHID
 - ⇒ 12 al.1 let. a et 12g al.1 LPN, 56 al.2 LPE, 34 al.2 LAT
- Si collectivité touchée comme un particulier (p.ex une commune veut faire une construction, le département cantonal lui refuse l'autorisation. La commune en tant que propriétaire a la qualité pour recourir. Idem, en tant qu'employeur, p.ex avec le personnel communal, peuvent recourir).
- Si collectivité touchée dans ses prérogatives de puissance publique et dispose d'un intérêt propre à recourir : la JP du TF est évolutive et tend vers cette ouverture.

Séance 16 : La saisine non contentieuse de l'autorité administrative

(lecture de §18).

I. Rappel : le contentieux administratif

Manière ordinaire de remettre en cause les décisions de l'autorité. Quatre modalités essentielles du contentieux administratif :

- L'action
Provoquer une décision d'une autorité judiciaire. C'est le moyen ordinaire d'agir en droit privé, lorsqu'on est pas content de ce qu'un particulier a fait ou n'a pas fait ; on va ainsi au tribunal pour condamner le particulier en question. L'action existe en droit public, plutôt que de contester un acte / une décision, on va au tribunal et on lui demande de condamner l'Etat (p.ex c'est le cas à Genève, pour les aides financières, condamnation de l'Etat à payer).
- La réclamation
Contestation d'une décision devant la même autorité, dans le délai. L'autorité est obligée d'entrer en matière et de reprendre une telle décision (on parle d'opposition ou de réclamation). Elle n'existe que si la loi le prévoit ; pas toutes les décisions peuvent faire l'objet d'une opposition / réclamation.
- Le recours
Contestation d'une décision devant une autre autorité, dans le délai prévu par la loi.
- La révision
Remise en cause d'une décision judiciaire en force devant l'autorité qui l'a prononcée, dans le délai. Voie de droit extraordinaire pour des décisions qui normalement ne peuvent plus faire l'objet d'un recours, pour des motifs très particuliers et extraordinaires ou des vices graves. Le délai court à partir du moment où on a découvert le motif de révision.
- Si condition de recevabilité remplies (notamment les conditions de formes, le délai, etc), l'autorité saisie doit se prononcer. C'est ce qui caractérise le contentieux dans tous les cas susmentionnés.
- Si délai écoulé pour utiliser ces moyens de droit, le contentieux n'est plus possible.
Argument qui n'est pas soumis au délai : la nullité, cas où la décision est affectée d'une vice tellement grave qu'elle n'existe pas. La nullité est ainsi la seule porte de secours, mais en réalité c'est plus large car il existe des moyens de saisine non contentieuse. Remarque : ces moyens peuvent intervenir dans différents contextes (types d'occurrence).

II. Les moyens de saisine non contentieux

- Types d'occurrence :
⇒ hors tout contentieux : lorsqu'on demande à l'autorité d'agir / de rendre de décision (saisine en vue de décision), dans tous les cas ou il n'est pas prévu que l'autorité doit agir d'office, il faudra une démarche de l'administré. Il n'est pas du tout écrit que cela aboutisse à un contentieux (dans l'immense majorité des cas il y a des demandes de prise de position en dehors de tout contentieux).

- ⇒ précèdent le contentieux : ce sont les cas où on va provoquer la décision. Du moment qu'on aura une décision, alors on pourra la soumettre aux tribunaux (on ne peut pas directement soumettre l'acte matériel au tribunal). Donc dans un premier temps on aura une saisine non contentieuse en vue de provoquer une décision.
- ⇒ suppléent le contentieux : on ne peut plus faire de contentieux parce que les délais sont écoulés mais malgré tout il y a certaines voies qui sont données pour intervenir auprès des autorités pour qu'elles agissent (dans certains cas il y aura un droit à ce que l'autorité se prononce, dans certains cas non).

Trois grands types de moyens de saisine :

- La requête de décision
 - ⇒ ordinaire: on demande simplement à l'autorité de prendre une décision
 - ⇒ la plainte formalisée : procédure dans lesquelles le législateur a estimé qu'il était nécessaire d'instituer une procédure de plainte réglée par la loi et qui aboutit à une décision (dans certains cas particuliers).
- La dénonciation
 - ⇒ en général : on signale à l'autorité qqch qui n'est pas conforme au droit et on demande à l'autorité d'intervenir. Moyen ultra souple mais aussi très faible, car l'autorité n'intervient que si elle estime qu'il est judicieux d'intervenir.
 - ⇒ la « plainte à l'autorité de surveillance » : on ne se plaint pas simplement de qqch d'illégal qui se passe mais on se plaint de l'action, de l'inaction ou de l'illégalité commise par une autorité à une autorité hiérarchiquement supérieure.
- La demande de reconsidération : fondamentalement ce n'est rien d'autre qu'une demande de décision, mais dans le contexte où il y a déjà eu une décision dans la même situation.
 - ⇒ Facultative : non pas pour celui qui demande mais pour celui qui la reçoit ; l'autorité n'est pas obligée d'entrer en matière.
 - ⇒ Obligatoire : l'autorité est obligée, au vu des circonstances, d'entrer en matière sur une demande de reconsidération.

III. La requête de décision

1. Les différents types

- Pour soi : cas le plus banal / classique, dans lequel l'autorité n'est pas censée agir d'office mais sur demande de l'administré.
P.ex : on demande des autorisations de construire, permis de conduire, prestations, un certain diplôme, une dérogation pour repasser encore une fois un examen alors que normalement on y a pas le droit, etc.
- Dirigée contre autrui ou contre autorité : on a une illégalité qui s'est créée et qqn qui n'est ni l'administration, ni le perturbateur mais qqn qui subit les conséquences de l'illégalité, demande à l'autorité pour faire cesser cette illégalité.

P.ex : rétablissement d'une situation conforme au droit, assainissement selon LPE (loi sur la protection de l'environnement prévoit pour toutes sortes d'installations des limites d'émission), mesures selon la LCart, 25a al.1 let.a et b PA

- Constatation de la violation de droits : dans certains cas il n'est pas possible, vu les circonstances, de faire cesser l'atteinte (pck p.ex déjà cessée, ou réparations en nature difficilement envisageables) on demandera a faire constater la violation qui va permettre un contrôle judiciaire le cas échéant et offrir une sorte de satisfaction aux lésés.
P.ex 25a al.1 let. c PA
- Dans le cadre de « plaintes formalisées » : certains types de comportements etatiques peuvent faire l'objet d'une « plainte » qui en réalité est une demande de décision. On s'adresse a l'autorité établie par la loi sur la cessation du comportement de l'entité etatique (ou de l'entité surveillée / personnes surveillées par l'etat) ou au moins sur la constatation. Si la loi le prévoit. P.ex : loi sur la santé GE

2. Les conditions de recevabilité

- Si le requérant a qualité de partie : alors l'autorité doit rendre une décision. La qualité de partie est la porte d'entrée a la procédure administrative et en même temps c'est aussi la clé du droit à une décision. La qualité de partie est définie en droit de suisse comme la qualité pour recourir.
- Qualité de partie = qualité pour recourir (cela résulte de l'art. 6 PA). Ceux qui ont la qualité pour recourir sont ceux qui sont touchés directement, plus que n'importe qui dans un intérêt digne de protection (cf. séance 17).
- Si le requérant n'a pas la qualité de partie, alors c'est une dénonciation. Le requérant demande a l'autorité d'agir mais il n'est pas dans la situation speciale qui lui donne un droit à une décision. L'autorité agira si elle considère cela comme opportun.
- La loi peut prévoir une plainte formalisée sans qualité de partie. Le plaignant a le droit à une décision, mais pas les autres droits des parties. Dans certaines législations il arrive que le législateur donne le droit a une certaines personnes d'obtenir des décisions, sans leur donner les autres droits d'une décision (l'inverse n'est pas vrai).

IV. La dénonciation

1. La dénonciation en général

- La définition : signaler à l'autorité compétente de première instance un comportement contraire au droit, ou une situation contraire au droit, en demandant à l'autorité d'agir.
- Les conditions (avantageuses) :
 - ⇒ Pas de délai
 - ⇒ Pas d'autres conditions de forme (que ça soit par téléphone, par e-mail, en parlant, etc).

- Les conséquences :
 - ⇒ Ne donne pas la qualité de partie
 - ⇒ Ne donne pas droit à une décision (pas de droit à l'entrée en matière). Donc le simple dénonciateur n'a même pas le droit à ce que l'autorité lui dise : « je n'entrerai pas en matière sur votre dénonciation ».
 - ⇒ La loi peut donner certains droits au dénonciateur : on trouve cela dans bcp de lois qui traitent de la surveillance d'une catégorie de gens (p.ex travailleurs). Si l'intéressé n'est pas d'accord avec une décision, il peut « revenir à la charge » et le conseil de surveillance devra rendre la décision : pourtant, la personne en question n'a pas la qualité pour recourir, il a juste le droit que le législateur lui aura donné. Une partie de la doctrine considère que l'autorité devrait (quand elle reçoit une dénonciation) toujours dire ce qu'elle a fait (sans forcément donner des détails, notamment avis Moor/Pelletier), avis de fait que l'administration devrait être ouverte. Mais il faut tenir compte du fait qu'il y a des dénonciateurs qui sont purement et simplement malveillants et il paraît justifier de classer la dénonciation sans suite. Mais ce qui se passe souvent, c'est que ceux qui chargent / rechargent, une lettre leur est envoyée (avertissement).
- Distinguer de la plainte formalisée : de par la volonté du législateur, on aboutit à une décision (≠/= dénonciation) mais il faut qu'il y ait une loi spéciale qui institue la plainte formalisée.

2. La « plainte à l'autorité de surveillance »

- La définition : dénonciation à l'autorité supérieure du comportement de l'autorité subordonnée (y.c. par rapport à une décision). C'est pourquoi parfois la plainte à l'autorité de surveillance a été utilisée comme succédané du recours.
- Les conditions et les conséquences : celles de la dénonciation.
- Pratique restrictive des autorités fédérales

V. La demande de reconsidération

1. Principe

- Distinction avec révocation : la révocation c'est la décision au fond consistant à modifier une décision déjà rendue, lorsque l'autorité qui a pris la décision modifie sa propre décision, le cas échéant une décision déjà entrée en force. Il est possible que l'autorité aboutisse à une révocation suite à une demande de reconsidération, qui est donc un moyen procédural (saisine de l'autorité).
- Autorité compétente
 - ⇒ Celle qui a rendu la décision de base
- Délai et forme

- ⇒ Aucun : peut-être formée contre une décision en force
- ⇒ Pas de forme particulière en principe, sous réserve que si il y a une forme prévue par la loi pour la décision de base, logiquement la demande de reconsidération devra être faite sous la même forme.
- Effet
 - ⇒ En principe, l'autorité à la faculté, donc peut mais n'a pas l'obligation d'entrer une matière.
 - ⇒ Parfois, même la faculté d'entrer en matière peut être limitée (p.ex si la configuration des intérêts en présence le prévoit).
 - ⇒ Réserve des cas de reconsidération obligatoire
 - ⇒ Pas d'interruption des délais de recours ni d'effet suspensif

2. La reconsidération obligatoire

- Soit si on est présence d'un motif de révision (cas de révision)
 - ⇒ Ceux qui sont pertinents
 - ⇒ Voir art. 80 let. a et b LPA, 66 PA
 - ⇒ « Faits nouveaux anciens », crimes ou délits (p.ex des moyens de preuve qu'a l'époque on avait pas pu faire valoir ou si des problèmes de mauvaise composition de l'autorité on influencé la décision).
 - ⇒ Ne valent pas si pouvaient être invoqués dans recours. Si on pouvait le faire, on ne pourra pas les utiliser comme arguments pour une reconsidération.
- Modification des circonstances
 - ⇒ « Faits nouveaux nouveaux » : la décision a été rendue sur la base d'un certain état de fait, qui change, postérieurement, à l'échéance de tous les effets de recours (donc la décision est en force). Aujourd'hui, la décision ne correspond plus à la situation et on doit entrer en matière.
- En droit genevois
 - ⇒ Réglé à l'art. 48 al.1 LPA

VI. Distinction entre révision et reconsidération

1. Hypothèse de la décision « en force de chose décidée »

- Décision rendue par autorité de base
- Il n'y a pas eu de recours
- Donc décision entrée en force
- Dans ce cas là, si il y a découverte d'un motif de révision *ou* la survenance de circonstances nouvelles
 - ⇒ Alors demande de reconsidération auprès de l'autorité de base

2. Hypothèse de la décision « en force de chose jugée »

- Décision rendue par autorité de base

- Il y a eu un recours
- Décision sur recours par autorité de recours
- Et cette décision sur recours est entrée en force

On distingue :

- Découverte d'un motif de révision
⇒ demande de révision auprès de l'autorité de recours
- Survenance de circonstances nouvelles
⇒ demande de reconsidération auprès de l'autorité de base

VII. Modes de saisine avec décision préexistante

1. Décision non en force

- Opposition (ou réclamation)
⇒ si la loi le prévoit
- Recours
⇒ dans le délai et le respect des conditions de recevabilité
- Demande de reconsidération facultative
⇒ ne suspend pas le délai de recours

2. Décision en force de chose « jugée » (il y a eu recours)

- Révision
⇒ si cas de révision : « faits nouveaux anciens », crimes ou délits, etc.
- Reconsidération obligatoire
⇒ si modification notable des circonstances
- Reconsidération facultative
⇒ sous réserve de l'autorité de chose jugée et des droit tiers

3. Décisions en force de chose « décidée » (il n'y a pas eu de recours)

- Reconsidération obliatoire
⇒ si cas de révision : « faits nouveaux anciens », crimes ou délits, etc.
OU
⇒ si modification notable des circonstances
- Reconsidération facultative
⇒ sous réserve de l'autorité de chose jugée et des droits tiers

Séance 17-18 : La procédure administrative (lecture de §19).

