

DROIT ADMINISTRATIF

Notes sur le Cours du Prof. J-B Zufferey

DISCLAIMER : Ce résumé n'a pas été contrôlé par le Prof. Zufferey.

L'auteure décline toute responsabilité quant aux fautes qui pourraient s'être glissées dans ce document ainsi que quant à l'usage qui pourrait en être fait.

1) LA NOTION, LA NATURE ET LES DÉLIMITATIONS DU DROIT ADMINISTRATIF

Le droit administratif a pour objet l'administration de l'Etat.

On envisage l'administration sous :

- **organisation** (notion matérielle, fonctionnelle) : relations des citoyens avec l'Etat
- **ceux qui organisent, font partie de cette administration** (notion organique)

I. La notion fonctionnelle

1. Les définitions existantes

Fonction administrative

L'administration a une activité juridictionnelle et législative. Quand l'administration prend une décision, elle agit un peu comme un tribunal. Elle produit une activité juridictionnelle. Il est difficile de donner une définition de la fonction administrative.

1.1. Les définitions négatives

Tout ce qui n'est ni de l'activité juridictionnelle, ni de l'activité législative. On ne peut pas dire exactement ce qui est juridictionnel ou législatif donc la définition négative n'est pas relevante.

1.2. Les définitions positives

La définition positive, quant à elle, est trop vaste et floue. Tout comme la définition négative, elle n'est donc pas satisfaisante et utile.

1.3. Les définitions mixtes

Une définition positive ou négative ne se révèle pas pertinente.
On a donc essayé avec une définition mixte (positive et négative)

Selon F. FLEINER : la fonction administrative est l'ensemble de l'activité administrative exercée par l'Etat ou par une autre personne morale de droit public sous l'empire de son propre ordre juridique pour réaliser ses propres fins d'existence qui ne rentrent ni dans le domaine de la législation, ni dans celui de la justice.

Cette définition n'est pas optimale, elle confond but et contenu. On retombe dans les travers d'une définition négative.

Selon GIACOMETTI : la fonction administrative est la fonction d'appliquer le droit excepté celle de trancher les différends et de prononcer des peines c'est-à-dire de rendre la justice.

Cette définition est problématique car elle est trop restrictive. Elle laisse de côté l'idée que l'administration s'occupe aussi d'actes matériels.

2. Les caractères distinctifs

2.1. L'importance de la fonction administrative

Importance : elle est *secondaire au législateur et au constituant*.

Primordial : *la loi se manifeste à travers l'administration*. Elle a une influence sur l'individu et sur son comportement. On voit même une inflation législative qui pose un problème pratique et théorique.

Le droit administratif est du droit constitutionnel concrétisé

2.2. Les buts

Buts :

- **libéral** : car l'administration veut garantir à chacun une sphère de liberté.
- **social** : c'est le but prédominant. La loi (l'administration agit sur la base d'une loi) lui dit quand intervenir, c'est-à-dire quand les particuliers ne peuvent agir eux-mêmes (ex : construction d'une route).

2.3. Les moyens

Conception dualiste :

On distingue :

- **l'administration restrictive** qui empiète sur les droits individuels (par ex : la fiscalité. La fiscalité empiète sur la garantie de propriété)
- **l'administration promotionnelle** qui nous rend des services

Cette distinction peut être comprise comme celle existant entre l'Etat gendarme et l'Etat providence. Mais la conception dualiste est dépassée. Il y a encore d'autres moyens qu'on ne peut pas classer parce qu'ils pourraient aller dans les deux catégories (contrats, plans,...). C'est aussi le cas des subventions par exemple. En effet, on peut recevoir une subvention (promotionnelle) mais on a l'obligation de faire quelque chose avec cette subvention (restrictive). Même si cette conception est dépassée, on la garde quand même.

Conception pluraliste :

On énumère les moyens par lesquels la fonction administrative s'exerce.
Ces moyens peuvent être :

- prestations sociales (ex : AVS à 65 ans)
- mesures de police
- mesures propres à soutenir l'économie (rabais fiscaux par ex.)
- établissements publics (ex : écoles)
- prélèvements de redevance
- achats de matériel (ex : achat d'ordinateurs pour l'administration)

Quand on réalise une condition (avoir 65 ans), on touche quelque chose (argent de l'AVS).

2.4. La nature

Sa nature juridique :

Créer, constater, modifier ou supprimer des actes ou des rapports de droit. Cela se fait par des actes administratifs ou par des ordonnances.

Les actes administratifs règlent des situations individuelles. Les ordonnances s'occupent de normes générales et abstraites.

Fonction législative : *ordonnance*

Fonction juridique : *décision administrative* (va à l'encontre de la définition négative)

Nature matérielle :

L'acte matériel n'a pas d'effet juridique. C'est par exemple le cas des travaux de chancellerie, de la livraison de marchandises à l'Etat, de l'enlèvement des déchets. Cela relève de la fonction administrative car régi par le droit et peuvent avoir un effet juridique dans le futur.

Prenons l'exemple d'une réunion d'une commission au Parlement. Les discussions à l'intérieur de la commission n'ont pas d'effet juridique (acte matériel) mais on parle en prévision d'une loi qui elle aura un effet juridique.

Pas d'effet immédiat mais un effet dans le futur.

II. La notion organique

1. Le problème

On s'attache à ceux qui exercent la fonction administrative.

A ce sujet, on peut se poser deux questions :

1) **Qui sont les organes administratifs ?**

Il y a deux catégories :

- les autorités exécutives (au niveau fédéral : le conseil fédéral. A Fribourg, conseil d'Etat, conseillers communaux et préfets)
- les fonctionnaires ou agents publics (employés de l'Etat)

2) **Qu'est-ce qui les distingue des organes étatiques ?**

On disait avant :

- *critère du mode de désignation* : un organe administratif est désigné par une autorité administrative mais cela n'est pas vrai. Les juges du Tribunal fédéral sont élus par l'Assemblée fédérale par exemple. On a aussi des fonctionnaires (ex : trésorier d'Etat)

qui sont élus par le peuple. Donc ce n'est pas toujours une autorité administrative qui désigne.

- *nature juridique des relations entre l'organe et la collectivité.* Seuls les organes de l'administration seraient liés à la collectivité publique par un rapport de droit public. Mais on voit que certains travailleurs de droit privé sont unis par un rapport de droit public à la collectivité.

2. L'incorporation à une hiérarchie et 3. L'indépendance relative

Les vrais critères sont donc :

- **incorporation et hiérarchie** : on estime que l'administration est soumise à une hiérarchie particulière qui remonte jusqu'à l'exécutif. L'Assemblée Fédérale exerce même la haute surveillance. Mais il n'y a pas de surveillance de l'AF sur le TF car on préconise la *séparation des pouvoirs*.
- **indépendance relative** : agents de l'Etat régis par le droit privé et non le droit public. Quand même indépendants pour certaines choses (indépendance relative). Cela se manifeste par :
 - la *liberté de prendre des initiatives* (soi-même) : par exemple, l'administration ne va pas attendre qu'on le lui demande pour réparer une route. Elle va agir.
 - la *liberté de forme* : libre de donner une forme à un de ses actes et liberté dans la procédure
 - la *liberté d'appréciation* : l'administration applique la loi mais a la faculté d'interpréter le droit. Il y a donc une différence entre le texte lui-même et ce qui est appliqué.

III. Droit public et droit privé

1. La délimitation

En pratique cette question est importante ! Et cela surtout parce que la division s'estompe de plus en plus. Il est impossible de ne pas se mêler au droit public. **Imbrication quotidienne du droit public et du droit privé.**

ATF 109 Ib 146 : déjà dans la jurisprudence on voit cette imbrication. Ici, il s'agissait de savoir si le contrat de diligence était un contrat de droit privé ou de droit public.

1.1. Le rappel des principes

Pour déterminer si on a affaire à du droit public ou à du droit privé, il faut faire appel à un **faisceau d'indices** (4 critères qu'on utilise ensemble) :

- intérêts en cause
- personnes en cause
- relations en jeu
- sanctions

1.2. Quelques points de contact (la surveillance, le contrat, les marchés publics)

Il y a des fluctuations, le droit privé et le droit public sont très proches.

Ex : construire une maison, ouvrir un bureau de conseiller financier...

Aujourd'hui, on parle davantage de droit de l'environnement, de droit de la construction sans se demander si c'est du droit public ou du droit privé.

A) Droit de surveillance

Droit de surveillance : ce sont tous les moyens d'appréhender une activité. L'objectif est d'encadrer les activités et de prévenir les abus. Il est fondamental qu'il y ait une **autorégulation par délégation ou sous-délégation de la part de l'Etat**.

Ex : l'Etat devrait surveiller les coiffeurs (dangereux de se faire couper les cheveux). On a une législation cantonale sur les coiffeurs ainsi qu'une délégation à une association professionnelle qui fixe l'exigence pour obtenir la « patente » de coiffeur (examen des capacités).

On peut avoir un texte de droit privé dans un environnement de droit corporatif.

Ex : règlement dans les vestiaires du FC Vaulruz.

Ex : ordonnance sur la protection du bruit (ordonnance sur la protection du bruit : OPB), on a l'art. 32 qui renvoie à la norme SIA 181 : on va devoir :

- isoler le bâtiment
- respecter la norme SIA (norme SIA, droit privé car la norme SIA a été élaborées par des organismes privés)

Ex : **ATF 121 III 69** illustre le principe de la trinité.

Prenons l'exemple de quelqu'un qui s'est fait volé de l'argent. Notre voleur est allé à la banque avec les documents permettant de prendre l'argent. Il y a trois éléments à observer :

- *convention de diligence des banques* (CDB) : le droit privé exige de contrôler l'identité de tous les clients
- en violant la CDB, vous violez l'art. 2 let.c de la loi sur les banques qui dit que les banques doivent avoir une activité irréprochable (garantie d'activité irréprochable). On se base sur du droit public pour voir s'il est payé. La loi sur les banques c'est un texte de droit administratif.
- Finalement le titulaire du compte va recevoir des dommages-intérêts. On parle donc maintenant de responsabilité civile basée sur le CO ! Car le vol d'argent est ici observé comme un acte illicite selon le CO (RC).

B) Contrats

Avec les **contrats** : on peut avoir des *contrats de droit public* (*contrats de droit administratif*) et des *contrats de droit privé*.

Le **contrat de droit administratif** : contrat qui a pour objectif l'**accomplissement d'une tâche de droit public**.

Ce contrat peut être conclu entre deux personnes de droit privé.

Ex : C'est le cas, par exemple, de deux personnes qui s'entendent pour acheter une fraiseuse et déblayer une fois par semaine chacun la neige sur le trottoir devant chez eux. Entre ces deux personnes, c'est un contrat de droit administratif, car c'est un règlement de la commune que de devoir nettoyer son trottoir l'hiver. Donc pour un recours, ce sera le recours de droit administratif. Les juridictions civiles ne vont pas s'en occuper.

A l'inverse, l'Etat peut être partie à un contrat mais ce contrat peut être un **contrat de droit privé**. Pour le savoir, il faut regarder la finalité (« fonction ») du contrat.

Ex : la police achète deux voitures mais n'en reçoit qu'une seule... Dans ce cas, l'Etat (la police) agit comme un privé (comme n'importe quelle personne qui voudrait acheter une voiture et qui n'en reçoit qu'une seule)

La distinction est importante pour les juridictions et les recours.

C) **Marché public** (appel d'offres)

Ex : Autre exemple avec le **marché public**. Un marché public c'est lorsqu'un *accord par lequel l'Etat achète quelque chose à des privés*. Par exemple, l'UNIFR doit choisir une entreprise privée (procédure de marché public) pour construire un nouveau bâtiment. Il y a une procédure et quand la procédure est terminée. L'Etat choisit une entreprise, c'est l'*adjudication* (droit administratif). Ensuite, on a du droit privé, car il faut conclure un contrat avec l'entreprise ayant obtenu le marché. Imaginons maintenant que pendant la construction, nous ayons des litiges de droit privé. Ces litiges seront traités par des juridictions civiles. C'est un **acte détachable** : on peut concevoir une seule activité en deux étapes. On détache le contrat d'adjudication. (Le contrat découle du contrat : celui qui a obtenu le marché pourrait ne pas obtenir le contrat [choix d'une autre entreprise finalement])

1.3. L'enjeu en matière de procédure

Ces distinctions jouent un rôle concret dans la **procédure**. C'est très important pour la **recevabilité du recours**. Parmi les conditions de recevabilité, on examine si on est dans du droit privé ou du droit public.

Ex : domaine privé et responsabilité de l'Etat

Domaine public : ensemble des biens qui appartiennent à l'Etat. Le domaine public est utilisé par tout le monde.

Si on veut vendre des glaces sur la place Python, on aura besoin d'une autorisation.

Ainsi, lorsqu'on se trouve dans le domaine administratif, on doit obtenir quelque chose. Dans notre cas, on doit obtenir une *concession* (procédure administrative : mise à l'enquête publique, possibilité de faire opposition).

Si on dans le domaine privé, on n'a pas tout ça. Prenons l'exemple d'un bâtiment appartenant à l'Etat (patrimoine privé de l'Etat), ce bâtiment loge des étudiants. Les étudiants font souvent la fête et font trop de bruit. On va les expulser. C'est du droit privé. Et pour cela on ne peut pas faire un recours de droit public contre cela bien que le bâtiment appartienne à l'Etat !

Distinction en matière de responsabilité de l'Etat :

Si l'Etat agit comme particulier : responsabilité civile au sens de l'art. 41 CO : domaine privé

Si l'Etat intervient, se comporte comme responsable de la collectivité publique, que l'on se trouve dans un champ d'application de la responsabilité de l'Etat, on se trouve dans le domaine public. On n'utilisera pas le CO pour la responsabilité mais une loi pour ça !

L'action en justice ne sera pas non plus la même :

Dans le domaine privé : **action en responsabilité civile**

Dans le domaine public : **action de droit administratif**

2. L'application du droit privé à l'activité administrative

2.1. Le droit privé comme tel

Dans quel cas et comment le droit administratif utilise le droit privé.

Le droit public est conçu pour arbitrer les liens entre particuliers. On a eu le développement des juridictions administratives. Egalement, perte d'influence de la théorie du fisc qui était une conception de l'Etat comme une masse de biens et comme un agissement contre cette masse de biens (patrimoine).

L'administration (administration au sens matériel) qui agit en tant que détentrice du pouvoir public n'utilise en principe pas le droit privé. Cependant, on a des éléments privés quand on prévoit des **lois de droit public** par exemple : responsabilité de la poste, des trains (CFF), bateaux. L'Etat agit mais les lois fédérales sur la responsabilité civile de ces entités disent que c'est le droit privé qui va s'appliquer. Le motif est qu'on doit avoir une égalité de traitement entre tous les détenteurs de bateau par exemple.

On trouve aussi du droit privé dans des **cas que la loi n'a pas prévu**.

Ex : le juge n'a pas de solution et va aller chercher la réponse dans le droit privé. Ainsi, pour les vacances, les indemnités d'un fonctionnaire, on va aller voir la règle dans le CO (contrat de travail). La loi sur les fonctionnaires dit que *la relation est de droit privé entre le fonctionnaire et l'Etat*.

2.2. Le droit public supplétif

Ce sont les **cas où le droit privé vient combler une lacune de droit public**. On va chercher la solution dans le droit privé et on dit que maintenant c'est du droit public. On reste donc dans le domaine du droit public.

Ex : quand des législations cantonales créent une SA, une fondation de droit public (ex : BCV, universités, swissmedic,...), on a une loi qui régit les organes de ces entités (loi cantonale sur la BCV par exemple). Là dedans, il est dit : *pour le surplus c'est le CO qui s'applique*. Cela devient donc du **droit public supplétif** car le législateur dit que la solution matérielle se trouve dans le CO.

La conséquence est que pour le litige on ira au **tribunal administratif** et qu'on fera un **recours en droit public** quand bien même le litige porte sur une disposition du CO (donc pas de recours en réforme. N.b : dès le 1 janvier, on aura un recours unifié en matière droit civil).

IV. Droit administratif, droit pénal et droit pénal administratif

1. Les délimitations

1.1. Le principe

Il y également **de plus en plus de délimitation entre ces deux domaines**. Le **droit pénal appartient au droit public** même si aujourd'hui il est plus ou moins autonome. Le droit pénal a également des règles matérielles spécifiques, une procédure et une juridiction spécifiques. Aujourd'hui, la sanction pénale est importante (aussi pour l'effet préventif).

Ex : j'ai construit dans un endroit protégé sans autorisation. Je vais avoir une amende pénal et l'obligation de détruire. Les deux choses se combinent !

1.2. Les points de contact

Droit matériel :

Le droit pénal tient-il le droit administratif ou est-ce l'inverse ? Lorsqu'une autorité a statué, la décision d'une autorité lie-t-elle l'autre ou non ?

Ex : retrait du permis de conduire. On a une procédure double : on prend le permis de conduire (ouverture d'une procédure administrative pour le retrait du permis, application des art. 16ss LCR). Le retrait de permis est une sanction administrative. Cela se passe en parallèle à la procédure pénale. Les sanctions pénales, elles, se trouvent aux art. 90 ss LCR.

Si le juge pénal décide de sanctionner ou non la personne, est-ce que son appréciation lie l'autorité administrative ?

Cela dépend des domaines (voir la jurisprudence).

Dans le domaine *roucier* : Oui, le pénal tient (en principe) l'administratif

Dans le domaine de l'*expulsion* : la condamnation et l'expulsion sont des mesures pénales. L'art. 10 de la LSEE (loi sur le séjour et l'établissement des étrangers), qui elle est une loi appartenant au droit administratif, prévoit aussi l'expulsion (expulsion administrative). S'il y a expulsion : OUI, l'administratif est lié au pénal. Sinon (pas d'expulsion), l'administratif est-il lié au pénal ? On peut avoir une peine sans expulsion pour des raisons sociales selon le juge pénal mais l'autorité administrative peut ne pas voir la chose de cette façon et dire expulsion selon l'art. 10 LSEE.

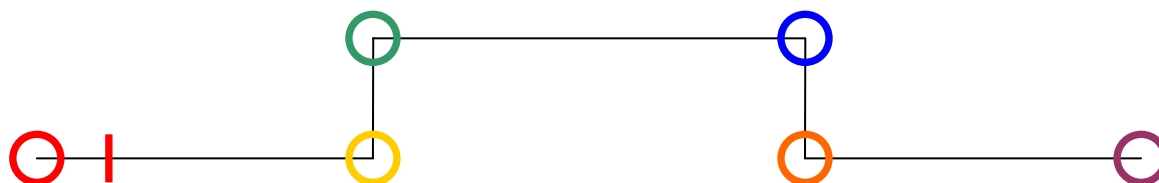
Avec la LAVI : la LAVI intervient quand il y a une procédure pénale pour LAVI accompagnée de mesures civiles (dommages-intérêts civils). Le juge LAVI fait partie des services administratifs puisque la LAVI (loi d'aide aux victimes d'infraction) fait partie du droit administratif (recours de droit administratif donc). *Le juge LAVI n'est pas lié par le prononcé pénal. Voir l'ATF 129 II 312*

1.3. Quelques aspects de procédure

Comment organise-t-on la procédure ? N'est-ce pas contraire à la CEDH d'avoir une double procédure ? NON, on peut avoir deux procédures devant deux juridictions différentes aussi longtemps qu'elles sont basées sur des lois différentes et avec des objectifs différents, Ainsi, on n'a pas de violation du *ne bis in idem*.

Dès que l'on admet la valeur d'avoir deux procédures. Laquelle commence en premier ? Le droit administratif \neq droit pénal. En procédure administrative, on n'a pas de moyens coercitifs : tout est basé sur la collaboration de l'administré. Si un citoyen ne veut pas s'exécuter, on ne peut pas le forcer. Le droit pénal est mieux placé que le droit administratif, il a plus de moyens car on commence par l'instruction pénale. Lorsque la procédure pénale est terminée, la procédure administrative peut continuer.





Exemple en cas de retrait de permis à la suite d'un accident (LCR)



○ Accident de la circulation. Peu après (= |), la police saisit le permis, c'est la constitution de l'infraction.



Lettre du *service administratif*, dénonciation du cas à l'autorité pénale (on rend le permis sauf en cas de récidive).

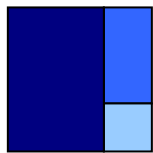
-  Domaine *pénal*
-  Sanction *pénale* (amende voire sursis)
-  Reprise de la *procédure administrative* (pas de violation de *ne bis in idem*)
-  Retrait du permis (décision *administrative*)

Lorsque l'on paie une amende, c'est parfois dur à identifier si c'est du droit administratif ou du droit pénal.

2. Le droit pénal administratif (un bref rappel)

Le droit pénal administratif c'est du droit pénal.

Le Code pénal est élaboré ainsi :



CP + droit pénal spécial dans des lois administratives (lois spéciales), ce droit pénal n'est pas un droit pénal administratif + droit pénal spécial confié à l'administration = droit pénal

Le *droit pénal administratif* c'est du droit pénal. Le *droit pénal spécial* confié à l'administration est peu fréquent. Ex : LF sur le statut du lait. On ne peut pas produire autant de lait qu'on le veut. Dans ce statut du lait, on a des sanctions pénales. Le juge pénal ne va pas forcément comprendre ce statut du lait (ce n'est pas sa spécialité) et donc il va laisser ça à l'administration qui sera chargée d'appliquer la loi.

1^{er} problème : comment l'administration peut-elle aussi sanctionner ?

En effet, c'est l'administration, mais ce n'est pas la même (pas la même autorité).

2^{ème} problème : est-il possible qu'une administration mette quelqu'un en prison ?

Non, car la procédure pénale est réglée par la DPA qui est la loi fédérale qui organise la procédure de droit pénal administratif. Instruction en moins de l'administration, à la fin de l'instruction, l'administration rend un **mandat de répression** (plus ou moins l'équivalent de l'ordonnance pénale. Cela équivaut à une proposition de peine). Soit le citoyen accepte. Sinon, transmission au juge pénal (cantonal car il n'existe pas de juge fédéral pour cela). A la fin de l'instruction (si c'est gravissime, on transmet tout de suite le dossier au juge, possibilité d'une peine de prison), on demande à une juridiction pénale de statuer : **séparation des pouvoirs**. En règle générale, on procède par mandat de répression.

Droit disciplinaire

Le droit disciplinaire n'est pas une matière spéciale, c'est du droit administratif. C'est l'ensemble des sanctions qui s'appliquent lorsqu'on a un rapport juridique, administratif spécial.

Ex : *fonction publique*. Lorsqu'on est fonctionnaire, il y a des lois qui prévoient des sanctions si on a un comportement qui n'est pas adéquat. Ce serait par exemple le cas d'un policier qui aurait pris des substances illicites pendant son service.

On a plusieurs sanctions à choix (exemple de la libre appréciation) : réprimande, retenue sur le salaire,...

Ex : un étudiant à l'université triche aux examens. On a un règlement à l'UNIFR. S'il triche, l'étudiant aura un blâme, l'annulation d'un examen, l'échec de ces examens, voire dans des cas graves (récidive) l'expulsion de l'université. Mais l'université ne peut pas imposer des amendes.

Ex : avec les professions libérales (avocat, architecte, opticien, médecin,...), il y a des règles. Certaines professions libérales sont assujetties à surveillance. Par exemple, l'habillement pour une Cour de Justice (il y a un article sur l'habillement dans le CPJ). Si on est mal habillé on pourra recevoir une amende.

Dans un cas quelque peu semblable, il y a les sanctions pour les militaires. Ces sanctions sont des **sanctions administratives**.

La question demeure : peut-on recourir contre ces sanctions ?

V. Droit public suisse et droit international

1. L'application du droit public suisse dans l'espace

1.1. Le principe de la territorialité

Le principe, c'est la **territorialité**. La mise en œuvre du droit public suppose l'existence d'un pouvoir public. Lorsque l'on déborde des frontières de la Suisse, le droit suisse n'est pas applicable. De même, le droit public étranger n'est pas applicable en Suisse. En théorie on ne devrait pas avoir de problème mais il y a des *cas d'extranéité* car on ne respecte pas les frontières.

Ainsi, on voit apparaître :

- **le droit administratif international** : on regarde s'il y a un droit administratif national commun à tous les Etats.
- de plus en plus d'**exceptions au principe de territorialité**

1.2. L'application exceptionnelle du droit étranger

(Quelques illustrations de ces exceptions au principe de territorialité)

En Suisse, on a trois états (couches) différents : Confédération – Cantons – Communes. Là aussi un problème d'extranéité est possible. C'est le cas de toutes les **lois fédérales réglant des situations intercantionales** (ou entre canton et commune,...).

Dans la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, on a un article sur la coordination des plans. Ainsi, si par exemple la commune de Monthey décide de construire une zone industrielle et que Massongex (commune voisine) avait l'intention de construire à 100 mètres de cette zone industrielle une zone d'habitation, il se pose un problème. Pour régler ce différend, on va devoir voir l'article sur la **coordination des plans**. Les cantons doivent s'entendre si cela n'est pas possible, ils s'en remettent à la Confédération.

Loi fédérale sur l'**énergie hydraulique**. On a des règles pour les situations où des cantons se battent pour avoir un cours d'eau et donc avoir l'énergie hydraulique (intéressant d'un point de vue économique,...).

Toutes les **lois cantonales qui habilite la commune à avoir une compétence**. Par exemple pour la voirie, les écoles publiques. On a des lois cantonales qui donnent cette compétence, cela est une **atteinte au principe de souveraineté**.

Acceptation des cantons de restreindre leur souveraineté pour un canton voisin dans une loi cantonale.

Ex : un fuyard essaie de semer la police vaudoise sur un tronçon d'autoroute reliant Vaud à Genève. La police vaudoise va le suivre sur l'autoroute même dans la partie genevoise. Il y a un **concordat cantonal** autorisant cela.

Décision administrative étrangère prise en compte par le droit administratif suisse. Dans les domaines à caractère financier (banque, finances,...) il y a à chaque fois un chapitre qui dit à quelle condition une entreprise peut s'établir en Suisse. La première condition est que **l'autorité étrangère soit d'accord**. La décision administrative fait dépendre une décision étrangère sur laquelle la Suisse n'a rien à dire. C'est en quelque sorte une délégation de compétence.

Exécution des décisions et des jugements prononcé par une autre autorité publique (ex : autres cantons.)

Ex : une décision administrative bernoise peut-elle être exécutée à Fribourg ?

Non, une décision bernoise n'est pas exécutable à Fribourg. Elle n'est pas exécutable au-delà du territoire cantonal sauf concordat général (entraide générale des cantons) ou disposition légale prévoyant l'entraide dans ce domaine. Cependant ça ne veut pas dire que la décision n'aura plus d'impact et qu'on pourra tout reprendre comme avant. En effet, le canton d'origine (ici : Berne) peut envoyer une lettre à la nouvelle autorité. Ainsi, l'autorité fribourgeoise peut reprendre une décision. On va dans ce cas refaire la procédure et prendre une nouvelle décision contre laquelle un recours sera possible. Si c'est urgent et que l'on n'a pas le temps de refaire une procédure et le reste, on prend une **mesure provisionnelle** qui est une mesure permettant d'intervenir immédiatement.

Concernant une décision judiciaire devant les autorités fédérales, il faut voir l'art. 39 OJ. **Les cantons doivent exécuter les décisions fédérales**. Même si on change de canton, il n'y a pas de problème, les cantons vont et doivent exécuter la décision. Il y a entraide entre cantons dans ce cas. **On utilise le principe de territorialité sauf si l'entraide entre les cantons est donnée par une disposition légale**.

1.3. L'entraide administrative (l'art. 23^{sexies} LB et les contrôles sur place)

C'est un domaine récent. Attention : on ne parle pas d'EIMP. On parle d'**assistance (entraide) administrative**. C'est l'**assistance entre les autorités de surveillance**. Cela devient de plus en plus fréquent car on a un renforcement général de la surveillance dû à la privatisation de certains secteurs.

Ex : lorsque la poste a été privatisée (Swisscom pour les télécommunications), on a créé l'OFCOM dont le rôle est de surveiller si tout le monde se comporte de manière adéquate.

La privatisation demande davantage de surveillance. La seule façon de suivre avec le droit c'est de se prêter assistance entre autorités de surveillance, c'est à dire d'avoir une **transmission d'information entre les frontières**. Rappelons à ce sujet que le droit administratif n'est pas coercitif.

De plus l'UE s'est créée sur l'idée fondamentale d'un marché unique entre les pays ce qui implique naturellement une surveillance. La surveillance de base se fait par le pays d'origine. C'est une assistance administrative obligatoire entre les pays membres de l'UE.

La Suisse au milieu de l'UE pose un problème politique important si la Suisse, elle, n'a pas d'assistance administrative obligatoire. En Suisse, pour avoir une assistance administrative obligatoire, on est obligé d'avoir une base légale et la Suisse a beaucoup de peine à entrer dans cette procédure de surveillance. La Suisse a en fait une autre politique que les pays qui l'entourent.

Voir pp.16-17 (polycopié)

On a un régime similaire dans de plus en plus de lois.

Art. 23^{septies} LB (loi sur les banques) organise la passation d'information entre la Suisse et l'étranger. On a de la jurisprudence seulement en matière financière (car ce sont les personnes qui ont de l'argent qui peuvent vouloir faire des procès).

Art. 38 (p.17) (on a eu une modification de la loi en février 2006 grâce à la jurisprudence).

Al.1^{er} : base légale qui permet à la Suisse d'avoir des informations. Sinon, l'utilité pratique de cet alinéa est quasi nulle. Comme l'argent est de toute façon en Suisse cet article ne nous sert pas à grand chose. Et pour connaître le régime vers la Suisse, on doit aller lire la loi étrangère.

Al.2 :

Principe de spécialité :

La Suisse ne va accorder l'assistance à l'étranger que si les informations sont utilisées exclusivement pour surveiller les marchés.

Ex : un français a un chalet à Verbier et un compte à la banque de Verbier. Il fait des opérations depuis l'ordinateur de son chalet avec la Bourse de Paris. La Banque de Verbier délivre donc les crédits (donne les sous). Ce français est un initié c'est à dire qu'il sait des choses à propos de la société cotée en bourse avant tout le monde et de ce fait il n'a pas le droit d'acheter les actions de ladite société). L'autorité française veut évidemment savoir qui a acheté ces actions. Elle sait que l'argent vient de la banque de Verbier. Donc elle demande le nom à la Suisse. La Suisse est d'accord mais l'autorité française doit utiliser cette information seulement pour surveiller le marché (principe de spécialité). Par exemple, si on découvrait que ce français est un ancien ministre, on ne peut rien faire d'autre que ce qui est possible pour la surveillance du marché, on ne peut pas divulguer l'information, on ne peut pas dire au service fiscal français que cet ancien ministre français a des comptes en Suisse.

Principe du long bras :

L'autorité administrative française qui reçoit l'information peut-elle la passer à une autre autorité pénale dans le même domaine ?

Pendant longtemps, on a considéré que cela était impossible et que cela ne valait que pour *une seule* autorité. Mais *maintenant c'est possible*, on peut transmettre l'information mais seulement pour *poursuivre le même état de fait* dans le *même domaine*.

Principe de confidentialité (let.b) :

On ne veut pas que tout se sache. Notre système n'est pas celui des USA par exemple où tout se sait lorsqu'il y a une procédure car toute procédure litigieuse est publique, mêmes les procédures administratives. On veut par ce biais avertir les gens qu'il y a une procédure avec M. X, Mme Y,... (but : méfiez-vous de M. X, Mme Y, ce sont peut être des escrocs !)

Finalement le droit suisse a dû modifier cette idée de « pas tout doit se savoir » avec une réserve. On a dit pour motiver les banquiers suisses qu'en droit américain, l'accusé pouvait toujours recourir contre ce système de publicité.

Al.3 : lorsque l'information demandée est une information (\neq info statistique) concernant un individu, alors la PA (procédure administrative) est applicable.

On va donc faire une enquête en reconnaissant le droit à la personne suspectée de recourir, puis il y aura une décision administrative et notification à la personne.

Cela signifie dans notre exemple plus haut que la personne en France apprend par la Suisse qu'il y a une enquête sur elle alors qu'ailleurs ces enquêtes demeurent secrètes. Problème : ces enquêtes durent des mois. On comprend donc que les autres pays n'apprécient pas vraiment la politique de la Suisse dans ce domaine.

Contrôles sur place : art. 23^{septies} : il s'agit des possibilités pour l'autorité étrangère de venir physiquement en Suisse pour examiner les documents,... de l'entreprise étrangère installée en Suisse. Cela représente une **perte majeure de la souveraineté**.

Comment peut-on justifier cela en regard avec l'art. 272 CPS qui réprime de tels comportements ?

Cela se justifie grâce à cet article : art. 23^{septies} : qui est une **base légale** et donc qui rend cette activité légale aux yeux du CPS !

Ex : scandale financier en Italie entre deux banques de la place italienne. Les Italiens ont l'impression que c'est parti de Lugano Donc l'autorité italienne va appliquer le contrôle sur place et va rentrer « physiquement » dans la banque de Lugano. Ici, la banque de Lugano appartient est une banque italienne, c'est une *approche consolidée de l'acte administratif*. Il ne faut pas confondre cette approche avec la procédure pénale suisse entreprise en Suisse par des autorités suisses.

Dans l'UE, ces contrôles sur place sont totalement admis, ils appartiennent à une directive.