I. La tension entre formalisation et procédure informelle

Tension entre un mouvement pour plus de formalisation (donc une procédure plus précise, ancrée dans la loi, avec des règles plus précises, non seulement dans son expression en règle de droit mais aussi dans la pratique, surtout des exigences plus grandes pour les autorités). A l'inverse il y a des exigences, des besoins importants de souplesse, pour qu'on puisse garder, dans le cadre d'activité de l'Etat, un certain degré d'action informelle. Quels sont les éléments qui ont poussé depuis 25 ans depuis la formalisation ?

1. Formalisation

- Art. 6 CEDH : principe strictement juridique, dans son exigence au niveau du contentieux, du droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, a eu directement et indirectement une influence sur le contentieux (effet direct et indirect).
- Art. 29, 29a et 30 Cst féd : dispositions constitutionnelles actuelles, mais déjà avant 2000, l'ancien art. 4 a Cst (sur l'égalité de traitement). Aujourd'hui le droit d'être entendu est consacré explicitement à l'art. 29.
- Art. 111 et 112 (unité de procédure) : l'unité de procédure existait déjà en développement avant la LTF. La jurisprudence en avait déjà posé les principes.
- Exigences légales (codification et lois spéciales) : mouvement général de codification, au niveau fédéral ; la PA n'est pas une loi récente. Par contre il y a eu dans les 30 dernières années un mouvement de codification cantonal (y.c dans la procédure non contentieuse). Parallèlement il y a eu tout un mouvement de codification des lois spéciales et qui s'impose aux cantons (p.ex LPE, LCart).
- Jurisprudence TF, TAF et cantons : Évidemment, on a le développement constant de la JP tant au niveau fédéral que cantonal.
- Rôle des avocats : il y a un recours de plus en plus systématique aux avocats. On dira que puisque la procédure est de plus en plus compliquée, on a besoin d'avocats ; mais on peut aussi se demander si la procédure ne devient pas plus compliquée justement parce qu'on a recours aux avocats (p.ex en multipliant les demandes de récusation, etc si c'est défavorable à leurs clients). Domaine le plus envahi par les avocats : l'enseignement, notamment dans le primaire et le secondaire. Avant, on le réglait autrement, alors qu'aujourd'hui les avocats interviennent p.ex sur les notes ou les retenues.

Conséquences : le risque c'est l'annulation de la décision pour des motifs formel et l'irrecevabilité.

- ⇒ invalidité formelle : du point de vue de l'autorité, on a certaines règles formelles (p.ex droit d'être entendu) qui entraînent l'annulation de la décision, quand bien même la décision était matériellement parfaitement conforme au droit. Il faut nuancer cette conclusion, notamment pour le droit d'être entendu, car il y a quelques possibilités de réparation.

- ⇒ irrecevabilité de la demande ou du recours : du point de vue des administrés. Pour les requêtes faites à l'administré, on est sévères sur les conditions de recevabilité, et comme il n'y a pas en général de délai impératif pour requérir une décision. Pour les recours, c'est beaucoup plus sévère, même si il y a certains adoucissements (parfois certaines possibilités d'échappatoire existent).

2. Nécessité de souplesse

- Pour l'efficacité de l'administration : si l'administration, pour la moindre action, devait commencer par une publication générale pour savoir si p.ex qqn pouvait invoquer sa qualité de partie, faire une instruction, entendre des témoins, etc : blocage absolu.
 - Pour la protection de l'administré : il faut admettre qu'il faut d'une manière générale, dans l'immense majorité des cas, que les administrés puissent agir sans avocat. Aujourd'hui encore, même en contentieux, on a encore beaucoup d'administrés qui agissent en personne, ce qui est évidemment exclu en droit privé (quasiment impossible d'agir sans avocats), en droit pénal on en a même un d'office si on en a pas, mais en droit administratif c'est parfaitement faisable. C'est pourquoi un citoyen lambda doit pouvoir le faire sans pouvoir être sanctionné sévèrement si il fait une erreur de procédure.
- ⇒ Nuances du droit d'être entendu
- ⇒ Nuances de la récusation
- ⇒ Interdiction du formalisme excessif : le fait d'appliquer à la lettre une règle de procédure alors que dans le cas concret il n'y a absolument aucun intérêt (public ou privé) qui le justifie constitue une violation du droit et est sanctionné.
- ⇒ Gradation des conséquences des vices de procédure : cf. cours sur la validité des décisions.
=> notamment possibilité de réparation, puis de l'annulation (pas forcément totale) et du renvoi, etc.

Règle tout à fait générale : si on transmet le recours à la mauvaise autorité, celle-ci doit le transmettre à la bonne autorité et le recours est réputé avoir été déposé à la date où il a été déposé à la mauvaise autorité. Autre règle : si la motivation n'est pas suffisante, le tribunal peut donner un délai pour compléter la motivation du recours (pas le TF car autorité suprême, devoir de motivation très strict).

II. La loi applicable

1. PA

- Objet : la PA règle des « affaires administratives » réglées par décisions fondées sur le droit public fédéral (art. 1 al.1 PA). Il faut être en présence d'une affaire administrative seulement (pas civile ou pénale) amenant à une décision (pas à un acte matériel ou autre chose) et être fondée sur le droit public fédéral.
- Critère fondamental de l'auteur : autorités administratives fédérales (art. 1 al.2 PA). Lorsque c'est une autorité cantonale, alors on applique le droit cantonal (!).
 - ⇒ notamment départements, commissions, entités autonomes, TAF (art. 1 al.2 PA)
 - ⇒ pas le TF quand il agit comme tribunal (art. 1 al.2 let. b PA), car il appliquera la LTF

⇒ partiellement autorités cantonales de dernière instance (art. 1 al.3 PA), dans la mesure où leurs décisions sont en quelque sorte analysées par des autorités fédérales.

- Exceptions
 - ⇒ partielles (art. 2 PA) : certaines dispositions ne s'appliquent pas à certaines procédures
 - ⇒ totales (art. 3 PA)

2. LPA/GE

- Objet : décisions fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 1 al.1 et 4 LPA/GE)
- Auteur : autorités et juridictions administratives (art. 1 al.2, 5 et 6 LPA/GE) => cantonales
- Exceptions
 - ⇒ quant aux « règles de procédure » (art. 2 LPA/GE). Beaucoup de ces exceptions en réalité sont des fausses exceptions, ce sont des exceptions déclaratoires (p.ex « Les règles de procédures contenues dans la présente loi ne sont pas applicables : a. aux actes purement internes ». Mais ce ne sont pas des décisions, donc elles ne sont pas visées par l'art. 1 et donc c'est inutile de le mentionner à l'art. 2).

3. LPGA

- Système complexe : s'applique si et dans la mesure où les lois spéciales le prévoient (art. 2 LPGA) : dans le domaine des assurances sociales !
- Oui : LAMal, LAA, LAI, LAVS
- Non : LPP
- PA : ne s'applique pas si la LPGA s'applique (art. 3 let. d bis PA, donc la LPGA est une loi spéciale par rapport à la PA) sauf à titre supplétif pour points de procédure pas réglés exhaustivement par la LPGA (art. 55 al.1 LPGA). Difficulté : l'interprétation, savoir si c'est un point qui n'est pas réglé de manière exhaustive de la LPGA ou si c'est un silence qualifié
- Devant TCAS cantonal : droit cantonal sous réserve de 61 LPGA (très longue liste de règles de procédure).

III. La qualité de partie

1. Selon 6 PA

- *Pour procédures fédérales*
- Intérêt juridique
OU
- Qualité pour recourir
 - ⇒ intérêt digne de protection (art. 48 al.1 let. c PA ou 89 al.1 LTF)
 - ⇒ qualité pour agir spéciale (art. 48 al.2 PA ou 89 al.2 LTF)

2. En général

- *Pour procédures cantonales*

- Régime de 6 PA = minimum de procédure cantonale si RMDP ouvert (111 al.2 LTF). Les cantons ne peuvent plus avoir une qualité plus étroite comme avant.
- En pratique régime de 6 PA généralisé
- P.ex 7 LPA/GE
- Donc pas (ou plus) de différence entre procédure contentieuse et non contentieuse

IV. Les grands principes

- Obligation de statuer
- Interdiction du formalisme excessif
- Compétence de l'autorité
- Composition régulière de l'autorité
- Droit d'être entendu
- Instruction d'office et devoir de collaboration des parties
- Notification et motivation
- Assistance juridique
- Coordination

V. Le droit d'être entendu

1. Les composantes essentielles

- Droit de faire valoir son point de vue (de donner son avis) avant une décision
- Droit d'être informé de la procédure
- Accès au dossier, avec certaines nuances
- Droit à ce qu'il soit donné suite aux offres de preuves pertinentes
- Participation à l'administration des preuves (p.ex questionner les témoins, etc)
- Droit de se déterminer sur les preuves
- Mais pas audition orale (sauf loi spéciale) : le droit d'être entendu tel qu'il est défini n'impliquent pas une audition orale, par écrit suffit. Mais il y a des lois spéciales qui prévoient ce droit (« oral ») dans certaines circonstances.

2. Applicabilité du droit d'être entendu

Quant à l'objet

Oui

**Décisions
(+ plans et certaines
décisions générales)**

Non

**Procédure
législative
(avec nuances ?)**

Aussi pour certaines actes mixtes, comme p.ex des plans. Les décisions générales, en tout cas lorsqu'elles touchent plus particulièrement une certaine catégorie d'administrés donnent le droit d'être entendu.

Quant au principe

<u>Oui</u>	<u>Non</u>
29 et 30 al. 1PA 42 LPGA 41 LPA/GE	30 al. 2 PA, 42 LPGA 43 LPA/GE ▶ Conclusions entièrement admises ▶ Décisions incidentes non attaquables séparément ▶ Si opposition ou réclamation ▶ Mesures d'exécution ▶ Péril en la demeure

Quant à la portée

<u>Oui</u>	<u>Non</u>
Accès au dossier Participation à l'administration des preuves	<i>Intérêt public ou privé prépondérant avec communication de l'essentiel Documents internes</i>
Offre de preuves	<i>Preuve pas pertinente Appréciation anticipée</i>

3. La réparation de la violation du droit d'être entendu

La réparation est possible si :

- ⇒ L'autorité de recours a le même pouvoir d'examen que l'autorité intimée *et*
- ⇒ L'autorité intimée n'est pas plus spécialisée que l'autorité de recours

L'autorité de recours a le même pouvoir d'examen que l'autorité intimée si :

- 1) L'autorité de recours a un pouvoir d'examen complet = revoit les faits sans restriction, le droit et l'opportunité *ou*
- 2) L'autorité de recours revoit les faits et le droit (mais pas l'opportunité) *et*
 - a. La question de l'opportunité ne se posait pas pour l'autorité intimée (pas de pouvoir d'appréciation)
ou
 - b. Le droit d'être entendu a été violé sur un point par lequel l'autorité de recours a un pouvoir d'examen complet

Séance 19 : Les procédures spéciales et la coordination

(lecture de §19).

I. Instruction d'office et devoir de collaboration des parties

1. Instruction d'office

- Principe de l'instruction d'office ou maxime inquisitoire
- Art. 12 PA, 19 LPA/GE
 - ⇒ Autorité doit établir les faits
 - ⇒ Pas liée par allégués ou offres de preuve des parties
- Ne pas confondre avec « maxime d'office » (est-ce que l'autorité doit agir d'office ou si elle n'agit que sur demande ? p.ex immatriculation à l'Uni que si l'étudiant le demande) vs « maxime de disposition », parfois la loi n'est pas toujours très clair : il arrive que même les législateurs et en l'espèce le législateur genevois qui a l'art. 19, marqué « l'autorité établit les faits d'offices (...) » et l'intitulé est « maxime d'office », risque de confusion. Maxime inquisitoire : l'autorité est active dans l'établissement des faits.

2. Devoir de collaboration des parties

- Art. 13 PA, 22 LPA/GE
- Dans procédures introduites par les parties (lorsque c'est l'administré qui demande quelque chose, on peut donc exiger de lui qu'il amène les preuves, p.ex du fait qu'il ait le droit à une autorisation ou droit de pratiquer une activité économique, etc) où lorsqu'elles prennent des conclusions indépendantes (p.ex voisin qui est contre une construction)
- Dans les autres cas prévus par la loi, quand bien même ce n'est pas l'administré qui déclenche la procédure. Cas célèbre : fiscalité. Personne ne souhaite forcément lui même provoquer un bordereau d'impôt mais il y a une obligation préalable de déclarer les revenus. L'obligation de déclaration est ainsi aussi un devoir de collaboration.
- La loi peut préciser le devoir de collaboration (p.ex dans le domaine de l'asile).

3. Sanction

- Application du principe de proportionnalité
 - ⇒ équilibre instruction d'office / devoir de collaboration : toute la question va être de trouver le bon équilibre entre les deux. Si l'administré demande quelque chose mais qu'il ne fait pas le moindre effort pour démontrer qu'il a le droit d'obtenir cette chose, il sera normal qu'il soit « sanctionné » pour ne pas avoir fait les efforts en question. D'un autre côté ou dans la mesure p.ex l'administration peut et être dans la meilleure position pour trouver des informations, on pourra exiger de l'administration qu'elle fasse des efforts raisonnables pour aller chercher les informations. Ainsi il faut un juste équilibre entre ces deux en fonction des circonstances et dans le respect du principe de proportionnalité, même si il faut admettre que son application peut varier de cas en cas (p.ex normalement c'est a l'administré d'amener les éléments mais circonstances spéciales et on peut le demander a l'autorité).

- Irrecevabilité (13 al.2 PA, 24 al.2 *in fine* LPA/GE) : p.ex pour violation crasse du devoir de collaboration.
- Décision « en l'état » (24 al.2 LPA/GE) : ne va pas rejeter automatiquement mais va dire que « c'est à vous de m'amener les éléments donc je vais trancher sur la base du dossier tel qu'il est, et je pars de l'idée que les faits que vous ne m'avez pas démontré n'existent pas, tant pis pour vous ».
- Application des règles sur le fardeau de la preuve (cf. art. 8 CC) : celui qui prétend tirer un droit de l'existence d'un fait subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard.

4. Moyens d'instruction

- 12 PA et 20 LPA/GE
- Documents : le plus simple, p.ex une autorisation de construire, un permis de séjour, un permis de conduire, un diplôme, etc.
- Audition et renseignement des parties : on entend les parties elles-mêmes, on leur demande de compléter soit des pièces soit l'état de fait, p.ex en expliquant quelque chose.
- Témoignage
 - ⇒ pour certaines autorités (14 PA, 28 LPA/GE) : devant les tribunaux p.ex c'est normal. Mais il faut savoir qu'en procédure administrative certaines autorités peuvent entendre des témoins : cela veut dire que la personne comme elle a la qualité juridique de témoin, si elle mens elle commet un faux témoignage et risque les sanctions prévues par 307 CP.
 - ⇒ 307 CP pour faux témoignage : on ne fait pas prêter serment aux témoins, cela n'a aucune importance. C'est pas le « pare-jure » ! C'est parce qu'on était dans la situation d'être un témoin et qu'on a menti qu'on est sanctionné.
- Renseignements de tiers : soit des renseignements demandés par écrit, ou bien peuvent être donnés oralement (notamment pour des personnes qui ne peuvent pas témoigner ou peuvent refuser de témoigner), la différence étant que si elles mentent c'est très mal (avec éventuellement des conséquences administratives) MAIS sans conséquence pénales !
- Examen (transport sur place) : on va voir sur place l'état p.ex de la construction ou de la parcelle, pour pouvoir prendre une décision.
- Expertise : comptable, sur un immeuble, etc. qui peut être ordonné dans la procédure contentieuse mais aussi non contentieuse, avant la prise de décision.

5. Instruction et droit d'être entendu

- Rappel principe : les parties ont le droit, fondamentalement, de participer à l'administration des preuves et d'accéder au dossier

- Quel degré de formalisation de l'administration des preuves ?
- Quid des documents internes ? Ce qui nous intéresse surtout c'est des avis de droits (p.ex une autorité est conseillée par un avocat, un expert, etc). Ensuite, l'autorité reprend dans les consultations les éléments qui lui paraissent pertinents.
- Possibilité de restreindre l'accès et la participation (cf. 18 PA, 42 al.5 et 45 LPA/GE) : on peut imaginer p.ex dans certains cas si des personnes ont été menacées par une partie à la procédure, on peut les entendre hors la présence de celui qui a proféré des menaces, mais on ne peut pas utiliser le contenu du témoignage contre l'intéressé sans lui avoir donné le contenu essentiel. Cela peut aboutir à des cas délicats.
- Communication de l'essentiel (18 al.3 et 28 PA, 42 al.6 et 45 al.3 LPA/GE)

II. Le principe de coordination

1. Principe

- ATF 122 II 81, 87 ; 116 IB 50, 56 (Chrüzlen) : principe posé depuis plus d'une vingtaine d'années, repris par le législateur. C'est un principe qui empreigne toute la procédure helvétique : si on a plusieurs dispositions légales différentes qui sont toutes applicables dans un cas et aboutissent à des décisions différentes et qu'il existe entre elles une telle imbrication qu'on ne peut pas appliquer l'une sans l'autre, les principes de coordination s'appliquent : il faut une coordination matérielle (prendre tous les éléments en cause en considération) et une coordination formelle.
- Art. 25a + 33 al.4 LAT, 12A LPA/GE
- Si pour un projet
 - ⇒ plusieurs dispositions légales différentes sont applicables (voire avec plusieurs autorisations différentes)
 - ⇒ il existe entre elles une imbrication telle qu'il est *logiquement impossible de les appliquer de façon indépendante*

2. Coordination matérielle

- Prise en considération et pesée de tous les intérêts en cause
- But : éviter le conflit de compétence négatif
- Principe opposé : indépendance des législations
- Moyens :
 - ⇒ concentration des décisions
 - ⇒ procédures directrice
 - ⇒ échanges de vue
 - ⇒ conciliation

3. Coordination formelle

- Toutes les décisions nécessaires doivent :
 - ⇒ être notifiées ensemble (= en même temps)

- ⇒ être sujettes à une voie de recours unique
- ⇒ devant autorité de recours pouvant juger dans une décision globale tous les griefs invoqués

III. Les procédures complexes

1. Les formes de complexité

Il y a toutes sortes d'éléments qui introduisent ces formes :

- Les procédures à coordonner
- Les procédures multipolaires
 - ⇒ avec un grand nombre de parties, p.ex on demande une bourse d'étude, ça nous concerne nous mais aussi l'autorité qui délivre la bourse. Procédure simple. Mais si on demande pour construction d'un centre commercial alors bcp de personnes concernées.
- Les procédures « enrichies »
 - ⇒ avec des éléments de procédure dépassant les règles constitutionnelles et légales générales

2. Les procédures enrichies

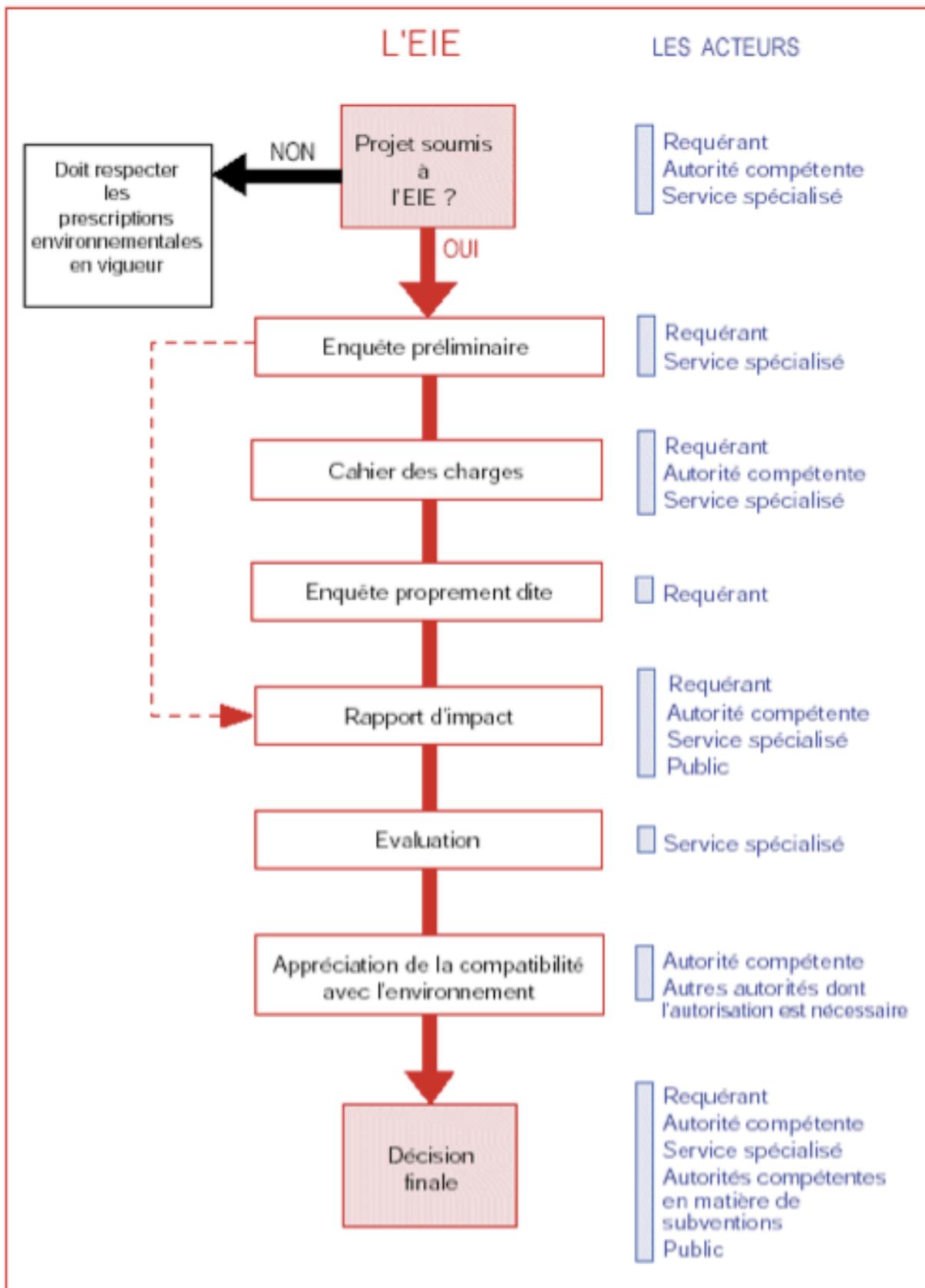
- Droit d'être entendu renforcé
 - ⇒ p.ex droit à une audition orale (le fait que la loi le prévoit est un enrichissement)
- Règles d'instruction particulières, p.ex pour instruire des causes
 - ⇒ enquête administrative
 - ⇒ autorité d'instruction spécialisée
- Préavis, très fréquent p.ex en matière de défrichement.
- Enquête publique ouverte à tous (c'est le cas à GE en matière d'autorisation de construire)
- Etude d'impact

IV. L'étude d'impact

1. Principe

- Art. 10a LPE
- Pour installations « susceptibles d'affecter sensiblement l'environnement ». Donc ça ne concerne pas n'importe quelle installation, ce sont des installations particulièrement importantes avec un certain impact.
 - ⇒ liste dressée par le Conseil fédéral dans annexe à l'OEIE
- L'étude d'impact n'est pas là pour vérifier tous les impacts possibles, mais vérifie la compatibilité avec les dispositions en matière d'environnement (pas seulement LPE). Il s'agit de vérifier si le droit de l'environnement est respecté (notion large, pas seulement la LPE mais l'ensemble du droit de l'environnement), et pas seulement le fait qu'une installation soit p.ex bonne ou pas bonne.

2. Procédure selon l'OEIE



3. Contrôle

- Dans le cadre du recours contre la décision sur le projet. Il y a de fait deux grands domaines de litiges, ou on voit bien que cela porte sur la substance de la procédure : le principe de l'exigence de l'étude d'impact et la qualité de l'étude.
 - ⇒ qualité pour agir des organisations environnementales (art. 55 LPE)
 - ⇒ principe de l'exigence de l'étude d'impact : on se dispute sur le fait de si il faut refaire une étude, si il faut en faire une tout court, etc.
 - ⇒ qualité de l'étude d'impact : p.ex « l'étude d'impact n'a pas examiné tel problème, il faut refaire, etc ». Ce sont des tribunaux qui vont se prononcer la dessus pour vérifier si on a effectivement appliqué la procédure adéquate pour le cas particulier.

Séance 20 : Les contrats de droit administratif (lecture de §13).

I. Définitions et délimitations

1. Définition

- Acte qui résulte de la :
 - ⇒ concordance de deux ou plusieurs manifestations de volonté ; à noter qu'il faut plusieurs entités juridiques pour qu'on soit véritablement en présence d'un contrat.
 - ⇒ concrétisant la loi dans un cas d'espèce : toute l'administration est soumise au principe de légalité (arrêt Waeffler) et ce n'est pas parce qu'on passe par le régime du contrat qu'on peut éviter le ce principe.
 - ⇒ ayant pour objet (direct) l'exécution d'une tâche publique : c'est ce qui va distinguer le contrat de droit administratif du contrat de droit privé.
 - ⇒ et visant à produire des effets bilatéraux obligatoires : c'est ce qui va le distinguer de la décision (le cas échéant de la décision avec charge ou décision négociée).