2. L'influence interne du droit international public

2.1. La primauté du droit international

Le droit international public influence l'administration. D'abord, il nous faut affirmer la **primauté du droit international sur le droit national** (art. 5 al.4 Cst). On doit rajouter des éléments à la primauté du droit international :

La primauté du droit international est **totale** : on est contraint d'appliquer le droit international même si il va contre le droit national de l'environnement par exemple ou qu'il n'est plus vraiment d'actualité.

Voir l'ATF p.18 du polycopié : la route devrait passer en forêt. Les opposants à la route disent qu'en Suisse la loi sur les forêts interdit de créer cette route. Le TF dit NON : **le droit international prime sur le droit national**. Quand bien même le droit international ne respecte pas le droit national, il prime car il est *self-executing*.

Procédure (p.21)

Dans quelle mesure la primauté du droit international s'exprime-t-elle en procédure ?

Cela concerne la recevabilité du recours en droit administratif.

En procédure suisse concrète, quotidienne puis-je utiliser des droits administratifs ?

Voir le polycopié p.24, consid. 4b (+ notes)

Lorsqu'une disposition de l'ordre international public n'est pas directement applicable, on ne peut pas recourir devant une autorité suisse administrative.

Les allemands peuvent-ils venir en Suisse recourir ?

Oui car ils sont touchés par le sujet. Mais ils ne pourront pas invoquer la disposition de l'ordre international public.

Influence indirecte (*voir notes p.24*)

Dans quantité de domaine, même si le droit n'est pas contraignant, il a une valeur. Le premier domaine est la *soft law*.

Tous les **standards de comportement** influencent considérablement la pratique administrative suisse. La Suisse le vérifie tous les jours. C'est en quelque sorte une adhésion informelle de la Suisse à l'Europe.

Ex : le préfet nous donne tort, il met plein de référence au droit européen dans sa décision.

Le droit suisse est un droit de transposition aux accords de l'OMC et c'est le même droit que dans certains domaines en Europe. Par exemple, le système suisse de la TVA est le même système que celui qu'on a en Europe, il y a donc plein de référence à l'UE.

Normes techniques internationales (*FF 1997 p.1270*)

On doit respecter les normes techniques. **La norme technique est la réglementation privée sur une machine,...** (ex : normes pour les marchands de brosse, pour les aspirateurs, pour les marteaux,...). La norme nous dit comment construire,... La Suisse a renoncé à codifier la vie actuelle moderne. Nous avons donc à la place **des renvois aux normes de l'UE**. Si la Suisse fabrique un marteau sans respecter les normes de l'UE, ça ne marchera pas car personne ne va l'acheter.

2.2. L'exemple de la CEDH

La **CEDH** est applicable de manière **concrète** en Suisse. En effet, nous n'avons pas (plus) de réserves ou de déclarations interprétatives. Mais la CEDH s'applique-t-elle en procédure administrative ? Oui, elle très largement applicable au domaine administratif, à l'activité de l'administration. La CEDH va s'appliquer en matière de permis de conduire,...

Articles importants dans la CEDH

Art. 8 : la vie privée est protégée (on a fait jurisprudence au sens large en matière d'environnement).

Art. 6 (important en *procédure*) : tout citoyen a droit à un recours devant un tribunal impartial, on a droit à des délais,...

Dans la **Constitutions suisse**, les **art. 29 et 30** codifient très largement les acquis européens en relation avec l'art. 6.

VI. Droit administratif et droit constitutionnel

1. La délimitation académique

La distinction entre le droit administratif et le droit constitutionnel n'est qu'académique. Dans la vie quotidienne, on ne se demande pas si c'est du droit administratif ou du droit constitutionnel. Les deux sont **imbriqués**.

Le droit constitutionnel a une double portée pratique pour l'activité administrative.

En **droit matériel** : la constitution a deux impacts :

1) On y trouve des *principes de l'activité administrative* (1^{er} chapitre de la Cst) :

- base légale
- intérêt public
- proportionnalité
- principe de bonne foi

2) Les *droits fondamentaux* (art. 8ss Cst) représentent des contraintes, des *barrières que l'administration ne peut franchir*. C'est une protection contre l'Etat.

En recours de droit public (dès le 01.01.2007 : recours constitutionnel subsidiaire) on a la possibilité de se plaindre d'une violation des droits constitutionnels (art. 84a). Il faut respecter les exigences de l'art. 90b OJ, c'est très important de dire en quoi constitue la violation. L'art. 36 Cst fixe la condition (base légale, intérêt public,... *c.f ci-dessus*) pour faire ce recours, ces principes constitutionnels sont donnés dans le chapitre premier de la Constitution fédérale. Afin de démontrer la violation d'un droit, on montre que l'on ne respecte pas les principes constitutionnels de l'activité administrative.

3) Avant, on avait un troisième impact : il s'agit d'un cas d'application de la Constitution.

Ex : avant il était écrit : on ne peut pas vendre plus d'un litre de vin. On voulait lutter contre l'alcoolisme dans la population avec cette disposition.

Ces dispositions étaient formellement dans la Constitution autrefois. Depuis la nouvelle Constitution en 2000, elles n'existent plus (on les a enlevé).

Il n'y a plus d'arrêt de décision administrative basé directement sur la Constitution.

2. Le lien à travers les recours (en particulier le recours constitutionnel)

Procédure

En procédure administrative, il y a tous les jours une grande influence de la part de la Constitution. Et cela par les art. 29 et 30 Cst (à partir du 01.01.2007 ce sera l'art. 29a Cst. L'entrée en vigueur de l'art. 29a Cst dépendait de la nouvelle réforme judiciaire.).

2) LES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF

I. Le rappel de ce qu'il faut savoir

1. Le tableau général des sources et

2. quelques éléments importants pour la pratique administrative

On distingue l'ordre administratif et la clause de police.

Parmi les sources on a les **règles de droit** et les **autres sources : jurisprudence et doctrine** (Art. 1 Tit. prélim. CC). La doctrine et la jurisprudence sont des sources officielles mais auxiliaires. Le droit public est un domaine très varié, c'est pourquoi la jurisprudence est très importante.

Parmi les **règles de droit** on a du :

- **droit édicté** qui sont les sources du droit administratif
- **droit non-édicté**
 - o la *coutume* s'utilise lors de l'absence de codification, provient de la théorie générale
 - o *autres règles générales* qui ne sont pas des clauses générales qui, elles, sont dans la législation. Les règles générales désignent des principes applicables dans l'ensemble des domaines. Ces règles ne sont pas codifiées en droit administratif mais elles le sont par exemple en droit privé. Par exemple, la

prescription, la péremption, la novation, la compensation, la restitution de l'indu,... Ainsi, la prescription vaut pour tous les domaines du droit car on a besoin de sécurité.

Le problème du droit administratif, c'est qu'il n'y a souvent pas de codification. C'est un système où l'on s'inspire d'autres domaines (droit privé par ex.). Mais ce serait faux de dire qu'il y a un monopole du droit privé.

Ex : on obtient dans notre commune une bourse d'étude (c'est une décision administrative). A la fin du mois, notre compte est crédité de 10'000.-. Le mot suivant il est crédit à nouveau du même montant. On sait que la commune s'est trompée... Le citoyen honnête devrait le dire à la commune. Dans notre cas, on ne dit rien et on dépense tout. Quelque temps après, le contrôle financier s'en rend compte et nous demande ce qu'on a fait des 10'000.- versés en trop. Doit-on rembourser ? Normalement oui, mais peut-être que c'est prescrit (la prescription n'enlève pas l'obligation mais on ne peut plus agir en justice → obligation naturelle). Dans notre commune, il n'y a aucun règlement sur ce sujet pour régler le problème alors on va devoir aller voir le principe général sur la prescription à l'art. 127 CO. Dans ce cas, on pourrait parler d'un autre principe général : l'intérêt moratoire.

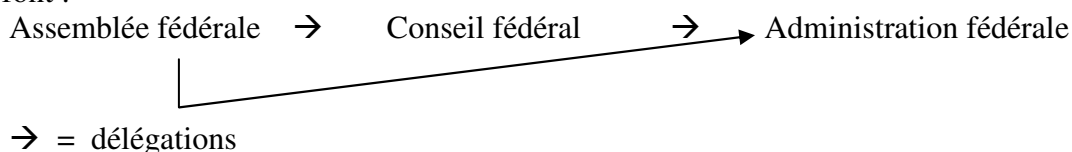
En pratique, le droit communal et le droit cantonal jouent un rôle essentiel !

On trouve les mêmes concepts en droit communal et cantonal qu'en droit fédéral mais le problème est que souvent l'appellation est différente, et la réside tout le problème de la qualification pour le juriste.

En droit fédéral, le système s'est simplifié. Le but de tout ce système est de codifier des **règles de droit**. La base matérielle, c'est la règle de droit (art. 22 al.4 LParl : « *Sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences* »). On a une règle de droit lorsque son but est de créer des droits, des obligations, des compétences. Et la règle de droit est *générale* et *abstraite*.

L'**arrêté fédéral** est une manifestation du gouvernement. Il ne crée pas un droit ou une obligation pour les citoyens. Il ne change rien pour les administrés (ex : le budget de l'Etat qui a une grande importance dans l'administration).

Les **ordonnances** proviennent surtout du Conseil Fédéral mais il y a aussi d'autres organes qui en font :



Dans une future LPCC, il y aura un article donnant mandat (délégation) à l'administration fédérale. On passe ici directement par-dessus le Conseil Fédéral.

La portée de la colonne de gauche (= au niveau fédéral) c'est la distinction entre :

- base **matérielle** : l'exécutif se prononce
- base **formelle** : le Parlement (législatif) se prononce

C'est identique dans les cantons : le Parlement fait une loi cantonale (base formelle) ; une loi est adoptée par le Conseil d'Etat (base matérielle).

Il y a des éléments très importants dans les constitutions cantonales (spécificités cantonales).

Ex : le règlement de ramassage des ordures est-il valable ou non ?

X dit que cet article est incompatible avec le droit cantonal. Pour le savoir, il va falloir lire la Cst cantonale pour connaître l'autonomie communale (certains cantons sont très favorables à l'autonomie communale : VS, FR : d'autres le sont moins, cantons centralisés : GE, VD)

Ex : on défend les intérêts d'un gros payeur qui n'est pas d'accord avec sa facture d'électricité (un seul service industriel dans ce canton). On va devoir aller lire dans la Cst cantonale quelle est la compétence, l'autonomie et la responsabilité des services industriels.

Pour les communes suisses, c'est pareil.

Ex : il y a une interdiction de tondre son gazon le dimanche. Y qui travaille toute la semaine sauf le dimanche, ne peut tondre son gazon que ce jour-là. Il dit que ce règlement communal est une atteinte à sa liberté. Il dit que la base est matérielle et non formelle ce qui pose donc un problème...

Les organes d'adoption de ces sources varient :

- dans une grande commune :
 - o législatif : FR, VS : conseil général – VD, TI : conseil communal
 - o exécutif : VS : conseil communal – VD : conseil municipal
- dans une petite commune :
 - o législatif : c'est la population

Quelques remarques :

- 1) il faut voir comment la commune est organisée
- 2) tout s'appelle règlement dans les communes. Le travail du juriste est donc de qualifier ce règlement. Pour le savoir, il faut voir la procédure d'adoption du règlement.
- 3) en droit communal comme dans les cantons, il y a une **procédure d'approbation**. Maintenant, le Parlement demande de voir les projets du Conseil Fédéral... C'est une consultation mais pas de manière formelle. **Dans les communes, il y a toujours approbation par l'autorité cantonale de surveillance** (Conseil d'Etat, Département des communes).

Pourquoi approbation par l'autorité cantonale de surveillance?

- L'autonomie cantonale a un prix. Il y a toujours un contrôle par le gouvernement du canton
- Pour l'uniformité ! Il doit y avoir une unité entre les diverses communes.

L'approbation a une portée **constitutive**. Un règlement sans approbation n'est pas valable et ne peut produire ses effets.

Dans les ordonnances, on a l'ordonnance législative et l'ordonnance administrative qui, elle, n'est pas une source du droit. Avec l'ordonnance administrative, l'administration produit un texte et ce texte n'a pas la même portée qu'une règle de droit.

Le fait qu'on choisisse d'appeler tout ça directives, circulaires, c'est psychologique. Si on veut un message fort, on dira *directive* ; si c'est une suggestion ce sera plutôt *recommandation*.

Il n'y a pas de nature juridique spécifique, on est toujours dans le même domaine.

Pourquoi produit-on tous les jours de tels actes ?

On a une législation, l'administration doit l'appliquer.

- 1) l'administration va *écrire un texte pour dire comment on va l'appliquer*
- 2) elle commence à *appliquer*. A ce point, il y a souvent un *problème d'arbitraire, d'égalité* entre les gens car il se peut qu'on n'ait pas appliqué la décision partout de la même manière

- 3) pour enlever cet arbitraire, on a besoin de *codification*
- 4) il y a plein d'administrations différentes, on va devoir *unifier la pratique*.

Ces quatre points sensibles se règlent par les directives, par les ordonnances

II. Deux questions typiques du droit administratif

1. L'ordonnance administrative (la directive)

1.1. La notion (parmi les autres types d'ordonnances)

Il s'agit d'une **ordonnance issue d'une autorité administrative supérieure à l'intention de l'autorité inférieure et dont seule celle-ci est destinataire et obligée par la directive**. Elle **ne concerne donc pas le citoyen**. Il ne s'agit donc **pas d'une règle de droit ou d'une source de droit**. Partant, on n'a pas besoin d'une base légale pour avoir une compétence de l'administration.

On a des directives dans tous les domaines de l'administration. Ces directives sont *habituelles* et *officialisées*. L'administration sait que la directive est attendue donc elle la publie de façon organisée (présence d'un recueil systématique). On les trouve surtout dans les domaines économique et financier (elles sont nombreuses en droit fiscal par ex.). Avant de produire une directive, l'administration fait une consultation (consultation d'un groupe de citoyens)

Ex : En droit fiscal. *La législation fiscale nous donne les principes, l'ordonnance nous donne les détails mais on n'a rien sur la pratique fiscale !* Et il est clair que dans ce domaine, on ne peut pas donner de conseil si on ne connaît pas les directives !

1.2. Les délimitations

La distinction entre les directives et les décisions administratives n'est pas aisée.

Il y a plusieurs concepts avec lesquelles il ne faut pas confondre la directive avec :

- **l'instruction**
- **le renseignement**
- **la recommandation**
- **la décision constatatoire**

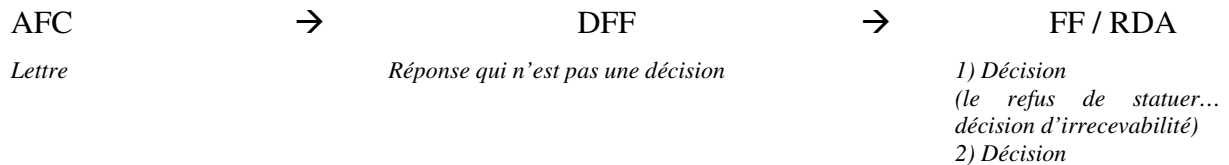
ATF 121 p.126ss (polycopié) : qualification fiscale d'un produit d'investissement

Les banques, les assurances, etc. passent beaucoup de temps à trouver des produits fiscalement attractifs pour attirer la clientèle. En Suisse, on a *l'absence d'impôt sur le gain et capital* (ex : le gain que je fais entre l'achat et la vente de mon action en bourse). Un autre avantage fiscal réside dans la *prévoyance professionnelle* car on veut inciter les gens à planifier leur retraite. Ainsi, ce qu'on investit dans le troisième pilier peut être déduit du revenu.

Dans notre ATF, l'administration fédérale des contributions (AFC) dit que l'élément de la prévoyance professionnelle (assurance) est minime et donc ce produit ne peut satisfaire au privilège fiscal.

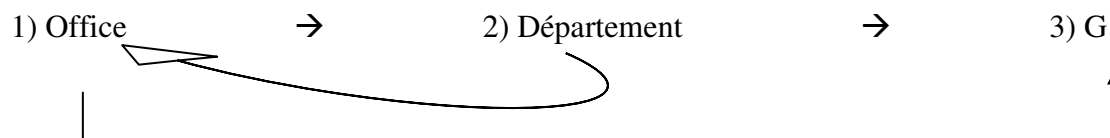
Art. 44 de la PA (art. 113 CPJA fribourgeoise) disent qu'une **décision** peut être sujette à recours. Si on n'a pas de *décision au sens formel*, il n'y aura *pas de recours*.

Ici, avant de se prononcer dans la lettre, on dit (*p.476 de l'ATF*) que le refus de l'AFC de se prononcer est une décision. Mais d'un autre côté, on dit que l'AFC a écrit une lettre ce qui ne peut pas être considéré comme une décision.



D'abord on a une question de recevabilité et ensuite une question sur le fonds. Si on dit que c'est irrecevable c'est une décision et on peut recourir aussi contre cela (car c'est une décision). La définition de décision administrative se trouve à l'art. 5 PA.

ATF p.478 au fond : on parle des *instructions internes*.
 Les instructions internes ne sont pas des directives.



A) Directive / Instruction

Ex : La demande de permis de séjour de quelqu'un de très connu dans son pays. On donne une instruction à ce sujet dans un **cas concret**. Et c'est possible de donner un ordre en vertu du *principe de la hiérarchie administrative*.

L'**instruction** est une **directive pour un cas concret**.

La *directive administrative* est *abstraite* et générale (≠ pour une situation concrète). C'est une pratique !

B) Directive / Renseignement

ATF p.479 *petit c* : avec les **renseignements**, on répond à une question de l'administré. On lui dit **comment la loi s'applique**. On ne peut pas recourir contre un renseignement. A ce niveau, on voit qu'il y a un problème si le renseignement est faux. *Les renseignements n'ont une portée juridique qu'au moment où l'on peut invoquer une violation du principe de la bonne foi*. Si le citoyen pouvait croire (avait de fortes raisons de croire) à ce qu'on lui disait et qu'il a pris des dispositions à cause de ces déclarations (fausses), la bonne foi va agir, ici, comme correctif.

Ex : On a construit malgré un danger d'avalanche. On avait dit au citoyen que ce n'était pas une zone dangereuse. Ici, on ne regardera pas la bonne foi, mais on se dira que c'est peut-être un acte illicite de l'administration. Partant, ce sera donc un problème de responsabilité.

C) Directive / Décision constatatoire

ATF *let. d* : la **décision constatatoire** est une décision administrative (art. 5 PA : « **mesure dans un cas concret** fondée sur le droit public, contraignante ». Mais *let. b* : « constate »).

La société d'assurance dit que cette lettre constate l'inexistence du droit de bénéficier d'un privilège fiscal, c'est en quelque sorte une manifestation de volonté qui dit cela.

Les art. 25 al.2 PA et Art.25 nouveau PA : on peut y voir une décision si le citoyen a un intérêt digne de protection (intérêt légitime à ce que l'administration donne une décision).

L'AFC n'est pas une autorité en matière d'imposition fédérale directe car ce sont les cantons qui sont compétents pour la taxation. Ainsi, si l'AFC n'est pas compétente pour rendre ces

décisions, elle n'est peut-être pas compétente pour rendre une décision constatatoire. La lettre peut tout au plus être une **recommandation**.

D) Directive / Recommandation

On ne peut pas recourir contre une recommandation. Il faut pour recourir avoir affaire à une décision. L'AFC ne peut pas se comporter comme un conseiller fiscal (et dire aux gens ce qu'ils doivent faire) donc *on peut qualifier cette lettre de recommandation et de recommandation uniquement destinée aux autorités cantonales*.

Conclusion, p.482 consid. a) :

Attention à ne pas confondre la directive administrative avec les autres notions.

La **directive administrative** est **générale** et **abstraite**.

Les **recommandations** contiennent des **opinions informelles à travers lesquelles l'Etat manifeste sa conception du droit**

1.3. Les effets (juridiques)

A ce sujet, il faut voir l'arrêt de Davos qui comporte une directive de la police qui interdisait lors du forum à des manifestants de venir (portée de la directive).

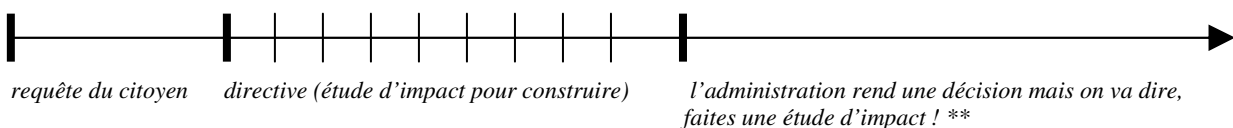
Puisque les directives ne sont pas des sources de droit, cela a quatre conséquences juridiques :

1) *l'administré citoyen ne peut pas se plaindre de la violation d'une directive en recours*. On ne peut recourir que contre une violation de la loi. De plus, la directive n'est pas destinée au citoyen.

2) *la directive ne lie pas l'autorité de recours* (le tribunal). Le tribunal ne doit vérifier que le respect de la loi (ordonnance d'exécution) et pas celui de la directive.

3) il n'y a *pas de recours abstrait* contre ces directives. On parle de contrôle abstrait lorsque l'objet du contrôle est la loi elle-même, on dépose alors un recours directement contre la loi (cantons suisses). On parle de contrôle concret lorsque l'objet du contrôle est une décision d'application de la loi

4) les directives n'entrent pas en vigueur pour le citoyen. Le citoyen ne peut pas réclamer à l'administration d'appliquer la directive. Car le destinataire c'est l'administration. La seule chose que le citoyen peut réclamer c'est l'application de la loi :



** le citoyen va dire : la directive est arrivée après ma requête. Mais l'administration lui répondra que la directive ne concerne que l'administration. La directive ne change pas la loi. Le citoyen ne peut pas jouer avec l'entrée en vigueur de la directive. Le citoyen va sûrement dire que la loi dit qu'il n'y a pas d'étude d'impact mais l'administration lui répondra que la loi est mieux appliquée avec l'étude d'impact. Dans ce cas, il n'y a aucun problème avec l'entrée en vigueur.

Exception à ces quatre conséquences :

Le TF dit que lorsque une ordonnance administrative a indirectement des **effets externes** sur le citoyen, alors on peut *assimiler l'ordonnance administrative à une règle de droit et le recours est ainsi possible !!!*

Mais attention : en pratique, le citoyen a toujours l'impression qu'il y a un effet externe alors que ce n'est pas forcément le cas.

DEP, 1995, p.132

Ex : ATF 98 Ia 508 : une ordonnance zurichoise sur les hôpitaux règle la procédure du décès et les transplantations. Il y a des directives internes qui disent comment pouvoir prendre les organes,... Il est bien clair que ces directives visent en premier lieu le personnel médical de l'hôpital mais il est aussi vrai qu'on peut y voir un effet externe juridique sur la famille du *de cuius* (le défunt auquel on désire prélever des organes). Il y a un effet de droit, donc c'est une ordonnance législative contre laquelle on va pouvoir recourir.

2. La clause générale de police

Définition : principe constitutionnel **fédéral** ou **cantonal** selon lequel le gouvernement peut prendre des mesures de police (ex : fermer un bistrot car on y vend trop de coca) ou des mesures matérielles (ex : envoyer des pompiers pour fermer une route) afin de protéger l'ordre public, les biens de l'Etat ou des administrés contre des *atteintes graves, directes et imminentes* que l'Etat n'est pas en mesure de détourner par un moyen légal.

Justification : même si on est dans un Etat de droit, le principe de la légalité ne doit pas entraver l'ordre public. On doit toujours voir s'il y a une base légale. *La seule exception c'est avec la clause générale de police*. Lorsqu'un Etat est dans une situation d'urgence, il peut utiliser la clause générale de police.

Idem pour les ordonnances de police qui sont des lois de substitutions (elles ne sont pas fondées sur la loi formelle mais directement sur la Constitution [pour le Conseil Fédéral par exemple, voir l'art. 185 al.3 Cst])

Ex : la commune de Salavaux décide d'interdire un concert de skinheads. On redoute des actes de violence. Le conseiller d'Etat décide donc d'interdire ce concert. Il se base pour ce faire sur la clause générale de police car il y a une sérieuse rumeur comme quoi il va y avoir ce groupuscule, réputé comme néo-nazi, dans la commune de Salavaux. Il n'y a pas de législation, d'acte législatif qui puisse être utilisé pour interdire le concert donc c'est pour ça que le gouvernement va intervenir à l'aide de la clause générale de police.

On parle d'*atteintes graves, directes et imminentes*, cela est une question de fait.

Mais peut-on dire dans les circonscriptions que l'ordre public est touché ?

L'**ordre public** est le noyau dur de l'intérêt public. On entend par là, les biens absolument nécessaires à la vie en société. Ces biens sont : la tranquillité, la sécurité, la salubrité, la moralité et la bonne foi en affaire.

Si on voit qu'il y a un danger et que les moyens légaux normalement à disposition ne suffisent pas, on doit trouver une solution immédiate.

Mais les principes constitutionnels restent applicables. En pratique, c'est en particulier le cas de la **proportionnalité** (ne pas tomber dans l'arbitraire). Cependant, la clause générale de police doit rester l'*ultima ratio*.

Se défendre contre une clause générale de police :

- Si elle est prise sous la forme d'une ordonnance de police et qu'elle est fédérale (décidée par le CF), ce sera un *recours de droit administratif au TF* mais uniquement contre la décision. Le TF ne va pas examiner l'opportunité (normalement, lorsque l'on recourt c'est pour un de ces trois motifs : loi, faits, opportunité [consiste dans l'usage de la liberté du pouvoir d'appréciation])

- Si c'est le Conseil d'Etat (donc pas le CF), c'est soit un *recours de droit public contre la décision d'application* (84 OJ) soit un *recours abstrait contre clause générale de police* (84 OJ) (recours abstrait contre intérêt virtuel [on va 'attaquer' notre intérêt] où l'on conteste la validité, la constitutionnalité de l'acte législatif.)
- Si c'est une décision dans un cas concret, ce sera un *recours ordinaire pour un acte administratif*

Arrêt p.38-39 du polycopié [à lire consid. B et p.198 consid. c !!!]

Une maison se trouve devant une route cantonale. Devant cette maison il y a deux places de parc. Pour sortir de ces deux places de parc, il faut faire une marche arrière sur la route cantonale ce qui est plutôt dangereux (presque l'accident à chaque fois).

On a voulu régulariser cette situation de place de parc. Partant, le conseil communal a décidé d'empêcher même le propriétaire de se parquer là et a dit qu'il fallait 'détruire' ses places de parc (cas d'application de la clause générale de police). Ici, il y a un danger c'est la sécurité routière. Mais il y a un problème avec la clause générale de police, car elle doit être utilisée comme *ultima ratio* sinon on doit passer par la voie législative. Dans notre cas, ils auraient pu passer par une ordonnance législative (donc faire un règlement communal).

3) LA LEGALITE ET SON APPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF

I. Introduction: tableau général des normes constitutionnelles régissant l'activité administrative

1. Les droits constitutionnels

1.1. Les droits matériels et 1.2. Les droits de procédure

Quelques notes sur le tableau p.14

On distingue entre droits et principes constitutionnels ; entre droits qui ont une portée générale et ceux qui ont une portée procédurale.

Les droits matériels ce sont par exemple, la liberté économique, la liberté religieuse,... Ce sont des droits matériels constitutionnels.... Nous on est en administratif.

Pour l'égalité, par exemple, pour faire un recours de droit public, on a besoin d'invoquer un droit constitutionnels (pour tous ceux avec une * sur le tableau) mais on est en administratif. C'est donc ici juste pour la procédure. Egalité est aussi notée dans les principes car avant

c'était écrit nulle part, même pas dans la Constitution alors que ces notions existaient depuis fort longtemps.

Déni de justice matériel : on a la décision, note administrative mais elle ne nous plaît pas. C'est une *négation du droit dans son contenu*

Déni de justice formel : le problème provient de « l'emballage ».

- au sens étroit : on ne reçoit toujours pas de réponse, pas de décision (par principe, on a droit normalement à une décision et en temps raisonnable [à temps]).
- au sens large : c'est le droit d'être entendu, le formalisme excessif,...

2. Les principes constitutionnels

Attention à ne pas confondre *le respect des promesses* avec *la bonne foi* :

BF : l'Etat doit se comporter de manière conforme à la BF. Mais c'est bilatéral, le citoyen doit aussi se comporter avec bonne foi.

Ex (BF) : un citoyen ne remplit pas sa déclaration d'impôt. Après un certain temps, il reçoit sa taxation dans laquelle on lui fait payer un gain (il y acheté un terrain et a fait un gain). Lui, va dire que ce n'est pas vrai car finalement il n'a pas pu faire ce gain (a payé plus cher son terrain,...) et va le montrer aux autorités fiscales. Mais là, on va lui dire qu'en vertu de la bonne foi, il aurait dû le faire avant vu qu'il aurait déjà dû envoyé pendant les délais sa déclaration fiscale.

Ex (promesse) : on veut construire un chalet en Valais. On a repéré un beau terrain. On se rend donc à la commune et on demande s'il est possible d'acheter ce terrain pour pouvoir y construire. On nous répond que oui. Mais six mois après, alors qu'on veut acheter le terrain, ce n'est plus OK. On nous répond, cette fois-ci, que le conseil communal a dit non. Dans ce cas, on pourrait invoquer la violation de la promesse.

II. Le rappel des principes en matière de légalité

1. La suprématie de la loi

1.1. Le principe

La loi est suprême : *obligation pour tous les organes de l'Etat à se soumettre à la loi.*

Par la loi, on entend toutes les lois (Constitution, loi au sens formel, loi matérielle ou même droit au sens dérivé).

L'obligation de se soumettre est un principe, donc on aura des exceptions.

Les organes de l'Etat, ce sont les trois pouvoirs.

On se demande si l'organe législatif est assujetti à la loi ? Le Parlement doit-il respecter la loi ? Peut-il faire une loi qui lui interdirait de la changer pendant une durée de 10 ans ?

On s'intéresse au pouvoir judiciaire. Le juge, lui, est bien entendu soumis à la loi. Si on a inventé le recours c'est pour vérifier que la décision administrative respecte la loi applicable.

1.2. Les exceptions

On se demande quand même si l'administration doit respecter la loi et si oui jusqu'où ?
(On trouve un résumé de la réponse à l'art. 10 CPJA. Dans certaines CPJA, il existe des petits chapitres sur cette question.)

La réponse à notre question est oui. Oui, l'administration doit appliquer la loi **sauf si elle démontre que la loi est irrégulière**. Mais ce texte n'a réellement de portée que pour les tribunaux administratifs, autrement il n'y a quasiment pas d'actes d'application de ce texte.

Regardons maintenant les rapports entre Confédération et Cantons :

Respect du droit fédéral par l'administration cantonale ou communale ?

OUI, complètement. C'est même la raison d'être du recours de droit administratif ou du tribunal. On a des échelons qu'on gravit : Canton → Confédération :

Office cantonal de séjour pour les étrangers > Direction cantonale > Tribunal administratif cantonal > TF

Le TF est au sommet. Recours de droit administratif car dès le début, l'enjeu est de niveau fédéral (ici séjour pour les étrangers). *Tout le long, l'objet de la contestation c'est du droit matériel fédéral. Le TF peut donc vérifier (TF est comme un garant) que son droit (le droit fédéral) est appliqué de manière conforme jusqu'au fond de la vallée d'Albinen*. Mais, ça prend toujours un peu de temps pour que certaines chose arrivent jusqu'au fond du canton. Car le canton va prendre du temps pour la loi d'application.

Respect du droit cantonal par l'administration fédérale ?

Les services de la Confédération doivent appliquer le droit local. Pas de territoire propre pour l'Etat Confédération. Le bâtiment de la Confédération est totalement englobé dans le canton, soumis à la législation cantonale. *La Confédération doit respecter le droit des cantons et des communes sauf si ces dispositions entravent à l'excès l'accomplissement d'une tâche fédérale*.

ATF 121 II 8 (pas à lire)

Ex : avec une forteresse militaire qu'on a acheté. On aimerait la modifier en un hôtel. On demande donc une autorisation à la commune. Mais on a un problème cette forteresse ne figure sur aucun document car dans la jurisprudence, il y a longtemps, on considérait que la loi cantonale ou communale portait entrave à ce droit fédéral supérieur.

Idem pour la pose de ligne téléphonique (ATF 103 I 443), les centrales nucléaires, les lignes CFF, l'entreposage des déchets nucléaires dans un canton,...

On considère ainsi dans ces domaines (spécifiques) que le droit fédéral est supérieur et que donc on ne doit pas se soumettre au droit local (droit cantonal, communal).

Aujourd'hui, il y a une **nouvelle procédure** qui oblige que le canton, la commune soient entendus.

2. L'exigence de base légale (ou réserve de la loi)

2.1. La notion

L'exigence de base légale subordonne à l'existence d'une législation la validité des actes administratifs.

Pourquoi ? Car nous sommes dans un Etat de droit. A l'origine de l'Etat de droit, il y a un pouvoir. Et le citoyen veut que ce pouvoir soit exprimé au moyen d'une loi.

Ainsi, il y a trois objectifs poursuivis :

- 1) **prévisibilité** : prévoir le régime applicable (si on investit du temps, de l'énergie, de l'argent, c'est toujours dans la perspective de recevoir plus ou autant que ce qu'on a investi plus tard [bénéfice futur])

- 2) **transparence du régime** : il faut que l'on comprenne pourquoi on a tel besoin d'autorisation (ex : avoir dix-huit ans pour le permis de conduire)
- 3) **égalité de traitement** : la légalité (loi) permet de vérifier l'égalité parce que la loi est un acte général est abstrait (pour nous, s'il est inscrit dans un acte juridique M. Müller, ce n'est pas un loi car dans ce cas elle n'est pas générale mais individuelle [destinée à M. Müller])

Il y a une espèce de slogan autour du trop d'Etat, trop de lois de la part des journalistes. Nous, juristes, sommes d'un formalisme total et cela coûte cher. Mais c'est le prix à payer pour nos trois objectifs. Pour que tout fonctionne bien, on a vraiment besoin de toutes ces lois (même si elles sont nombreuses). Cela n'empêche qu'en Suisse, nous sommes vraiment pointilleux (c.f : article sur la taille de la chambre à air d'un œuf : « au moins 9mm ») ☺

L'égalité est un principe donc elle ne permet *pas de recours de droit public tout seul* (on pourra l'invoquer avec un droit [matériel constitutionnel] comme par exemple la liberté économique). Il y a une **exception** à cela, c'est **en matière fiscale** (impôts, redevances,...) où la légalité est un principe qui fonde l'égalité à lui tout seul.

2.2. Base légale formelle et matérielle

Base légale formelle : subit une procédure législative. En droit fédéral c'est la loi. En droit cantonal c'est la loi ou parfois un arrêté du Parlement cantonal. Et en droit communal, c'est le règlement communal adopté soit par le Parlement communal (conseil général) soit par les citoyens.

Base matérielle : adoptée par un organe autre que l'organe législatif (ex : ordonnances)

Selon le principe de l'art. 36 Cst, **les restrictions graves doivent être comprises dans une loi** (base légale formelle).

2.3. Le contenu (densité normative)

On n'a pas de définition. La densité normative désigne le niveau de contenu dans une loi. C'est la preuve que **la légalité porte sur la base légale mais aussi sur son contenu**.

Une base légale doit au minimum porter sur les trois éléments suivants :

- 1) **personnes visées**
- 2) **biens touchés ou susceptibles de l'être**
- 3) **moyens (instruments) dont dispose l'administration**

Ex : je suis stagiaire au département cantonal de justice, on me dit de faire une loi sur la profession d'antiquaire. Ma loi devra au minimum comporter ces trois éléments susmentionnés. Pour le 2) par ex : activité d'antiquaire ; pour le 3) veut-on un examen de capacités, exiger des diplômes, un inspecteur, y a-t-il un appareil de sanctions prévu,... ?

Dans certains cas, la densité normative doit être accrue. Quand cela ?
(à prendre avec des pincettes)

*On devrait normalement répondre ça dépend des cas. Mais on peut dire que la base légale doit être **particulièrement claire et nette** si elle porte une atteinte particulièrement grave à des droits fondamentaux ou si elle porte atteinte à la propriété et à toutes les libertés individuelles.*

3. La base légale dans les divers domaines de l'activité administrative

Avec la base légale il faut toujours se poser deux questions :

- 1) la base légale est-elle matérielle ou formelle
- 2) la base légale a-t-elle une densité normative suffisante ?

Aujourd'hui, on constate une grande évolution dans la jurisprudence, on n'a encore aucune stabilité dans ce domaine (à cause de ces évolutions justement). Par exemple, avant on disait que pour l'administration de prestations, on n'avait pas besoin de base légale alors que maintenant on dit que si.

On essaie de rassembler des cas concrets et d'en tirer un exemple-type que l'on va pouvoir appliquer par la suite (induction à partir d'un cas concret).

On a, à priori, une **exigence renforcée de la légalité** dans 4 cas :

- 1) avec une *délégation législative*
- 2) en matière de *propriété*
- 3) en matière de *liberté économique*
- 4) en matière de *fiscalité*

On a plusieurs activités administratives, mais il y a plusieurs façon de les classer :

Administration restrictive : il s'agit de toute l'activité de l'administration qui exerce son pouvoir de police et qui restreint nos libertés, nos activités (ex : ne pas rouler à plus de 120km/h sur l'autoroute).

Administration auxiliaire : il s'agit de l'activité administrative qui est utile voire nécessaire au fonctionnement de l'Etat (ex : voiture de fonction pour l'adjudant de la police)

Administration de prestation : ensemble des activités par lesquelles l'Etat effectue des actes matériels (ex : l'Etat achète, paie,...)

Administration de promotion : activités par lesquelles l'Etat aide les citoyens. Notion d'Etat providence (ex : subventions)

Redevances : obligations financières des administrés en faveur de l'Etat (ex : impôts,...)

3.1. Dans l'administration restrictive

On est en principe exigeant avec la base légale. On exige une **base légale formelle avec une grande densité si** :

- on touche à la *propriété*
- on touche à la *liberté économique*
- il s'agit d'une *autre atteinte* mais elle est *grave*

Ex : avec la **propriété** :

A) Expropriation : par une décision administrative, on supprime l'acte de propriété d'un citoyen. Il est impossible d'exproprier **sans base légale formelle** qui soit **très dense**. On

trouve d'ailleurs des lois fédérales, cantonales sur l'expropriation, sur l'aménagement du territoire. On peut aussi regarder dans les plans communaux.

Tiers ou quart légal : on décide de nous prendre un bout de notre jardin pour construire une route, On va donc nous rembourser le prix de ce bout de jardin à sa valeur sur le marché (valeur vénale) et on rajouter le tiers ou le quart du prix pour le tort-moral.

Ainsi, le législateur nous montre combien la propriété privée est importante à nos yeux !

B) Aménagement du territoire : il a fait avancer le droit administratif car on a eu de nombreux litiges à son sujet (c'est le droit le plus conflictuel). Si on s'occupe d'aménagement du territoire, il n'est pas possible de ne pas toucher à la propriété.

La constante c'est une **base légale formelle**.

On a par exemple acheté le terrain de ses rêves avec toutes ses économies et on voudrait construire. Mais tout d'un coup, on ne peut plus construire car la commune dit qu'en raison des changements climatiques,... le ruisseau à côté de notre terrain va souvent déborder et que c'est risqué ainsi elle veut nous empêcher de construire sur notre terrain → litige !

Ex : avec la **liberté économique** :

A) **Obligation de domicile pour les fonctionnaires** : le gardien de la prison de Champ-Dollon est-il obligé d'habiter à Genève ou peut-il habiter ailleurs ? Et quid d'un architecte ?

Lorsqu'on touche à la liberté économique de professions libérales, il faut toujours une base légale !

ATF 118 Ib 366 : pub indirecte (pas à lire)

Ex : avec la **liberté personnelle** :

Les écoutes téléphoniques, les prises de sang (a-t-on le droit d'obliger les gens à faire une prise de sang ? → Oui.)

3.2. Dans l'administration auxiliaire

Arrêt : JAAC/VPB 60.1

Base légale formelle, expresse et dense pour des services de l'administration fédérale.

Ex : camps de vacances de la Poste pour le personnel de la Poste ; droit du personnel de la Confédération d'être affilié à la caisse d'épargne de la Confédération ; droit pour les employés de la Confédération de se parquer à l'intérieur de la ville de Berne,...

Cours de langue, cours de conduite, billet d'avions gratuits, accès à des appartements privilégiés pour des fonctionnaires,...

Qu'en est-t-il de la base légale ?

Il suffit pour tout ce domaine que **le principe soit prévu dans une base légale**.

La légalité et la densité s'en trouvent donc très abaissées.

3.3. Dans l'administration de prestation

Ex : **mesures d'organisation de l'Etat** :

Création d'une nouvelle Faculté dans une université.

La légalité s'applique aux éléments essentiels c'est-à-dire (3 éléments) :

- la *création de l'institution*
- les *tâches qu'elle doit accomplir*
- sa *responsabilité*

Le reste peut être délégué dans des ordonnances ou à l'institution elle-même.

Ex : **création de statuts particuliers** (rapports juridiques spéciaux) :

C'est le cas par exemple des *fonctionnaires, militaires* (citoyens qui doivent faire le service militaire, ≠ militaire de carrière), *prisonniers*

La base légale et la densité normative s'appliquent aux **éléments essentiels** uniquement. Le reste peut être délégué à l'administration elle-même.

Ex : **usage du domaine public** (voir chapitre 15) :

Ensemble des biens appartenant au **domaine public** (patrimoine) de l'Etat, qui est assujéti dans certains cas à des **exigences de légalité restreinte**. Car le domaine public appartient à l'Etat et ça on le sait. On ne peut pas à chaque fois exiger de l'Etat une base légale.

L'usage commun du domaine public peut être assujéti à une autorisation même sans base légale. L'usage commun c'est par exemple le fait de descendre la rue de l'Hôpital. Mais si un jour il y a une manifestation à la rue de l'Hôpital et qu'on ne laisse pas marcher les gens dans cette rue ce jour-là, c'est ici clairement une autorisation sans base légale car vu les **circonstances** on ne peut pas laisser la personne marche là.

3.4. Dans l'administration de promotion

Jusqu'en 1977, on disait qu'on n'avait pas besoin de base légale. Depuis un ATF (ATF 103 Ia 369) on a changé d'avis, il faut désormais une base légale : revirement de jurisprudence.

Aujourd'hui, on a un resserrement de la gestion de l'Etat : charges et conditions. Ainsi avec l'administration de promotion peut se poser un problème d'égalité et de prévisibilité : on doit pouvoir savoir à quelles conditions seront attribuées les bourses. L'égalité a besoin de légalité (dire que tout le monde sera traité de la même manière).

1) La légalité s'applique quand elle est **complémentaire** à cette administration

2) **Distinction de densité normative** entre deux types de cas :

prestation répétitive ou unique : s'il y a répétition, on sera plus exigeant avec la densité.

clauses générales ou ponctuelles : le domaine de prestation résulte-t-il d'une compétence générale (la commune subventionne des activités culturelle) ou d'une clause ponctuelle (la commune verse chaque année 20'000 pour un théâtre de planches).

→ ATF p.47 photocopié : consid. 6a à lire

Ex : on veut savoir si la société coopérative de gestion de l'eau dans la commune de Monthey peut obtenir une subvention de la commune ? En Suisse alémanique, on trouve souvent ces sociétés coopératives de gestion de l'eau. Il s'agit en fait de gens qui « s'associent » pour gérer l'eau dans leur quartier par exemple. Ils vont tous verser de l'argent à la coopérative (mais dans notre cas, il manque encore de l'argent) et charge une personne de s'occuper de l'épuration de l'eau. Ici, après avoir payé la facture, notre coopérative se retrouve avec un solde négatif, on va donc demander à la commune de payer pour éponger la dette. Or, le conseil communal refuse. Il soutient qu'il n'est pas normal que tous les citoyens paient pour un problème qui ne concerne que quelques citoyens. Ici, le **principe de légalité** s'applique.

On devra toujours distinguer s'il s'agit d'une prestation **répétitive** (périodique) ou **unique**. On dit qu'il suffit d'avoir une **base légale générale** (ex : le règlement communal prévoit de manière générale que la commune prend en charge les coûts de l'épuration).

3.5. En matière de redevances

Trois types de redevances :

- impôts
- taxes
- contributions, charges

Avec les redevances, on se trouve dans le domaine global de la fiscalité donc on a une **exigence accrue** (renforcée) **de l'égalité** ! On permet même de faire recours pour une violation de l'égalité (exception) alors que normalement, on est obligé d'invoquer un droit et non un principe.

Ainsi, il nous faut une **base légale claire et formelle** indiquant qui paie, combien, quoi, comment on calcule,...

2 exceptions :

- 1) *les émoluments de chancellerie* : il s'agit d'un montant modique que l'administration fait payer pour de simples actes administratifs. La **base légale** est donc **assouplie**. Le principe de légalité ne s'applique presque pas. La raison d'être de cette exception est que les émoluments de chancellerie doivent pouvoir changer selon les circonstances sans passer par une base légale.
- 2) dans la plupart des cas de redevances, on peut *utiliser la délégation législative*. Pourquoi ? Parce que c'est technique, que ça évolue rapidement. Cependant, attention : ce n'est pas parce qu'on a une délégation législative que le principe de légalité est violé.

4. La délégation législative

4.1. La notion et la portée pratique

Voir tableau p.14 (polycopié)

La **délégation législative** est le *transfert par le législateur du pouvoir d'édicter des règles de droit à un organe exécutif* (une délégation à un autre organe est aussi possible mais le plus souvent c'est l'exécutif) *qui l'exerce par voie d'ordonnance*.

Attention, il ne faut *pas confondre la délégation législative avec la répartition des compétences entre les pouvoirs législatifs ou les pouvoirs exécutifs*. Si on dit : « les cantons exécutent la loi... » : c'est une répartition et non une délégation.

Conditions de validité :

- 1) absence d'intérêts contradictoires
- 2) assujettissement au référendum (référendum sur la clause de délégation) :
 - besoin d'une base légale formelle
- 3) limitation à une matière déterminée
- 4) énonciation des règles primaires dans la clause de délégation :
 - but à poursuivre
 - objet et étendue

Portée pratique :

Cette portée se trouve dans plusieurs domaines :

On a un **contrôle de la validité des actes délégués** (ordonnances). Par principe, en Suisse, il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le TF. Et pour les lois cantonales, cela n'existe que dans les cantons du Vaud et du Jura où l'on a des tribunaux constitutionnels.

Il y a plusieurs façons de classer les ordonnances (*c.f. : tableau 12 dans le polycopié*) :

- ordonnances *dépendantes* ou *indépendantes*

- ordonnances *d'exécution* ou *de substitution*

Ces classements s'entrecroisent.

Ordonnance dépendante : c'est le gros du paquet. Il s'agit d'ordonnances prises sur une *base législative*. Elles résultent d'une délégation qui se trouve dans une loi formelle (ex : OPB)

Ordonnance indépendante : *le législateur donne directement à l'exécutif la compétence de légiférer*. (ex : ordonnance contrôlant les mouvements de fonds financiers des personnes qui appartiennent peut-être à Al-Quaïda.)

Ordonnance qui se trouve au milieu (**doctrine partagée**, selon Zufferey, ces ordonnances seraient plutôt indépendantes.) : dans la *Constitution*, on a un article qui dit que ce sera la compétence du Conseil Fédéral (ex : avec l'OAT). Le Conseil Fédéral ne reçoit sa compétence ni de la loi, ni du Parlement (pouvoir législatif) mais bien de la Constitution !

Lorsqu'une ordonnance législative demande une base légale, il faut observer si c'est une **ordonnance d'exécution** (*pas besoin de délégation législative*, donc pas les 4 conditions) ou une **ordonnance de substitution** (*besoin de délégation législative*, les 4 conditions).

L'**ordonnance de substitution** contient des *règles primaires*, cela crée un droit. On conteste le principe (mais pas le montant d'une avance de frais par exemple).

L'**ordonnance d'exécution** contient, elle, des *règles secondaires* uniquement ! Avec cela, on n'a pas besoin de délégation législative. Si l'ordonnance c'est des éléments de mise en œuvre, ces des règles secondaires. C'est le cas par exemple du nombre d'attestation à mettre dans un dossier, du montant à payer.

Mais attention, il faut toujours voir à quelles restrictions on a à faire. Si ces **restrictions** sont **graves**, il faut absolument une **base légale formelle**. Pour cela, on va voir quelle disposition est utilisée par le Conseil Fédéral,... On va voir les bases légales et ainsi on pourra examiner sur quoi tout ça se base. On va regarder si ce sont des *règles primaires ou secondaires*. Si les règles sont primaires, il va falloir examiner si on a bien une délégation législative et si les quatre conditions y relatives sont remplies.

4.2. La sous-délégation, l'autoréglementation et la normalisation

Définition : ensemble des normes générales et abstraites édictées par un autre organe (càd pas par le pouvoir étatique).

Ce point est important car on a une **augmentation massive de normes privées**. Et on a de plus en plus de cas où le législateur se réfère à ces actes : c'est le **mécanisme dit de « renvoi »** qui consiste en :

1) **Renvoi exprès** : cas dans lesquels le législateur fédéral, cantonal cite la norme technique (par ex : norme SIA) *directement dans la loi*. On donne ainsi délégation à des normes privées de trier le droit. Et cela dans un *but de sécurité*.

Exemples :

- Sécurité : normes EU → EN. EN = normes adoptées par le Comité de l'EU de normalisation (CEN). La Suisse a un accord avec le CEN. A chaque fois que le CEN adopte une nouvelle norme, la Suisse s'est engagée à tracer la norme similaire dans sa propre législation et à appliquer et adopter la norme standard européenne.
- OPB 32 : isolation de bâtiments. La norme SIA 181 est directement citée dans l'art.32 OPB.
- Le législateur vaudois dans la LATC 48a : les communes prennent des plans d'aménagement communaux et elles prévoient les places de parc. Si la commune n'a pas prévu ça, elle doit prendre la norme de la VSS (association suisse des ingénieurs des transports). Cette norme VSS contient des facteurs de réductions (ex : moins de places de parc devant le siège de Nestlé si possible de prendre le bus à proximité élevée du siège).
Ici, on a un **problème de légitimité** lorsque le législateur fait ses lois au Parlement et qu'il renonce à pondérer les intérêts et qu'il préfère déléguer la tâche à des sociétés économiques. On a un problème car la société, elle, ne va pas pondérer les intérêts, ce n'est pas son rôle. La société veut édicter une norme, c'est tout !
- LHand 15 II : pour la construction, on devra appliquer les normes suisses de construction.

2) **Renvoi implicite** : *la loi ne contient pas de renvoi à une norme*. En l'absence d'une disposition légale, l'administration est incitée par le législateur à se référer à une norme car il y a une clause générale.

Exemple : on dit que pour une école, les barrières doivent être *construites selon les règles de l'art* (cela veut dire qu'on devrait se référer aux normes de la SIA ainsi qu'à celles de la SUVA). Ici, il y a une habilité à utiliser une norme privée pour régler un problème.

On l'a vu, il existe un problème juridique lié à ce mécanisme car le législateur, qui délègue cette tâche au privé, n'exerce plus la pondération des intérêts et plus personne ne se soucie du contenu. Quelles sont les **solutions** à ce problème ? Tout d'abord, demandons-nous si ce principe est admissible ? Oui, il l'est. Il est compatible avec l'Etat de droit. Les tribunaux l'admettent et les professionnels l'adorent.

Il est vrai que l'autoréglementation présente effectivement des **avantages** :

- *rapidité* : en Suisse, une bonne législation prend environ 25 ans.
- *capacité technique* : la législation ne peut pas légiférer sur tous les actes.
- *éthique professionnelle* : il est plus facile de faire passer des messages par l'autoréglementation que par des lois policières. La sanction de ces renvoi est donnée par nos pairs et non par une autorité « gendarme ».

Mais il y a également des **inconvénients** :

- *absence d'officialisation, de pouvoir étatique*.
- *pas de mécanisme de sanction* : ex : avec le dopage, la sanction la pire qu'on pourrait avoir, ce serait l'exclusion.
- *concurrence* : moyen pouvant être utilisé pour exclure certaines compagnies par exemple. C'est à vrai dire la tendance naturelle de certaines catégories économiques à s'autoprotéger par ce biais.

Voir polycopié p.60 ; ATF 105...(!!! consid .b) : avec le matériel électronique (installations à faible courant), on a parfois un sigle : SAE. Ce sigle est le fruit d'une *autoréglementation*.

On a ici, une *cascade législative* :

Loi fédérale sur les installations électriques à courant faible.

délégation

Cette loi fédérale dit que le **Conseil Fédéral** est chargé de mettre en œuvre la législation.

Le Conseil Fédéral va donc prendre une **ordonnance** pour mettre en œuvre la législation.

sous-délégation

Dans cette ordonnance, on a une *sous-délégation*. On va confier cette tâche à un **inspectorat**. Cet inspectorat est l'inspectorat suisse de l'électricité. Cet inspectorat est un organisme privé qui est l'émanation de l'association (association privée) suisse des électriciens (SAE). Les membres de cet inspectorat ne sont donc pas des fonctionnaires.

Dans l'ordonnance, on donne à cet inspectorat des pouvoirs étatiques et notamment un pouvoir d'homologation. C'est à dire que normalement quand quelqu'un voudra vendre une ou des installations électriques sur le territoire suisse, il aura besoin d'une homologation (=autorisation).

Un importateur allemand est attrapé en train de vendre des installations électriques sans autorisation. Il va dire que ce n'est pas juste et qu'il y a un problème avec cet inspectorat. Soit-disant l'inspectorat ne l'aime pas (donc pas d'autorisation) car il représente un concurrent pour eux sur le marché suisse.

Le TF nous donne la solution dans le *considérant b* : selon le TF, ce système de délégation est un **moyen adéquat et nécessaire pour atteindre le but visé** qui est, ici, la protection du consommateur. Cette délégation à la SAE est donc acceptable ! Le mandat législatif est donc valable et couvre la solution.

5. Les exceptions à l'exigence de base légale (rappels et renvois) :

Pas de théorie sur ce sujet car les exceptions ont été disséminées tout le long de ce chapitre

Petite parenthèse : l'importance du droit administratif dans la vie courante :

Ex : LFAIE : un promoteur valaisan achète un immeuble. Il va signer devant le notaire. Mais pour la personne étrangère, on a un problème, il faut une acquisition pour acquérir un immeuble selon la LFAIE. On donne des contingents pour ces autorisations et on les donne surtout aux régions touristiques. Dans les régions très demandées comme St-Moritz, Verbier, on doit attendre entre 3 et 5 ans avant d'avoir son inscription au registre foncier. Cela pose un certain nombre de problèmes. Parmi eux, on se demande ce qui se passerait si le chalet brûlait dans cette période de 3 à 5 ans. L'ancien propriétaire a résilié le contrat d'assurance et le nouveau propriétaire n'y a pas encore souscrit. Ainsi, il n'y a plus de contrat d'assurance et en cas de sinistre, l'assurance ne sera pas d'accord de payer.

On est ici dans une relation contractuelle mais où le droit administratif intervient.

III. Les correctifs à la légalité

1. Les correctifs en général

Voir tableau p.15

Du point de vue de l'Etat vers le citoyen :

- *mécanismes dans la loi*
 - o liberté d'appréciation (dans l'application de la loi)
 - o latitude de jugement (dans l'interprétation de la loi)
- *mécanismes praeter legem*
 - o clause de police : on prend des décisions sans loi. C'est une forme d'assouplissement, elle est *puissante* mais *rare*.
 - o arbitraire (malgré la loi) : il existe quelques cas où le TF dit la loi est très claire et elle doit s'appliquer mais si j'applique cette loi, le résultat sera arbitraire (déraisonnable). Donc le TF va pouvoir s'écarter de la loi.
Ex : loi forçant un propriétaire de bateau à payer une taxe alors que ce dernier n'a plus de bateau.
Rappelons que l'arbitraire est rarement utilisable.

Du point de vue de l'administré :

- *BF* : correctif à la légalité mais il y a sept conditions à remplir pour la BF. Si ces conditions sont remplies même si la solution est contraire à la loi on va l'accepter. La légalité s'efface face à l'intérêt privé (par ex.)
- *droit acquis* : c'est en quelque sorte une BF qualifiée. C'est une institution qui résiste à la loi. On va dire à l'Etat : cette loi ne m'est pas applicable car on me l'a promis.
- *effet anticipé* (\neq effet immédiat, \neq rétroactif) : c'est un correctif à la légalité. On le définit comme un moyen de faire appliquer la loi avant son entrée en vigueur.
Ex : le propriétaire d'un terrain en pente veut construire un chalet de deux étages. La loi permet deux étages et un toit. L'administration cependant n'est pas d'accord et elle lui refuse le permis de construire. Selon elle, il y a parfois des cailloux et des sapins qui tombent donc c'est trop dangereux de construire à cet endroit. Donc il faut dézoner (interdire la construction). L'administration, ici, interdit sans loi car il y a *effet anticipé* des plans d'aménagements.
- *Exception au principe « pas d'égalité dans l'illégalité »*
Ex : on va se demander si un chalet construit de manière illicite (dans notre exemple ci-dessus, un chalet construit avec trois étages) permet aux autres de construire leur chalet de la même manière (dans l'illicéité) en arguant qu'ils en ont aussi le droit puisqu'un chalet a déjà été construit de la sorte.
Normalement, c'est impossible, on dit qu'il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité.
Il y a cependant une *exception* lorsque l'administration persiste dans la violation de la loi (elle permet l'illégalité). Dans ce cas, c'est possible.

2. La liberté d'appréciation

2.1. La notion

Attention à la terminologie qui est fluctuante.

La **liberté d'appréciation** est liée à l'application de la loi.

Définition : C'est la **faculté octroyée aux organes étatiques de choisir entre plusieurs solutions quand ils appliquent la loi**. C'est un *synonyme d'opportunité*.

L'opportunité est d'ailleurs un usage de la liberté d'appréciation.

Explication de la définition :

Faculté de choisir : elle est *relative* car le pouvoir est contrôlé. On indique quel est le choix. Cela n'a rien à voir avec l'administration discrétionnaire qui ne donne pas seulement la faculté de choisir entre plusieurs solutions mais de choisir entre n'importe quoi.

Faculté octroyée aux organes de l'administration : elle n'est donc pas octroyée aux organes de recours. C'est la caractéristique de l'autorité administrative.

L'administration doit être perçue comme une pyramide. Tant qu'on reste dans la pyramide pour faire recours, on va bénéficier de la liberté d'appréciation. Mais si on sort de la pyramide et qu'on va au tribunal (Tribunal administratif), on n'aura pas de liberté d'appréciation car il n'y aura pas d'examen de l'opportunité (77,78 CPJA ; 104 OJ : pas de recours en opportunité). Pour un recours administratif dans l'administration, on aura pour les faits, l'examen de l'opportunité : 44ss PA (*voir surtout l'art. 49 PA*).

Faculté d'agir ou de s'abstenir : l'administration est libre (\neq liée) quand la loi contient des phrases du type : « l'Etat peut », « l'administration statue librement »,... Par ces formulations, le législateur veut montrer que l'Etat est libre d'octroyer ou non.

La deuxième liberté est le choix entre plusieurs solutions données par le législateur.

Ex : choisir la sanction parmi les « solutions » données par le législateur (*ex* : renvoi, blâme, amende lors d'une tricherie aux examens).

Il y a un ? (point d'interrogation) à **état de fait** car certains auteurs disent aussi que la liberté d'appréciation se trouve dans notre façon d'apprécier les faits (Zufferey est contre...).

Attention : on parle de la **liberté dans l'application de la loi mais pas de la liberté d'appliquer ou non la loi !**

2.2. Les limites

(Tableau 15 en bas)

Il y a deux cas : **l'excès et l'abus**

Il faut faire **attention à la terminologie !**

L'art. 49 PA ; 104 OJ ; 77 CPJA sont des dispositions qui énumèrent les griefs pour faire recours. Dans un mémoire de recours on aura deux parties principales :

- les griefs : violation du droit, constatation des faits, opportunité
- la conclusion (partie très importante) : contient ce qu'on demande

La violation d'un droit, on peut l'invoquer y compris l'excès ou l'abus du *pouvoir* d'appréciation. Il y a justement une petite controverse sur les termes liberté et/ou pouvoir d'appréciation. Quand on parle des sanctions pour excès ou abus, on doit dire pouvoir d'appréciation. Certains auteurs pensent que liberté d'appréciation et pouvoir d'appréciation sont deux choses distinctes. Zufferey est de l'avis contraire.

Excès négatif : déf : *l'autorité n'utilise pas la faculté que la loi lui donne. On a le droit de choisir mais on a l'obligation de choisir.*

Ex : L'administration pense qu'elle est liée et elle dit : il n'y a pas besoin de motiver que l'examen du permis de conduire coûte 150 CHF. Mais en fait, il n'est pas dit dans la loi que c'était 150 CHF, la loi donne juste une fourchette. Et si l'administration dit qu'elle est liée, elle fait ici un excès négatif de son pouvoir d'appréciation.

Ex : ATF 96 I 550 : il est question d'attribuer un territoire de chasse entre deux groupes de chasseurs (tout deux candidats à l'acquisition de ce territoire). L'autorité ne sait pas comment choisir entre ces deux groupes. Elle décide de mettre les billets dans un chapeau. Le groupe qui a perdu attaque la décision. Le TF casse la décision et dit qu'on ne peut pas laisser le sort choisir.

Excès positif : déf : *l'autorité choisit une solution que la loi ne prévoit pas. On outrepassé le cadre législatif.*

Ex : l'autorité accorde une dérogation alors que la loi ne le prévoit pas. Par exemple, on dit que pour installer des tables et des chaises dans la rue pour faire une terrasse, il faut une autorisation. Le Mc Do veut faire une terrasse mais il n'a pas le temps de demander une autorisation. L'administration dit : « bon, OK, ça va pour cette fois. ». Dans ce cas, elle déroge à la loi alors que la loi ne prévoit aucune dérogation !

Ex : la commune décide de créer une zone piétonne alors que la loi ne le prévoit pas.

Ex : avec notre exemple précédent du coût de l'examen du permis de conduire, l'autorité dépasse ou va en dessous de la fourchette.

Abus de la liberté d'appréciation : déf : *l'autorité respecte les limites et le cadre. Mais la liberté est utilisée d'une manière inadaptée (injustifiée, inadéquante).*

Il y a cinq critères pour apprécier cela :

- 1) *inégalité de traitement*
- 2) *constatation de la violation du principe de proportionnalité* (≠ critère cumulatif mais il peut l'être)
- 3) *constatation de la violation du droit d'être entendu*
- 4) *motivation insoutenable dans les faits* (≠ compréhensible non par rapport au droit mais par rapport aux faits)
- 5) *arbitraire* (non seulement la solution est insoutenable mais elle aboutit à un résultat insoutenable)

Ex : une commune ne finit pas un trottoir car un propriétaire de la rue concernée par ce trottoir ne veut pas payer la plus-value que va coûter ce trottoir.

Ex : la législation sur les douanes donne le droit à certaines entreprises d'avoir des entrepôts douaniers. Ikea voulait un tel entrepôt, mais l'autorité n'était pas d'accord : **ATF 112 Ib 13**. Le Tf dit qu'il n'est pas abusif de ne pas accorder à Ikea cet entrepôt douanier.

3. La latitude de jugement

3.1. La notion

≠ liberté d'appréciation

On est dans la marge d'appréciation.

Déf : *C'est la faculté octroyée aux organes administratifs de choisir entre plusieurs interprétations d'une notion juridique indéterminée (le législateur a voulu être imprécis).*

Faculté : oui, mais elle n'est pas absolue. On est dans un cadre de liberté beaucoup plus restreint que pour la liberté d'appréciation. L'interprétation de la loi c'est le propre de la légalité.

La tâche principale d'un tribunal administratif c'est d'interpréter la loi (contrôle de la légalité). Donc, la latitude de jugement n'intervient seulement quand le tribunal laisse une certaine liberté à l'administration. Ce n'est pas le législateur qui donne cette liberté mais le tribunal. Le législateur a juste été imprécis (et il voulait être imprécis).

Faculté de choisir entre plusieurs interprétations. Mais on ne sait pas lesquelles. La loi en nous dit rien sur ces choix.

3.2. Les notions juridiques indéterminées

Interprétation d'une notion juridique indéterminée : le législateur considère que l'autorité (par ex : l'autorité de première instance) est plus en mesure que le tribunal de donner à cela un sens déterminé.

C'est une *question de droit*.

Le tribunal exerce son pouvoir de contrôle de la légalité avec retenue.

C'est *rétrospectif* : ce n'est qu'au moment du recours au tribunal administratif que le tribunal va dire, je suis moins bien placé que l'autorité de 1^{ère} instance pour donner un sens à cela. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'on voit qu'il y avait latitude de jugement

Ex : utilisé pour les preuves de moralités (appréciation) (par exemple pour ouvrir un café).

Ex : aptitude d'un automobiliste de conduite avec sécurité (OCR). Ici, c'est l'autorité de 1^{ère} instance (service automobile) qui est le mieux à même d'examiner cette aptitude.

Ex : dans la législation, il y a des règles techniques (par ex : « règles de l'art »). Les tribunaux vont voir comment le préfet a compris ce terme.

Ex : avec le besoin démontré. On montre qu'on a droit à tant de patentes de ramoneur dans le canton. Il y a une notion de besoin qui est génératrice de latitude de jugement.

Ex : avec les cas bénins. Dans un cas bénin, on peut renoncer à toute sanction. Quand est-ce que c'est bénin,... Pour dire cela, on a une certaine liberté.

Ex : art. 3c LB : garantie d'activité irréprochable pour les banquiers.

Ex : maison aux couleurs du drapeau des USA. C'est beau ou non ? Le préfet a dit que ce n'était pas assez vilain pour faire repindre.

3.3. L'interprétation en droit administratif

Comment doit-on interpréter une notion juridique indéterminée ?

- aucune méthode n'est exclue par le droit administratif
- ces *moyens* sont :
 - o sens et but de la disposition (interprétation littérale)
 - o place de la disposition dans l'ordre juridique (interprétation systématique)
 - o selon la genèse de la législation (interprétation historique). La volonté initiale du législateur est prise en compte.
 - o interprétation basée sur des valeurs, intérêts que la loi protège
- *ordre entre ces différentes méthodes* :
 - 1) interprétation littérale
 - 2) interprétation historique
 - 3) interprétation systématique
 - 4) interprétation téléologique
- dans tous les cas, il ne faut *pas oublier l'intérêt public* ! Jamais le législateur n'aurait pu vouloir une loi violant l'intérêt public.
- C'est une *question de droit* (≠ question de fait, d'opportunité) ! C'est justement pour ça que le tribunal administratif se demande s'il va revoir complètement l'interprétation de l'autorité de 1^{ère} instance. Comme il va revoir ça avec retenue, on parlera de latitude de jugement.