2. Contrat et décision

- Comment distinguer contrat et décision négociée et soumise à acceptation ? On a de nombreuses décisions qui sont en réalité négociées, on ne peut donc pas se baser sur le simple critère de l'unilatéralité de la décision et du fait qu'un contrat est bilatéral. Et puis, les contraintes, les quotels, les contreparties prévues dans un contrat peuvent aussi se retrouver dans des décisions p.ex soumises à des charges. Le critère de distinction n'est donc pas toujours facile à trouver. Caractéristiques du contrat : il crée des droits acquis. Est-ce qu'on peut utiliser cela comme critère ? Non, ça poserait problème.
- Critère du fondement des droits et obligations : celui-ci peut-il être trouvé dans la loi ou seulement dans l'accord des parties ? En définitive, on dit que dans la mesure où l'origine des droits, on ne peut la justifier que parce qu'il y a eu un accord des parties, alors on est en présence d'un contrat. Si tous les droits et obligations créés pouvaient être en fait déduits de la loi (matérielle, au sens large), on est donc plus probablement dans le cas d'une décision soumise à acceptation (critère cependant pas toujours absolument opérant).
- Si la loi n'exclut pas le contrat, l'administration est libre d'y recourir si la loi ne l'y oblige pas.

3. Droit public ou droit privé

- Faisceau d'indices habituel pour la distinction droit public / droit privé.
- Parfois choix explicite du législateur
 - ⇒ art. 8 al.1 Lpers (droit public)
 - ⇒ art. 9 et 11 LOP (droit privé)
 - ⇒ 56 al.1 LTV

- Droit public lorsque le contrat a pour objet direct l'exécution d'une tâche publique ou qu'il concerne un objet réglementé par le droit public. Parfois on utilise le critère de subordination ; ce critère n'a rien à faire ici parce qu'il nous permet de voir si c'est un contrat bilatéral ou unilatéral. Il arrive que le législateur tranche.
- Droit privé pour contrats par lesquels l'administration acquiert des moyens d'accomplir ses tâches.

II. La position particulière de l'Etat contractant

1. Ses contraintes particulières

- La légalité
 - ⇒ contrat pas exclu par la loi
 - ⇒ indications sur la manière de contracter
 - ⇒ indications sur la nature du contrat
- L'intérêt public
 - ⇒ présent dans le but du contrat
- L'égalité de traitement : oblige à avoir un certain nombre de contrats-type. Souvent, cette révolution contractuelle est plus apparente.
 - ⇒ réglementation des marchés publics
 - ⇒ engagement des agents par contrat
- Préservation de l'équilibre contractuel : là, ce n'est pas non plus une spécialité du droit public, mais ici on a la contrainte qui est le pouvoir normatif de l'Etat (qui peut imposer le fait du Prince mais dans ce cas les agents doivent avoir une garantie contractuelle que l'équilibre demeure).
 - ⇒ notamment en cas de « fait du Prince »

2. Ses pouvoirs particuliers

- Détient la puissance publique : cela lui permet d'une manière générale, même dans un régime fondamentalement contractuelle d'intervenir quand même par biais de décision.
 - ⇒ peut intervenir par décision ; si il a ce pouvoir dans un domaine, il va en principe le conserver.
- Peut modifier le contexte par la loi
 - ⇒ « fait du Prince »
- Réserve de ses propres règles dans les contrats
 - ⇒ législation sur le traitement du personnel
 - ⇒ autorisations budgétaires
- Les parties ne sont pas réellement égales
 - ⇒ nécessité de préserver l'équilibre contractuel

3. Quid des tiers ?

- Le contrat de droit administratif, qui concrétise la loi et poursuit l'intérêt public, ne peut être indifférent pour les tiers. Le risque c'est que des tiers qui auraient pu recourir contre une décision qui prévoit la même chose que le contrat, sont ainsi exclus, et il n'y a pas de recours possible puisqu'on y échappe. Évidemment c'est une conclusion qui n'est pas acceptable ; il faut donc trouver les moyens qui permettent aux tiers d'exercer leur droit de recours (c'est ce qui se fait notamment par la théorie de l'acte détachable).
- Les tiers ne doivent pas être privés de protection juridique (accès à la justice) par le recours au contrat
- Il faut trouver des formules de contestation pour les tiers touchés par un contrat
⇒ notamment par l'acte détachable

III. L'intervention de l'unilatéral dans le contexte contractuel

1. Acte détachable

- « Décision de contracter » détachée du contrat lui-même et précédant celui-ci
- Pas de reconnaissance généralisée
- Application en marchés publics et subventions
- Permet la contestation par le cocontractant ou par des tiers : on peut recourir contre la décision.

2. Après la conclusion du contrat

- Demande de modification unilatérale en fonction de la *clausula rebus sic stantibus* : on a évidemment, comme en droit privé cette clause (lorsque des circonstances imprévisibles mettent en cause l'équilibre du contrat, la partie victime peut demander la modification du contrat).
- Réserve de la compétence budgétaire dans le contrat
- Modification du contexte par la loi
- Modification du contrat par décision dans l'intérêt public
- Expropriation du droit acquis au contrat

3. Dans l'exécution du contrat

- Possibilité de rendre des décisions en vue de l'exécution du contrat
- Décisions rendues lorsque le système légal ou réglementaire le prévoit (p.ex factures d'eau à Genève prévu par un règlement, qui fait que les factures d'eau émises par les SIG sont considérées comme des décisions, mais aussi possible de prévoir par contrat qu'on peut rendre ce genre de décisions, les SIG le font p.ex)
- Décisions en cas de désaccord des parties (p.ex art. 34 al.1 Lpers).

4. Dans le contentieux

- Modèle de la décision sujette à recours : en cas de désaccord, la partie étatique rend une décision que l'autre partie peut contester par un recours (ex : LPers)
- S'oppose au modèle de l'action : en cas de désaccord, chaque partie peut saisir le juge par le biais d'une action (en exécution, en indemnisation ou autre), p.ex pour ordonner à l'autre partie de la payer, de respecter le contrat, etc, c'est le régime prévu au niveau fédéral mais aussi à Genève, mais seulement si ce n'est pas possible de rendre une décision (35 let. a LTAF, 132 al.3 LOJ / GE).

IV. La question de l'équilibre du contrat

1. En cas de fait du Prince

- Mécanismes d'adaptation prévus par le contrat ou par la loi : p.ex adaptation des subventions en cas de demande nouvelle
- Exigence de compensation pour que la modification soit admissible
- Libération des obligations « à due concurrence »
- Possibilité de résilier le contrat

2. Les déséquilibres structurels

- Le contrôle de l'Etat sur le cocontractant
- L'inexistence d'un marché
 - ⇒ lorsque la collectivité est le seul « client » possible
 - ⇒ lorsque le cocontractant est le seul fournisseur possible
- L'inexistence d'une alternative
 - ⇒ subventions
 - ⇒ emploi

V. Le cas des marchés publics, déroulement de la procédure :

- ◉ **Négociation - Procédure de soumission**
- ◉ **Décision de contracter (adjudication)**
- ◉ **Pas de recours** → contrat (*de droit privé*)
- ◉ **Recours rejeté** → contrat (*de droit privé*)
- ◉ **Recours admis** → nouvelle procédure si contrat pas encore signé
→ indemnisation si contrat déjà signé

Séance 21 : Les concessions (lecture de §14).

I. Le cas des marchés publics

1. Définition et principes

- Il y a 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 elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 125 I 209, 212-213). Formellement, on dira que la collectivité est offreuse, mais en réalité elle demande aussi qqch, elle fait un troc. Donc le TF a été amené à modifier sa JP, pour dire que dans les cas où on échange qqch qui a une valeur contre qqch que normalement la collectivité aurait du payer, on est bien dans un marché public (même si pas d'argent en jeu).
- Différentes sortes : marchés publics de fournitures, de services, de construction
- Règles de droit public pour assurer l'égalité de traitement des concurrents, assurer le meilleur prix aux collectivités et éviter collusion et corruption : AIMP, LMP. Il a fallu établir des règles essentiellement pour 3 raisons : l'Etat est un acteur économique extrêmement important donc risque qu'il fasse de la politique économique, voire personnelle + risque de collusion/corruption + assurer les meilleurs prix pour les collectivités pour éviter p.ex des entités cartellaires
- Procédure d'adjudication (décision : acte détachable) précédant la conclusion du contrat (de droit privé)
- Différents types de procédure : ouverte (appel d'offre), sélective, sur invitation, de gré à gré

2. Déroulement de la procédure

- Négociation – Procédure de soumission
- Décision de contracter (adjudication)
- Pas de recours => contrat (de droit privé)
- Recours rejeté => contrat (de droit privé)
- Recours admis => nouvelle procédure si contrat pas encore signé
=> indemnisation si contrat déjà signé (avec règles spéciales)

II. Les concessions

1. Définition

- Acte par lequel l'Etat confère :
 - ⇒ à une personne physique ou morale de droit privé ou public
 - ⇒ le droit d'exercer une activité
 - ⇒ dans un domaine faisant l'objet d'un monopole étatique ou entrant dans les tâches de l'Etat (activité réservée à l'Etat)

- Activité réservée à l'Etat
 - ⇒ monopole de fait
 - ⇒ monopole de droit
 - ⇒ activité naturellement étatique

2. Le monopole de fait

- Résulte bien d'une situation juridique, qui est la maîtrise de l'Etat sur un bien nécessaire pour exercer une activité, donc terme « de fait » pas très bien choisi.
- P.ex : utiliser le domaine public dans une mesure plus grande que l'usage commun
- Le monopole de fait existe même sans base légale : l'Etat a le droit de réglementer l'usage accru ou privatif de son domaine public p.ex mais sans qu'il y ait une base légale spéciale qui le prévoit (même si le TF considère que ce serait bien d'en avoir une).
- Il faut un intérêt public et proportionnalité pour concessions exclusives

3. Le monopole de droit

- Pas de raison « intrinsèque » de réserver l'activité à l'Etat
- Donc nécessité d'une base constitutionnelle ou légale
- Au niveau fédéral il faut base constitutionnelle
 - ⇒ établissant le monopole : art. 92 Cst
 - ⇒ permettant à la loi d'établir le monopole (art. 87 Cst)
- Au niveau cantonal :
 - ⇒ base légale
 - ⇒ intérêt public (fiscal seulement pour régales traditionnelles)
 - ⇒ proportionnalité

4. Caractéristiques

- Présupposent une activité réservée à l'Etat (monopole) : c'est dans la définition de la concession. Mais n'en sont pas la conséquence nécessaire.
 - ⇒ il y a des autorisations en régime de monopole
 - ⇒ ex. domaine public à Genève, transport de voyageurs (LTV)
- En général possibilité limitée d'attribution : dans les activités dont l'Etat s'est réservé le monopole, il est rare qu'il s'agisse d'activités ou on peut admettre que dès qu'on remplit les conditions on a une concession ; en général les activités en question impliquent de l'espace, l'utilisation des hautes fréquences, etc donc on peut pas satisfaire tout le monde.
 - ⇒ ex. lignes de transport
 - ⇒ ex. télécommunications
 - ⇒ ex. domaine public
- Donc pas de droit à une concession

5. Typologie

- Concessions régaliennes : régales traditionnelles (chasse, pêche)
- Concessions de service public : l'objet de la concession est l'exercice d'un service public (monopole de droit dans l'intérêt public ou délégation de tâche étatique)
- Concessions de monopole : en cas de monopole de droit
- Concessions domaniales : pour usage accru ou privatif du domaine public
- Catégories non exclusives

6. Nature juridique

- Actes mixtes : décision et contrat
- « Constituent des droits acquis (donc sont de nature contractuelle) les droits résultant de la libre convention des parties et devant être considérés comme des éléments essentiels de la concession déterminants pour celui qui sollicite celle-ci »
- Difficulté de distinguer les aspects unilatéraux et les aspects contractuels
- Critère du contrat : les devoirs dérivent-ils de la loi ou ne peuvent-ils être créés que par accord des parties ?
- Statut de l'octroi même de la concession

7. Suivi de la concession

- Application de la théorie des contrats :
 - ⇒ théorie de l'imprévision (clausula rebus sic standibus)
 - ⇒ rachat ou expropriation des droits acquis
 - ⇒ modification par commun accord
- Particularités de la concession de service public :
 - ⇒ obligation d'exploiter
 - ⇒ accord du concédant pour le transfert
 - ⇒ principes de continuité, égalité et adaptation
 - ⇒ surveillance du concessionnaire
 - ⇒ modification des clauses réglementaires dans l'intérêt public
 - ⇒ expropriation possible des droits acquis

8. Utilité de la concession ?

- Quatre éléments essentiels :
 - ⇒ acte de souveraineté de l'Etat autorisant l'activité en cause
 - ⇒ l'investissement important de la part du concessionnaire, d'où la nécessité de garanties
 - ⇒ octroi d'un avantage économique, d'où la justification d'une redevance
 - ⇒ limitation de la ressource concédée, d'où la nécessité d'un système de choix respectant l'égalité de traitement
- Même résultat avec décision plus contrat ?
 - ⇒ en théorie peut être
 - ⇒ mais pas pour contourner le régime legal

Séance 22 : Les plans (lecture de §15).