Il ne faut pas confondre cette interprétation avec l'interprétation de la décision administrative.

ATF 130 II 65 consid. 4.2 :

JA C.60.48 p.68 polycopié : interprétation de la notion d'apprenti. On demande une subvention pour une salle de gym. C'est OK. Mais ensuite, la commune baisse la subvention de 40%. Elle dit que la salle n'est pas utilisée que par des apprentis mais également par des élèves en formation élémentaire. On doit donc comprendre, ici, qu'est-ce que la notion d'apprenti englobe.

A voir avec attention le consid. 5.2, 2^e § ; consid. 5.1 : résumé de la méthode.

3.4. Les limites

Excès ou abus du pouvoir d'appréciation : interprétation insoutenable du texte légal car cette interprétation sort manifestement du sens qui peut être donné à la notion en vertu de la loi.

Avec l'abus, interprétation insoutenable car :

- *interprétation choisie pour des motifs sans pertinence*
- ou
- *interprétation incompatible avec la disposition d'une autre loi*

Pour savoir si on a un excès ou un abus, on va utiliser les mêmes critères que précédemment :

- 1) *inégalité de traitement*
- 2) *constatation de la violation du principe de*
- 3) *constatation de la violation du droit d'être entendu*

arrêt de Flims p.63 à 67 polycopié : M. Walter veut construire un chalet sur un terrain. Pour construire, il faut pouvoir accéder au bâtiment. L'équipement (art. 19 LAT) dit ce qu'est l'équipement minimum. Le droit cantonal des précise quel est l'équipement et ici, la loi cantonale des Grisons précise l'accès pour cet équipement (elle est beaucoup plus exigeante que la LAT). A ce sujet, Art.45 LC (Grisons) : « installations nécessaires pour l'accès » (c'est une notion juridique indéterminée). C'est les communes qui doivent voir quand l'accès est suffisant ou non. En Suisse, on ne peut pas décider qu'il n'y ait pas d'équipement (par exemple, décider qu'il n'y ait pas d'eau, pas de toilettes,...). L'Etat dans ce cas prend en charge les besoins des citoyens.

p.64 : la commune aura sûrement refusé l'accès. On va donc au tribunal administratif (TA) casse la décision communale qu'il juge arbitraire ou ... (voir les trois critères ci-dessus). La commune décide d'aller au TF et va dire que le fait que le TA annule sa décision représente une violation de l'autonomie communale. La commune fait donc un recours de droit public. Pour ce type de recours, elle a besoin d'un droit constitutionnel, en invoquant la violation de l'autonomie communale, elle invoque une violation d'un droit constitutionnel.

consid. 4 p.65 : ce qu'on va devoir examiner c'est si la commune avait une latitude de jugement sur cette notion d'accès. Ici, on voit que OUI. On va donc voir si son interprétation a été abusive.

A voir consid. 6 et 7.

4) L'APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS**I. La rétroactivité**

1. Le rappel du système

Quels sont les conditions de la rétroactivité (la rétroactivité s'applique exceptionnellement) ?
Quand est-ce que la question de la rétroactivité se pose ?

Il y a plusieurs concepts à ne pas confondre :

- *rétroactivité proprement dite*
- *rétroactivité improprement dite*
- *absence de rétroactivité*
- *application immédiate de la loi*
- *changement de la loi en cours de procédure*
- *changement de pratique*

Dans tous ces cas, c'est toujours une question d'application de la loi dans le temps.

Rétroactivité proprement dite : *application d'une règle de droit à des faits entièrement révolus* avant l'entrée en vigueur de la loi.

Rétroactivité improprement dite: *application d'une règle de droit à son entrée en vigueur à un état de fait qui a pris naissance avant l'entrée en vigueur de la loi mais qui se prolonge sous la nouvelle loi ou se répète sous celle-ci.* On dit parfois qu'il y a apparence de rétroactivité alors qu'en réalité il n'y a pas de rétroactivité → **Absence de rétroactivité.**

Changement de la loi en cours de procédure : *la loi change pendant la procédure.* Ici, un recours a été déposé avant le changement de la loi. Est-ce que l'autorité de 1^{ère} instance doit appliquer la nouvelle loi ou la loi qui était en vigueur au moment du « dépôt » du recours ? Si une autorité applique la nouvelle loi (entrée en vigueur trois jours avant la décision), on applique immédiatement la loi, c'est un cas d'application immédiate de la loi. Quand il y a des changements en cours de procédure, la question à se poser si on doit appliquer la loi immédiatement ou non. (*c.f. : changement en cours de procédure*)

Changement de pratique : l'autorité fait une *application différente avec la même loi.* Ce n'est pas un problème de rétroactivité mais c'est seulement un changement de méthode de la part de l'administration.

Ex : on donne des autorisations pendant des années puis après on ne les donne que difficilement (l'administration va être beaucoup plus sévère pour ces autorisations).

Pour le citoyen ordinaire c'est comme si on changeait la loi. *Donc, on devra examiner ce changement de méthode sous l'angle de la bonne foi.*

Conditions de validité de la rétroactivité proprement dite : en soit, la rétroactivité n'est pas permise car selon l'art.1 Tit. fin. CC : on ne peut pas appliquer à des faits antérieurs une loi nouvelle. Pour donner à une loi un effet rétroactif, il faut :

- que la nouvelle loi soit plus favorable à l'administré (on n'a pas de problème avec ce cas)
- ou si la nouvelle loi est défavorable à l'administré :
 - o la rétroactivité doit être prévue dans la loi soit expressément, soit implicitement (exigence de base légale)
 - o on doit limiter la rétroactivité dans le temps (on doit le dire dans la loi) et cela jusqu'au moment où les administrés pouvaient valablement s'attendre à un changement de loi.

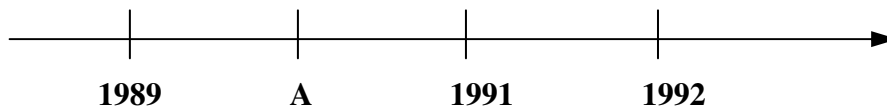
- il faut des *motifs justificatifs* (pertinents) donc un intérêt public qui justifient que l'on porte atteinte à l'intérêt privé du citoyen.
- on doit *respecter le principe de l'égalité de traitement* : tous les états de fait doivent être soumis à la rétroactivité et pas seulement certains.
- il faut *respecter les droits acquis* (droit acquis : moyen de dire à l'Etat, je suis protégé contre un changement de la loi). Rappelons que les droits acquis sont rares.

Différence entre rétroactivité proprement dite et rétroactivité improprement dite :

Ex : taxation fiscale : les taux ont augmenté pour l'année 2007. Une personne dit mon revenu a été acquis avant l'entrée en vigueur de la loi (augmentation des intérêts) c'est à dire en 2006. Les tribunaux disent que c'est une rétroactivité improprement dite. L'administré lui répond que non car il n'a à payer à ce nouveau taux de 2007 mais au taux où il a gagné son argent c'est-à-dire au taux 2006. La réponse de l'administration est que ce qu'on assujettit c'est ce qu'on a gagné après la loi donc en 2007. Les calculs avec le taux de 2006 sont juste là comme base pour calculer les revenus de l'année précédente. Sinon sur quoi on se base pour taxer l'année suivante ? Tout ça ressemble à de la rétroactivité mais ce n'est pas de la rétroactivité.

2. Une illustration en matière administrative et 3. L'admissibilité

Ex : arrêt p.75 à 78 : problème de taxe d'épuration des eaux.



1989 : acquisition de l'immeuble par X

1991 : autorisation donnée d'agrandir l'immeuble. Le propriétaire (X) procède donc à un agrandissement de l'immeuble.

1992 : établissement cantonal du bâtiment, on va réévaluer sa valeur

A : règlement sur l'épuration des eaux : mécanisme en vertu duquel on a réparti sur une période de 20 ans des contributions pour une nouvelle STEP. Tous les citoyens de 1981 à 2001 doivent payer chaque année un montant en fonction des m² de leur habitation pour financer cette STEP.

En 1992, la commune envoie à X un bordereau (facture). Comme il agrandit sa maison, il devra payer davantage. La commune lui envoie une 2^{ème} lettre et lui dit qu'il doit aussi payer une taxe de rattrapage pour les années où il n'a pas cotisé. Ainsi, X va devoir payer pour le laps de temps 1981 à 1991. Il va payer donc plus (agrandissement) et également pour la période où cet plus-value due agrandissement n'a pas été payé (donc de 1981 à 1991). X dit qu'en 1981, il n'était même pas encore propriétaire et qu'en outre, le règlement a été modifié en cours de route (période A : entre 1989 et 1991).

Le tribunal dit c'est une *rétroactivité improprement dite* (consid.5 p.247 de l'arrêt). Le tribunal dit ce n'est qu'une base de calcul. On utilise comme base de calcul des éléments antérieurs (p.248).

Cet émolument est important pour *l'égalité de traitement*. Une personne qui transforme sa grange en belle maison après 19 ans payerait sinon que pendant une année et aurait ainsi une

plus-value sur sa maison car la STEP est neuve. Ce ne serait pas juste pour les autres qui ont payé pendant 20 ans.

On prend la valeur nouvelle de l'habitation et on dit que c'est comme si c'était pareil avant. La nouvelle valeur nous sert de base de calcul. Ce n'est donc qu'une apparence de rétroactivité.

II. Les autres questions

1. L'effet anticipé

Notion : l'effet anticipé n'est pas de la rétroactivité. La rétroactivité touche à loi actuelle tandis que l'*effet anticipé porte sur la loi future*. La loi n'est pas en vigueur mais on lui donne déjà un effet.

Origine : cela vient du droit et de la pratique de l'aménagement du territoire.

Définitions :

Effet anticipé négatif : effet anticipé par lequel l'administration renonce à se prononcer et bloque la situation actuelle. La nouvelle loi interdisant ce que l'actuelle autorise.

Ex : on interdit à l'administration de faire des actes pour lesquels on lui avait donné une autorisation (art. 1 LATEC)

Ex : on empêche une administration de construire car ce ne sera pas conciliable avec la nouvelle loi

Ex : situation dans laquelle il est prévu qu'un nouveau plan d'aménagement va entrer en vigueur et on le suspend car la nouvelle loi ne le permettra pas (art. 83 LATEC)

Effet anticipé positif : (très rare) effet anticipé par lequel l'administration autorise ce que la loi actuelle interdit, mais ce que la loi future admet.

Conditions de validité :

- *Exigence d'une base légale* (projet de loi. Le projet doit avoir au moins été présenté au Parlement. Si le projet est encore dans les tiroirs de l'administration, ça ne jouera pas).
- *Limite temporelle* : dans la LATEC : pas plus de 6 ans
Dans d'autres domaines (\neq aménagement du territoire), on peut envisager une durée plus courte.

Effets de la décision :

Décision accordant l'effet anticipé :

- si la *loi est modifiée dans le sens prévu* : la situation résultant de la décision perdure.
- Si la *loi n'est pas modifiée ou si elle n'est pas modifiée dans le sens prévu* : l'administré reprend sa situation originelle.

2. Le changement de législation en cours de procédure : droit transitoire : et

3. L'entrée en vigueur des ordonnances administrative

Il faut distinguer entre :

- *revirement de jurisprudence* : le TF change sa jurisprudence
- *changement de législation* : la loi change pendant la procédure

Procédure administrative classique : on fait une requête et l'administration statue là-dessus. On peut faire opposition à la décision de 1^{ère} instance. On peut encore faire recours au tribunal administratif. Et ensuite on pourra même encore faire recours au TFA (à ce stade ce sera la 4^{ème} décision).

Ce n'est pas pareil quand on intervient pendant le changement de procédure. On doit voir s'il y a du droit transitoire. Si c'est le cas, c'est lui qui va s'appliquer.

Objet :

- quelles règles applicables ?
- dans quelle hypothèse ?
- à quel moment ?

Caractéristique : ces lois du droit transitoire sont très **lacunaires**. Mais c'est **rare** que l'on se fonde sur le droit transitoire.

Deux règles :

- 1) **maxime d'office** / 1^{ère} instance
- 2) **principe dévolutif du recours** / instance de recours

Maxime d'office :

Le juge applique le droit en vigueur au moment où il statue. La fonction de la maxime d'office est donc de *suppléer au droit transitoire*. On y fait obstacle lorsque la BF ou la *lex mitior* s'y oppose.

Pour la BF, ne pas oublier qu'il faut les 7 conditions (c'est assez rare que ça marche).

Pour la *lex mitior*, on applique la loi la plus favorable à l'administré.

Effet dévolutif :

En instance de retour : l'autorité saisie du recours peut revoir l'affaire en fait et en droit. L'autorité tranche selon le droit en vigueur lorsque la décision contestée a été rendue. On va voir si l'autorité de 1^{ère} instance a bien appliqué le droit. Il peut y avoir opposition à ce principe quand l'intérêt public l'exige.

Ex : autorisation donnée pour une gravière. Les voisins font recours. Entre temps la loi a changé et on a décidé qu'il fallait appliquer le nouveau droit car cette gravière constitue une menace pour l'eau potable.

Principe d'application immédiate :

En droit de l'environnement. La loi doit être appliquée dès son entrée en vigueur. Ici, on a donc du droit transitoire. C'est une *spécificité du droit de l'environnement*.

5) L'INTERET PUBLIC ET SON APPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF

I. Généralités

1. La notion

1.1. La définition et ses éléments

Définition : intérêt (a) considérable (b) qui touche un grand nombre d'administrés (c) et que ceux-ci ne veulent pas ou ne peuvent pas satisfaire par leurs propres moyens (d).

Caractéristiques :

- c'est principe constitutionnel (art.5 al.2 Cst)
- intérêt public et qualité pour agir : l'intérêt public officiait avant surtout comme garde-fou de l'Etat. Il faut bien le distinguer de l'intérêt de fait avec lequel il y a qualité pour agir. *On a intérêt de fait quand on a qualité pour agir.*

Éléments de la définition

- a) *intérêt* : biens de police et autres
- b) *considérable* : *qualificatif, pas quantitatif*. Est considérable ce qui est suffisamment important pour motiver objectivement l'intervention de l'autorité publique.
- c) *grand nombre d'administrés* : *collectivité*. Il n'est pas nécessaire que la majorité des administrés soient touchés. On entend par là un grand nombre. Grand nombre signifie ici, la collectivité dans son ensemble. Si on disait la majorité, il y aurait un gros problème pour les étrangers, les handicapés,... on ne leur accorderait rien. Tandis que là, on regarde par rapport à la collectivité (par ex. la collectivité des aveugles,...)
- d) *subsidiarité* : *par rapport aux administrés*. L'Etat prend en charge, intervient que si l'action des administrés n'est pas suffisante. Mais *l'intérêt fiscal de l'Etat ne suffit jamais*.

Distinctions :

- *intérêt public et marché public*
marché public : contrat de droit administratif entre l'Etat et l'administré.
- *intérêt public et tâche publique*
tâche publique : ensemble des devoirs confiés par le législateur à l'Etat (buts nécessaires pour atteindre l'intérêt public). L'utilité publique ne relève pas de l'Etat.
Public :
 - o implique un intérêt public → mais c'est un devoir, pas un intérêt.
 - o par le législateur : droit public → mais c'est un devoir, pas un intérêt.

Entre le marché public et la tâche publique, le lien est direct. Le marché public est un contrat. La tâche publique est un objet de contrat.

Une tâche publique recouvre toujours un intérêt public tandis qu'un intérêt public n'est que rarement une tâche publique.

Intérêt public et marché public : il n'y pas de lien direct. C'est la tâche publique qui est l'intermédiaire.

Utilité publique : lorsque les organismes privés font une action particulière au niveau public. *L'utilité publique se distingue de la tâche publique par son origine. Elle vient d'une décision tandis que la tâche publique provient d'une loi. Attention, il n'y a pas toujours une question d'intérêt public dans l'utilité publique.*

L'utilité publique est faite par un particulier tandis que la tâche publique est faite par l'Etat.

Ex : un théâtre qui ne joue qu'en romanche.

C'est d'utilité publique de faire survivre cette langue et d'apporter de la culture. Mais ce n'est pas une tâche publique car ce geste est fait par un particulier et pas par l'Etat.

1.2. La difficulté d'une description générale

Notion :

- l'intérêt public est une notion juridique indéterminée
 - => latitude de jugement : le juge s'en tiendra souvent à ce qu'a décidé l'autorité de 1^{ère} instance. Une grande partie de l'intérêt public a déjà été vue avec l'autorité de 1^{ère} instance. Souvent d'ailleurs il sera dit : « l'autorité de 1^{ère} instance est plus à même de statuer sur la décision »
- casuistique de la doctrine
- conséquence procédurale

1.3. L'évolution dans le temps et dans l'espace**Notion :**

- beaucoup de nouveaux intérêts publics
 - => multiplication des conflits (plus on a d'intérêts publics, plus on a de conflits)
- instabilité de la procédure et intérêt public
 - => motif de l'instabilité : révocation
- conditions du respect de l'intérêt public : application correcte de la loi (nouvelle interprétation de la loi ou nouvelle loi que l'on estime plus correcte) et concrétisation nuancée de l'intérêt public

Attention il faut distinguer entre la force de chose décidée et l'autorité de chose jugée.

La *force de choses décidée* est formelle, la décision une fois rendue n'est plus susceptible de recours.

L'*autorité de choses jugées* est matérielle et peut être révoquée.

ATF 106 Ia 267 (Peep show, p.79, polycopié) :

L'intérêt public évolue et n'est pas le même sur tout le territoire suisse. Cet ATF se fonde sur l'intérêt public qu'il concrétise (consid. 3b). On prend le *critère d'une personne normale* : pour le citoyen lambda st-gallois, ça le gêne que la femme soit considérée comme un objet.

p.156 : à la fin de l'ATF, le TF donne le détail de l'intérêt public.

Aujourd'hui, sûrement que l'on accorderait une autorisation avec des conditions mais en tout cas pas de refus catégorique. Aujourd'hui, on prend plus en compte la protection des travailleurs du sexe.

2. Intérêt public et intérêt fiscal

Les intérêts privés ne recouvrent pas que ceux des particuliers. L'Etat aussi peut avoir un intérêt privé. *L'intérêt privé de l'Etat c'est son intérêt fiscal.*

Définition : intérêt de l'Etat à augmenter ses recettes et/ou réduire ses dépenses.

Normalement, on retiendra un intérêt fiscal dans des cas limités, dans des situations crasses. On retient plus facilement l'intérêt public. En doctrine, il y a une controverse : certains auteurs estiment que l'intérêt fiscal est un intérêt public. Le TF est contre cet avis.

Exemples de cas limites :

Expropriation et refus de l'Etat de mettre en place une infrastructure.

Dans ce cas, il n'est souvent pas facile de distinguer entre l'intérêt fiscal et l'intérêt public. Souvent c'est sur un terrain privé que se passera l'expropriation car c'est plus simple d'exproprier le propriétaire. Souvent, on préfère également donner à un particulier

l'exploitation de ce terrain. Ici, l'intérêt fiscal ne suffit pas donc on confie l'exploitation à un particulier.

Refus de l'Etat de mettre en place une infrastructure. L'Etat dira : je n'ai pas d'intérêt fiscal (ce qui est plus ou moins valable). Ce qui comptera davantage c'est que l'infrastructure que l'on demande réponde à un intérêt public.

3. Les conflits d'intérêts

3.1. Intérêts publics et privés (des particuliers)

- l'intérêt public n'est pas forcément prépondérant
 - o mise en balance ou pondération « pesée »
 - o principe de coordination en droit de l'environnement
 - coordination matérielle : tous les intérêts publics doivent être pris en compte par une organisation faitière
 - coordination formelle : organiser la procédure avec le préavis des services. L'autorité ne peut pondérer que lorsqu'elle a eu tous les préavis.
- tenir compte de l'intérêt privé des particuliers

Ex : construction d'un parking :

☺ : améliorer le trafic, meilleur marché pour les places de parc (plus il y a de places, plus les tarifs vont baisser)

☹ : on ne veut pas perdre de place pour l'habitat, le promoteur devrait avoir le pouvoir d'user de son bien comme il l'entend

Ex 2 : ouverture des magasins le soir :

Intérêt public : tranquillité des voisins

Intérêt privé : pour le manager des magasins, il pourrait faire plus de profits, avoir une clientèle plus large.

ATF 117 Ia 302 p.84 : *consid. 4b et 4c.*

Consid. 4b : élément à prendre en compte dans l'aménagement du territoire. L'intérêt privé de l'agriculteur en espèce (il en allait de la pérennité de son exploitation) est supérieur à l'intérêt public (l'intérêt public réel n'est pas suffisant).

3.2. Plusieurs intérêts publics

Conflits dans les marchés publics : « mieux-disant » ou soumissionnaires locaux. Pour choisir, il y a deux principes :

- *mieux disant* : rapport qualité-prix
- *soumissionnaires locaux* : souvent plus chers et c'est pour ça qu'on doit les pondérer.

Conflits dans d'autres domaines : *ex* : **ATF 105 IA 91 Plüss p.87** : tranquillité contre libre expression d'opinion politique. On doit prendre en compte des critères objectifs (l'importance de la manifestation dans le débat doit être prise en compte)

n.b : l'administré peut invoquer l'intérêt public

II. Quelques illustrations ("Fallgruppen")

1. En matière d'aménagement du territoire

- l'intérêt des propriétaires à se trouver en zone à bâtir et l'intérêt public d'éviter l'extension des zones urbaines : **ATF 117 Ia 302** (*cas différent*)
- y a-t-il toujours un intérêt public à équiper les terrains ?
il y a un intérêt à disposer de son bien (construction) et un intérêt public à protéger l'environnement (*ex* : centre de handicapé que l'on veut construire proche d'une forêt. Ici, on est présence de deux intérêts : aider les handicapés par la construction de ce centre, préserver l'environnement et donc la forêt en s'opposant à cette construction.)

2. Pour l'installation d'ouvrages publics

ex : intérêt entre éviter le déboisement (le déboisement est interdit en Suisse) et le fait que l'on devrait pouvoir construire.

Le propriétaire a un double intérêt : il peut faire ce qu'il veut de son bien (là, on veut limiter son usage) et un terrain non construit a moins de valeur qu'un terrain construit.

- installations touristiques et électriques
- atteinte à la propriété par une diminution de la valeur de l'immeuble (amortissement) et par des nuisances (*ex* : nuisances sonores, pollution,...)

3. Dans les atteintes aux libertés et autres droits constitutionnels

4. D'autres situations

- **ATF 116 Ia 382 (Felber)** : intérêt privé d'un gardien de prison à habiter en dehors du canton et intérêt public à ce que les fonctionnaires cantonaux élisent domicile dans le canton.
consid.3 : pondération abstraite
consid. 4 : pondération concrète
- Jurisprudence abondante mais qui devient caduque au fur et à mesure de l'évolution législative. Par exemple, l'ALCP (accord sur la libre circulation des personnes) rend obsolète toute obligation de domicile.

6) LA PROPORTIONNALITE

I. Généralités

1. La notion

c.f tableau n° 14

Lien très étroit entre la proportionnalité et la bonne foi. On ne va pas rendre une décision juridique sans avoir regardé *l'intérêt public et la proportionnalité* ; tous deux sont très liés.

1.1. La définition

La proportionnalité est une théorie issue du droit allemand.

Définition : *rapport adéquat entre le but et le moyen.*

Le principe de proportionnalité s'applique dans *tous les domaines de l'administration*. Il s'applique dans :

- *l'administration de restriction*

- *l'administration de prestation et de promotion*
(ex : soutenir une économie, construire des écoles)
- *quid de la réglementation ?*
On veut savoir quand le législateur travaille sur la loi, il regarde la proportionnalité.

Lorsque l'application d'une loi arrive à un résultat disproportionné, on peut agir de deux manières :

1) **recours de droit public contre la loi elle-même**

lorsque l'on veut contester une atteinte légale à un droit fondamental de la Constitution, on va faire un recours contre la loi en disant qu'il y a par exemple une violation de la liberté économique. Par ce biais, on pourra agir contre un de ces trois éléments (qui ne sont pas directement attaquables) :

- base légale
- intérêt public
- proportionnalité

On ne peut pas agir contre la proportionnalité, la base légale ou l'intérêt public car ce sont des principes constitutionnels et non des droits. On va donc invoquer la violation d'un droit pour faire recours.

2) **agir contre les décisions d'application**

avec les décisions d'application, on va pouvoir agir directement contre un problème de proportionnalité. Ici, le principe constitutionnel est directement utilisable.

Si l'administration est liée, il n'y a pas de principe de proportionnalité. On a deux solutions :

- sauf si une dérogation est justifiée : le règlement ne prévoit pas de dérogations
- sauf si le règlement est arbitraire lui-même : comme c'est arbitraire, il faut trouver une décision d'application

Dérogation : autorisation exceptionnelle. Il faut prévoir des dérogations. La jurisprudence dit qu'une loi peut être disproportionnée car elle ne prévoit pas de dérogations. Même si la loi ne le dit pas, l'administration doit observer la possibilité d'une dérogation,

1.2. Les trois règles

Trois éléments constitutifs de la proportionnalité (*attention : terminologie fluctuante*)

- 1) **aptitude**
- 2) **nécessité**
- 3) **proportionnalité au sens étroit**

1) **Aptitude :**

L'intervention de l'Etat doit correspondre à l'objectif recherché.

Ex : on a un chalet illicite (en zone naturelle). Si on veut le démolir, c'est OK avec l'aptitude, on atteint le but recherché (protéger la zone) par une intervention (démolition).

Ex : une administration refuse une patente de guide à M. Individu car il n'a pas fait l'armée. Cela ne va pas avec cette idée d'aptitude car le fait que M. Individu n'ait pas fait l'armée ne l'empêche pas d'être un bon guide. L'un et l'autre n'ont rien à voir.

Ex : avec un examen de capacité (CFC) si l'objectif inavoué est d'écarter la concurrence et de contrôler c'est un objectif politique, économique et de police. Ce qui est contraire à la Constitution. On peut avoir un examen de capacité disproportionné si on nous demande des données trop poussées ou qui n'ont rien à voir avec le domaine (métier), dans ce cas, l'aptitude ne sera pas respectée.

2) Nécessité :

On vérifie que **parmi toutes les mesures prévues par la loi, l'administration a choisi celle qui convient le mieux aux intérêts privés.**

Ex : la commune de Montreux interdit une rave party au bord du lac car elle craint les dégradations relatives à ce genre de manifestation. Les recourants (membres de la société d'organisation de la ville de Montreux) ne comprennent pas pourquoi on accepte un concert de jazz mais pas une rave party. Pour les recourants, il s'agit d'une discrimination musicale. Ils soutiennent aussi que l'administration au lieu d'interdire directement aurait pu aussi prendre une autre décision comme :

- soumettre la manifestation à une autorisation
- accorder une autorisation soumises à charges et à conditions (clauses accessoires venant se greffer sur l'autorisation)
- dérogations : l'administration doit vérifier si elle ne peut pas donner une dérogation ponctuelle
- régime transitoire

On dit de plus en plus qu'il faut *tenir compte des coûts et des bénéfices qui résultent d'une action de l'administration*. On regarde donc ce que cela va coûter à cette dernière.

Dans notre cas ci-dessus, l'alternative d'autoriser et de contrôler l'événement aurait coûté beaucoup trop cher que de simplement l'interdire.

On va aussi *tenir compte de comportement passé (réputation objective) de l'administré destinataire de la décision*.

3) Proportionnalité au sens étroit :

L'atteinte à l'intérêt privé ou aux autres intérêts publics n'est pas telle qu'il faille renoncer à la mesure. **Le TF vérifie s'il ne devrait pas renoncer à la mesure à cause de l'atteinte.**

Il y a deux éléments importants, deux questions à se poser :

- 1) *on examine in abstracto si cet intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé.*
- 2) *on regarde que cet intérêt public prépondérant n'est pas tel qu'il faille y renoncer.*
pour cela, on prend le chapitre sur l'intérêt public prépondérant et on l'applique dans un cas concret.

1.3. La nature

La proportionnalité est un principe constitutionnel : art. 5 al.2 Cst. Pendant longtemps, ce principe n'était pas dans la Constitution.

On considère que ce principe est inhérent au droit fondamental car il est la garantie de la substance des droits fondamentaux.

De plus en plus, il est expressément marqué dans la législation : art. 42 PA, art. 8 CPJA (seulement un rappel formel pour les non juristes),... On ne peut pas tirer des conséquences matérielles de ces listes de principes. C'est juste un rappel que le principe existe.

Même lorsque ce principe n'existe pas dans un code de procédure, il est applicable car c'est un principe constitutionnel : il est immanent.

2. Deux cas particuliers

2.1. Proportionnalité et prescriptions de police

Prescriptions de police (\neq métier *polizei*) : *réglementations qui conditionnent et restreignent les activités*. Ce sont des lois qui tentent de protéger les citoyens humains.

On distingue entre :

- *danger concret*
- *danger abstrait*

Dans un **ATF 103 Ib 227** (*pas à lire*) : on parle de l'application de la législation sur des toxiques. On dit que dans un magasin de toxique, il faut un vendeur formé spécifiquement. On se demande si cette exigence se pose pour chaque magasin d'une chaîne ou seulement pour un ou deux magasins dans la chaîne.

Le TF a répondu que de manière concrète peut-être qu'il n'y pas de danger dans tel magasin car les gens sont bien au courant des dangers de ces produits toxiques. Mais il subsiste un danger abstrait à chaque fois que l'on vend ces produits toxiques. On ne peut pas exclure que dans chacun de ces cas le danger se matérialise. L'élément de nécessité doit être apprécié *in abstracto*. On a donc besoin d'un vendeur spécialisé dans chaque magasin.

Autre exemple : **ATF 103 Ib 232** (étiquettes sur du sucre)

2.2. Proportionnalité et bonne foi

Pendant des décennies, on a considéré que l'administré de mauvaise foi ne pouvait pas invoquer la proportionnalité. Cela s'est souvent produit en droit de la construction :

ATF 108 Ia 216 : revirement de jurisprudence (*pas à lire*) : **l'administré de mauvaise foi peut invoquer le principe de proportionnalité**. *Peu importe l'attitude de l'administré, ce principe de proportionnalité est toujours applicable. Mais la mauvaise foi du citoyen entre dans l'appréciation des 3 éléments de la proportionnalité et il devra supporter des décisions administratives plus incisives que le citoyen de bonne foi.*

Avant ce revirement de jurisprudence, le tribunal ne lisait même pas le dossier de cet administré de mauvaise foi. Maintenant, il est obligé de le lire et de se prononcer.

n.b : le seul recours extraordinaire est le recours de droit public où on invoque un droit. Tous les recours de droit administratif sont des recours ordinaires où on peut aussi invoquer un principe.

II. Quelques illustrations ("Fallgruppen")

1. L'administration de restriction

1.1. Les atteintes à la liberté économique

- *p.100 du photocopié* : certificat de kinésithérapeute ; le canton de Genève doit accepter ce certificat !
- *p.103, !!! p.105*

1.2. L'obligation de domicile des privés et des fonctionnaires et 1.3. Diverses autres questions

- *p.91 ss* : pour une obligation de domicile (**arrêt Felber**) : les arguments de l'administration sont souvent ceux-ci :

- impôts
 - service rendu à la population (argument de l'urgence, de la disponibilité, de la proximité)
 - connaissance du milieu
 - représentativité (intérêt de l'Etat à ce que qu'on connaisse ses fonctionnaires)
 - Ensuite, on va voir si ces éléments justifient qu'on porte atteinte à l'intérêt public. Pour l'arrêt Felber, il n'y avait pas d'argument valable. L'intérêt de Felber était prépondérant. Le Conseil d'Etat aurait dû lui donner une dérogation.
- p.97 : **arrêt Montmollin** : avec architecte, obligation de domicile à Neuchâtel.

2. Excursus: la démolition

Cas d'un chalet dans la vallée protégée de Derborence (VS ☺).

Exécution d'une décision administrative : on doit distinguer :

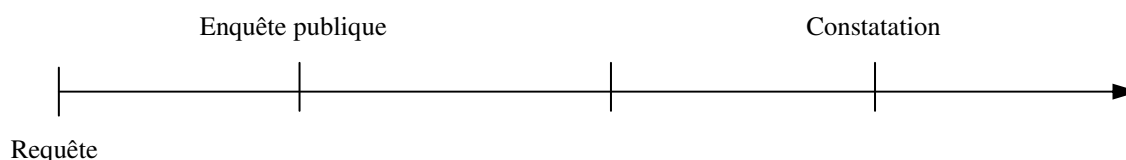
- sanctions
 - *droit pénal*
- mesures de contraintes
 - *décisions pécuniaires* → LP
 - *obligation matérielle* (faire ou ne pas faire)
désavantage administratif (par ex : on veut construire mais on n'a pas payé les impôts. On ne pourra construire [autorisation] que lorsqu'on aura payé ses impôts.
 - *contrainte directe* : mesure de police sur les personnes et les biens
 - *exécution par substitution* (dit aussi par équivalence) : l'administration intervient à la place de l'administré :
 - substitut ordinaire
 - substitut anticipé : on a le temps de tergiverser, de prendre des mesures.

A part la démolition, *le principe de nécessité exige que l'on regarde si d'autres mesures sont envisageables* pour faire réagir les gens: par exemple :

- couper le chauffage, électricité, mettre des vitraux à la place des fenêtres (plus de lumière),...
- on essaie d'appliquer le principe de nécessité de manière moins incisive

2.1. L'autorisation subséquente

Procédure ordinaire :



L'administration constate qu'une construction est faite. On dit *qu'il aurait fallu suivre la procédure donc on va vouloir détruire*.