I. Le système de la LAT

1. Buts et principes

- Utilisation judicieuse (il s'agit d'économiser ce bien dans un petit pays comme la suisse) et mesurée du sol et occupation rationnelle du territoire (les différentes constructions doivent être dans l'endroit le plus adéquat possible) (75 al.1 Cst) : il y a un objectif posé dans la LAT.
- Compétence fédérale limitée aux principes (75 al.1 Cst) => LAT = loi cadre. Pour le reste ce sont les cantons qui sont compétents. Dans ces principes la LAT va d'abord énumérer toutes une série de principes et de buts.

⇒ Buts : art. 1

⇒ Principes : art. 3

Parfois on peut être surpris que certains sont classés dans les buts plutôt que dans les principes (qui sont des instruments juridiques au service d'un but). Finalement peu importe, dans la JP on considère que sont les éléments de références auxquels on doit faire appel p.ex a l'occasion d'un contentieux on doit vérifier si un plan est conforme, aux buts et aux principes, sans faire de réelle distinction ; finalement on peut tout mettre dans le même sac. L'art. 1 et 3 sont finalement des dispositions programmatiques qui doivent guider dans la substance ce que doivent réaliser les cantons. Pour cela on passe aux méthodes juridiques.

- Obligation d'aménager : art. 2, méthodes juridiques déterminés dans cette disposition.
 - ⇒ Tous les cantons ont l'obligation d'aménager le territoire. Autrement dit c'est obligation d'adopter des plans directeurs et des plans d'affectation. On parle pas d'un aménagement physique (amener le ciment, etc) mais juridique. On va essayer d'avoir les implantations les plus rationnelles du territoire grâce à une planification. Ainsi normalement tout l'ensemble du territoire suisse doit être couvert par un plan. C'est une différence avec d'autres pays que la Suisse peut s'offrir car elle a un petit territoire. En France / Allemagne ce n'est pas le cas. Il y a des zones où on a pas de planification, et la possibilité de construire est réduite ; mais elles ne sont pas établies comme zones, elles sont en dehors des plans (≠ Suisse).
- Séparation de la zone à bâtir de la zone à non bâtir : *summa divisio* posée par la LAT, peut être le mécanisme le plus important. C'est un point central, il s'agit de déterminer à l'échelle d'un canton ou d'une commune quelles sont les parcelles concrètement qui sont destinées à être bâties et les parcelles qui servent à un autre usage (notamment qui figurent en zone dite agricole, qui est la plus importante des zones à non bâtir ; on peut y construire certes mais en principe que des bâtiments qui servent à l'agriculture, il y a tout un régime sur ce qui est admissible ou non en zone agricole, c'est un régime fédéral, quand bien même la LAT est limitée aux principes, la JP du TF fait que hors de la zone à bâtir c'est véritablement le droit fédéral qui régit l'affectation, il y a une place marginale pour le droit cantonal).

- Buts et principes = cadre juridique de la planification, les cantons disposent cependant d'une grande marge de manœuvre dans le cadre de leurs attributions, c'est à dire s'agissant des zones à bâtir.
- Révision entrant en vigueur le 1^{er} mai 2014 : renforcement des plans directeurs et réduction des zones à bâtir trop grandes

2. Plans directeurs

- Les cantons doivent en adopter un et le revoir au moins tous les 10 ans (6, 8 et 9 LAT)
- Les plans directeurs sont obligatoires pour les autorités (9 al.1 et 11 al.2 LAT)
- Double-nature des plans directeurs : Programmatiques et spatiaux. Il faut exposer dans le plan directeur quels objectifs on a (p.ex le nombre de logements qu'on compte construire), donc il y a du texte / des mesures, exprimées sous forme de thèse (expression juridique classique) et il y a aussi des éléments de calendrier (pas forcément avec des dates précises mais à quelle échéance on souhaite arriver à tel résultat). C'est ce qui distingue le plan directeur de la LAT ; il y a aussi une carte, ce qui est prévu doit être reproduit et traduit sur une carte (p.ex le réseau des transports publics, le nouveau stade ou le nouveau barrage doivent être visible, pas non plus dans un détail extrême mais doit quand même définir dans les grandes lignes). Politique d'aménagement et coordination. Cadre de la zone à bâtir (8 et 8a LAT)
- Actes *sui generis*
- Pas de recours direct des particuliers selon doctrine dominante

3. Plans d'affectation

- Règlent le mode d'utilisation du sol (14 al.1 LAT) indiquent ce qui est possible de construire ou d'installer sur les différentes parties du territoire
- Obligatoires pour chacun (21 al.1 LAT), pour les propriétaires, pour toutes les personnes qui veulent construire, etc. Tous doivent respecter les plans d'affectation, qui nous disent « précisément » (il y a des degrés de précision et il y a plusieurs sortes de plans d'affectation) ce qu'on peut faire sur un territoire.
- Adaptés si circonstances sensiblement modifiées (21 al.1 2 LAT) : en principe si il n'y a pas de changement dans l'opinion politique, une loi peut rester la même très longtemps, peut être démodée mais si le législateur ne veut pas agir, on y reste. Or dans les plans d'affectations, ils doivent toujours être adaptés ; à l'inverse, le plan d'affectation doit aussi avoir une certaine stabilité. Donc si les circonstances n'ont pas changé, c'est carrément *interdit* de changer le plan d'affectation.

- Actes *sui generis* et empruntent des éléments à la fois aux normes et aux décisions :
 - ⇒ recours immédiat comme décisions (qu'on considère comme recours concret, pas abstrait).
 - ⇒ droit d'être entendu, élément typique de la décision
 - ⇒ en principe pas de contrôle préjudiciel d'un plan d'affectation, si on a loupé un délai de recours on ne peut pas remettre en cause le plan après (sauf si il n'était pas possible de s'en rendre compte avant ou alors si les circonstances ont changé d'une telle manière qu'on serait en droit de réexiger un tel examen, p.ex en tant que proprio ou voisin)
 - ⇒ l'adoption des plans d'affectation est souvent faite sous procédure démocratique (on peut faire un référendum contre un plan d'affectation, rare pour les décisions)
 - ⇒ publication des plans d'affectation, ce qui est plutôt l'exception pour les décisions.
- Plans d'affectation généraux
 - ⇒ « plans de zones », qui nous disent le genre de choses qu'on peut faire dans la zone (p.ex c'est une zone de villas ou une zone industrielle, etc). On nous dit pas exactement ou doit se trouver tel ou tel immeuble.
- La LAT prévoit qu'il faut définir au moins trois zones (art. 14 LAT)
 - ⇒ zone à bâtir
 - ⇒ zone agricole
 - ⇒ zones à protéger (qui peuvent être à la fois des zones à bâtir ou non à bâtir)
- En général compétence des communes (à Genève exception : c'est le canton qui établit le plan de zone)
- Plans d'affectation localisés et spéciaux : localisé c'est en quelque sorte un zoom, on nous dit éventuellement à cet endroit la exact va se situer l'immeuble, quelle sera sa hauteur, ou va passer le chemin, ou seront les places de parc, etc. Pas exigé par le droit fédéral). Spéciaux : plans routiers, ou préservation de sites ou de paysages, etc avec fonction particulière.

4. Autorisation de construire ordinaire

- Obligatoire générale d'autorisation de construire pour toute construction ou installation (22 LAT). Sur l'ensemble du territoire suisse on ne peut pas construire ou installer qqch de manière fixe sur le territoire sans avoir obtenu une autorisation (petite nuance sur qu'est-ce qui constitue ce genre de construction).
- Exigence de conformité à l'affectation de la zone (22 al.2 let. a LAT)
- Exigence d'équipement du terrain (22 al.2 let. b LAT), p.ex en accès de transport, en évacuation des eaux, en eau, en énergie, etc
- Autres exigences prévues par le droit fédéral ou cantonal

5. Autorisation de construire dérogatoire

- En cas de non-conformité à l'affectation de la zone
- En zone à bâtir : réglée par le droit cantonal (23 LAT)

- Hors zone à bâtir : 24 LAT
 - ⇒ implantation hors de la zone à bâtir imposée par la destination de la construction (24 let. a LAT)
 - ⇒ pesée des intérêts (24 let. b LAT)
- Hors zone à bâtir : art. 24a à 24d LAT
 - ⇒ dérogations spéciales

II. L'application de la LAT à Genève

1. La législation

- Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire : LaLAT
 - ⇒ *Plan directeur, plan de zones, dérogations*
- Loi sur les constructions et les installations diverses : LCI
 - ⇒ *Autorisations de construire, règlements spéciaux, dispositions applicables dans les différentes zones*
- Loi sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités : LExt
 - ⇒ *Plans localisés de quartier en zone ordinaire, plans d'utilisation du sol*
- Loi générale sur les zones de développement : LGZD
 - ⇒ *Plans localisés de quartier en zone de développement*
- Loi générale sur les zones de développement industriel ou d'activités mixtes : LZIAM
 - ⇒ *Plans directeurs des zones de développement industriel ou d'activités mixtes*
- Loi sur la protection de monuments, de la nature et des sites : LPMS
 - ⇒ *Plans de site*

2. Le plan directeur

- *Etudes de base (6 LAT) (3 al.2 LaLAT)*
Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE)
Inventaire des données de base et élaboration des objectifs
- *Concept de l'aménagement cantonal (3 al.3 + 5 LaLAT)*
DALE + information du public + enquête publique + résolution du Grand Conseil
Synthèse des études de base et principes et objectifs devant régir l'aménagement cantonal
- *Schéma directeur cantonal (3 al.4 + 5 LaLAT)*
DALE + information du public + enquête publique + résolution du Grand Conseil
Ensemble de plans sectoriels

- *Plan directeur cantonal (8 LAT) (3 al.1 + 5 LaLAT)*
Information du public + résolution du Grand Conseil
Approbation par le Conseil fédéral (11 LAT)
Concept de l'aménagement cantonal + schéma directeur cantonal + fiches de coordination
Modification en cas de besoin et réexamen intégral tous les dix ans (9 al.2-3 LAT, 6 et 7 LaLAT)
- *Plan directeur localisé (10 LaLAT)*

3. Les plans d'affectation : le plan de zones

Procédure (15-16 LaLAT) :

- initiative DALE, Conseil d'Etat, Grand Conseil ou communes
- avant-projet de loi
- 1^{ère} enquête publique (observations)
- préavis communal
- référendum facultatif municipal
- projet de loi
- 2^{ème} enquête publique (oppositions)
- résolution du Grand Conseil sous forme de loi
- référendum facultatif
- recours à la CJCA

Contenu :

- Définition des zones de constructions sur l'ensemble du territoire cantonal
- A bâtir : 5 zones résidentielles + industrielle et artisanale + ferroviaire + aéroportuaire + sportive + (verdure)
- Non bâtir : agricole, viticole, bois et forêts, jardins familiaux
- A protéger : urbaines et non bâties (art. 28 et 29 LaLAT)
- Zones ordinaires et zones de développement

4. Les plans d'affectation spéciaux

Procédure (1 et 5 LExt, 5A et 6 LGZD) :

- initiative DALE, Conseil d'Etat, communes, particuliers
- projet
- 1^{ère} enquête publique (observations)
- préavis communal
- référendum facultatif municipal
- projet éventuellement modifié
- 2^{ème} enquête publique (oppositions)
- résolution du Grand Conseil si le Conseil d'Etat veut rejeter l'opposition d'une commune
- décision du Conseil d'Etat

- recours à la CJCA

Types (13 LaLAT et lois spéciales) :

- Plans localisés de quartier (LExt et LGZD)
- Plans de site (38 ss LPMNS)
- Plans d'alignement (routes, eaux, forêts)
- Plans d'attribution de degrés de sensibilité au bruit
- Plans d'utilisation du sol (15A ss LExt, procédure spéciale, compétence communale)
- Plans de chemins pédestres
- Règlements spéciaux (10 LCI)
- Autres (développement industriel, gravières, sites routiers, zones de crues, plans localisés agricoles, Praille-Acacias-Vernets)

5. L'autorisation de construire

- Autorisation ordinaire (22 LAT + 1 LCI)
 - ⇒ conformité à la zone (cf. 19 ss LaLAT)
 - ⇒ équipement
 - ⇒ conformité à la LCI
 - ⇒ conformité au plans d'affectation localisés et spéciaux
- Autorisation dérogatoire en zone à bâtir (23 LAT + 26 LaLAT)
 - ⇒ si les circonstances le justifient
 - ⇒ et si pas d'inconvénients graves pour le voisinage
- Autorisation dérogatoire hors zone à bâtir
 - ⇒ 27 LaLAT (reprend 24 LAT)
 - ⇒ 27A à 27D LaLAT (reprennent 24a à 24d LAT)

6. Le refus provisionnel

- Art. 13B LaLAT
- Refus provisionnel d'une autorisation de construire conforme à l'affectation de la zone en raison d'une modification projetée du plan de zones ou d'un plan d'affectation spécial (« effet anticipé » du plan)
- Valable seulement pendant un certain délai
- Voir aussi art. 11 al.3 à 7 LaLAT

Séance 23 : L'exécution des obligations de droit administratif. Execution forcée et mesures administratives (lecture de §16 n°1133 à 1201).

I. Le contexte de l'exécution

1. Particularités du droit public

- Création de droits et d'obligations par la loi ou par l'intermédiaire de décisions (p.ex des plans d'affectation, etc). Ils se créent a plusieurs niveau (loi, etc).
- Principes de la légalité et de l'intérêt public pas respectées si les droits et obligations créés ne sont pas suivis d'effets (particularité du droit administratif).
- En droit privé :
 - ⇒ large place de la responsabilité contractuelle, qui vient à titre de mesure d'exécution ; lorsque notre cocontractant n'exerce pas le contrat, la modalité classique c'est de demander une indemnisation pour le non respect du contrat. En droit public, le contrat occupe une place certes, mais pas centrale ; on ne pourra donc pas se rabattre systématiquement sur la responsabilité contractuelle.
 - ⇒ le créancier ne peut pas se faire justice lui-même, il ne peut pas aller se servir lui même dans la bourse de son débiteur, même lorsqu'il s'agit de créances tout a fait concrètes (p.ex libérer un logement).
 - ⇒ le créancier peut renoncer à l'exécution : il peut y avoir quelques limites à ce principe en droit privé, dans la mesure ou renoncer pourrait constituer p.ex une mauvaise gestion de la société, etc. mais globalement quand ses propres intérêts sont en jeu, on les gère comme on veut. C'est autre chose en droit public ; ce n'est pas l'humeur ni le bon vouloir de l'autorité qui régissent l'exécution mais les droits constitutionnels, l'intérêt public, la proportionnalité, etc.

2. L'Etat créancier

- Ne peut pas librement renoncer à l'exécution des obligations des administrés (légalité + intérêt public)
- La proportionnalité peut s'opposer au principe ou aux modalités de l'exécution, l'état doit exiger l'exécution des obligations et dans certains cas il ne peut pas le faire ; rien de spécial ici, l'autorité doit appliquer la légalité, l'intérêt public et le cas échéant la proportionnalité. Il peut ainsi y avoir un intérêt privé a la non exécution qui pese plus lourd que l'intérêt public a l'exécution (exemple typique : domaine des constructions). Dans la pratique, c'est plus nuancé (exemple de la construction d'un dancing, porte de secours mal faites ; elles devront être enlevées et refaites, par contre exiger la démolition totale de l'immeuble sera disproportionné). Une mesure consistant a ordonner la demolition de l'immeuble pour le mettre aux normes sera manifestement disproportionnée.
- Pas de conversion en obligations pécuniaires : contrairement a ce qui se passe regulierement

en droit privé, ou on peut se rabattre en dommages-intérêts, n'est pas possible en droit public (p.ex on ne va pas permettre au propriétaire d'un dancing de payer une taxe pour renoncer à des sorties de secours).

- ⇒ exceptions subsidiaires, certains cas ou malgré tout l'intérêt privé prime, ou exemple classique de l'exemption de service militaire (on ne peut pas acheter à son bon vouloir le droit de ne pas faire le service militaire mais si on est réellement incapable de le faire, pour des raisons de santé, alors on paie une taxe).
- Privilège du préalable : l'Etat peut par une décision qu'il rend, si cette décision est en force, obtenir un jugement exécutoire. La décision elle-même vaut jugement exécutoire ; grande différence avec le privé, les deux privés sont au même niveau. L'Etat peut, par une décision dire, « vous me devez X francs de frais pour telle intervention » et si cette décision n'est pas attaquée, ça vaut jugement. L'Etat a donc le privilège de pouvoir décider sur une créance, qui évidemment sera sujette à recours.
 - ⇒ décision en force = jugement exécutoire (pour créances pécuniaires)
- Privilège de l'exécution d'office : le propriétaire ne peut pas évacuer de force un logement. L'Etat, lui, sauf pour les créances pécuniaires, peut agir directement. Il n'a pas besoin d'aller d'abord devant le juge, pour que ce dernier ordonne une condamnation, ce qui sera le cas d'un privé.
 - ⇒ sauf créances pécuniaires, car doit passer par les procédures de poursuite

3. Créancier pécuniaires de l'Etat

- Exécution selon les règles de la LP, l'Etat ne dispose pas de privilèges d'exécution donc en principe traité comme un particulier ; *trois différences*.
- Poursuite pour dettes (et non faillite) (38 et 43 al.1 LP), l'Etat ne peut pas réclamer la faillite de quelqu'un, différence avec le droit privé.
- Commandement de payer (=commination), acte officiel transmis par l'Office des Poursuites, par lequel le créancier exige le paiement du débiteur, ça vaut commination au sens du droit public.
- Le débiteur peut faire opposition au commandement de payer.
- Demande de mainlevée devant le juge par l'Etat et c'est là qu'intervient le fait que dans ce cadre là, la ou un particulier devra préalablement obtenir un jugement du tribunal civil condamnant l'autre partie à payer, l'Etat, si il a une décision en force confirmée ou qui n'a pas été attaquée, a son titre exécutoire, et la poursuite suivra son cours jusqu'à la saisie.
 - ⇒ décision en force = titre exécutoire pour mainlevée définitive
- Mainlevée possible par décision, si l'Etat a poursuivi avant de rendre une décision, cette décision devra être sujette à recours mais si on ne fait pas recours, l'Etat a un titre.

4. L'état « débiteur » (pas forcément *que* d'une somme d'argent)

- Nul ne peut être que partiellement contraint.
- Oui pour les obligations pécuniaires
 - ⇒ mais seulement sur le patrimoine financier, on ne peut pas mettre l'Etat en faillite. On pourrait pas obtenir p.ex la saisie, puis une mise en vente d'un bâtiment administratif tel qu'UniMail pour recouvrer sa créance vis à vis de l'Etat.

- Formes de contrainte indirecte :
 - ⇒ responsabilité de l'Etat peut être un moyen de contrainte indirecte (p.ex l'Etat refuse de faire qqch, si on en subit un dommage et que par ailleurs les conditions de la responsabilité de l'Etat sont remplies, on peut agir en resp).
 - ⇒ plainte à l'autorité de surveillance, on se plaint p.ex auprès du département cantonal qu'une commune ne remplit pas ses obligations.
- De manière générale il reste quand même une aucune pour les devoirs généraux, on n'a pas en Suisse une procédure générale qui condamne l'Etat a faire telle ou telle chose (qui existe cependant en Allemagne ou au Royaume-Uni), on a qqch qui approche avec 25a PA et 4a LPA/GE.
- Remède partiel pour les cas d'application de 25a PA et 4A LPA/GE
 - ⇒ visent aussi les omissions, si ca touche nos droits et obligations on peut éventuellement en obtenir le contrôle sur le plan fédéral ou cantonal.

II. Les notions de base

1. L'exécution au sens large

- Toutes les mesures qui tendent à assurer le respect de droits et obligations de fond résultant de la loi ou de décisions
- Pour l'exécution, au sens large, des décisions :
 - ⇒ art. 41 PA
 - ⇒ 55 LPA/GE (décisions pécuniaires)
 - ⇒ 56 LPA/GE
- Mesures prévues par lois spéciales
- Mesures possibles sans base légale particulière si pur et simple rétablissement d'une situation conforme au droit

2. Mesures d'exécution au sens large

- Exécution forcée (au sens strict)
- Contrainte indirecte
- Domaine très large des mesures administratives
- Sanctions administratives
- Sanctions pénales

Il y a ici beaucoup de décisions mais aussi d'actes matériels.

3. Les « mesures d'exécution » des décisions

- Visées par exemple aux articles 30 al.2 let. dPA, 43 let. b LPA/GE et 59 let. b LPA/GE.

- Pas de recours, ni de contrôle préjudiciel, ni de droit d'être entendu pour ces « mesures d'exécution ». Quand on parle de mesures d'exécution, on ne vise pas ce qui est listé sous le point 2. Quid ? Ce n'est rien d'autre que les mesures qui n'apportent rien de nouveau à une décision antérieure en force, qui ne fait que reprendre qqch qui était juridiquement déjà inclus dans une décision préalable. Puisqu'on a pu recourir contre la décision de base, on ne nous donne pas le droit de recourir contre la même chose.
- Il s'agit des mesures qui n'apportent rien de nouveau à une décision antérieure en force
- Dans ce cas, sauf droit inaliénable ou imprescriptible et sauf nullité, pas de nouveau contrôle judiciaire ni de nouvelle d'être entendu
- Ne représentent qu'une (petite) partie des mesures d'exécution au sens large

III. L'exécution forcée

1. Définition et formes

- Toutes les mesures qui ne se contentent pas d'ordonner quelque chose à l'administré, mais qui l'obligent directement à s'exécuter
- Poursuite pour dettes (LP)
 - ⇒ pour les créances pécuniaires de l'Etat
- Contrainte directe
 - ⇒ action directe contre le débiteur de l'obligation (perturbateur) : saisie, pose de scellés, évacuation, internement, on procède dans les quelques cas qui peuvent s'imposer pour des raisons d'urgence a des vaccinations obligatoires, etc.
- Exécution par équivalent (ou par substitution), bcp plus fréquente que la contrainte directe
 - ⇒ l'autorité agit à la place et aux frais du débiteur (perturbateur)

2. Les conditions de l'exécution forcée

- Titre exécutoire
 - Loi
 - ou
 - Décision
 - définitive (en force)
 - sujette à recours sans effet suspensif
 - exécutoire nonobstant recours
- Obligation exigible, p.ex on peut très bien imaginer qu'une décision soit en force, ne peut plus être attaquée, nous fixe un délai pour payer (60 jours). Au bout de 30 jours, la décision est toujours en force mais l'obligation n'est pas encore exigible car les 60 jours ne sont pas encore écoulés.
 - ⇒ délai pour exécution échu
 - ⇒ report par effet suspensif ? Il ne suspend pas l'exigibilité d'une créance pécuniaire. Si le délai de recours suspendait l'exigibilité de ses créances, on pourrait recourir simplement pour avoir du crédit gratuit. Pas la même chose pour les prestations en nature !

- Commination (=> décision ou incluse dans la décision)

IV. Les autres mesures d'exécution au sens large

1. La contrainte indirecte

- Refus d'avantage (=> décision)
- Pression pour l'exécution volontaire
- Base légale nécessaire si refus d'un avantage auquel la loi donne un droit
- Base légale expresse pas nécessaire si l'autorité a une liberté d'appréciation pour l'avantage refusé et s'il y a un lien logique entre l'obligation et l'avantage refusé.

2. Les mesures administratives

- Décisions imposant une obligation (parfois simplement en la précisant et l'individualisant) ou retirer un avantage
- Cela en vue du rétablissement d'une situation conforme au droit ou pour prévenir une violation du droit
- Amènent donc quelque chose de nouveau
- Base légale spécifique pas nécessaire si elles visent le pur rétablissement d'une situation conforme au droit
- Sont susceptibles d'exécution forcée

3. Les sanctions

- Sanctions administratives
 - ⇒ prononcé d'une peine spécifique ou d'un retrait d'avantage
 - ⇒ admonestation (punition visant d'abord à corriger) en vue du respect du droit administratif
- Sanctions pénales
 - ⇒ punition et correction

Séance 24 : Les sanctions (lecture de §16 n°1202 à 1246).

I. Les sanctions administratives et sanctions pénales

1. L'enjeu de la distinction

- Pas de distinction « en soi », mais toujours par rapport à une norme ou un traitement juridique particulier
- Principe *ne bis in idem* (on ne peut pas être poursuivi 2 fois pour les mêmes faits): pas applicable entre sanctions de nature différente (p.ex d'une part sanction pénale et d'autre part sanction administrative).
- Art. 6 CEDH : accès à un tribunal et garanties de procédure (6 al. 2 et 3 CEDH, garanties supplémentaires dans le cas de sanctions pénales). C'est pourquoi il n'est pas indifférent de savoir de quel type de sanction il s'agit.
- Règles de procédure (art. 32 Cst), qui est largement une disposition d'application / de mise en œuvre de 6 CEDH, voire règles de procédure générales de fond, applicables.
- Une même sanction peut varier de nature suivant le contexte : p.ex retrait de permis de conduire d'admonestation : en effet on a certaines sanctions qui ont été considérées comme pénales sous l'angle d'un des enjeu (typiquement le retrait de permis), et d'autres pas. Le TF a considéré qu'on était aussi en présence d'une :
 - ⇒ « accusation en matière pénale » au sens de 6 CEDH, les exigences de l'art. 6 s'y appliquent donc. Mais par ailleurs aussi :
 - ⇒ sanction administrative pour *ne bis in idem*, principe qui ne s'applique pas dans ce cas la vu qu'on a véritablement deux procédures différentes où on examine le même cas mais de deux points de vues différents, c'est ce qui leur donne une nature juridique différentes. (SJ 2012 I 201 = ATF 137 I 363)

2. Les critères de distinction

Cela pourrait être :

- La nature de l'autorité compétente : autorité administrative ou tribunal pénal ? Dans un sens ça fonctionne, si c'est un tribunal pénale, alors on est dans du pénal. Mais si il s'agit d'une autorité administrative, on n'est pas forcément dans une sanction administrative (!). Ce critère là ne fonctionne donc que très moyennement.
- La procédure suivie pour aboutir à la sanction, peut être aussi un indice, (est-ce qu'on applique le code de procédure pénale CPP ou le code de procédure administrative). Mais de nouveau, même cas que pour l'autorité compétente.
- Le but de la sanction : respect du droit administratif ou protection de valeurs sociales essentielles, ici la doctrine s'est lancée dans de savantes considérations, on expliquait que dans un cas il s'agit de faire respecter le droit admin (donc c'est centré spécifiquement sur la loi en question) et puis que dans le cas du droit pénal on est plutôt dans la défense de valeur essentielles. De nouveau, ce n'est vrai que pour certains cas, ça ne marche pas toujours.