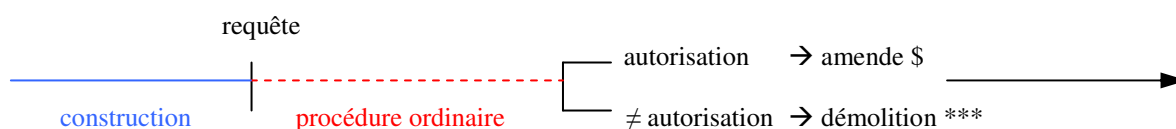
Pour respecter la proportionnalité, on doit respecter le principe afin de construire. Donc, ici, une fois que c'est construit, on doit **ouvrir une procédure d'autorisation subséquente**. Ça évite que l'on doive détruire, avoir l'autorisation et reconstruire.

Si l'autorisation subséquente est donnée c'est parce que l'on dit qu'il y a une **violation formelle de la loi**. C'est par exemple le cas si le garage correspond à la loi (matière, couleurs, dimensions,...). C'est juste qu'ici *on n'a pas respecté la procédure*. Donc on va donner l'autorisation.

Même dans la phase d'exécution de la démolition (si la démolition est proportionnée), la procédure de mise en œuvre de la démolition devra **respecter la proportionnalité !**

Si l'autorisation subséquente est autorisée, le citoyen ne paiera qu'une amende. Si l'autorisation subséquente est refusée, ce sera à cause d'une violation matérielle et dans ce cas on dira qu'on doit démolir. Mais on peut encore faire des recours contre cette démolition.

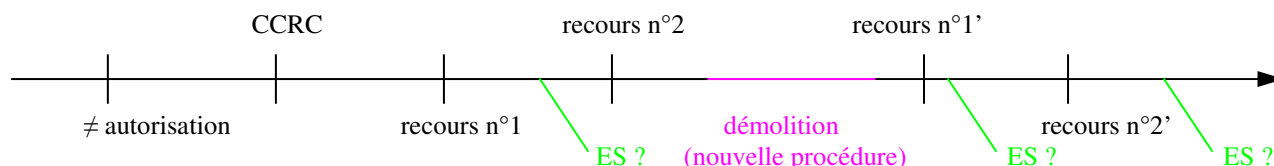
Procédure en cas d'autorisation subséquente :



2.2. L'exécution des décisions administratives

Comment se positionner vis-à-vis de la procédure de démolition, c'est la grande question.

Si on n'autorise pas.... Voilà la suite de la procédure



CCRC : commission cantonale de recours en matière de construction.

ES : effet suspensif

On se demande si ces recours (1 et 2) ont un effet suspensif ? Le dépôt de recours a-t-il pour effet de suspendre la décision ?

C'est une question « bête » : il n'y a *rien à suspendre* puisque le contenu de la décision attaquée est négatif ! Le contenu c'est NON. Il n'y a rien d'autre.

Si la procédure de recours est terminée, la question de sa mise en exécution se pose. Et à ce moment là, la décision du refus devient *définitive et exécutoire*.

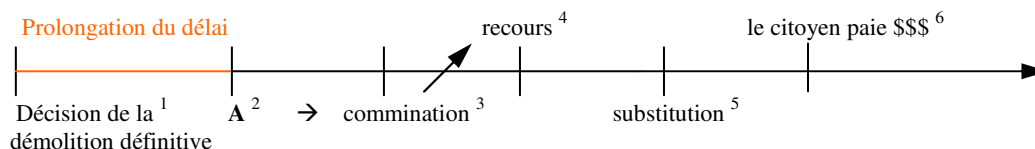
Selon Zufferey, la démolition n'est pas une décision d'exécution de ce refus car il n'y a rien à exécuter. La démolition doit être considérée comme une autre mesure administrative donc il y a une nouvelle procédure pour la démolition. En effet, un jour, la décision de démolition devient définitive et c'est à ce moment qu'il est important de voir l'effet suspensif avec les deux recours (recours 1' et 2'). C'est seulement *après tous les recours concernant la démolition qu'on peut parler d'exécution de la décision*.

Dans la plupart des cas, le refus et la démolition s'entrecroisent, débutent parfois ensemble, ce qui explique une certaine confusion chez certains juristes.

Le préfet va devoir nous notifier sa décision, celle-ci contiendra :

- 1) « votre requête est refusée »
- 2) « décision de démolition »
- 3) « il faut payer 5'000.- pour la procédure »

Tant que le préfet n'est pas sûr qu'il y aura un refus définitif, il ne va pas ordonner la démolition. L'exécution (= la mise en œuvre) de la décision de démolition est une entreprise longue et difficile...



A : la *procédure d'autorisation de démolition* n'est pas nécessaire dans ce cas.

1 : Avec la décision de la démolition définitive, généralement, on donne un délai car si on ne le fait pas, on se trouve confronté au problème qu'on ne démolira jamais. On peut prolonger ce délai.

2 : ici, il n'y a pas de volonté du propriétaire de démolir quelque chose de licite (vu que la construction est illicite) donc c'est inimaginable de devoir demander une procédure d'autorisation pour démolir.

3 : on a la nécessité de passer par cette phase de *commination*. On doit avertir le citoyen que s'il n'exécute pas la décision, il aura des sanctions. Par exemple, la commune procédera à une exécution par substitution de la décision.

La commination est obligatoire : cela fait découle du principe de proportionnalité. Et la proportionnalité – ne l'oublions pas ;-)- est nécessaire pour tous les actes de l'administration. Ici, on doit avertir le citoyen des mesures qui seront prises afin qu'il ne nous dise pas après : si j'avais su, j'aurais pris d'autres moyens...

4 : Le juriste va se dire ici, c'est une décision administrative donc je vais pouvoir faire *recours*... *Si la commination ajoute aux obligations du citoyen, on peut faire recours. Si la commination est juste un document qui redit ce qui a déjà été dit ce n'est pas une décision administrative mais un simple acte de confirmation. Dans ce cas, un recours n'est pas possible.*

5 : Imaginons que le citoyen attend encore et ne fait rien... Dans ce cas, la commune veut exécuter cette démolition par substitution. La commune n'a pas de service de démolition (difficile d'en avoir un et de justifier un budget accordé pour détruire les habitations quand bien même illicites des administrés). La commune va donc mandater un tiers (auxiliaire) pour faire cela. Souvent, aucune entreprise du canton ne sera d'accord de procéder à ce mandat car c'est très impopulaire ! Le préfet de Fribourg va donc s'adresser à une entreprise de Lausanne par exemple qui voudra bien venir démolir cette construction à Fribourg.

6 : Le citoyen va ensuite recevoir une lettre lui notifiant que l'entreprise « Casse la baraque » ☺ va venir démolir sa construction illicite (il devra peut-être être présent pour leur donner des clés,...). C'est aussi le citoyen qui va devoir payer selon le **principe de la responsabilité du perturbateur**.

Principe du perturbateur :

Aujourd'hui, ce concept est moins utilisé car, souvent, dans tous les domaines, on a une loi qui codifie ces actes (*ex* : la loi pour la protection des eaux contre la pollution,...). *Ce concept désigne l'administré qui porte un dommage à la vie en société.*

On a deux sortes de perturbateur :

- A) *Perturbateur par comportement* : celui qui, par son activité, crée un problème.
Ex : la société X déverse du pétrole dans la rivière au lieu de la verser dans un bateau.
- B) *Perturbateur par situation* : celui qui, en raison de son pouvoir de disposition sur la chose est également responsable.
Ex : le locataire, le superficiaire,...

Ex : pollution par une entreprise. L'entreprise X qui était propriétaire à l'époque et qui a pollué est perturbatrice par comportement. Le nouveau propriétaire (entreprise Y) qui ne pollue plus mais à cause de son terrain pollué, pollue les alentours est perturbatrice par situation car la pollution vient de son terrain.

Dans ce cas, on se demande qui va payer : l'entreprise X ou Y ?

La jurisprudence dit que les deux doivent payer. Mais on commence par le perturbateur par comportement. C'est lui qui va supporter le plus grand pourcentage.

* ... **P**... **P**₁ ... **P**₂ ... **P**₃ (vendeur) >---< **P**₄ (acheteur, promoteur immobilier)

* : c'était le premier propriétaire ou un des premiers.

Il n'existe plus mais c'est peut-être lui qui avait pollué.

P₄ qui est promoteur immobilier et qui a acheté le terrain à **P**₃ demande une autorisation pour construire des bâtiments qui serviront comme logements pour des familles. On lui répond qu'avant de construire il faudrait dépolluer (décontaminer le sol). **P**₄ répond que ce n'est pas lui qui a pollué le sol mais un des anciens propriétaires (qui n'existe peut-être même plus). Conséquence : comme on ne peut pas dire qui c'est qui a pollué ce sol c'est celui qui n'a rien fait va payer pour la décontamination car il est *perturbateur par sa situation juridique*. **P**₄ devra tout payer car on ne retrouve plus le perturbateur par comportement.

Lorsque l'on perturbe quelque chose, on doit prendre des mesures pour empêcher cette perturbation. Si celui qui est à l'origine de la perturbation ne prend pas de mesures, on va les prendre à sa place et le faire payer pour celles-ci. Ainsi, celui qui est à l'origine de la perturbation devra payer pour que celle-ci cesse.

Si le citoyen dit qu'il connaît une entreprise moins chère, il pourra encore dire : choisissez une entreprise moins chère car il faut appliquer la proportionnalité.

Un autre problème fréquent se pose avec les mobilehomes : ceux-ci ne sont pas assujettis à autorisation. Parfois, il y a des mobilehomes qui s'implantent. Dans une commune, on a voulu déplacer ces mobilehomes dans une décharge avec une grue. Problème, par ce procédé, il y a eu des dégâts (objets cassés dans le mobilehome). On a dit que selon le principe de la proportionnalité, la commune aurait dû dire (informer) au citoyen qu'on allait déplacer son mobilehome avec une grue afin qu'il puisse enlever ses objets de valeur,...

Prescription :

La prescription existe en droit administratif pour l'exécution de décisions non pécuniaires aussi. La prescription est une règle générale.

A partir de quand parle-t-on de prescription ?

C'est fluctuant mais on se calque sur le Code Civil et la prescription acquisitive : ainsi, celui qui pendant 30 ans aura bénéficié d'un bâtiment illicite pourra le garder. On respecte aussi le

principe de proportionnalité. Si on fait disparaître ce bâtiment après 30 ans, ça veut dire qu'il n'y avait pas vraiment d'intérêt prépondérant (sinon on l'aurait fait avant). Donc détruire ce bâtiment après 30 ans ne respecterait pas le proportionnalité.

On a pris la décision de porter au Registre Foncier une mention qui informe si l'immeuble a reçu une autorisation ou non. Le problème c'est que si on vend un immeuble sans autorisation, on va perdre beaucoup d'argent. Et on aura aussi un problème si on désire faire des transformations et que l'on demande une autorisation pour ces transformations (on va ressortir les vieux dossiers).

3. Les autres domaines

La proportionnalité s'applique en toute circonstance ! La proportionnalité s'applique donc aussi en procédure. Cela vaut pour mesure de police et aussi pour l'administration de prestation ou de promotion. *Ex* : on demande à notre assurance sociale de payer les coûts d'une opération difficile. Elle nous répond non car ça ne va pas réussir. Elle dit que la chance que la personne retrouve du travail est tellement minime que ça ne vaut pas le coup de payer ces frais.

7) L'EGALITE DE TRAITEMENT ET SON APPLICATION EN DROIT ADMINISTRATIF

I. Le rappel du système

C'est le **droit constitutionnel le plus fondamental parmi les droits fondamentaux**. Lorsque l'on subit une décision qui nous désavantage cela vient presque toujours avec la réception d'une décision négative.

Ex : avec le contentieux scolaire. On ne peut pas établir une égalité entre un examen de 2006 et un examen de 2007 car les circonstances ne sont pas égales.

Le second problème se pose si quelqu'un demande s'il peut voir, dans le cas où il fait recours, les autres copies. On répond plutôt non, car il y a toujours une marge d'appréciation. Si le prof dit je corrige comme ceci en général ça suffit (pas besoin de voir les copies).

1. Le fondement constitutionnel

Il est **double**. Initialement c'était l'art. 4 Cst qui codifiait expressément l'égalité de traitement *devant* la loi ou dans l'application de la loi. La jurisprudence avait établi l'égalité de traitement *dans* la loi. Aujourd'hui :

Egalité devant la loi : donné expressément par l'art. 8 Cst

Egalité dans la loi : principe général de l'activité étatique donné par l'art. 2 al.3 Cst ; puis mis en œuvre dans chaque législation.

Viennent s'ajouter des bases légales particulières :

En matière économique, on doit par exemple traiter tous les coiffeurs de la même façon (art. 94 Cst). On veut qu'il y ait une unité dans le territoire.

En matière fiscale, on a :

- la généralité de l'impôt
- l'égalité dans le traitement fiscal
- la fiscalité selon la capacité contributive

2. Le droit à l'égalité à l'égard des règles de droit

2.1. Le principe

Définition : c'est le **droit d'exiger que des situations de fait semblables soient assujetties à des lois semblables et que des situations de faits différentes soient assujetties à des lois différentes**. L'égalité va dans les deux sens.

Ce droit n'implique pas le droit d'exiger des différences légales quand les différences de fait sont passagères, minimales. L'égalité de la loi n'est pas absolue !

ATF 114 Ia I: « une petite différence ne justifie pas forcément que la loi en tienne compte... »

2.2. L'évolution dans le temps

Les implications concrètes dépendent beaucoup de l'évolution dans le temps ! Il y a une **grande dépendance aux situations du moment**.

Exemples :

- *représentation en justice par une femme*
1923 : on a renversé le fait que les femmes ne pouvaient pas plaider
- *droit de vote* pour les hommes et pour les femmes (**ATF 116 Ia 359**)
- *égalité dans les salaires* : pendant des années, c'était seulement la jurisprudence qui selon l'**ATF 103 Ia 517** le demandait. Aujourd'hui, on a un article spécifique dans la Constitution et une loi à ce sujet
- *accès aux études* : **ATF 108 Ia 22** (Fischer) : on voulait pénaliser les femmes et avantager les hommes pendant l'année pour rétablir un équilibre. Ici, on a un droit individuel de chaque administré d'invoquer une égalité de traitement.
- *âge de la retraite* (fixé par l'AVS) : **ATF 106 Ib 189**

Aujourd'hui, il n'y a plus de différences relatives au sexe sauf si la différence est justifiée comme pour le service militaire par exemple.

En **procédure, soit on recourt contre la loi** (ex : loi cantonale scolaire) **soit contre la décision administrative** :

- **recours abstrait contre la loi elle-même** : recours en matière de droit public
- **recours contre la décision administrative qui applique la loi**. Le TF observera la loi mais à l'occasion d'un examen de la décision, il regardera s'il y a une violation de l'égalité de traitement **dans** la loi.

Droit à l'égalité ne vaut que pour les règles de droit à l'intérieur **d'une même collectivité publique**. On ne peut pas dire que le système vaudois est moins bon que le système fribourgeois. On doit regarder dans une même collectivité publique !

3. La législation sur l'égalité

On a constaté que la codification de l'égalité de traitement (art. 8 Cst) n'avancait pas tellement. Il y a l'idée de créer une loi spécifique : **loi fédérale sur l'égalité**. On fait passer l'égalité de traitement *devant* la loi *dans* la loi. On a maintenant des bureaux de l'égalité (mais dans de nombreux cantons, quand on doit couper dans le budget, on coupe les subventions de ces bureaux).

Rapports de travail

Cette loi qualifie l'égalité des rapports de travail dans le droit public et le droit privé. Dans ces rapports de travail, on a intégré le problème du harcèlement sexuel. On a introduit une présomption pour la discrimination (à l'employeur de montrer qu'il n'y a pas eu discrimination). On crée une qualité pour agir des organisations professionnelles.

Lorsque l'Etat est employeur : on va encore plus loin. Trois mesures de promotion de l'égalité ont été introduites dans la fonction publique.

- 1) La Procédure administrative (PA) est applicable. Et dans cette PA, on trouve le droit des administrés (droit de recourir, droit d'être entendu,...)
- 2) Art. 5 PA : droit à une indemnité pour un refus d'embauche si c'est illicite. *Ex* : on a pris un homme et pas une femme et c'était illicite.
- 3) La procédure de recours est gratuite.

On a le même système avec la loi fédérale sur les handicapés. On mélange l'égalité *dans* la loi et *devant* la loi (art. 8 et art. 4 Cst). On veut éliminer les inégalités de traitement notamment avec les constructions et les transports.

On a aussi les mêmes idées de procédure : PA, les associations de défense des handicapés peuvent recourir,...

II. Le droit à l'égalité à l'égard des décisions

1. Le principe

L'égalité devant la loi exige d'appliquer la loi de manière égale aux situations égales et de l'appliquer de manière différente aux situations différentes. Cette exigence vaut pour toute l'activité administrative ! Elle vaut aussi pour l'administration décentralisée (entités qui appartiennent à l'Etat mais qui ne sont pas dans l'Etat. C'est par exemple le cas d'une fondation de droit public, d'une université,...)

2. La violation

2.1. Les éléments

Voici les éléments à vérifier pour conclure qu'il y a violation de l'égalité de traitement quotidienne : il y a **trois conditions cumulatives** :

- 1) **une contradiction entre deux décisions au minimum**
- 2) ces **décisions** ont été **prises par une même autorité** sinon il n'y a pas de comparaison possible. « Même autorité » doit être *compris de manière large*. Les autorités

pourraient être des autorités différentes mais se trouvant dans une même hiérarchie (dans le sens souveraineté).

Ex : le secrétaire communal et le bureau de routes dans une commune. Tous deux sont dans la hiérarchie donc ce sont des mêmes autorités.

- 3) **la contradiction, la différence que l'on établit est infondée.** Cela signifie que l'autorité n'est pas en mesure, ne peut pas justifier cette contradiction

Le TF nous donne **4 indices pour voir si cette contradiction est infondée** :

- cette différence ne repose pas sur des *motifs objectifs et sérieux*
- cette différence n'est *pas raisonnable*
- cette différence *excède le pouvoir d'appréciation*
- cette différence *ne repose pas sur l'autonomie communale*

2.2. Les illustrations

Arrêt p.120ss du polycopié : consid. 3b :

On dit que le droit de chasser est inhérent au territoire cantonal

On se pose la question de **l'égalité de traitement entre les citoyens domiciliés et habitant dans une commune et ceux qui habitent dans cette commune mais qui sont domiciliés ailleurs.** La même question peut se poser avec les bourgeois de la commune et les autres ou entre les gens qui habitent deux communes différentes mais très proches au niveau de la distance.

Ex : **ATF 100 Ia 287** : piscine de Küsnacht : on faisait un prix différent pour les habitants de la commune de Küsnacht et pour les autres. Le TF a dit que c'était valable mais seulement s'il y avait des motifs sérieux et raisonnables et si la différence de prix était raisonnable. Car pour lui, c'est normal que l'on fasse des différences. Il y a des raisons de police qui justifient ce principe de différence : on ne peut pas mettre tout le monde dans la piscine. Et c'est aussi juste de se baser sur la commune pour créer cette différence car c'est celui qui est domicilié dans cette commune qui a payé les impôts ayant servi à la construction de la piscine et servant encore aux frais relatifs à son entretien,...

On a la même approche dans d'autres domaines :

- **taxes de séjours** : il s'agit de sommes modiques que les étrangers (même les suisses qui vont dans un autre canton. *Ex* : les vaudois ou les genevois qui se rendent à Villars pour skier) paient quand ils ne sont pas domiciliés dans la commune et qu'ils décident d'y résider pour des vacances par exemple.
 - Cela reste admissible car la somme reste modique (~1,20CHF/nuit)
 - Quant aux motifs sérieux et raisonnables, cela est aussi acceptable. Ces sommes modiques servent à compenser les désavantages supportés par les habitants du coin (*ex* : touristes utilisant massivement les infrastructures). Cette taxe de séjour doit cependant être réservée à des infrastructures touristiques.
- **taxes administratives** (STEP, hôpital, électricité, ramassage des ordures, voirie,...). Ces taxes sont aussi valables dans ces cas.

Le **principe de causalité** est venu perturber le système. On doit *faire payer ceux qui sont responsables de la perturbation de l'ordre public.* Donc, dans les recours pour les taxes administratives, depuis que ce principe de causalité existe dans la loi fédérale et dans la Constitution, il faut tenir compte de l'origine de la perturbation. *On ne tient plus seulement compte du domicile mais aussi de la perturbation.* On a donc une **taxe de base** à laquelle s'ajoute **une composante variable** (taxe de base + composante variable)

3. Le changement de pratique

La loi reste la même, c'est juste un changement d'attitude de l'administration : la loi lie l'administration autrement.

La pratique administrative a une importance gigantesque. Cette pratique est variable. On ne peut pas la changer comme on veut. Mais la pratique ne peut pas être figée *ad aeternam*. L'Etat doit défendre la collectivité publique et il doit donc s'adapter.

Un changement de pratique est plutôt désavantageux.

Il y a **quatre conditions cumulatives** qui sont nécessaires pour qu'un changement de pratique soit admissible :

- 1) **un motif sérieux** (*sächlich*) : les motifs sont liés au fait et ne sont pas influencés par l'émotion
Ex : l'autorité a acquis de meilleures connaissances. On peut prévoir des dangers futurs. Les circonstances changent c'est pour ça que la pratique va changer.
Ex : un retrait de permis pour excès de vitesse. La loi est la même mais la pratique a changé. Avant, il fallait dépasser de beaucoup beaucoup la vitesse normale pour être condamné. Aujourd'hui ça a changé car la science a démontré que si on roule à 18km/h et qu'on renverse un enfant, cela peut être mortel.
- 2) **la modification doit être durable et ne pas concerner un cas particulier seulement.** Tous les cas doivent désormais être soumis à la nouvelle pratique.
- 3) **le changement doit l'emporter sur le postulat de la sécurité juridique.** Cela signifie que l'intérêt public est prépondérant. Il y a donc un intérêt prépondérant à modifier la pratique par rapport à la sécurité juridique qui voudrait que ça reste stable.
- 4) **Le respect de la bonne foi** (mais pas la bonne foi au sens de l'art. 9 Cst [promesses] : on ne nous a rien promis. Il s'agit de la **bonne foi au sens de l'art. 5 Cst** : l'administration doit se comporter de manière correcte avec les citoyens.
 Le TF dit à ce sujet : « *le changement de pratique ne doit pas se faire au désavantage de l'administré si celui-ci a fondé son comportement en procédure sur la pratique antérieure.* » Cela concerne donc essentiellement les délais et les formes en matière de procédure. Le citoyen ne doit pas être pénalisé pour sa défense parce qu'on ne l'a pas averti qu'on avait changé les délais.

4. Egalité et illégalité

Ex : on a une décision contre la loi puis une deuxième décision violant la loi, puis finalement l'administration prend plein de décisions violant la loi. On demande une décision pour notre cas (on pense que, comme l'administration a donné dans ce domaine de nombreuses décisions qui violent la loi et que ce qu'on veut va dans le même sens, ça va jouer pour nous aussi). Or l'administration refuse.

On se demande si on peut avoir une **égalité de traitement dans l'illégalité ?**

La réponse est **non** car **on s'est demandé ce qui est prépondérant constitutionnellement parlant** : la légalité ou l'égalité de traitement. Des auteurs ont répondu que c'était légalité (droit constitutionnel).

Parfois aussi il y a une apparence de situation semblable mais ce n'est pas toujours pareil et illégal. On trouve souvent cela dans les relations humaines (négociations).

Il y a cependant une ***exception*** : il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité **sauf si l'autorité manifeste par des actes concluant son intention de continuer sa pratique illégale.**

Il y a encore une ***exception à cette exception*** : **si le fait d'accorder une décision illégale se heurte à des intérêts publics ou privés prépondérant** alors là, ce n'est plus possible d'accorder cette exception d'égalité dans l'illégalité. *Ex* : on décide de bâtir une construction dans un secteur où il faudrait mener des études pour voir si la falaise est solide et ne menace pas de s'écrouler. Un citoyen X vient demander s'il peut construire à cet endroit, on lui répond que non car un roc vient de tomber, c'est dangereux. Après quelques temps, d'autres citoyens viennent et demandent s'ils peuvent construire. On leur répond que oui car plus aucun bloc de pierres n'est tombé de la falaise. Or, un autre bloc tombe peu après. Le citoyen X revient et dit que ce n'est pas juste (on a accordé aux autres et pas à lui). On lui répond qu'il a raison mais que maintenant ça redevient trop dangereux pour construire.

Voir arrêt JAAC p.124

8) L'INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE

I. Le système

1. Les éléments

Il existe **plusieurs formulations** : - interdiction de l'arbitraire
- droit d'échapper à la violation de l'arbitraire

Art. 9 Cst et/ou l'art. 8e CPJA forment la base de l'égalité de traitement. En fait, c'est très fluctuant en pratique, c'est une question d'appréciation subjective. Et dans certaines circonstances, on a des règles de droit qui sont arbitraires.

2. Les règles de droit arbitraire

Définition : est arbitraire une ***règle de droit*** qui d'une part **ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs** et qui d'autre part **est dépourvue de sens et d'utilité dans ses effets.**

Deux fois sur trois, la loi n'est pas arbitraire ; les cas d'arbitraire dans la loi sont aussi **rares** que les corbeaux blancs (sic !).

Ex : **ATF Zentralblatt** : conséquence inéquitable : payer des taxes de séjour même si on ne demeure pas dans l'endroit.

Voir également **ATF 107 Ib 177**

3. Les décisions arbitraires

3.1. Les caractéristiques

Définition : est arbitraire *une décision* qui :

- premièrement, **viole manifestement une règle claire (a) et incontestée ou un principe généralement reconnu (b)** ;
- ou deuxièmement, **lèse le sentiment de l'équité de manière choquante (c)**

(a) c'est le *cas le plus fréquent de violation de la loi ou de la non application de la loi sans motifs fondés.*

la légalité n'est pas un droit constitutionnel donc on dit que lorsque la commune ne la respecte pas X ou Y, elle viole l'arbitraire. Ainsi, on va pouvoir aller au TF.

(b) on a des a des ATF qui traitent d'arbitraire à propos de :

- *bonne foi*
- *séparation des pouvoirs*
- *principe nulla poena sine lege*

Ex : on dit qu'il ne faut pas tondre le gazon le dimanche. Mais le problème, c'est que cete interdiction n'est pas dans la loi. On va donc invoquer cela au TF avec l'arbitraire.

- *économie de procédure*

(c) on doit être *choqué d'une manière très élevée. On rejoint ici le déni de justice matériel.* Ce déni de justice matériel est fondé sur deux éléments cumulatifs :

- *la décision est infondée* (on ne peut pas la justifier)
- *la décision est carrément insoutenable dans son résultat* (la décision doit aboutir à un résultat choquant.

3.2. Quelques illustrations

ATF p.127ss.

ATF p.131 : expropriation : on prend la propriété privée. C'est arbitraire de ne pas tenir compte du délai de 30 jours tant que la décision n'est pas acquise.

ATF p.137 : Villarvert : on a un indice qui nous indique quelle genre de construction on peut bâtir sur un terrain (0,30 = villa / 0,80 = immeuble). S'il nous reste un indice sur notre parcelle, peut-on permettre à son propriétaire de le vendre ? Le TF répond que oui mais que ce n'est pas possible lorsque les parcelles appartiennent à des zones différentes. On veut éviter que surgissent des gratte-ciels dans des zones résidentielles où il n'y a que des villas.

ATF 126 ... (p.141)

Pour le recours de droit public, il faut indiquer une violation des droits constitutionnels !

Art.113ss LTF, 84 OJ

Le droit constitutionnel pour échapper à l'arbitraire c'est l'art.9 Cst

Recours :

Griefs : Droit constitutionnel (*ex* : art.9 Cst) : *recours de droit public* : *recours quand on se plaint d'une violation d'un droit constitutionnel.* Ce recours est aussi valable en droit pénal et en droit civil. On l'utilise souvent quand on a un enjeu de procédure civile ou pénale cantonale.

Quand on parle de la **légitimation** (qualité pour recourir) *il faut un intérêt juridique* (intérêt juridiquement protégé). Il faut pouvoir invoquer une disposition de l'ordre juridique suisse qui protège cet intérêt → art. 88 OJ, art. 115 lit.b LTF (*avec notre exemple de l'art. 9 Cst, on pourrait dire ici, mon intérêt est protégé par art.9 Cst.*)

L'avocat dit que l'intérêt de son client à recevoir une autorisation de séjour est protégé par l'art. 9 Cst. Le TF répond que **l'interdiction de l'arbitraire ne suffit pas à fonder la qualité pour recourir** pour un recours de droit public ou un recours de droit constitutionnel subsidiaire. Il faut invoquer d'autres intérêts que l'on va trouver dans la Cst, les lois (au sens formel et matériel), les ordonnances, les règlements,...

Le TF a du donné cette réponse sinon on aurait toujours la qualité pour recourir et donc le tribunal serait lié par ce motif et donc serait obligé de regarder le recours (et donc il aurait encore plus de travail déjà qu'il est surchargé ;))

Cet ATF nous dit aussi que malgré le nouvel art. 9 Cst, il ne suffit pas de le mentionner pour recourir. La jurisprudence à ce sujet (interdiction de l'arbitraire) reste valable. Car si on change tout d'un coup de « politique » vis-à-vis de cette problématique par l'introduction d'un nouvel article, on ouvre une porte trop largement.

II. Le contrôle par les juridictions (*pas matière de cours*)

Tableau no 6 : influencé par le recours de droit public et controversé !

A retenir dans le tableau : le législateur veut le recours unifié en matière de droit public. Ce recours prévoit comme motif de recours les faits et le droit. 76 CPJA : on peut recourir quand les faits ne sont pas établis. 104 OJ, LTF : on peut recourir pour violation du droit.

Le TF a plein pouvoir de *cognitio* en fait et en droit. Il n'est pas exclu que le TF conteste sa jurisprudence. Celle-ci d'ailleurs, dit que parfois il exerce ce plein pouvoir avec retenue. Pourquoi ? Car on a aussi des affaires cantonales qui peuvent être très locales.

Il y avait traditionnellement une exception avec les assurances sociales avec lesquelles le TF revoyait l'opportunité (129 à 132ss OJ). Désormais, on a unifié tout cela avec un seul TF (même si on a un bâtiment à Lausanne et l'autre à Lucerne). Et maintenant, le contrôle ne se fait plus qu'en fait et en droit (et plus d'opportunité).

Donc ce tableau no 6 n'est pas valable.

9) LE DROIT A LA PROTECTION DE LA BONNE FOI

I. La notion

1. La définition

Définition : c'est le **droit d'exiger** :

- **que l'autorité tienne ses promesses**
- **que l'autorité évite de se contredire**

2. Les délimitations

Il faut **distinguer entre deux institutions juridiques toutes les deux appelées bonne foi mais qui possèdent un sens différent. Il s'agit de l'art. 5 al.3 Cst et de l'art. 9 Cst** :

Art. 9 Cst :

Droit constitutionnel au respect des promesses faites par le droit administratif.

Art. 5 Cst :

Droit à ce que l'administration et les particuliers se comportent d'une manière conforme au principe de la confiance :

- *Treu und Glaube.*
- *ce n'est pas un droit constitutionnel*
- *pas de recours de droit public avec cet art. 5 Cst car ce n'est pas un droit constitutionnel mais juste un principe de l'activité administrative.*

Cet article 5 Cst oblige de manière générale l'administration et le particulier dans leurs comportements : *principe du comportement raisonnable*. Il est plus flou et plus large que le droit au respect des promesses de l'art. 9 Cst. Il s'impose au particulier et à l'administration tandis que l'art. 9 ne s'impose qu'à l'administration et il recouvre toute une série de circonstances.

Il faut **toujours se demander si c'est l'art. 9 Cst ou l'art. 5 Cst** auquel on a affaire.

Illustrations

1) **l'administration doit respecter la sécurité juridique. Elle ne doit pas changer sa pratique de procédure sans avertissement.**

2) **l'administré n'est tenu de faire quelque chose que dans la mesure où il devrait s'y attendre.**

Ex : on demande une dérogation pour passer une quatrième fois l'examen de Bachelor. On part ensuite en vacances pendant six mois. On ne voit la lettre dont la réponse est « Non » qu'à notre retour de vacances. On trouve ça injuste car si on veut faire recours, on ne le peut plus car le délai est dépassé !

L'administration dit que le citoyen devait prendre des dispositions pour faire suivre son courrier ou se faire informer. Il devait s'attendre à recevoir cette réponse.

3) **l'administré a juridiquement raison mais le principe de la confiance collective prime.**

Ex : *SJ 2002 p.625* : un citoyen est attrapé à 140km/h sur un tronçon à 80km/h. Le citoyen se défend en disant que le panneau de circulation est faux (la procédure pour mettre ce panneau là, n'a pas été respectée). Le citoyen dit donc que le panneau est nul et qu'on ne peut pas lui retirer le permis. Le TF répond que pour la sécurité routière, on doit respecter ce panneau même si celui-ci est nul. C'est le principe de la confiance. Ce principe de confiance collectif prime sur la légalité. Il ne faut pas mettre les autres usagers de la route en danger.

4) Correction d'une décision erronée.

Ex : SJ 1996, (p.157 polycop : à lire) : bonne foi et erreur de l'administration.

5) Problème lié à l'inaction de l'autorité. Le citoyen peut-il en tirer quelque chose ?

Ex : l'administration donne un renseignement faux (elle le sait) mais elle ne redit rien.

Ex : l'administration sait que la loi est violée mais elle ne dit rien.

6) L'inaction lie-t-elle l'administration ?

Oui si le principe de la confiance le demande. On ne peut pas profiter si l'administration ne n'agit pas sauf si notre bonne foi nous protège.

Polycopié p.152 JAAC

Quand on a un cas d'inaction et que les conditions de la bonne foi (art. 9 Cst) sont remplies, le citoyen est protégé. Il faut que le cas d'inaction donne le principe de confiance à l'administration et que les conditions de bonne foi au sens de l'art. 9 Cst soient remplies.

Interdiction de l'abus du droit

Il y a un problème chez l'administré.

L'abus de droit est l'**utilisation d'une institution judiciaire licite mais dans un but qui n'est pas celui de cette institution et pour un profit.**

Distinction entre le respect des promesses (art. 9 Cst) et les droits acquis

Ex :

Cas A

1) Promesse (loi --- promesse) rendue par l'administration : l'administré peut construire.

2) On lui dit après qu'il ne peut plus construire, ici c'est une **promesse**.

Cas B

1) Loi en vigueur : loi --- promesse + droit acquis --- nouvelle loi

2) Puis-je construire ? Oui.

Mais j'ai entendu dire que l'on va changer la zone ? Oui, c'est vrai.

Ici, on va faire un document à l'administré pour lui promettre que si la loi change, il pourra quand même construire. C'est un **droit acquis**. *Si la loi change elle ne sera pas applicable à ce citoyen.*

Avec une simple promesse (cas A), l'administration ne peut pas être liée par sa promesse si la loi change. Car ce sont des promesses faites sur la loi d'aujourd'hui. Une promesse ne protège pas contre un changement de droit, à l'inverse des droits acquis (cas B) !

Les **droits acquis** sont rares. Ils sont acquis par la loi, un contrat, une décision administrative, ça doit être formalisé. Droits acquis formellement. Ils sont rares (jurisprudence restrictive) car on a un problème de séparation des pouvoirs.

II. Le respect des promesses***1. Les diverses conditions***

Art. 9 : **respect des promesses**

2 cas :

1) Droit à ce que l'administration ne rend pas des décisions contradictoires (très rare)

Il y a **3 conditions cumulatives** où on peut se poser la question, y aura-t-il un respect des promesses :

- a) *contradiction* : dans des affaires semblables, il y a une opinion divergente de l'administration à des étapes successives.
- b) *le comportement de la même autorité est divergent à des étapes successives*
- c) *on a la même personne, le même destinataire mais on ne parle pas d'égalité de traitement (dans ce cas, on a aussi les conditions a) et b) mais dans la c) on a au moins deux personnes différentes)*

2) Diverses conditions du respect des promesses au sens strict (tableau n°15, p.13)

Pourquoi dit-on que le respect des promesses est un correctif à la légalité ?

Car l'art. 9 a pour effet de maintenir une situation illégale au profit de l'administré. On fait privilégier la bonne foi par rapport à la loi.

Il y a **5 conditions cumulatives** :

- 1) une *promesse effective* c'est-à-dire l'assurance (elle peut-être conforme ou non au droit, expresse ou tacite, écrite ou orale) de faire, de ne pas faire ou de tolérer quelque chose.
Effective : l'administration doit connaître le cas. Une promesse est effective que si c'est lié à un cas concret. Sinon, on est dans le renseignement général et pas dans une promesse effective.
- 2) la *promesse émane d'un organe compétent ou censé compétent*. Pour savoir si l'organe est compétent, on doit lire la loi.
« *Censé compétent* » : la promesse ne protège pas l'administré si celui-ci devait se rendre compte que celui qui a rendu la réponse n'est pas compétent. (ex : si on demande au concierge si on peut s'inscrire par fax depuis le Mexique on peut penser qu'il ne sera pas compétent pour répondre à cette question.)
- 3) la *promesse doit être de nature à inspirer confiance*. Le droit au respect des promesses ne vaut plus si le contenu de la promesse ne pouvait pas être pris au sérieux. Ainsi avec des méprises grossières ou des erreurs reconnaissables d'emblée.
- 4) la *promesse a fait que le bénéficiaire a adopté un comportement préjudiciable* (ex : un citoyen a acheté un terrain qu'il ne pourra plus vendre ou alors en perdant plus d'argent que ce qu'il a investi dans ce terrain car il a pris des « mesures dommageables »).
- 5) *l'identité de l'état de droit. Il n'y a pas eu de changement de législation intervenu depuis la promesse*. Car si la loi change, la promesse n'a plus de portée (sauf avec les droits acquis). Les droits acquis restent avec un changement de loi tandis que le respect de la promesse non.

Remarques :

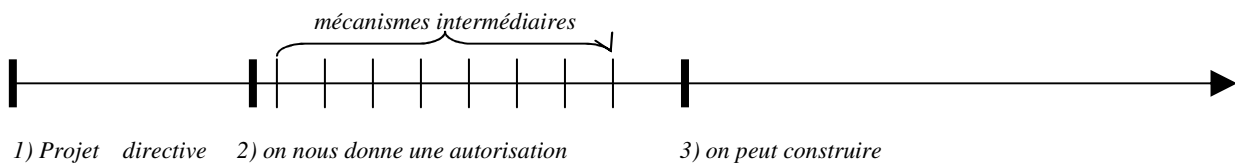
Certains auteurs disent qu'il y a une *sixième condition* :

- 6) *Identité de l'état de fait*. Selon Zufferey, d'après la première condition, cela doit être sur un état de fait précis. Si l'état de fait change, problème, ça ne marche plus ! Cette *sixième condition est englobée dans la première condition*.

2. Quelques indications complémentaires à partir de cas particuliers

Il y a un nombre de cas où le législateur a codifié ce droit au respect des promesses. A ce moment-là, la loi prime.

Ex : avec les autorisations préalables.



Avec ce schéma, on s'est rendu compte que c'était quand même un peu simple...

On a inventé des mécanismes intermédiaires afin d'obtenir l'avis de l'administration sur des bases (car si on monte tout le projet et qu'au final, on n'obtient pas l'autorisation, on va perdre de l'argent). On a donc une autorisation préalable ici.

On peut avoir des problèmes avec cette autorisation préalable :

- on a un problème **par rapport à l'autorisation définitive**. L'autorisation préalable est valable mais on refuse l'autorisation définitive. On se demande quelle est la valeur de l'autorisation préalable. On dit que celle-ci est contraignante mais l'administration sait qu'il y aura une autorisation définitive après et que l'autorisation définitive n'est pas liée (bonne foi codifiée) par l'autorisation préalable.
- **on a codifié également le droit au respect des promesses**. Mais parfois on a rajouté des conditions. Et dans ce cas, la loi prime, on va devoir respecter les conditions en plus. Comme s'est dans la loi, le citoyen ne pourrait pas se prévaloir du respect aux promesses. Le citoyen, qui a demandé une autorisation préalable, peut décider de la mise à l'enquête publique ou non. Après coup, celui qui n'aura pas réagi pendant le délai pour la mise à l'enquête, ne pourra plus réagir car c'est dans la loi.

Trois remarques :

- 1) Il y a des cas dans lesquels le législateur a **codifié le respect des promesses**.
Ex : il y a un chapitre dans la LATEC sur l'autorisation préalable dans lequel on a un article qui codifie la bonne foi (respect des promesses).
- 2) La **bonne foi s'applique aussi en procédure**. On a par exemple de nombreux cas de jurisprudence avec les délais (les délais sont très importants).
Ex : art. 38 PA : « notification irrégulière... » - Art. 28 al.3 CPJA
La notification est une communication à l'administré.
La bonne foi protège l'administré qui a reçu une information erronée. *Ex* : on reçoit une décision administrative qui ne nous plaît pas. Dans la décision, on a écrit les moyens de faire recours (voie de recours, délais,...) au bas de la décision. C'est désormais presque partout obligatoire de mettre les moyens de recours au bas de la décision (ex : art. 66 CPJA). *Si cette indication est fautive* (indication erronée du, délai ou de l'instance) *l'administré est protégé dans sa bonne foi*.
On doit *aussi examiner si l'administré pouvait de bonne foi savoir que le délai était erroné*. Dans ce cas, la justice est très sévère avec les juristes ou les avocats qui devraient connaître les délais ou sinon être capables de les vérifier.
Quand il n'y a pas d'indication de la voie de recours ou s'il y a une erreur, la jurisprudence traite ça comme une notification irrégulière. Dans ce cas donc, l'avocat devra écrire à l'administration et demander que celle-ci envoie une notification régulière cette fois. Et le délai partira de cette nouvelle décision.
La bonne foi se trouve des deux côtés : celui qui constate une notification irrégulière doit en faire part à l'administration tout de suite (≠ pas attendre trois mois).
- 3) **fonder sa bonne foi sur des actes législatifs, quid iuris ?**
ATF 123 II 325

Ex : un projet d'ordonnance est public. Un administré dit qu'il s'est basé sur ce projet. Mais un *acte législatif ne peut pas justifier un sentiment de confiance dont le justiciable pourrait se prévaloir*. Un acte législatif en préparation ne peut pas remplir la première condition de la bonne foi car il ne s'inscrit pas dans un *rapport concret et individuel* et c'est ce qui est important avec la première condition de la bonne foi.

3. Les effets du droit

L'autorité est tenue de respecter sa promesse. La bonne foi lie l'administration **si les conditions sont remplies**.

Ce chapitre 9 est en fait un correctif à la légalité

Exception : il n'y a **pas d'obligation de respecter la promesse même si les conditions sont remplies lorsque l'Etat doit respecter un intérêt public impérieux**. Si on est dans ce cas, on va compenser la perte du droit de l'administré : on appelle ce mécanisme **l'expropriation**. L'administré aura une indemnité en équité (il ne va pas s'enrichir).

ATF p.161 à 163 : M. De Cicco veut savoir si lorsqu'il va retourner s'établir en Italie, il recevra encore de l'argent de l'AI. Il téléphone à la Caisse de Neuchâtel avec lequel il a l'habitude de traiter et pose la question. L'employé lui répond que oui. Il écrit donc une lettre suite à cet entretien téléphonique pour mettre les choses par écrit. En Italie, il ne reçoit pas son argent, donc il se renseigne et apprend que la Caisse de Neuchâtel n'était pas compétente pour lui répondre (avec les étrangers domiciliés ailleurs, on doit s'adresser à la Caisse fédérale) et qu'en plus, on verse pas l'AI à l'étranger. Ensuite, M. De Cicco va revenir en Suisse (déménagement,...) pour entamer un procès qu'il va gagner.

Pour résoudre ce cas, on va voir si les cinq conditions sont remplies (*p.163 de l'ATF*). Ici, M. De Cicco a gagné son affaire et a été protégé dans sa bonne foi. La promesse de la Caisse a triomphé. M. De Cicco a recouru pour se faire payer les mois passés en Italie. La conséquence est que ça fonctionne comme correctif à la légalité. Si M. De Cicco était resté en Italie, on aurait continué à le payer, la violation de la loi aurait donc pu durer pendant des années.

Si M. De Cicco ensuite demande de l'argent car il a dû déménager avec toute sa famille et qu'il a eu de nombreux frais, on ne peut pas dans ce cas se fonder sur ce droit constitutionnel (bonne foi). Pour agir dans ce sens (frais,...), on va devoir utiliser la responsabilité civile de l'Etat, on va donc ouvrir une action en responsabilité de l'Etat. Mais dans la pratique, c'est très dur d'obtenir de l'argent de l'Etat avec ce genre d'action.

10) LES DENIS DE JUSTICE

I. Le tableau général

1. Les droits et les principes applicables à la procédure administrative et

2. Les divers dénis

Suivant les auteurs, il existe des présentations variables :

Déni de justice matériel : cas d'arbitraire

Déni de justice formel : ici ça varie :

- déni de justice formel **au sens étroit** :

- refus de statuer
- retard injustifié
- déni de justice formel **au sens large** :
 - formalisme excessif
 - violation du droit d'être entendu
 -

Ce sont *aujourd'hui des droits écrits*. Aujourd'hui, la Constitution dans son art. 29 fixe des droits fondamentaux de procédure. On trouve aussi dans les codes de procédure des rattachements expresses : art. 25 PA (art. 25 al.2 PA) : codification de l'obligation de l'Etat de répondre aux requêtes de l'administré. Et cela dans tous les domaines et pas seulement pour les questions constatatoires ; art. 25a PA : obligation de statuer de la part de l'Etat pour des actes matériels aussi.

II. Le refus de statuer

1. Le problème

Définition : il y a refus de statuer **lorsque l'administration garde le silence sur une demande qui exige une décision.**

Même si une demande est viciée (non respect du délai, vice de forme, l'administration voit d'emblée que la demande sera refusée,...) **l'administration doit quand même répondre.** Il y a très peu d'exceptions à cela en jurisprudence.

Les **seules exceptions** qui existent c'est :

- lorsque l'on (tout le monde) peut dire que **l'administration est manifestement incompétente pour répondre.**
- ou lorsque **l'auteur de la demande est négligent et que c'est sa négligence qui conduit à la passivité de l'administration.**

2. Le retard injustifié

Définition : il y a retard injustifié **lorsque l'autorité diffère** (retarde) **au delà de tout délai raisonnable la décision qu'elle a l'obligation de prendre.**

Avec un retard injustifié ce n'est *pas un déni de justice formel à chaque fois si la décision n'arrive pas quand l'administré le souhaiterait...* Le caractère raisonnable du délai dépend de la **nature**, l'**importance** et de la **complexité** de la décision à prendre.

La durée est déraisonnable quand l'administration ne fait pas régulièrement avancer les choses. *Ex : indice de délai déraisonnable* : on ne me dit rien pendant six mois, une année sur mon dossier et ensuite on me fait savoir (après que j'eus téléphoné pour avoir des informations sur mon dossier) qu'il manque une petite pièce au dossier. Ici le délai n'est pas raisonnable car le dossier a dormi pendant tout ce temps et n'a pas avancé régulièrement (on devrait voir tout de suite qu'il manque une petite pièce au dossier). C'est à l'Etat de s'organiser pour traiter régulièrement les dossiers.

Remarque : maintenant, on a introduit des délais dans les lois. C'est le cas, par exemple, de l'art. 174 al.4 LATEC : ces délais sont des délais imposés par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif. *Quid* si ce délai n'est pas respecté ?

Ces délais sont des **délais d'ordre** c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'effet matériel d'application de la loi dans laquelle se trouve le délai. Ce délai d'ordre est plutôt un délai servant à faire bouger l'exécutif. Il ne s'agit pas d'un délai matériel.

Il y a cependant une **exception** avec les **actes administratifs automatiques** (délais automatiques). Si à l'issue de ce délai, l'administration n'a pas réagi, on considère que c'est en ordre (ex : le cas de la France avec les permis de construire).

En Suisse, on a ces actes administratifs automatique avec :

- la LCart (loi sur les cartels) pour les décisions de fusion : la fusion est accepté si on ne dit rien.
- la LPCC (loi sur les placements collectifs de capitaux) : il y a une autorisation automatique mais pendant deux mois, l'administration se réserve le droit de révoquer cette autorisation. Si elle ne fait rien pendant ces deux mois, après c'est trop tard.

Si on a un délai dans la loi et que l'administration ne le respecte pas. Peut-être qu'un jour ça peut se retourner contre l'Etat. On dira l'Etat n'a pas respecté la loi et on attaquera la responsabilité civile de l'Etat.

3. Les moyens de défense

3.1. Les voies de droit

Il existe deux moyens :

1) les voies de recours

- il existe un recours spécial pour le retard injustifié :
art. 111 CPJA qui est une *voie de droit formalisée*. L'autorité doit traiter le recours (ce n'est pas ici un recours selon les voies ordinaires de recours. On ne va pas aller devant la commune pour se défendre mais devant un tribunal administratif et plus loin si on enchaîne les recours). Avec ce recours, si on est dans une commune, il y a le département qui surveille la commune qui est l'autorité de surveillance.
art. 70 PA (abrogé) : on parlait de recours à l'autorité hiérarchique. Il a été abrogé car aujourd'hui, on a simplifié les voies de recours. Donc dans ce cas, il faut utiliser les voies de recours ordinaires
- il existe aussi des voies de recours ordinaires :
Dans ce cas-là, *le retard injustifié est assimilé à une décision négative de la part de l'administration.*

2) les moyens auxiliaires

- il existe un système de plainte (art. 112 CPJA ; art. 71 PA)
Plainte : situation où le plaignant n'a pas la qualité de partie à un recours. C'est une affaire qui concerne l'Etat. Le plaignant n'a donc pas le droit d'être entendu et en principe, il n'a pas le droit de recourir sur l'issue de la plainte. On va juste prendre sa plainte en compte et peut-être y donner suite...

3.2. Les effets du recours

Il y a plusieurs effets :

L'autorité de recours peut donner un ordre à l'autorité administrative de décider le plus vite possible !

Le recours n'a en principe **pas d'effet dévolutif** : *le litige porte juste sur le retard mais pas sur le fond*. L'autorité de recours va dire qu'on doit donner rapidement une décision mais ne va pas dire dans quel sens (statue sur le retard mais pas sur le fond).

S'il y a une décision rendue par l'autorité inférieure (qui avait eu un retard injustifié) dans l'intervalle c'est-à-dire avant que le jugement soit rendu, c'est en ordre. Comme ici, il n'y a pas d'effet dévolutif, l'autorité inférieure peut trancher dans l'intervalle et le tribunal dira que le recours est sans objet (on le raye du rôle et personne ne paie de frais).

Il y a des cas où l'autorité de recours peut trancher elle-même. Ce sont les cas où l'autorité de recours est l'autorité hiérarchiquement supérieure (elle peut décider elle-même).

ATF Bubbenberg (p.168ss polycopié : attention à la p.383 de l'ATF)

III. L'interdiction du formalisme excessif

1. La notion

1.1. La définition

1.2.

Définition : désigne les exigences de forme que ne justifie aucun intérêt digne de protection (donc l'intérêt public) et / ou qui complique inutilement l'application du droit matériel.

1.2. Les critères

Base légale :

Art. 5 Cst et dans divers codes de procédure : art. 8 al.3 CPJA,...

2. *Quelques illustrations*

Il n'y pas formalisme excessif à chaque fois qu'une forme est prescrite et que l'administration oblige à la respecter. **A priori, la forme n'est jamais excessive.** L'excès n'interviendra qu'**exceptionnellement** ! On est toujours dans la **proportionnalité**.

Le formalisme excessif peut venir parce qu'une forme n'est pas respectée ou parce que l'on n'a pas laissé assez de temps à l'administré pour qu'il respecte la forme. Quasiment tout le temps, on donne la possibilité à l'administré de réparer son vice de forme. C'est-à-dire que le tribunal se demande s'il fallait donner à l'administré du temps afin qu'il puisse réparer son vice de forme ou est-ce que c'était tellement grave qu'il fallait refuser tout de suite la demande de l'administré ?

p.164 à 167 du polycopié :

Exiger un avocat ne relève pas du formalisme excessif.

Ne pas donner de délai à l'administré pour qu'il change de mandataire n'est pas un formalisme excessif mais compte tenu des circonstances, il fallait ici lui donner les dix jours nécessaires pour qu'il puisse changer de mandataire.

11) "LES" DROITS D'ETRE ENTENDU

I. Généralités

1. La notion

Définition : droit pour l'administré de se faire entendre avant qu'une décision soit prise à son détriment.

Le droit d'être entendu est un **droit de procédure** qui permet aux particuliers de sauvegarder leurs droits. Ce droit est un moyen de *restreindre et de limiter les erreurs*. Grâce à lui, on parvient à une très bonne connaissance des faits.

D'un point de vue terminologie, le terme « droit d'être entendu » n'est pas bon. Car le droit d'être entendu *n'est pas oral mais on se fait entendre par écrit*.

Il ne faut pas confondre le droit d'être entendu et le droit à des débats publics. Il n'y a pas de droit à des débats publics en première instance mais on a droit par exemple au droit d'être entendu. Les droits d'être entendu vont largement *au-delà de se faire entendre*. Par exemple, c'est le droit de recevoir une décision motivée.

2. Les sources

Il n'y a pas de loi sur le droit d'être entendu mais il existe une *approche générale*. Le droit d'être entendu doit **en priorité être recherché dans** :

- les **dispositions de procédure** :
 - o *dispositions de procédure générale* : ex : PA 21 à 33 (décisions prises par une autorité fédérale) et CPJA 57ss (décisions prises par une autorité cantonale)
 - o *dispositions spéciales dans des lois fédérales ou cantonales* : il s'agit par exemple d'une loi cantonale qui fixe ponctuellement dans des articles une disposition pour le droit d'être entendu. Ex : dans la loi sur l'AVS : il y a un article qui dit qu'on doit entendre la famille avant de donner de l'aide pour une personne handicapée,... Idem à l'art. 27 LPG (loi sur les assurances sociales) : il y a un droit étendu à être renseigné.
On a un problème dans le canton de Vaud car il n'y a pas de code de première instance. Il n'y a donc pas de codification du droit d'être entendu mais pour défendre ce droit, on se base sur les droits fondamentaux.
- la **Constitution** : l'art. 4 aCst. On a suggéré depuis l'aCst d'invoquer la liberté personnelle car on disait que le droit d'être entendu était un moyen nécessaire pour défendre sa liberté personnelle. Mais aujourd'hui, on ne raisonne plus ainsi car on a les art. 29 et 30 Cst.
- la **CEDH** : art. 6 §1. La Suisse a ratifié la CEDH. Il n'y a plus de réserve ni de mesures interprétatives aujourd'hui. L'art. 6 §1 donne la défense des droits pénaux et civils. On se demande dès lors s'il peut aussi s'appliquer en droit administratif ? On a répondu que oui, il s'applique dès que les *droits patrimoniaux* sont concernés.
Les codes de procédures et la Constitution vont tout aussi loin que la CEDH si ce n'est même plus.

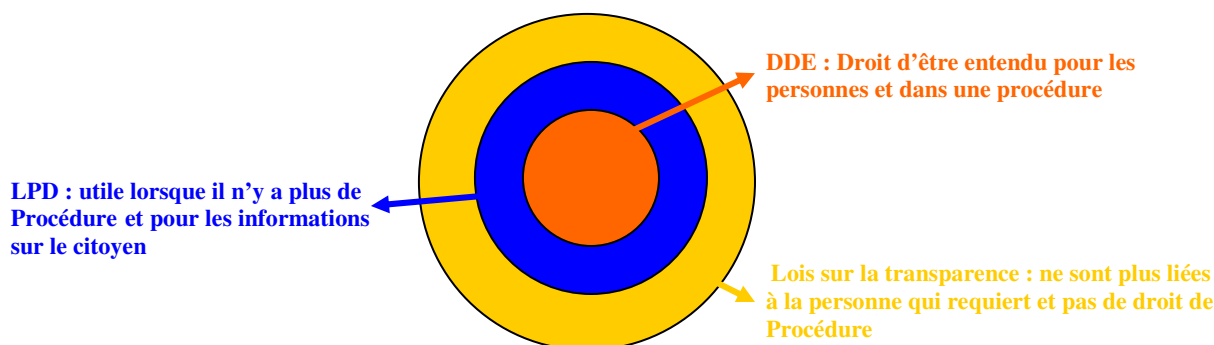
La **LPD** et la **LPrD** (loi cantonale) : **lois sur la protection des données**. La protection des données sert à protéger des informations dès qu'elles sont rattachées à une personne.

C'est par exemple le cas des **lois sur la transparence** qui sont récentes. Ce sont des lois qui renversent la présomption de la confidentialité des documents administratifs. C'est désormais à l'Etat de montrer qu'il y a certains intérêts à peut-être ne pas monter tel ou tel dossier. C'est

ici une sortie de droit d'accès général à des documents administratifs. De nouveau, en dehors de procédure et d'informations personnelles.

Droit d'accès : c'est le droit d'interpeller l'Etat et de demander les informations qu'il possède sur notre compte. Ce droit d'accès est consacré. Car si on n'a pas de droit d'accès, on ne peut pas appliquer les autres droits comme par exemple le droit de corriger ces données.

La protection des données s'applique indépendamment d'une procédure administrative. *Ex* : on est cambriolé et on dépose plainte. On va nous demander si on reconnaît l'agresseur pour cela, on nous montre des photos. Parmi celles-ci, on reconnaît notre beau-frère. Ensuite, on se rend compte que la police pour faire ces permis garde un double du permis de conduire ainsi qu'une photo : pas besoin d'une procédure en l'espèce. Tandis que *le droit d'être entendu n'existe que si on est partie à une procédure*. Le champ d'application est plus restreint pour le droit d'être entendu que pour la protection des données.



Plus on s'éloigne du centre, moins le droit est précis, dense.

3. La portée en procédure administrative et juridictionnelle

Le droit d'être entendu est un élément nécessaire de toute procédure. Surtout en matière pénale et civile. Le droit d'être entendu occupe la majorité des débats. On doit entendre la personne sur un point sinon on ne peut pas la condamner. Avant, avec la procédure administrative, on se basait sur une *maxime d'office* : « il faut au moins demander aux parties leur avis ». Aujourd'hui, on ne fait plus de différence. Le droit d'être entendu existe dans toutes les instances.

4. Les titulaires

Pour avoir le droit d'être entendu il faut **être partie à la procédure** (Cst 29 II ; CPJA 57). Pour savoir si une partie est partie à la procédure, il faut regarder l'art. 11 CPJA.

Le droit d'être entendu ne peut pas être utilisé dans n'importe quelle procédure.

Concernant la partie à la procédure, il n'y a pas de limite : ça peut être des personnes physiques, des mineurs (CPJA 12 : capacité d'agir en justice), une personne morale,...

Pour être partie à la procédure, il faut que le CPJA (CPJA 11) s'applique et pour qu'il s'applique, il faut une procédure de décision (CPJA 4). On ne peut pas avoir une procédure si on n'a pas une décision qui va s'appliquer.

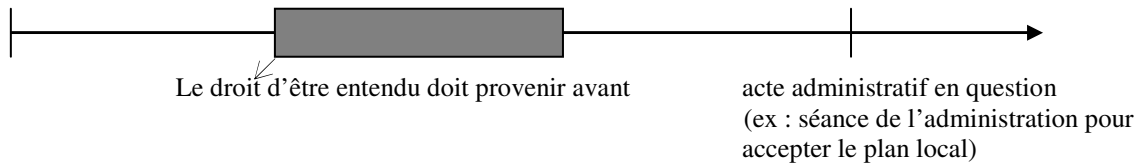
Ex : avec une histoire communale... Une dame possède 4 chiens. On fait un règlement communal disant que les chiens doivent être tenus en laisse et ne peuvent pas s'approcher à moins de 100m de l'école. La dame dit qu'elle n'a pas été entendue. Mais ici, c'est un **règlement communal**. Le règlement communal **n'est pas une décision** donc les art. CPJA ne s'appliquent pas ici.

Le droit d'être entendu ne s'applique pas à une procédure législative.

Avec un *arrêté*, on doit regarder (lire) si c'est une loi ou une décision.

Avec un *plan d'aménagement du territoire*, ça dépend : le TF a dit que c'était un acte mixte c'est-à-dire un acte avec un élément de décision et un élément de législation.

Avec un plan d'aménagement du territoire :



Ce droit d'être entendu est codifié, ça devient une *mise à l'enquête publique* qui peut donner des *oppositions*.

5. La nature

C'est un droit de **nature formelle**. Lorsqu'il est violé, la décision viciée est automatiquement annulée et cela même si le recourant ne démontre pas qu'en respectant le droit d'être entendu aurait changé quelque chose (la nouvelle décision ne change pas la première).

Ex : on reçoit une décision. On fait recours car on s'aperçoit que le droit d'être entendu a été violé (on n'a pas entendu M. X). On va donc annuler la décision et finalement, on va entendre M. X. Mais même en respectant le droit d'être entendu, on arrive à la même solution.

Ce mode de fonctionner est une preuve de l'excellente protection que procure dont bénéficie droit d'être entendu. Il suffit de violer le droit d'être entendu pour qu'on doive recommencer la procédure. Cela peut avoir un grand effet sur un petit grief. Il existe des mécanismes pour se protéger du droit d'être entendu :

Ex : on veut fermer un casino. Il existe une loi fédérale très stricte à ce sujet. La commission donne à ce sujet des décisions strictes. L'impact est donc gigantesque. On rédige donc dans notre cas un projet de décision que l'on envoie au citoyen. Ceci est une façon de permettre au citoyen d'exercer son droit d'être entendu. On lui donne ainsi la possibilité de donner ses arguments. Après on en tient compte et on finalise le projet. Or, on rend la même décision mais au moins on est sûr avec ce système que le droit d'être entendu est exercé.

Exemptions : la violation formelle n'est pas valable ou elle est atténuée.

- 1) *Principe de l'effet guérisseur* : en vertu de ce principe, l'autorité constate la violation du droit d'être entendu mais au lieu de l'annuler, elle répare cette décision.
 - 2) *Mémoire du recourant*
 - 3) *Réponse de l'autorité*
 - 4) *Réplique du recourant*
- } échange d'écritures

Le tribunal dit qu'au lieu d'annuler la décision il tient compte de ce qui a été dit dans l'échange d'écriture (cela fait en quelque sorte un droit d'être entendu). Il réalise ainsi une économie de procédure.

- 1) **L'autorité de recours doit avoir plein pouvoir de *cognitio* en fait et en droit.** L'autorité de première instance statue aussi en matière *d'opportunité*. Et l'autorité de recours ne peut pas statuer en matière d'opportunité (c.f CPJA). *L'effet guérisseur marche quand même, même s'il n'y a pas de recours en opportunité.*

- 2) Il s'agit du **cas où le TF refuse le caractère formel du droit d'être entendu**. Le bénéficiaire a déjà pris des mesures de bonne foi et si on annule tout ça, ça va poser des problèmes pour lui. *Mais il faut impérativement pour cela que la décision soit favorable à l'administré.*
- 3) Il y a des **cas où le recours est sans objet** car pendant la procédure de recours un événement de fait intervient. *Ex* : un étudiant, qui n'est pas content avec sa note, recourt. On va invalider son examen. Mais entre temps, il meurt. Son recours est donc sans objet. Quand le recours sur le fonds (matériel) est sans objet, cela enlève la violation formelle (économie de procédure).

II. Les divers droits

1. L'énoncé et 2. Le droit de s'expliquer

2.1. Les trois facultés

C.f : CPJA 59 et 62

Ce droit comprend trois facultés principales :

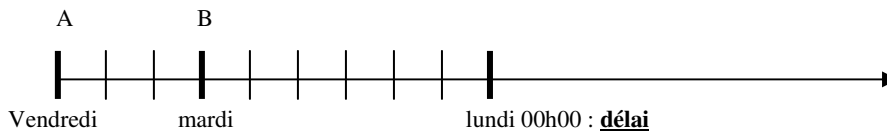
- 1) le *droit d'exposer ses arguments en fait, en droit et en opportunité*
- 2) le *droit d'exposer ou de répondre aux objections* : droit de répliquer
- 3) le *droit de se déterminer sur les autres éléments du dossier*

Ces trois facultés sont soumises à la condition que **la partie puisse en subir un préjudice, un désavantage**.

2.2. Quelques questions délicates

- 1) Il n'y a *pas de droit à s'expliquer à l'avance sur l'argumentation juridique* (les arguments juridiques contenus à la fin du jugement c'est-à-dire dans la décision) *de l'Etat*. Le tribunal n'a pas d'obligation à nous montrer la partie en droit du jugement sauf si l'argumentation est totalement inattendue (c.f **ATF 116 Ia 52**).
- 2) C'est le *droit d'être convoqué à temps à une audience*. On ne peut pas nous envoyer un sms cinq minutes avant l'audience pour nous dire qu'on est convoqué.
- 3) Il n'y a *pas de droit à s'expliquer oralement* (CPJA 32). La *procédure est écrite*.
- 4) Il n'y a *pas de droit à être entendu personnellement par l'autorité elle-même*.
Ex : on veut une autorisation donnée par la Confédération. Ce ne sera jamais le Conseil fédéral qui va devoir nous écouter.
- 5) Il n'y a *pas de droit fondamental à répliquer*. Cela dépend de ce qui figure dans la réponse. Le juge décide s'il veut faire un second échange d'écriture. Après la réplique, c'est donc lui qui décidera s'il y a duplique ou non.
- 6) Il n'y a *pas toujours de droit à s'expliquer*. Il peut y avoir des cas d'urgences où on doit régler la question vite sans permettre à l'administré de s'expliquer (art. 58 lit.e CPJA : « *péril en la demeure* »)
- 7) Il n'y a *pas de droit à faire des déclarations manifestement prolixes ou sans pertinence*.
- 8) C'est le *droit de compléter un recours par un mémoire complémentaire* (CPJA 82 et 83)

Ex : avec les marchés publics



Le vendredi (temps A), il y a un avis comme quoi l'entreprise A a reçu l'adjudication pour les travaux. L'entreprise B veut recourir, elle a pour cela un délai de dix jours. Elle vient le mardi. On n'a pas le temps en dix jours d'avoir tous les documents donc on va inventer des griefs et on demande au juge du temps supplémentaire pour compléter le dossier lorsqu'on aura reçu les documents de l'administration.

- 9) Il n'y a *pas de droit à s'expliquer avant une décision négative au sujet d'un examen.*
Ex : examen pour le brevet d'avocat (c.f p.172 du polycopié)

Le droit d'être entendu doit être examiné *in casu* ! On doit voir selon les intérêts en jeu et on doit argumenter.