On peut avoir des infractions tout à fait spécifiques dans une loi administrative qui sont p.ex érigées en des sanctions administratives

- Le type de sanction :
 - ⇒ sanctions typiquement administratives : avertissement, blâme, rétrogradation, révocation
 - ⇒ sanctions typiquement pénales : privation de liberté, travail d'intérêt général
 - ⇒ sanction commune : amende, c'est là que réside la grande difficulté : on trouve des amendes pénales et des amendes administratives.

3. Les conséquences de la distinction

- Garanties de procédure en matière pénale, fondées sur l'art. 6 CEDH ou 32 Cst.
- Applicabilité des règles générales du CP, qui est de principe pour les sanctions pénales et seulement par renvoi pour les sanctions administratives. En résumé :
 - ⇒ oui pour sanctions pénales
 - ⇒ par renvoi ou par analogie pour sanctions administratives
- Principe de la légalité, en matière de sanction il y a un double accrochage : problème de l'infraction (*nullum crimen sine lege*) et problème de la sanction (*nulla pena sine lege*). Il faut que la loi ait prévu certaines sanctions. Le principe de légalité s'appliquera différemment suivant si il s'agit de sanctions pénales ou de sanctions administratives.
 - ⇒ sanctions pénales : applicabilité stricte pour l'infraction et pour la peine
 - ⇒ sanctions administratives : notions juridiques indéterminées pour l'infraction ; base légale matérielle suffisante pour les amendes administratives, avec domaine particulier du droit disciplinaire (personnes soumises à surveillance particulière de l'Etat, ou relation particulière avec l'Etat, p.ex des prisonniers, on retrouve des notions très larges, générales et peu précises).
- Casier : normes différentes en droit administratif

4. Les recoupements

- Sanctions dites administratives, donc présentées comme des sanctions administratives, p.ex prises par des autorités administratives, mmmais contenant une amende qui est « de nature pénale » en raison de sa quotité (selon la JP). On peut aussi donner l'exemple du retrait de permis de conduire.
- Sanctions pénales prononcées par une autorité administrative : DPA (loi fédérale sur le droit pénal administratif), mais dont la poursuite est confiée à des autorités administratives.
- Les cantons ont un manque de cohérence dans le choix de la voie (pénale, administrative ou du « droit pénal administratif »), pour déterminer dans quel type d'activité, de lois, etc on va plutôt choisir la sanction pénale ou administrative.
 - ⇒ constructions à GE : sanctions (amendes) administratives (art. 137 LCI)
 - ⇒ faune à GE : sanctions pénales (+ retrait de permis administratif)

5. Les points communs

- Le caractère sanctionnateur : punir, éduquer et non rétablir une situation conforme au droit :
 - ⇒ différence avec mesure administratives
 - ⇒ cas limites : ATF 135 II 145, renversé par ATF 138 II 162, le fait d'interdire à un avocat de représenter un client n'est plus une sanction mais une mesure administrative pour éviter le conflit d'intérêt, le but n'est pas de punir l'avocat.
 - ⇒ voir aussi le cas du retrait d'autorisation (révocation) qui peut avoir une double nature
- L'exigence de la faute : condition de punissabilité aussi bien dans le cadre pénal que pour sanctions administratives
 - ⇒ mais pas pour mesures administratives visant à rétablir une situation conforme au droit
- Le recours à l'amende, qu'on va retrouver aussi bien du côté des sanctions pénales que des sanctions administratives.

6. Les passerelles

- Les procédures parallèles
 - ⇒ absence de passerelle : circulation routière
- Le système du DPA
 - ⇒ Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974
- Les amendes d'ordre selon la LAO
 - ⇒ Loi fédérale sur les amendes d'ordre du 24 juin 1970
 - ⇒ Loi fédérale sur les amendes d'ordre du 24 mars 1996

7. Les procédures parallèles

- C'est le cas de l'absence de passerelle, le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas, car procédures assez différenciées.
- Exemples :
 - ⇒ fonctionnaire ou médecin puni pénalement et administrativement
 - ⇒ circulation routière
 - voies de recours différentes

Autres types : personnes soumis au droit strictement disciplinaire (p.ex médecins, banques, fonctionnaires, etc). On peut p.ex imaginer quelqu'un acquitté du point de vue pénal (son comportement n'est pas répréhensible pénalement) mais soit sanctionné pour les mêmes faits du point de vue administratif, p.ex pour un fonctionnaire. Idem dans le cas d'un médecin, si p.ex le patient se plaint de lésions corporelles, si on établit pas de rapports de causalité, le médecin ne sera pas poursuivi pénalement mais le sera administrativement, sur la déontologie médicale

- Pour mémoire : l'administratif doit-il tenir compte du pénal ? Selon la JP, l'autorité administrative doit attendre la décision pénale et ne pas s'en écarter sans nécessité.

II. Le système du DPA

1. Principe

- S'applique pour l'instruction et décision par autorité administrative fédérale (art. 1), lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger. Comment sait-on ? On doit regarder dans la loi spéciale (p.ex « la poursuite de l'acte X est de la compétence de l'autorité Y »).
- Applicabilité du principe du CP (art. 2), mais :
 - Amendes inférieures à 5000 frs :
 - Punissabilité des entreprises (art. 7), simplifié par rapport au CP (comp. : 102 CP)
 - Et sont fixées seulement selon gravité et faute (art. 8)
 - 49 CP (concours) pas applicable aux amendes (art. 9)

2. Procédure

- Si autorité qui instruit juge qu'une peine privative de liberté a lieu d'être, elle s'en dessaisi :
 - ⇒ jugement par tribunal, procédure pénale selon CPP (art. 21 al.1 et 73 al.1)
- Sinon :
 - ⇒ Enquête par l'administration (art. 37 ss)
 - ⇒ Première décision : mandat de répression qui va fixer la sanction (ou renvoi au tribunal pénal si on estime que p.ex il faut une peine privative de liberté) (art. 62)
 - ⇒ Opposition (art. 67)
 - ⇒ Prononcé pénal (art. 70)
 - ⇒ Jugement par tribunal sur demande ou sur renvoi, sans instruction selon le CPP (art. 72 et 73 al.1)

Essentiel à retenir : c'est la loi qui s'applique lorsqu'une autorité admin est chargée de l'instruction, si on envisage une peine privative de liberté, on oublie la DPA et on part sur le CPP + règles de forme de la procédure.

III. Les amendes d'ordre selon la LAO

1. Principes

- Contraventions en matière de circulation routière (1 al.1 LAO)
- Maximum 300 francs (1 al.2 LAO)
- Dans ce cas là, pas tenu compte des antécédents et de la situation personnelle (première différence) (1 al.3 LAO)
- Procédure simplifiée (deuxième différence) (1 al.1 LAO)
- CF dresse la liste des contraventions réprimées par amende d'ordre (3 LAO, Annexe 1 OAO)

- Exceptions (2 LAO)
 - ⇒ mis en danger ou blessé personnes, dommages matériels
 - ⇒ pas constaté par police (sauf radars)
 - ⇒ mineurs de moins de 15 ans
 - ⇒ infraction pas dans la liste
- Quittance sans nom si paiement comptant (5 al.2 LAO)
- Amende au détenteur si conducteur inconnu (6 al.1 LAO)
 - ⇒ possibilité pour celui-ci d'indiquer le nom et l'adresse du conducteur (6 al.4 LAO)

2. Procédure

- Perception par organes de police désignés par cantons et communes (4 LAO)
- Paiement immédiat ou dans les 30 jours (5 al.1 et 6 al.2 LAO)
 - ⇒ Sinon procédure ordinaire (5 al.3 et 6 al.3 LAO)
- Contravention => service des contraventions (17 et 352 ss CPP, 11 LaCP)
- Procédure analogue aux ordonnances pénales (357 al.2 CPP)
- Opposition dans les 10 jours devant le service (354 CPP)
- Décision du service (355 CPP)
 - ⇒ maintien (transmission au tribunal de 1^{ère} instance) (356 al.1 CPP)
 - ⇒ classement
 - ⇒ nouvelle décision
 - ⇒ accusation devant le tribunal de 1^{ère} instance
- Entrée en force si pas de réaction

Séance 25 : L'indemnisation pour les actes illicites de l'Etat (lecture de §20).

I. Les enjeux

1. Les relations en cause

Remarque : L'Etat en tant que tel ne commet pas d'acte illicite, ce sont toujours ses agents, des personnes physiques qui agissent en son nom, qui en commettent. Triangle de base : Etat, tiers lésé et agent de l'Etat. Il y a une configuration un peu plus complexe qu'en droit privé (l'auteur du dommage + lésé).

Etat \leftrightarrow Tiers lésé

Agent \leftrightarrow Tiers lésé

Etat \leftrightarrow Agent (dommage indirect, dans le cas où l'agent n'a pas directement porté atteinte mais en ayant causé un dommage à un tiers et l'Etat a du, par ricochet, indemniser le tiers et a donc subi un dommage)

Etat \leftrightarrow Agent (dommage direct, l'agent a causé un dommage directement à l'Etat / à son employeur) : ici on sort de la responsabilité de l'Etat mais c'est la responsabilité de l'agent vis-à-vis de l'Etat.

Collectivité \leftrightarrow Entité indépendante : l'entité a sa propre personnalité juridique mais est dépendante d'une collectivité qui se trouve dans le triangle, dont l'agent a le cas échéant commis un acte illicite.

2. Les enjeux

- La protection des particuliers, en raison du poids, de l'omniprésence de l'Etat : l'Etat dispose de moyens vis à vis des particuliers, notamment la puissance publique et on ne peut pas exclure quand dans cet usage de la puissance publique l'Etat commette un acte illicite.
 - ⇒ Tendances qui va plutôt vers un élargissement de la responsabilité, au départ l'idée était : pas de responsabilité de l'Etat mais celle des agents. Or, il y a un risque important que l'agent soit solvable par rapport à la quotité du dommage susceptible d'être causé, dans l'exercice notamment de la puissance publique.
- La nécessité que les agents de l'Etat puissent « travailler en paix » : si un agent de l'Etat n'ose rien faire, par crainte de devoir indemniser, l'hyperprudence peut aboutir à l'immobilisme et l'intérêt public ne sera plus poursuivi. On aurait peur de nuire à un intérêt particulier en prenant p.ex telles dispositions d'interdictions de construire. Il faut trouver une réglementation qui permette à tous ceux qui prennent une décision, de les prendre et d'avoir en tête l'intérêt public et non la crainte de la responsabilité personnelle.
 - ⇒ protection des agents

- La limitation des risques financiers pour les organes de surveillance étatique : l'Etat « fixe les règles du jeu », il n'a pas hésité à recourir à des protections qui ne le concernent que lui.
⇒ limitation légales de la responsabilité

II. Droit public et droit privé

1. Fondements

- Art. 59 CC (responsabilité des entités de droit public)
- Art. 61 CO (responsabilité des agents de l'Etat)
⇒ exception : « exercice d'une industrie)
- Art. 342 al.1 let.a CO (rapports de travail de droit public)
- Réserves impropres au vu de 3 Cst féd.

Remarque : En ce qui concerne les cantons, cette réserve est déclaratoire. Si l'activité des cantons est régie par le droit public, par définition le CC et le CO, adoptés en vertu de l'art. 122 Cst féd, ne s'appliquent pas au droit public des cantons. Évidemment la Confédération peut très bien décider de soumettre son activité de droit publique au CC. Elle peut aussi déroger, pour ses activités privées au CC. Pour les cantons, c'est évidemment différent : dans la mesure où ils ont des activités de droit public, c'est de leur compétence ; et la Confédération n'a pas à empiéter. A l'inverse, si les cantons exercent des activités de nature privée, il n'y a pas de raison qu'ils puissent déroger aux règles du CC.

2. Droit public

Deux conditions d'applicabilité. Applicable si :

- L'auteur de l'acte doit être un agent de l'Etat : indépendamment du rapport juridique avec l'Etat, l'agent doit agir dans l'exercice de ses fonctions. Même si un agent de l'Etat excède ses compétences, il serait paradoxal que dans ce cas là on nie la responsabilité de l'Etat. Il suffit que la position de l'agent, comme agent de l'Etat l'ait conduite à agir dans la situation en question (≠ faux policiers, escroquerie. Mais si c'est un vrai policier, alors responsabilité de l'Etat, même si il viole le cadre légal dans lequel il est censé agir).