3. Le droit de consulter le dossier

3.1. Le principe

C'est là que l'on trouve le plus de litiges. Le principe veut que les parties ont le *droit de consulter le dossier de la procédure dans laquelle elles interviennent* : art 26 à 28 PA ; 63 à 65 CPJA.

Remarques :

Il faut faire attention de *savoir ce qui se trouve dans le dossier.*

Ex : pour un médecin, ses notes personnelles ne font pas partie du dossier formel.

Car il s'agit d'un *dossier formellement constitué dans lequel on range les éléments établis au cours de l'instruction. Il s'agit d'éléments officiels.* *Ex : avec un examen, on pourra voir le PV (à quelle heure l'étudiant entre et sort, quelle question il a tiré,...) mais on ne peut pas voir les notes des profs ou des assistants car ils ne font pas partie du dossier formellement constitué. On a un droit d'accès seulement au dossier et pas à ces notes.*

On n'a pas le droit d'emporter le dossier. On peut le consulter mais on ne peut pas l'emporter.

3.2. Le problème des copies

Le droit de faire des copies est reconnu dans son principe. Art. 63 al.2 et al.3 CPJA : on compense l'absence de pouvoir recevoir le dossier chez soi par le droit de faire des copies. Mais ces copies doivent être **techniquement possibles**. L'autorité peut les refuser si faire toutes les copies s'avère disproportionné. La *question de la proportion se pose donc ici.*

Concernant le **prix**, on reconnaît le droit à faire des copies mais on doit payer un **émolument**. *L'émolument est un paiement prélevé pour un service rendu par l'administration.* Par nature, l'émolument est une redevance causale donc assujettie à plusieurs principes dont le principe de couverture des frais.

3.3. Quelques cas particuliers

Art. 64 et 65 CPJA

A-t-on le droit de consulter un dossier hors procédure ?

En principe, non, car on n'est plus partie si il n'y a plus de procédure. Mais il est admissible d'avoir accès à un dossier terminé mais pour cela il faut avoir un intérêt digne de protection. Il y a des cas où l'Etat peut refuser l'accès au dossier (64 CPJA) car ce droit de consulter le dossier n'est pas absolu. On peut refuser :

- s'il y a un *intérêt public ou privé prépondérant* ou
- si *une enquête en cours l'exige*

Si on refuse donc l'accès au dossier pour ces motifs, on doit :

1) **respecter le principe de proportionnalité**

- soit en : *limitant le refus à certaines pièces*
- soit en : *examinant la possibilité d'anonymiser* (caviarder = cacher les noms) dans le document

Art. 65 CPJA : conséquence du refus d'accès au dossier.

Une pièce dont l'accès a été refusé ne peut pas être utilisée contre l'administré sauf si on lui a donné les éléments (contenu, on lui dit en gros ce qui s'y trouve) de cette pièce par oral et qu'il a pu en faire une contre preuve (on lui a donné la possibilité de faire une contre preuve).

A lire : *polycopié p.172ss en lien avec CPJA 57ss*

p.175 : Il s'agit d'une femme qui veut être engagée comme prof et qui subit une procédure disciplinaire. Elle recourt contre une mesure de suspension dont elle a été victime. Pendant cette procédure, il y a un problème d'accès au dossier. Cet arrêt représente un *revirement de jurisprudence*. Il étend le champ d'application au droit d'accès au dossier. L'autorité ne veut pas montrer le dossier car elle dit que c'est un document interne à l'administration. Il y a deux questions à se poser :

- 1) Il faut examiner si c'est un *document officiel ou non*, le *document fait-il donc partie du dossier* ? Si c'est une pièce qui ne fait pas partie du document administratif (par exemple, des notes personnelles), il faut voir. Regarder aussi attentivement la limite.
- 2) On doit également regarder si on a affaire à un *document important* pour prendre la décision ou si c'est juste un document qui est un élément de réflexion.

DOSSIER

actes internes B)	actes de préparation A)
----------------------	----------------------------

A) Les actes de préparation (des notes par exemple) sont des éléments **internes**. Comme acte de préparation, c'est par exemple un projet qu'on a fait un premier projet avec des notes internes. A ce sujet, on n'aura pas de droit d'accès.

Les actes préparatoires qui matérialisent la pensée de l'administration sont des actes internes. Il n'y a pas de droit pour les voir.

B) Pour les actes internes, il faut voir la portée pour la décision, voir si ça porte sur l'état de fait ou sur autre chose. Le problème qui se pose avec l'état de fait c'est qu'on va se demander si il y a une portée pour la décision.

Pendant longtemps, on a dit qu'il n'y avait pas de droit d'accès car c'était une mesure qu'avait prise elle-même l'administration. Mais ici, le TF (polycopié p.175) a renversé la jurisprudence, il a étendu l'ingérence de l'administré dans la procédure. Maintenant, si on a un acte interne sur un état de fait qui est *verfügungserheblich*, il va y avoir droit d'accès. On

étend le droit même aux documents internes de l'administration lorsqu'ils sont pertinents pour la décision car ils aident à comprendre l'état de fait.

Polycopié p.178-179 : consid. bb) : le refus de la commune ne constitue pas la violation du droit d'être entendu car le recourant était déjà suffisamment orienté sur le projet. Il n'y a pas de violation du droit si on ne permet pas de faire des copies car il n'y a pas de droit absolu, *in abstracto* de faire ces copies. En l'espèce, le recourant possédait le premier plan, comme il y avait eu peu de changement avec le nouveau plan, il n'avait qu'à faire les changements sur le second plan (p.179 !!!).

4. Le droit de faire administrer des preuves

C'est le **droit d'exiger de l'administration des mesures probatoires**.

4.1. Les conditions

Il y a trois conditions à cela :

- 1) il doit s'agir de **faits pertinents** (faits qui auront un impact sur la décision).
- 2) **les preuves doivent être utiles**, ça doit être des mesures propres à établir un fait n'étant pas établi par un autre élément du dossier.
- 3) on doit **respecter les formes et les délais prescrits**

4.2. Quelques cas particuliers

Quid des preuves illicites ?

- la preuve obtenue de manière illicite peut être gardée si elle aurait pu aussi être obtenue de manière licite (par exemple, on n'a pas fait attention et on a eu cette preuve de manière illicite)
- cette preuve a été obtenue de manière illicite car on n'avait pas d'autre solution (**ATF 99 V 12**). *Ex* : les écoutes téléphoniques non autorisées avant la loi sur les télécommunications (LTC)

4.3. L'expertise

L'expertise est une **analyse confiée à quelqu'un d'extérieur à l'administration**. Il y a de plus en plus d'expertises aujourd'hui. On en a souvent avec les problèmes de responsabilité. On utilise alors des experts pour renforcer sa position.

L'**expertise** est un **moyen de preuve** comme un autre. Il est prévu dans les codes de procédure (CPJA 52). Pour le surplus, on renvoie aux codes de procédure civile (CPJA 56).

Expertise légale est une expertise *imposée par la loi administrative*. Par exemple, c'est le cas lorsqu'on procède au contrôle anti-pollution obligatoire chaque x années pour sa voiture.

Expertise judiciaire est une expertise qui se déroule *devant l'autorité de recours*. Il n'y a pas de caractère obligatoire ici. Mais il existe une possibilité pour l'administré de demander qu'une expertise soit faite.

On se demande si l'Etat qui donne la concession à un expert est responsable de ce dernier ? Pour répondre à cette question, il faut voir quelle est la nature de la relation entre l'Etat et l'expert. Si c'est une *relation publique* : l'expert est un *auxiliaire* et donc l'Etat est

responsable. Si la relation est *privée* : l'expert est un *mandataire* et l'Etat n'est pas responsable.

5. Le droit de participer à l'administration des preuves

Une partie a le droit de participer à l'administration des preuves. On doit pouvoir être convoqué à temps (pas juste 3 minutes avant l'audience). Idem pour l'expertise, on peut demander d'auditionner l'expert ce qui constitue une participation à l'administration des preuves.

Exceptions :

- 1) **urgence** : dans les cas où il y a une urgence, on peut n'avoir aucun droit à participer. C'est par exemple le cas si quelqu'un nous montre des photos qu'il a prises. On ne pourra réagir ici que sur le résultat (on reçoit les photos et on peut les regarder) mais non sur la prise de l'image (CPJA 58).
- 2) **lorsqu'une partie risque de modifier la situation à constater**. Cela peut être le cas, par exemple, si quelqu'un porte plainte contre un club privé tenu par ses voisins car ils font trop de bruit. L'administration fait une expertise, d'après celle-ci, il y a effectivement trop de bruit. Dans ce cas, c'est normal que pendant l'expertise, on n'avertisse pas le voisin (propriétaire du club) qu'on va faire une expertise tel jour à telle heure sinon il pourrait baisser le son et ce serait trop facile...
- 3) **lorsque la visite des lieux n'est qu'un simple constat** : on veut simplement établir la réalité des faits par une visite des lieux.
- 4) **Lorsqu'il y a un intérêt de protection d'un tiers ou de l'Etat** (intérêt supérieur à protéger)

6. Le droit d'obtenir une décision motivée

6.1. Le principe

Le *fondement* de ce droit est *double* :

- il y a un *élément rétrospectif* : on doit vérifier que tous les éléments importants ont été pris en compte.
- Il faut *comprendre la portée de la décision pour l'avenir* afin de l'exécuter et de pouvoir former son recours.

En Suisse, on n'a pas de loi pour nous dire comment motiver une décision mais on a une disposition avec l'art. 66 let.c CPJA et avec d'autres dispositions spéciales comme l'art. 174 al. 4 de la LATEC.

6.2. Les effets

Peut-on motiver par simple renvoi ?

C'est un mode qui se répand parce qu'on a beaucoup de lois, beaucoup de juristes. On veut se faciliter un peu le travail. Mais on ne peut ni répondre oui, ni répondre non à cette question. Il faut voir selon le cas d'espèce :

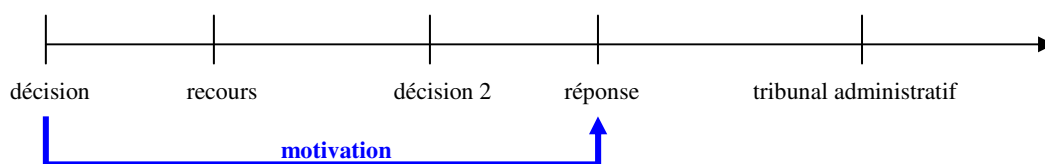
- *lorsque c'est extrêmement simple*, le renvoi est permis (par exemple concernant une taxe poubelle de 8 CHF). *De même pour une décision qui nous donne raison*, on admet le renvoi.
- s'il s'agit de *dérogations*, on est plus sévère. *Si une décision déroge au régime ordinaire prévu par la loi, on doit motiver !*

- *lorsque plusieurs autorités (procédure complexe) statuent dans un même dossier (ex : on veut créer une déchetterie pour cela, on va avoir besoin de plusieurs autorisations différentes venant d'autorités diverses) : la motivation de la décision 1 (autorisation de construire la déchetterie) ne peut pas être modifiée par le renvoi de la décision 2 (autorisation d'entreposer des déchets pendant x jours). Chaque autorité doit faire sa propre motivation car on veut lutter contre l'arbitraire.*

Doit-on tout motiver ?

Non, selon le *principe de la proportionnalité*. Mais on a droit à une motivation sur *les éléments principaux de la procédure*. Ce droit est de *nature formelle* donc on peut avoir *l'annulation d'une décision pour non motivation de celle-ci même si elle est juste*. Mais en l'espèce, l'*effet guérisseur* va souvent jouer un rôle.

Il est aussi possible d'avoir un *retrait (Rücktritt)*. Le retrait est une hypothèse fréquente lorsque l'administration modifie sa décision en cours de procédure.



Avec le retrait, on parle de la décision 2. En réalité, c'est une révocation. Comme la décision 2 intervient pendant la procédure, on appelle ça un retrait (PA 58,...). Il y a des conditions : par exemple, on ne peut pas faire ça deux minutes avant le jugement.

7. Le droit de se faire représenter ou assister

7.1. Le principe

Droit qui existe mais qui a mis beaucoup de temps à s'établir. Aujourd'hui, la CEDH est importante : même en procédure administrative, on a le droit d'être aidé par quelqu'un.

Le droit de se faire représenter n'est pas égal au droit de se faire assister mais parfois ils sont combinés.

7.2. Les règles légales

Le droit de se faire représenter est le **droit de ne pas venir à l'audience et d'y envoyer quelqu'un à sa place** (CPJA 13).

Exceptions : lorsque la loi exige la présence de la personne pour les besoins de l'instruction.

Qui peut représenter ? Tout le monde peut représenter (CPJA 13), la seule condition est la possession de l'exercice des droits civils.

Exceptions : dans certains cas, avec le tribunal administratif, il peut y avoir un monopole de représentation. Mais dans ces cas (au tribunal administratif), c'est normal qu'il y ait un monopole de représentation (avocats) pour certains domaines du droit (domaine fiscal notamment).

Le droit de se faire assister est le **droit d'être à côté de la personne durant l'audience**.

Comme pour le droit de se faire représenter, en principe tout le monde peut assister mais il y a des cas où il existe un monopole de l'assistance.

Assistance gratuite ? Avec l'assistance judiciaire, on donne à la personne partie au procès un avocat et on la dispense des frais de procédure.

Y a-t-il un droit fondamental de l'administré à bénéficier des services d'un avocat que lui paie l'Etat ? Oui mais c'est récent.

Il y a deux conditions fondamentales pour bénéficier de l'assistance judiciaire :

- on doit être *indigent*
- la *procédure* ne doit pas être *dénuée de chance de succès*. On doit tabler sur une chance *raisonnable* de succès. Pour cela, on fait un pronostic préalable.

8. Le droit à la composition correcte de l'autorité

C'est le **droit pour l'administré à ce que l'autorité, à laquelle il s'adresse, soit composée d'une manière qui ne soit pas arbitraire.**

Ce droit s'exprime en première instance et en procédure de recours. En première instance, ce droit est fondé sur l'interdiction de l'arbitraire (Cst 9 ; Cst 29 al.2). En procédure de recours, il est fondé sur la garantie d'un tribunal impartial (Cst 30 ; CEDH 6). Ce n'est pas la garantie du juge naturel (on vient m'actionner chez moi) qui fonctionne ici.

Ce droit est mis en œuvre par la *récusation* (un juge qui fait partie de la famille de l'accusé, devra se récuser sous peine d'avoir un tribunal partial). L'objectif est qu'une personne ne doit pas participer à la procédure si elle n'est pas indispensable et neutre.

..

12) LES REGLES GENERALES

I. La notion

1. En général et 2. en droit public

C'est le *fondement commun du droit suisse* c'est-à-dire les *principes généraux de tout l'ordre juridique suisse*. On a ainsi eu l'idée d'avoir des mécanismes d'application valables pour tout le droit suisse. Ça ressemble un peu au droit coutumier car on n'a pas besoin de base légale. Ces principes sont admis mais ils sont abstraits dans les codifications. On n'est pas dans le droit public supplétif en l'espèce et il n'y a pas de renvoi au droit privé. Le droit privé a juste la codification peut-être d'une règle aussi valable en droit public.

II. Les diverses règles

1. La prescription et la péremption 2. La cession de créance et la reprise de dette

3. Quelques autres règles

Exemples les plus fréquents :

Compensation – prescription/péremption – répétition de l'indû – intérêts moratoires – représentation – renonciation – transfert de droits et d'obligations (cession) – solidarité.

Mécanismes :

La question se pose en l'absence de règles de droit.

Ex : un étudiant utilise sa bourse d'étude non pour ses études mais pour partir en vacances aux Seychelles. On décide de lui enlever sa bourse et on dit qu'il doit nous rembourser le montant versé vu qu'il ne l'a pas utilisé dans le but pour lequel cet argent lui avait été accordé. L'étudiant nous répond qu'il n'a pas d'argent. On doit voir si les *intérêts moratoires* peuvent s'appliquer ici.

- a) tout d'abord on va regarder dans la loi scolaire si celle-ci pose des intérêts moratoires. On voit que non.
- b) trouve-t-on des dispositions du même domaine ou de la même collectivité, similaires et utilisables par analogie ? On va voir toutes les lois cantonales de subvention (ex : une loi sur une bourse pour les activités culturelles) par exemple. Mais on ne trouve toujours rien.
- c) comme on a toujours rien trouvé, on va inventer. Dans ce cas, la loi générale intervient. En droit suisse, lorsque l'on a l'obligation de restituer, il y a des intérêts moratoires. Donc on va appliquer par analogie le CO (CO 104).

13) L'ACTIVITE ADMINISTRATIVE ET L'ACTE ADMINISTRATIF

I. La fonction administrative

1. En général

La fonction administrative n'est pas l'organisation administrative.

Le principe constitutionnel représente tout ce que l'administration ne peut pas faire.

C'est une délimitation : pas d'application à des cas d'espèces, elle fait autre chose.

- 1) Elle *prend des décisions à caractère politique* : orientation politique
- 2) Elle *participe et dirige l'élaboration des textes de loi* (ex : circulaire, directive)
- 3) Elle s'occupe aussi de *planification* (ex : armée suisse), il faut faire un parallèle avec le droit de la construction. On n'utilise pas toutes les règles de procédure.
- 4) Et elle accomplit quantité d'*actes matériels (Realakte)*

2 instruments :

- support : acte administratif
= emballage, paquet
- vecteur
= procédure administrative

2. Administration de police et administration de prestation

2.1 La distinction

L'administration porte sur les domaines les plus variés depuis la fin du XIX^{ème} siècle.
On a des grandes catégories.

Approche française, légitimation :

- *intérêt public*
 - *ordre public* : c'est le noyau dur
 - *service public* : on a beaucoup de prestations de la part de l'Etat
- Ex* : l'économie est aux mains de l'Etat en France

En Suisse, cela provient de l'inspiration germanique.

Cette inspiration se focalise sur 2 aspects :

- *administration de police*
- *administration de prestation*

2.2 Le contenu

L'administration a commencé par l'administration de police. Au XX^{ème} siècle c'est l'administration de prestation. Il y a différente façon de présenter :

- 1) sens strict
- 2) de promotion

L'administration de procédure :

- subvention : prestation au sens strict
- aide financière
- indemnité : compensation d'une activité délégué

Sens strict: activité de création d'entité de droit public, qui sont chargés de droit public. Entité du domaine scolaire ;

Activité auxiliaire

L'administration de police :

Décisions administratives : environ 50'000 sur toute la Suisse. Ce sont des autorisations

Législation

Planification des interventions

L'autonomie administrative, c'est une forme de la décision administrative qui est la plus importante : quantitatif / qualitatif

3. Administration principale et administration auxiliaire

ATF 103 Ia 369

La base légale pour l'administration de police pour l'ensemble de l'administration de prestation, sauf les exceptions nécessaires : activité auxiliaire de l'administration

L'activité auxiliaire : acquisition de moyens et de choses nécessaires pour que l'administration puisse accomplir sa tâche.

Cf. tableau 13

Actes unilatéraux : grande distinction entre trois catégories :

- 1) **actes avec un effet juridique** (= acte administratif) : un acte unilatéral d'activité administrative et qui a un effet juridique
- 2) **actes sans effet juridique**
Ex : communication, le CF envoie une documentation avant une votation.
- 3) **activité auxiliaire** : il y a un problème d'actualité : pas besoin de règle spécifique : LOGA. Il suffit d'avoir une base légale très générale et il n'est pas nécessaire d'avoir des réglementations en plus.
Ex : crèche pr les employés de la Confédération.

JAAC 60 I – p.180 consid. 3.4 : Caisse d'épargne de l'Etat

Double intérêt :

- on a un meilleur taux d'intérêt
- l'Etat pourra demander des crédits

Ex : avec Swissair, c'était possible de verser sur un compte géré par l'Etat.

4. Les divers instruments de l'activité administrative

4.1 Les instruments classiques

L'élément essentiel est l'acte unilatéral (= acte administratif)

Acte administratif ou non ? On ne peut recourir que contre les actes administratifs. La voie de recours permet la protection juridique. La décision est le problème dans 90% des cas.

Il faut qualifier l'acte administratif

La décision : au sens technique, c'est la réglementation.

Ex : la faculté de droit change le programme d'étude, elle veut introduire une nouvelle branche : le droit militaire. Décision administrative ? Si oui, cf. art 113 CPJA

La conséquence de la qualification de l'activité administrative :

- a) *droit de recourir ou non ?*
- b) *droit d'être entendu ou non ?*
- c) *droit d'être partie à la procédure ou non ?*
- d) *notification ou non ?*

Pour les **contrats de droit administratif**, c'est comme un contrat de droit privé :

- *la différence porte sur la tâche publique.*
- *la différence porte sur l'exécution d'une tâche publique*

Le critère, ce n'est pas la présence de l'Etat

La tâche publique : l'Etat conclut de nombreux contrat de droit privé

La concession :

- **l'acte mixte** qui présente des éléments de contact et de décision.

- Ex* : concession pour les taxis fribourgeois, il faut obtenir une concession de droit public
- **élément contractuel.** La tâche confiée à des privés n'est pas négociable !
- Ex* : être propriétaire de la voiture

La planification :

Un plan est-ce égal à une décision ? Un plan est-ce égal à un acte législatif ?

C'est un acte mixte, la qualification n'a pas ou peu d'importance en pratique. L'acte mixte régit des lois.

4.2 Les nouveaux instruments

Ce sont des moyens alternatifs de la décision (= coopération contre la confrontation)

La relation Etat-citoyen s'écroule ! Une *nouvelle forme de coopération* se développe à travers des mécanismes peu formalisés. On a surtout cela dans le domaine de l'environnement.

Il existe des sortes de *contrat de déclaration de programme*. Ce sont des documents au sein desquels l'Etat prend un certain nombre d'engagement (par exemple avec les piles usagées).

Accord spontané : taxe de recyclage. On veut éviter à l'Etat de mettre en place un contrôle de police.

Il existe un problème juridique : Peut-on recourir dans ce cas ? Peut-on être parti à la procédure ? On va confronter ces instruments alternatifs avec les actes administratifs. Art. 43 LPE

II. La théorie générale de l'acte administratif

1. La notion

1.1 La définition

La manifestation de volonté unilatérale, fondée sur le droit administratif consistant dans un acte soit individuel soit générale et concret ayant des effets juridiques et émanant d'un organe étatique ou d'un groupement indépendant de l'Etat.

C'est applicable à tous les actes administratifs, en particulier aux décisions et aux autorisations (95% des décisions)

1.2 Les éléments

La manifestation de volonté :

C'est la différence fondamentale par rapport au droit privé

a) **volonté de l'administration de l'Etat :**

Ex: l'Etat ne fume pas de cannabis

en droit privé : on ne peut pas invoquer l'art. 24 CO

en droit public : c'est l'Etat qui compte, la collectivité publique. La volonté de l'auteur physique ne compte pas. Est-ce que l'Etat respecte la loi ou non ? On ne va pas évaluer la capacité de la personne physique qui édicte mais celle de l'organe.

b) **interprétation** : on va se focaliser moins sur la volonté de l'administration que sur la volonté du législateur : conformité à la loi

- c) **Etat exprime un certain nombre de manifestation de volonté** : actes sans effets juridiques sous réserve de l'**art. 25 PA** (protection juridique)
Ex : communication, mise en demeure

La manifestation de volonté UNILATERALE :

Ce n'est pas contrat de droit administratif, il n'y a pas d'échange de volontés.

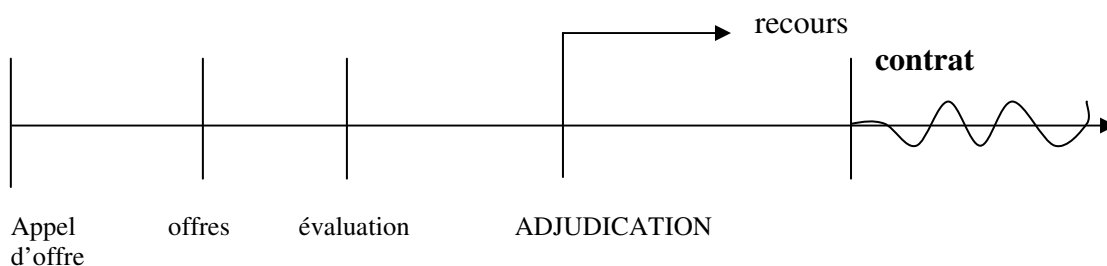
- a) **il existe des contrats unilatéraux** : une seule des parties fait l'obligation
Ex : la donation existe en droit administratif. Il s'agit d'une subvention. Cela fait partie des décisions administratives.
- b) **actes administratifs unilatéraux dans lesquels le citoyen collabore** :
 Ce sont *tous les cas dans lesquels l'administration demande quelque chose*. La requête ne pourra être approuvée qu'après examination du dossier (collaboration). La décision reste un acte unilatéral bien que des faits résultent de la collaboration de l'administré. Il faut accord préalable de l'administré.
Rapport entre l'Etat et fonctionnaire : la nomination n'est pas acte unilatéral. Avec une négociation formalisée, l'administré devra donner son accord. Il n'y aura pas de contrat tant que la personne n'est pas nommée.
 Dans la *concession*, on a une manifestation de volonté et contrat

1.3 Le fondement

L'acte de l'administration n'est pas un acte administratif.

L'adjudication est une décision administrative. C'est une *manifestation de volonté unilatérale par laquelle l'administration choisit d'attribuer le travail à une entreprise déterminée*. Mais ce n'est pas un contrat.

Théorie de la dissolution :



Ce n'est pas un contrat, car, on a la possibilité de faire un recours et que le système peut s'arrêter. On a choisi mais on ne va pas construire, car l'administration n'a plus d'argent :

- l'effet de l'adjudication est nul ;
- mais si l'administration va construire, elle devra choisir cette société

On peut aussi avoir une décision avec conditions résolutoires ou suspensives.

Avec un contrat de droit privé :

- s'il y a un problème, on a la garantie contre les défauts
- le fondement de la créance se trouve dans le droit privé : le juge administratif n'est pas compétent.

En France, le contentieux de l'Etat se retrouve dans le droit public si le contrat a été fait à la suite d'une procédure d'adjudication.

1.4 L'objet

Personnes	CIRCONSTANCES (situation)		
		concret	abstrait
	individuel	décision administrative 1	décision administrative 2
général	décision administrative de portée générale 3	législation 4	

Autorisation : elle est *concrète* quand dans son libellé, elle désigne très précisément le comportement autorisé. *Ex* : une autorisation de construire. Pour recevoir cette autorisation, on doit donner des informations précises : couleur du volet gauche,... Ensuite, il va aussi y avoir des contrôles pour voir si on fait bien ce qui a été autorisé. → 1

Autorisation de conduire : elle est *abstraite* : une fois que l'on a son permis, on peut conduire partout après. → 2

Décision administrative de portée générale : elle s'adresse à un *nombre indéterminé de personne (général)* et c'est une mesure *concrète* : PA 5. Il s'agit de mesure dans un cas d'espèce. → 3

Trois illustrations de la décision administrative de portée générale :

- 1) décision administrative de portée générale sur la radiation d'un produit phytosanitaire de la liste de ces produits.
l'objectif dans ce chapitre c'est de **savoir si l'on peut recourir car pour recourir, il faut une décision administrative !**
- 2) **arrêt p.187 à 189 photocopié** : pose d'un panneau d'interdiction de faire de l'équitation au bord d'une rivière.
- 3) **ATF 126 II 300** : concerne les directives du conseil communal de Liestal qui sont considérées comme une décision administrative de portée générale. Lors d'une fête à Liestal, des gens tirent selon la coutume avec des fusils en l'air. D'autres se plaignent à cause du bruit. Ici, *les destinataires ne sont pas désignés mais les directives d'application sont très précises.*

Tableau n°11 :

Tout ce qui est *individuel et concret* pour l'administré peut être *obligatoire ; non obligatoire ; ou sans effet juridique*. S'il n'y a **pas d'effet juridique**, ce n'est **pas une décision**.

Caractère obligatoire (par exemple, une autorisation) : On peut avoir des actes obligatoires qui sont *favorables* pour l'administré.

Il y aussi des actes qui sont *obligatoires pour l'Etat mais pas pour l'administré*, ce sont les **actes d'organisation** : *ex* : une décision administrative de fermeture d'un office.

On trouve également des *actes non obligatoires pour tout le monde (Etat et administré)* : *ex* : lettre par laquelle l'autorité se réserve le droit de prendre une décision, une recommandation

(on suggère seulement quelque chose aux parties avec une recommandation, opinion, avis de droit, on n'impose rien : c.f : **ATF 121 II 473 : polycopié**).

Acte sans effet juridique : ex : simples communication, mises en demeure (commination) : CPJA 4 : « mesures relatives à l'exécution ».

PA 25 : cet article est susceptible d'étendre le champ d'application de la qualification de la décision administrative. Avec cet article, on peut exiger une décision dans un champ d'application où en principe il n'y a pas de décision (car l'autorité a commis un acte illicite). La décision est limitée aux actes obligatoires. On veut faire cesser le trouble et obtenir une décision.

1.5. Les auteurs et 1.6. Les effets (la décision)

L'acte administratif doit **émaner d'organes étatiques** (ce sont des agents publics, des fonctionnaires) **agissant dans l'exercice de leurs fonctions**. En principe, c'est l'activité exécutive.

Si ce ne sont pas des organes étatiques, on est dans **l'administration décentralisée** qui représente en fait des **groupements indépendants de l'Etat** (c.f schéma : les organes de l'administration).

La majorité des actes sont pris par l'administration centralisée.

Certains auteurs distinguent encore :

- **administration centralisée**
 - **concentrée** : le pouvoir se trouve chez **une** entité administrative
 - **déconcentrée** : le pouvoir se trouve dans les mains de **plusieurs** entités administratives
 - *selon le territoire* (ex : districts,...)
 - *selon la fonction* (ex : département, offices,...)
- **administration décentralisée**

Schéma n°20 (pas à connaître) *sur l'administration décentralisée* : Ce sont les entités indépendantes de l'Etat sous forme de corporations ou établissements auxquelles le législateur confie des tâches publiques.

1.7. Les multiples cas limites

Savoir si on a un acte administratif ou non pose toujours une question de **recevabilité**. Car pour que le tribunal entre en matière, il faut une **décision administrative**. CPJA 113 : « la décision est sujette à recours ». Justement, tout le problème ici est de savoir si c'est une décision administrative ou non car si ce n'est pas une décision administrative, pas de recours car c'est irrecevable.

ATF 118 Ib 461 : EPF : on change le règlement d'étude pendant l'année. L'association des étudiants de cette EPF fait recours mais c'est irrecevable car le changement de ce règlement n'est pas une décision administrative.

ATF 99 Ib 51 : tarifs d'assurance. Le TF arrive à la conclusion qu'octroyer ou refuser une police d'assurance est une décision individuelle, concrète. C'est donc une décision administrative.

JAAC 1994 n°79 : modifications des horaires des CFF. En l'espèce, le tribunal dit que ce n'est pas une décision ici car c'est une simple mesure d'organisation.

ATF 103 Ia 426 : sanction disciplinaire contre des avocats. On se demande si recevoir un blâme est une décision administrative ou non. On dit que le premier blâme n'est pas à proprement parler une décision administrative mais il y a toujours un risque que l'avocat récidive. Et s'il récidive cela pourra avoir un effet juridique (radiation du barreau,...). Dans ce cas, on doit donc dire que le blâme comme sanction disciplinaire est une décision administrative.

Une personne recourt car elle n'est pas dans l'annuaire téléphonique : ce n'est pas une décision administrative.

ATF 101 Ib 253 : changement du nom d'une rue, d'un office de poste. Ces changements peuvent avoir des conséquences chez l'administré (devoir changer son papier à lettre à cause du changement de rue par exemple). Mais ils représentent de *simples mesures d'organisation*. Donc ce ne sont pas des décisions administratives.

Remarque hors cours : l'ancien recours de droit administratif est devenu le recours unifié en matière de droit public et l'ancien recours de droit public est devenu le recours constitutionnel subsidiaire. Mais les nouveaux recours n'équivalent pas vraiment les anciens recours.

2. La forme

2.1. Les règles impératives et 2.2. Le choix de l'administration

La forme de l'acte administratif est déterminée :

- 1) soit par **les règles impératives du droit** : *ex* : forme écrite, inscription dans un registre, obligation de faire l'acte en présence d'un fonctionnaire
En principe, les lois ne régissent pas la forme des lois elles-mêmes mais les codes parlent de *notification*. La **notification** est l'instant de procédure pendant lequel on communique la décision au destinataire. Normalement, tous les codes de procédure prévoient la notification par écrit. *La notification orale existe mais elle doit être confirmée par écrit. Il faut donc une décision écrite. Lorsque la législation prescrit une forme, cette forme s'applique aussi à la révocation, la modification de l'acte administratif à cause du principe du parallélisme des formes.*
- 2) soit par **un choix de l'administration** : lorsque la loi ne dit rien, l'administration peut choisir quelle forme elle désire utiliser. On va choisir la forme la plus opportune selon le but, les circonstances. Le plus souvent, la forme choisie sera la forme écrite sauf s'il y a urgence où on choisira alors, en principe, la forme orale.
Pour l'instant, avec internet, le fax, on se demande si on peut assurer le respect d'un délai de recours. Aujourd'hui, on répond que non.