ET

- Il faut qu'on soit dans une activité de souveraineté : comprise dans un sens très large (p.ex hopitaux). La jurisprudence a interprété cette notion très largement. En définitive, ce n'est que quand l'Etat agit en tant qu'acteur économique privée que l'activité de l'Etat sera considérée comme étant ne pas de souveraineté. Dans les autres cas, elle sera soumise au droit public. Le TF a considéré que les cantons pouvaient admettre que des consultations privées dans les hopitaux soient soumises à un régime de droit public. Exceptions : cf. infra 3 (cas particuliers):

3. Droit privé

- Activités « privées » de l'Etat (cf. 61 al.2 CO), l'Etat agit comme un acteur économique soumis à la concurrence, comme n'importe quel privé agissant comme un agent économique
 - ⇒ 55 al.2 CC, 55 CO, 97 et 101 CO
- Cas particuliers
 - ⇒ 58 et 73 LCR (même si usage de véhicule pour activités publiques) : responsabilité du détenteur de véhicule, responsabilité qui s'applique à tout le monde, même si fondamentalement de droit privé. Les dommages créés par des véhicules de pompiers ou de police tombent également sous le coup de ces dispositions + LCR : responsabilité objective.
 - ⇒ 58 CO (ouvrages), 679 CC (dommage au voisin) (même pour ouvrages dédiés à des tâches publiques) : responsabilité du maître d'ouvrage pour vice de construction ou dépôt d'ouvrage. Pour ces ouvrages, ces écoles, ces bâtiments universitaires, ces routes, etc l'Etat est soumis à cette responsabilité (qui est une responsabilité causale).
 - ⇒ importance pratique considérable : on consacre beaucoup de littérature à commenter la responsabilité de l'Etat, et ces deux domaines en pratique couvrent un grand nombre des cas concrets dans lesquels l'Etat serait susceptible d'indemniser.

4. Légalité et responsabilité publique

Le principe de la légalité s'applique en matière de responsabilité. Le principe c'est qu'une base légale (au sens large, donc même cst) est nécessaire pour fonder la responsabilité de l'Etat.

- Nécessité d'une base légale (ou constitutionnelle) :
 - ⇒ LRFC (+ art. 146 Cst féd)
 - ⇒ LREC (12 al.1 Cst/GE)

Dans tous les cantons aujourd'hui on a au moins une base légale, ou constitutionnelle.

- Si on avait pas de base légale ou constitutionnelle :
 - ⇒ Uniquement responsabilité des agents selon le droit privé, le canton n'aurait pas fait usage de l'art. 61 CO et on aurait pas de responsabilité de l'Etat, mais que des agents avec p.ex des problèmes de solvabilité, etc.
 - ⇒ Ne pourrait-on pas déduire quand même, notamment du principe d'égalité, un fondement constitutionnel fédéral d'une responsabilité de l'Etat au niveau cantonal ? Donc, au minimum une responsabilité subsidiaire de l'Etat ? Selon la doctrine dominante, il y a une telle obligation pour des actes licites de l'Etat. L'équité exige que si il y a un acte illicite de l'Etat, celui-ci doit aussi indemniser. Mais la question est aujourd'hui largement et purement académique.

III. La répartition de la responsabilité

1. Le système prédominant

Responsabilité exclusive de l'Etat (sans clause libératoire, sans que l'Etat puisse se libérer en démontrant p.ex qu'il a correctement choisi et instruit son agent, etc)

- ⇒ pas d'action directe du lésé contre l'agent, il faut attaquer l'Etat.

Quelques rare exceptions :

- ⇒ notaires à Genève (responsabilité exclusive des agents : 11, al.1 et 3, Loi sur le notariat)
- ⇒ préposés au registre du commerce (responsabilité subsidiaire des cantons : 928 al.3 CO, il a donc une action d'abord contre les préposés, ensuite si pas possible alors on attaque les cantons)

2. Les autres systèmes possibles

- Responsabilité exclusive de l'agent
 - ⇒ en l'absence de base légale, si fondement constitutionnel non admis
 - ⇒ si règle spéciale en ce sens (cf. notaires genevois)
- Responsabilité subsidiaire de l'Etat, on doit d'abord s'adresser à l'agent. (ex. préposés au RC)
- Responsabilité solidaire de l'Etat et des agents, ce qui ne prêterait pas du tout les lésés, puisqu'on pourrait s'adresser à choix à l'un des deux. Le problème ici cependant serait que l'agent ne serait pas protégé.
- Clause libératoire (pas possible si responsabilité exclusive de l'Etat). Risque : le lésé ne pourra pas s'adresser à l'agent mais si l'Etat pourra démontrer qu'il a correctement choisi et instruit son agent, le lésé n'aura plus de recours possible, ni d'indemnisation.

3. Le cas des entités indépendantes créées par une collectivité

- Système fédéral : 19 LRFC (Loi sur la responsabilité de la Confédération et de ses fonctionnaires)
 - ⇒ responsabilité de l'entité indépendante, donc il faut qu'elle ait sa propre personnalité juridique, sinon ça n'a pas de sens + une certaine indépendance financière.
 - ⇒ responsabilité subsidiaire de la Confédération
 - ⇒ adopté partiellement par certains cantons
- Système genevois : 9 LREC
 - ⇒ responsabilité de l'entité indépendante, le problème serait celui de l'entité qui serait insolvable. Là il y a le risque que la personne lésée puisse se retrouver non indemnisée.
 - ⇒ pas de responsabilité subsidiaire du canton
- Système vaudois : 3 al.1 ch. 13 *cum* 4 LRECA/VD
 - ⇒ responsabilité exclusive du canton

IV. Le type de responsabilité

1. Le modèle dominant

- Responsabilité causale
 - ⇒ pour acte illicite des agents, sans exigence de faute. Modèle fédéral.

- Le cas genvois :
 - ⇒ jusqu'à fin mai 2013 : responsabilité pour faute selon LREC (art. 2 et 3)
 - ⇒ aujourd'hui : art. 12 al. 1 Cst/GE prime : responsabilité causale, il ne précise pas « sans égard à la faute » mais c'est un silence qualifié selon le Prof. Il se trouve qu'il n'y a encore aucun projet de modification à Genève (probablement personne ne s'en est rendu compte ?). Il faudrait préciser si l'art. 12 al.1 Cst/GE est directement applicable.

2. Cas particuliers d'actes illicites

- Décisions
 - ⇒ violation d'un devoir primordial de fonction
 - ⇒ pas d'illicéité si entrée en force (12 LRCE)

Remarque : Si une décision est entrée en force, alors on ne peut plus la remettre en cause par le biais d'un recours en responsabilité, que le recours contre la décision ait été rejeté ou non utilisé. En outre, on peut très bien avoir une décision illégale déclarée par un tribunal, voire arbitraire, sans qu'elle constitue déjà un acte illicite (TF) encore faut-il que son auteur ait commis une violation d'un devoir primordial de fonction.

- Activités médicales
 - ⇒ « faute objectivée »

En matière médicale, le médecin intervient sur des personnes : atteinte à l'intégrité, objectivement illicites mais justifiées par l'accord du patient (consentement du patient). Mais toute la JP part de l'idée que le patient n'a donné son accord que pour une intervention qui est « conforme aux règles de l'art » : si ce n'est pas le cas, elle n'est plus couverte par le consentement et elle retombe sur la responsabilité. L'ancien système genevois, formellement, n'est pas justifiée, mais en pratique n'avait que très peu d'importance et la modification de la LREC n'est pas très fondamentale.

3. Les régimes spéciaux

- Marchés publics (32 et 34 LMP, 18 AIMP, 3 L-AIMP/GE)
 - ⇒ Abaissement du seuil d'illicéité pour les décisions d'adjudication (« non conformes au droit »).
 - ⇒ Limitation du dommage (dépenses inutiles)
- FINMA (19 LFINMA), commission de haute surveillance LPP (64 al.3 LPP)
 - ⇒ Violation d'un devoir essentiel de fonction (y compris hors décisions)
 - ⇒ Responsabilité exclue si l'assujetti a causé le dommage en violant ses obligations

V. La protection des agents

- La responsabilité exclusive de l'Etat permet de protéger les agents.

⇒ pour LRCE (11 al.2) même pour activités privées

- La limitation de l'action récursoire, possibilité pour l'Etat de se retourner contre l'agent
⇒ limitée à l'intention ou négligence grave (7 LRCE, 3 LREC)
- La limitation de responsabilité pour dommage direct
⇒ intention ou négligence grave (8 LRCE, rien à Genève)
- Limitation de la responsabilité de l'Etat pour les décisions

Séance 26 : L'indemnisation pour les actes licites de l'Etat (lecture de §21).

I. Le droit positif

- Quelques clauses spéciales en droit positif :
 - ⇒ réquisition (131 al.1 LAAM, loi sur l'administration de l'armée)
 - ⇒ détention injustifiée, mais pas illicite (429 CPP)
 - ⇒ épizooties (31 LFE)
- Cas particuliers de l'expropriation formelle ou matérielle liés à la garantie de la propriété
- Quelques clauses générales dans les cantons : équité, nature de l'action étatique (police), urgence (cf. FR, NE, VS, BL)
 - ⇒ 12 al.1 Cst./GE : renvoi à la loi (= mandat)
- Pas de clause générale fédérale reconnue par le Tribunal fédéral

II. Une clause constitutionnelle ?

- Indemnisation fondée sur l'égalité de traitement (égalité devant les charges publiques) (art. 8 Cst) lorsqu'un acte licite de l'Etat leur cause un dommage, mais pas dans tous les cas.
- Pas nécessaire si :
 - ⇒ atteinte légère (prix à payer pour vivre dans une société)
 - ⇒ atteinte générale (principe d'égalité n'est pas violé, tout le monde est touché)
 - ⇒ atteinte visant à protéger le lésé
 - ⇒ action dommageable provoquée ou justifiée par le lésé

III. Expropriation matérielle

- VISE A ENCADRER LE DROIT DE PROPRIETE ET LIMITE LA LIBRE DISPOSITION DES TERRAINS (p.ex LAT). Situation : un propriétaire par rapport au régime antérieur se trouve entravé, restreint dans les possibilités d'utilisation de sa propriété SANS QU'ON LUI PRENNE SA PROPRIETE. En matière d'aménagement du territoire : il ne faut pas que les communes/cantons soient obligés d'indemniser pour tout et n'importe quoi. Actuellement taxation de plus-value limitée.
- Pour actes licites (donc pas nécessaire d'avoir contesté la mesure)
- Conditions :
 - Restriction grave à un attribut essentiel du droit de propriété
 - Portant sur un usage actuel ou futur proche probable, d'un point de vue objectif et juridiquement ! Si le proprio déposait une autorisation, aurait-il une chance de l'obtenir ? C'est tout ce qui nous intéresse. Si non, on indemnise pas.
 - terrain équipé + usage autorisable

OU

- Mesure moins grave mais impliquant un sacrifice particulier (on est le seul ds cette situation), *leitmotiv* de la JP, quasiment jamais été utilisés (genre 2 cas).
- Pas d'expropriation matériel si :
 - Restriction permettant un usage économique raisonnable
 - Restriction temporaire
 - Non-classement (sauf cas exceptionnels)
 - Mesures de police, sauf si :
 - utilisation actuelle licite
 - utilisation autorisée
 - objectif mixte
 - sauf protection du propriétaire

IV. Expropriation formelle

- ON NOUS PREND NOTRE TERRAIN. Transfert, suppression, modification ou création d'un droit subjectif en faveur de l'expropriant
- Conditions :
 - Base légale
 - Intérêt public (varié)
 - Proportionnalité
 - par rapport au projet
 - par rapport à l'étendue de l'expropriation
 - Pleine indemnisation

V. Droits de voisinage

- Installations d'utilité publique
- Immissions inévitables ou ne pouvant être écartées sans frais excessifs
- Expropriation formelle des droits de voisinage
- Seulement pour dommage spécial, imprévisible et grave

VI. Droit de préemption

- Le préempteur se substitue à l'acquéreur en cas d'aliénation convenue
- Restriction à la propriété, donc
 - base légale
 - intérêt public
 - proportionnalité
- Droit de préemption simple
 - au prix convenu par les parties
- Droit de préemption qualifié
 - à un prix calculé selon une formule

→ à un prix calculé comme en expropriation

VII. Actes licites à Genève

- Art. 12 al.2 Cst./GE : renvoi à la loi (=mandat)
- Art. 4 LREC
→ indemnisation si l'équité l'exige
- Ce sera le cas si le dommage est :
→ spécial
→ grave
→ causé par acte n'ayant pas pour but de protéger le lésé

VIII. Distinctions

- Expropriation formelle
→ transfert ou modification de droit subjectif
→ indemnisation = condition de l'expropriation formelle
- Expropriation matérielle
→ restriction juridique de l'usage de la propriété
→ dans le domaine de l'aménagement du territoire
→ indemnisation = conséquence de l'expropriation matérielle
- Autres cas d'indemnisation pour actes licites
→ action ou abstention licite de l'Etat provoquant un dommage
→ indemnisation si l'équité l'exige
- Cas d'absence d'indemnisation
→ l'Etat ne répond pas des conséquences de toutes ses actions