3. Le contenu

3.1. En général

L'art. **66 CPJA** nous donne une énumération du contenu nécessaire d'une décision administrative. Ainsi, selon CPJA 66, une décision administrative doit contenir (sans ordre) :

- la détermination (dire qui c'est) de l'autorité
- la détermination des parties
- la motivation (c.f CPJA 69) mais on peut renoncer à la motivation dans certains cas.

- le dispositif qui est la décision au sens strict (donc le refus ou l'octroi)
- la date et la signature
- l'indication des voies de recours ordinaires

3.2. Les clauses accessoires

Les clauses accessoires sont souvent objet de litige. Il y en a trois sortes :

1) **condition : événement dont dépend l'efficacité, l'effet de l'acte administratif. C'est un moment incertain.**

Il ne faut pas confondre la condition comme clause accessoire avec la condition légale (*ex* : avoir 18 ans pour avoir son permis de conduire). La clause légale n'est pas une clause accessoire.

Il y a plusieurs types de conditions :

a) *en fonction de l'effet* : la condition peut être :

- suspensive : l'effet de l'acte administratif ne se produit pas jusqu'à la survenance de l'événement

Ex : toutes les décisions sujettes à approbation.

Mais quid si l'approbation n'intervient pas ? Tant que l'approbation n'intervient pas, la décision ne nous sert à rien, l'acte ne déploie pas d'effet. L'acte devient caduc pour un certain temps.

- résolutoire : l'acte administratif déploie ses effets jusqu'au moment où l'événement intervient. A ce moment-là, ses effets sont éteints.

Ex : on n'obtient une concession hydraulique à condition que dans les cinq ans, on ait construit une centrale hydroélectrique. Cinq ans plus tard, on n'a toujours pas commencé la construction : la concession tombe et s'éteint.

b) *en fonction de la cause de l'événement* : la condition peut être :

- casuelle : l'événement dépend du hasard

Ex : l'autorisation de voler en hélicoptère est subordonnée à l'endroit où on veut aller, notre type de licence mais surtout au fait de savoir s'il fait beau ou non (et la météo est un élément sur lequel on n'a aucune emprise).

- potestative : l'événement dépend du destinataire, de son pouvoir.

Ex : on doit faire un contrôle pour notre voiture au service auto. On nous dit que tout est en ordre sauf le phare gauche. On nous donne quand même l'attestation pour notre véhicule mais à condition qu'on aille changer un phare dans un garage. Le garagiste posera après son sceau sur l'attestation.

- mixte : l'événement dépend du hasard et de la volonté du destinataire

Ex : tu recevras une subvention si tu réussis ton IUR II.

2) **charge** : c'est un instrument très utilisé. C'est l'**obligation imposée au destinataire d'un acte administratif qui lui attribue un droit ou un avantage.**

Ex : on nous donne 25'000 CHF de subvention mais on est obligé de faire un spectacle.

La charge est *autonome* par rapport à la décision et ceci pour trois raisons :

a) *les effets de l'acte ne dépendent pas de l'exécution de la charge.*

Même si on ne fait pas le spectacle, on aura les 25'000 CHF. Afin de révoquer ces 25'000 CHF, on va devoir prendre une nouvelle décision. On ne peut pas utiliser la décision principale pour la révocation, on doit en créer une nouvelle.

b) *la charge doit être exécutée de toute façon.* C'est une obligation. Alors qu'avec la condition, par exemple, il n'y a pas d'obligation.

c) *la charge peut faire l'objet d'un recours séparé.*

- 3) **terme : moment où l'acte administratif déploie ses effets. Ce moment est certain.**
Ex : la mort

En pratique, le problème est la qualification de la clause accessoire.

Il y a un domaine où l'on a usé et abusé des clauses accessoires, c'est dans la LFAIE. Cette loi a comme objectif l'assujettissement à autorisation cantonale l'acquisition d'immeubles par les étrangers : on doit avoir une autorisation cantonale lorsque l'on veut vendre. Quand on donne une autorisation à un étranger, on lui met des charges et des conditions.

Ex : condition : l'étranger doit habiter lui-même dans la maison. Ainsi, on veut lutter contre la spéculation, les abus de propriété. Si cette personne ne respecte pas la condition, elle va avoir l'obligation de revendre.

LFAIE 14 : l'autorisation d'acquisition est subordonnée à des conditions et à des charges :

¹ L'autorisation est subordonnée à des conditions et des charges destinées à assurer que l'immeuble sera affecté au but dont se prévaut l'acquéreur.

² Le Conseil fédéral fixe les conditions et les charges minimales, en tant que la présente loi ne le fait pas, ainsi que l'échéance des autorisations.

³ Les charges doivent être mentionnées dans le registre foncier.

⁴ A la demande de l'acquéreur, elles peuvent être révoquées pour des motifs impérieux.

⁵ Lorsque le non-assujettissement au régime de l'autorisation est constaté pour le motif que des personnes à l'étranger n'ont pas une position dominante, la décision doit être assortie d'une charge obligeant l'acquéreur à requérir une nouvelle décision de constatation avant chaque modification de la situation qui pourrait justifier l'assujettissement.

Validité des clauses accessoires : trois remarques :

1) les clauses accessoires doivent *respecter les principes constitutionnels*.

2) les clauses accessoires doivent *respecter le principe de la légalité*.

Les clauses accessoires doivent *reposer sur une base légale*. Donc, la législation sur laquelle elles reposent doit prévoir la possibilité de les assortir de charges et/ou de conditions.

Il y a une **exception**, lorsque l'autorité a un pouvoir d'appréciation. Car qui peut le moins, peut le plus. Et qui peut donner une autorisation, peut donc l'assortir de restrictions (charge,...)

3) *les principes constitutionnels sont aussi à respecter sous l'angle de la proportionnalité*. Sous l'angle de la nécessité dans la proportionnalité, on a parfois des problèmes avec ces clauses accessoires.

4. La coordination

4.1. Les procédures complexes

Procédure complexe : procédure aboutissant à plusieurs actes administratifs séparés. Il s'agit en cours de route de combiner plusieurs actes administratifs.

Ex : affaire de la décharge de Chruzten-Egg. Le canton de Zürich veut élaborer une nouvelle décharge. Pour la créer, il faut l'insérer dans le territoire. Et pour rendre l'exercice compliqué ;-) ce territoire est divisé en plusieurs zones. Et il y a plusieurs lois qui vont s'appliquer : LEaux (assujettissement à toute installation qui pourrait polluer les eaux souterraines), LFo (loi sur les forêts car il y a un sapin tout rabougri sur ce territoire), LPE → SEN (car une décharge fait du bruit et sent mauvais).

Le TF a dit : les droits des administrés ne peuvent plus être respectés. On va faire appel au principe de coordination : les autorités cantonales et communales demeurent autonomes mais

on impose au canton de faire des choix tels que le droit matériel fédéral continue à s'appliquer correctement.

4.2. Les modèles

On a deux modèles :

1) **la concentration** : *on place les pouvoirs au sein d'une seule entité administrative. Cette entité va prendre la décision. Les actes ne rendent plus que des préavis. Un office qui ne rend plus de décision mais plus que des préavis devient bien moins important ; il se passe une réduction de ses compétences ce qui amène à une réduction des pouvoirs, de l'effectif, du budget. La conséquence n'est donc pas anodine. Ce modèle est un modèle compliqué.*

2) **la coordination au sens strict** : *on laisse les pouvoirs répartis dans chaque autorité mais on développe un mécanisme de coordination.*

Ex : Camac vaudoise : il s'agit d'un organe sans pouvoir de décision et qui fait seulement de la coordination.

Quel est le meilleur modèle ? Cela dépend des cantons, mais *on a plus tendance à choisir le modèle de la concentration.*

4.3 : sanctions

Une décision administrative produite à l'issue d'une procédure mal coordonnée est une décision arbitraire car c'est une décision qui :

- 1) *ne donne pas la possibilité à l'administré de se défendre*
- 2) *coordonne mal les intérêts publics en présence ; on peut donc l'annuler.*

On a introduit quelques dispositions :

Ex : Art. 16 OEIE : impose aux autorités de prendre compte de tous les impacts sur l'environnement.

Art. 25a LAT : le canton désigne une autorité responsable pour coordonner les procédures.

Art. 33 al.4 LAT : une seule et même autorité de recours pour traiter tous les points de la procédure.

Art. 175a LATEC : cet article exige la coordination. *Ex* : on veut transformer une ferme en une maison. Pour cela, il nous faut plusieurs autorisations : l'autorisation du préfet, l'autorisation permettant de construire en zone agricole. Cet article de la LATEC impose donc que ces deux autorisations soient coordonnées.

ATF : polycopié p.194ss consid.4c :

Il existe deux types de coordinations :

- **la coordination formelle** : *elle se passe au niveau de la procédure. On a au minimum une seule voie de recours avec un même délai.*
- **la coordination matérielle** : *chaque autorité tient compte de tous les intérêts en présence et donc connaît les intérêts des autres autorités sur leur spécialité.*

On a inventé le système du **préavis liant**. En cours de procédure, une autorité donne un préavis liant qu'elle envoie à toutes les autres autorités. Les autres autorités peuvent aussi donner aux autres autorités les intérêts pour tenir compte des intérêts de tous. Ce préavis est **liant** car la décision rendue sera conforme au préavis sous réserve qu'en lisant les préavis des autres, on découvre un élément nouveau.

ATF : polycopié p.198ss chapeau ch.3 :

Il n'est plus possible de faire un nouveau projet de bâtir lorsqu'il y a une forêt sans régler la question de celle-ci. Si le canton entend être d'accord malgré l'avis de l'office fédéral de l'environnement, l'autorité cantonale compétente doit d'abord obtenir une autorisation de défricher et après on pourra peut-être construire.

Que faire si une autorité donne un préavis liant et qu'elle dit qu'elle n'est pas d'accord avec le défrichement. Il y a une seule solution : il faut que l'autorité cantonale demande une décision et pas un préavis et ensuite elle pourra recourir contre cette décision (cette décision est en fait un préavis transformé en décision)

III. L'autorisation

1. Un acte administratif particulier

Définition : acte qui lève une interdiction générale édictée dans un but d'intérêt public.

(attention : cette définition est très importante)

Deux remarques :

- 1) C'est une *atteinte très grave à la liberté*, donc il faut une **base légale formelle**. Par exemple, un exécutif ne peut pas interdire à lui tout seul une profession. **Exception** : dans le domaine public ça peut jouer car comme l'Etat est le maître du domaine public, il n'a pas besoin de cette base légale formelle. *Ex* : on interdit l'accès à la Rue de l'Hôpital.
- 2) *subséquent, c'est un mode préventif*. Il y a une autorité subséquente qui permet un mécanisme de correction par après. Elle se justifie par le motif de la proportionnalité.

2. Quelques distinctions

Autorisation ordinaire : elle se rapporte à l'exercice d'une activité que l'Etat veut seulement contrôler. Cette activité est admissible. On veut juste vérifier que les conditions d'admission sont correctes.

Autorisation extraordinaire : c'est une **dérogation**. Elle se rapporte à l'exercice d'une activité que l'Etat veut interdire car elle est contraire à l'intérêt public. Mais sans ce cas-ci, avec cet administré, ses enfants,... On regarde *in concreto*, c'est très précis. On regarde s'il serait exagéré d'interdire (proportionnalité au sens étroit) par rapport à la situation de cette personne-ci et que ça finirait par être anticonstitutionnel. Mais ne pas oublier que l'on regarde tout ça pour **un cas particulier**.

Ex : il s'agit de constructions hors zone à bâtir (*ex* : dans une zone agricole). Un jour, un paysan demande une autorisation de construire une petite cabane dans son jardin pour ranger les vélos. Ici, dans ce cas concret, une dérogation en zone agricole s'impose : art. 24ss LAT.

Ex : on a une industrie qui fait engraisser des poulets. Normalement, cette industrie devrait se trouver en zone industrielle. Mais si le paysan décide d'engraisser quelques poulets pour se faire de l'argent dans un local attenant à sa ferme, on pourra faire une dérogation et accepter cela même si c'est en zone agricole et non en zone industrielle.

3. L'exigibilité

On veut savoir si l'Etat peut librement exiger une autorisation ? On répond oui mais à condition de respecter les principes constitutionnels à savoir :

- la légalité

- l'intérêt public
- la proportionnalité

Il y a une **exception** pour certaines libertés comme la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté de penser, la liberté d'association, ... Ces libertés à **caractère idéal ne peuvent en principe pas être assujetties à autorisation**.

4. Le droit à l'autorisation

4.1. Le principe

Cela va dépendre de différents éléments.

Si c'est une autorisation ordinaire avec des conditions légales précises qui lient l'administration et que l'on remplit ces conditions, alors c'est bon : on a droit à cette autorisation.

Ex : le permis de conduire. La condition est d'avoir 18 ans, d'avoir réussi un test, d'être en bonne santé, ... Si on refuse de donner le permis à un candidat pour le seul motif qu'on en a déjà donné douze aujourd'hui ça ne marchera pas.

4.2. Le cas de la dérogation et 4.3. Quelques questions spéciales

Mais ce principe n'est *pas absolu*, la *dérogation* est possible :

Lorsque l'administration est libre, la législation crée un pouvoir d'appréciation pour l'autorité.

Ex : permis de séjour.

Ex : pour le brevet d'avocat, il faut avoir bonne réputation. D'où un motif à ce que les principes constitutionnels soient respectés en cas de refus. On va devoir en cas de refus du brevet faire attention (c'est une obligation) au droit d'être entendu, à prendre les mesures d'instruction nécessaires, à bien motiver le refus, ...

Avec la dérogation (= l'autorisation extraordinaire), il n'y a jamais de droit subjectif à l'obtenir, car en principe l'activité visée va contre l'ordre public. On doit néanmoins distinguer deux hypothèses :

- *lorsque la loi appliquée prévoit la dérogation* : le législateur anticipe le fait que la législation portera une atteinte excessive aux intérêts du particulier. On va voir comment les conditions de la dérogation sont formulées.
- *lorsque l'autorité est liée*, il y a un droit à la dérogation. Mais c'est *rare* car l'Etat ne veut pas trop se lier dans le domaine de la dérogation.

RJN : polycopié p.213-214 : on voit ici comment l'autorité accorde des dérogations et pondère les intérêts en présence. Par exemple, ici on se pose la question de savoir quelle distance (nombre de mètres) qu'il faut respecter si on veut construire près d'une forêt. *L'intérêt public* dira il faut conserver la forêt tandis que *l'intérêt privé du citoyen* sera qu'il faut utiliser au mieux sa parcelle.

Quid lorsque la législation ne prévoit pas de clauses de dérogation ? Il y a des cas où il n'y a aucune possibilité d'admettre une dérogation. L'administration est liée. C'est le cas du silence qualifié : il n'y a rien dans la loi mais les travaux historiques nous montrent qu'on en a discuté mais qu'on en a pas voulu.

Dans le cas où la loi ne dit rien mais qu'on ne sait pas si le législateur était contre ou non et qu'il apparaît que le législateur aurait admis cette dérogation, ça va marcher. On pourra avoir une dérogation même sans base légale expresse.

IV. L'acte administratif vicié

1. Les notions

1.1. Nullité et annulabilité

Un acte administratif est vicié lorsqu'il est contraire au droit. Cela a deux conséquences :

- l'acte est nul (*nichtig*)
- l'acte est annulable (*anfechtbar*)

Et dans les deux cas, on peut avoir une nullité totale ou partielle et une annulabilité totale ou partielle.

Annulabilité : est annulable l'acte vicié donc l'invalidité doit être prononcée par une autorité (l'autorité de recours va reconsidérer le dossier et annuler la décision de 1^{ère} instance). **L'autorité qui a pris la décision ne peut pas l'annuler mais elle peut la révoquer.**

Nullité : elle existe lorsque l'acte vicié est considéré comme invalide de plein droit (*ex nihilo, ab ovo*). La nullité ne doit être que constatée. **Il n'y a pas besoin de créer cette nullité, il suffit de la constater.** Le jugement sera constatatoire. Comme la nullité existe *ab ovo*, c'est un avantage car il n'y a pas de délai, **la nullité peut être constatée en tout temps**

La nullité et l'annulabilité ne sont pas égales à :

- **la révocabilité** : lorsque l'administration prend l'initiative de changer son acte. Elle n'a pas d'effets
- **la caducité** : c'est la constatation que les conditions ne sont pas remplies et donc que l'acte cesse d'avoir des effets. C'est égal à la révocation.

L'*inefficacité* est quant à elle identique à la nullité. C'est la nullité car un acte inefficace n'a pas d'effet et il est nul.

Dans 99 % des cas, c'est l'annulabilité.

L'invalidité doit être relevée par des modalités prescrites par le règlement de procédure. La procédure va donc nous dire **qui** peut la revendiquer, **quels** sont les motifs que l'on peut invoquer (= **griefs**), quelle sera la **forme** (= mémoire), quel sera le délai (10,20,30 jours ?), quelle sera l'**autorité** (compétence des instances successives ?).

Tant qu'un acte n'est pas annulé, il reste valable. On a deux situations :

- 1) *le recours a un effet suspensif automatique* : tant que le délai de recours n'est pas terminé, l'acte annulable ne déploie pas d'effet.
- 2) *le recours n'a pas cet effet* : on doit demander cet effet. Il faut le demander à l'autorité de recours. Dans la nouvelle LTF, le recours n'a plus d'effet suspensif automatique. Dans ce cas, l'acte est valable et déploie ces effets. La situation est identique si on demande l'effet au juge et qu'il nous le refuse.

A partir de quand l'acte annulable perd sa validité ? Pour y répondre, on doit voir le résultat du recours. L'*acte annulable* est-il valable pendant un certain temps, quand l'annulation déploie-t-elle ses effets ? L'annulation déploie ses effets dès le moment où elle est prononcée et non pas par anticipation. On a donc sur une ligne du temps : la décision – le recours – et seulement après le recours quand elle est prononcée, l'annulation déploiera ses effets. L'acte annulable peut donc être réparé (on va réparer le vice).

Illustration de cette guérison :

- 1) on l'a vu avec *l'effet guérisseur du droit d'être entendu*
- 2) *idem* avec *le retrait* : l'autorité se rend compte, avant le jugement, qu'on a fait une bêtise et retire donc l'acte pour permettre le rendu d'une meilleure décision.

1.2. Invalidité totale et partielle

Nullité :

- 1) *la nullité n'est pas prononcée*. Il n'y a pas de nécessité d'avoir un acte formateur pour faire la nullité. En général, la nullité est **constatée** d'office ou à la demande de tiers. La nullité peut donc être constatée par des tiers sans forme, ni délai.
- 2) *un acte nul n'exerce aucun effet et n'a jamais existé*. La nullité est une nullité *ex tunc*.
- 3) *l'acte nul n'est pas un acte réparable contrairement à un acte annulable*.

En principe, les actes sont totalement nuls. Mais une invalidité partielle est possible lorsque l'acte aurait été adopté sans la clause viciée (on pourrait détacher la clause viciée : //CO 22 II)

2. Le choix entre annulabilité et nullité

Les actes administratifs viciés sont annulables. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils sont nuls. Les motifs de cette solution sont que la décision administrative crée un état de confiance chez les administrés. Les administrés se fondent sur cette décision pour faire des actes irrémédiables. Ils ont donc un intérêt à cette décision. L'administration y aussi un intérêt car elle veut la stabilité et la sécurité.

Il y a trois conditions cumulatives pour qu'on puisse avoir la nullité :

- 1) il faut que le vice soit spécialement **grave**. Le vice est *grave lorsqu'il affecte un élément essentiel de l'acte administratif considéré*. La gravité est examinée *in concreto*. Un même vice peut être une fois cause de nullité, une fois cause d'annulabilité.
- 2) le vice doit être **manifeste** (facile à voir). Le vice *manifeste est un vice patent*. Cela signifie qu'il est facilement reconnaissable pour une personne moyenne. Ceci repose sur l'idée de la confiance. Une personne doit pouvoir s'appuyer sur un acte administration qui ne semble pas vicié en vertu du principe de la confiance.
- 3) *La constatation du vice et la sanction doivent représenter une atteinte supportable pour la sécurité juridique*. La nullité est possible si elle ne met pas en péril les intérêts des administrés qui ont été confiants dans l'acte. La nullité est inadmissible si la bonne foi des administrés est surprise de manière choquante.

Il ne faut pas confondre les actes invalides et les contrats subséquents.

Ex : un promoteur désire réaliser un grand centre commercial. La commune lui concède un droit de superficie (en échange de ce droit de superficie, il va réaliser dans son centre commercial un EMS, une piscine,... ; ce qui va profiter à la commune). On accorde ce droit de superficie par un acte administratif. Le notaire par acte authentique crée ce droit de

superficie. Le citoyen va dire : il n'y a pas eu de mise à l'enquête publique car je n'ai pas été consulté.

Est-ce qu'ici l'acte administratif est nul, annulable ? Pour y répondre, on va devoir voir si la nullité ou l'annulabilité a un impact sur le contrat ou non.

Ici, on peut dire qu'il y a un problème de validité du contrat en vertu du Code des Obligations et qu'il y a également une question relative à la bonne foi avec les droits réels. On va dire qu'en l'espèce, dans cette commune, effectivement on n'a pas mis ce projet de centre commercial à l'enquête publique. On n'a donc pas respecté les droits politiques. Le président de la commune n'avait pas les pouvoirs de représentation (de tous les citoyens) devant le notaire lorsqu'il a concédé ce droit de superficie. Mais le promoteur pourra se défendre en invoquant sa bonne foi (CO 32ss)

3. Les cas d'application

3.1. L'incompétence de l'autorité

- a) compétence *ratione loci* (mais c'est rare) : l'autorité n'est pas compétente sur ce lieu. En principe en l'espèce ce sera nul car c'est grave comme vice. Mais il y a une exception, avec la LP par exemple, ce ne sera pas nul.
- b) compétence *ratione materiae* (il y a quelques cas).
Ex : arrêt de Cicco avec la caisse qui croyait qu'elle était compétente
En principe, ce sera nul sauf si l'autorité qui décide par erreur a un pouvoir général de décision dans le domaine.
Ex : on demande une autorisation pour construire un poulailler amélioré. La commune est compétente. On demande l'autorisation au préfet. Le préfet donne son accord. Le voisin se plaint ; son avocat argumente comme quoi l'administré aurait dû demande à la commune et non pas au préfet son autorisation. Mais ici, il n'y a pas de nullité car en général, c'est le préfet qui donne les autorisations de construire (il a donc un pouvoir général de décision dans le domaine.)

3.2. Les vices de procédure

La jurisprudence est très restrictive avec cette idée qu'un vice de procédure peut causer la nullité. Donc, il n'y aura nullité qu'avec les vices particulièrement graves.

Ex : on a une autorité collégiale ; dans cette autorité, il y a un membre qui aurait dû se récuser. L'acte qui va en résulter n'est pas nul mais il est entaché d'un vice qui est annulable.

Ex : une procédure de taxation fiscale ; si il y a un vice ici, ce sera annulé car le vice sera grave.

Ex : avec la violation du droit d'être entendu, en principe, ce sera annulable. Avec le droit d'être entendu on a un effet guérisseur donc il y a encore moins de raison d'accorder la nullité ici.

Ex : si on ne pratique pas la mise à l'enquête publique, on fait une violation du droit d'être entendu. Parfois, il y a des gens qui le font pas car il n'y en a pas le besoin, c'est le cas si on veut construire un mini poulailler par exemple c'est-à-dire une petite construction dans un endroit isolé. Il est aussi possible qu'on fasse une première enquête publique et que tout le monde soit contre le projet (oppositions massives). On va donc retirer le projet et on en fait un nouveau en changeant un peu l'ancien. On décide de ne pas le remettre à l'enquête publique ce qui pose problème. Avec une absence de mise à l'enquête publique, le plus souvent, ce sera la nullité car c'est un droit fondamental. Ne pas laisser les voisins s'exprimer représente une violation grave,

Ex : vice de volonté : les vices de la volonté ne jouent pas de rôle en droit administratif. L'Etat ne peut pas invoquer un vice de la volonté car il est question de validité en vertu de la loi.

3.3. Les vices de forme et de notification

La nullité est possible mais dans tous les cas, l'administré concerné ne doit pas subir un désavantage du fait du vice de forme ou de l'annulation. Par exemple, un oubli de date sera sanctionné par une annulabilité mais non une nullité, idem pour l'absence de rubrum. Par contre si on fait un acte oral alors que la loi exige un acte écrit, ou qu'on produit un acte non signé alors que la loi exige un acte signé de l'autorité, là ça sera la nullité.

3.4. Les vices de contenu

En règle générale, on applique l'annulabilité. Mais si le vice est particulièrement grave, ce sera la nullité (cf. supra conditions)

Ex : en l'absence de motivation, on appliquera l'annulabilité

Ex : on appliquera la nullité : si on a un acte administratif qui est interdit par l'ordre juridique ; si on a un acte administratif insensé au point d'être inexécutable ; si une patente de café-restaurant est liée à un établissement au lieu d'être liée à une personne ; si l'autorisation a été donnée par le tuteur à son pupille de se marier alors que les parents de celui-ci n'ont pas donné leur accord.

Il faut faire attention aux inadvertances car ces cas sont hors théorie : on ne se demande pas s'ils sont nuls ou annulables mais on va tout simplement corriger cette inadvertance (ex : dans une facture, on nous met que $3 \times 40 = 1'200$ et non 120. Là, on va se dire c'est une inadvertance et on va corriger directement, mais par contre, on ne peut pas échapper à l'obligation de payer les 120.-

Dans les codes de procédure, on a instauré deux systèmes permettant de corriger :

- 1) **l'interprétation** : il s'agit d'une nouvelle décision par laquelle l'Etat explique ce qu'il a décidé.
- 2) **la rectification** : c'est la voie de droit permettant de corriger les erreurs sans recommencer la procédure ou annuler les actes précédents.

V. La révocation (*Widerruf*)

1. La notion

1.1. La définition

Définition : c'est un acte administratif par lequel une autorité (a) agissant d'office (b) modifie ou abroge les effet (c) d'un autre acte administratif au détriment de l'administré (d).

La révocation est une décision administrative n°2. Une révocation n'est pas une règle de droit. C'est donc un acte individuel et concret (ce n'est pas de la rétroactivité : attention à ne pas confondre).

1.2. Les éléments

a) **Autorité** : il y a 3 autorités possibles pour prendre cette seconde décision (= révocation) :

- 1) *la même autorité*
- 2) *une autorité hiérarchiquement supérieure*
- 3) *un organe de surveillance*

b) **Agissant d'office** : on ne doit pas confondre la révocation avec la reconsidération. Celle-ci intervient lorsque c'est l'administré lui-même qui demande la modification de la décision n°1. La révocation et la reconsidération sont basées sur la même démarche sauf que la reconsidération provient de l'administré lui-même et pas la révocation.

Notons également qu'avec l'annulation il y a une procédure, un délai à respecter ; chose que l'on ne trouve pas avec la révocation.

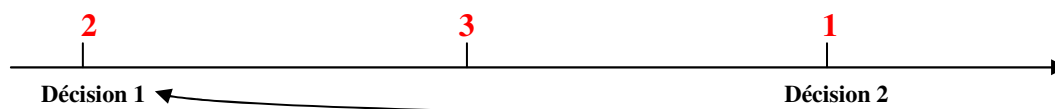
c) **modifie ou abroge les effets** : formellement, la décision n°1 subsiste (pas d'annulation) car ce qui se produit c'est **sur les effets**. La décision n°2 supprime les effets mais la décision n°1 subsiste ! On peut avoir une révocation partielle ou totale, c'est très fréquent. Mais il est difficile de voir si c'est une révocation partielle.

Il y a des actes qui ne sont pas des révocations mais qui pourtant agissent sur l'effet des actes précédents.

Ex : Mme Verte veut construire une maison de vacances dans une prairie entourée d'une forêt. Les arbres ont poussé avec le temps sur sa prairie. Le préfet, un peu laxiste, ne renseigne pas et dit qu'il faut juste défricher. Mais pour construire, on a besoin d'une *autorisation* de défricher car le forestier dit à Mme Verte qu'en Suisse il y a la protection des arbres et donc il faut cette autorisation de défricher. Cependant, on lui refuse ladite autorisation. Mais on ne doit pas voir le refus de l'autorisation de défricher comme une révocation. Mais pour elle, les effets sont identiques, elle ne peut pas défricher.

L'effet de la modification ou de l'abrogation peut varier dans le temps, il y a pour cela trois moments :

- 1**: à la fin du délai de recours contre la révocation. Donc quand la révocation devient une décision administrative définitive.
- 2**: dès le prononcé de la décision révoquée, la révocation déploie ses effets.
- 3**: au moment où le motif de révocation est intervenu



Si l'autorité ne dit rien car elle n'y a pas pensé, ce sera le **moment 1**.

d) **au détriment de l'administré** : la révocation n'intervient que s'il y a un caractère défavorable.

Ex : le litige intervient si la 2ème décision est plus défavorable.

La 1ère décision : subvention de 15'000.-

La 2ème décision : subvention 5'000.- mais pas tout de suite

1.3. Les motifs pour révoquer

Il y a deux types de motifs poussant l'administration à envisager la révocation :

- 1) **les erreurs de fait ou de droit** : hypothèse ayant eu lieu au moment de la première décision.
Ex : on s'est trompé de loi, on l'a mal appliquée. Cette erreur peut provenir de l'administration ou de l'administré.
- 2) **des nouvelles circonstances** (nouvelles connaissances techniques, nouveau danger) **ou un changement de législation** : cela pousse l'administration à se souvenir des décisions déjà prises et à envisager la révocation.

1.4. Les types de révocation

Il y a deux grandes familles :

- 1) **la révocation sanction** : il s'agit de tous les cas où on va révoquer un avantage pour punir l'administré.
Ex : le retrait de permis pour excès de vitesse est un *retrait d'admonestation*.
- 2) **la révocation destinée à rétablir l'ordre légal** : son objectif est de faire respecter la loi. *Ex* : le retrait de permis à cause de l'âge avancé du conducteur. On retire dans ce cas le permis pour éviter une catastrophe. C'est un *retrait de sécurité*. On veut rétablir l'ordre légal car selon la LCR : « maîtrise du véhicule ».

1.5. Les nombreuses délimitations

Il ne faut pas confondre la **révocation** et l'**annulation**. L'**annulation** arrive dans procédure de recours (donc il faut suivre une procédure, respecter des délais,...) sur l'initiative de l'administré lui-même. Tandis que la **révocation** se passe sur l'initiative de l'administration, de plus contrairement à l'annulation, la révocation peut se faire en tout temps et sans aucune forme.

La **constatation de la nullité** fait que l'acte n'a jamais existé. L'acte déploie ses effets jusqu'à la révocation.

Reconsidération : il s'agit d'un recours gracieux, d'un réexamen. L'administration réexamine un dossier. L'administré prend lui-même l'initiative et celle-ci se passe en première instance.

Révocation : l'initiative vient de l'administration et elle se passe en première instance. La procédure administrative est indépendante de la première procédure. Il n'y a donc pas de lien de procédure entre les deux étapes. La révocation n'est pas une procédure de recours, c'est une deuxième procédure de première instance.

Retrait : il y a un lien entre les deux étapes de procédure.

Ex : l'autorité se rend compte qu'il y a un problème dans sa décision, elle la retire pendant le recours pour en faire nouvelle. Mais à ce moment-là, il n'y a pas encore de décision formelle (le recours n'est pas encore tranché).

Révision : il s'agit d'un recours extraordinaire formel pour certains motifs particuliers avec un délai, une forme. C'est une procédure contre une première décision et qui se passe devant un tribunal. Elle intervient pour des vices de procédure.

Expropriation : elle a le même effet qu'une révocation car elle supprime un avantage juridique (ici, le droit de propriété) obtenu par une première décision. On a aussi

l'expropriation de droits acquis. On passe par une procédure formaliste qui transfère les droits à l'Etat.

Clause générale de police : elle permet à l'Etat en cas de grave danger d'intervenir sans base légale. Ce n'est pas une révocation car on ne supprime pas une décision mais on en paralyse les effets.

Rétroactivité : il s'agit du cas où la législation qui vient après a pour effet de supprimer les autorisations antérieures. La rétroactivité provient d'une loi.

A lire : ATF p.219ss consid. 4 - 4b

2. La révocabilité des actes administratifs (cf. tableau 17)

2.1. La condition de base

1) **la loi** : la loi donne le régime de la révocation. Elle va énumérer les circonstances dans lesquelles la loi dit que c'est une révocation et celles où c'est interdit. Ex : dans la législation sur l'asile : LSEE, art. 25 LFAIE ; retrait du permis de conduire (cf. tableau 18). En droit cantonal, on a aussi de la législation qui est révocable.

Retrait du permis de conduire : cf. tableau 18

Le retrait du permis est une révocation. On doit retirer le permis selon la procédure. Quand on reçoit notre permis pour la première fois, il s'agit d'une décision donnée par l'autorité qui nous octroie ce permis. Des années plus tard, quand on nous le retire pour une violation au code de la route ou à cause de l'âge c'est une deuxième décision. Souvent le retrait va être litigieux ce qui va donner un recours, parfois un second recours contre cette décision n°2. On a bel et bien un retrait mais le permis existe toujours (il est rare que le permis soit définitivement retiré). Normalement, la plupart du temps, le retrait du permis est une révocation temporaire. D'ailleurs avec ce retrait, ce ne sont que les effets de la première décision (=octroi du permis) qui sont supprimés (entendre par « supprimés » : paralysés) mais à la fin du délai de retrait, on retrouve notre permis et l'autorisation de conduire. On a de nouveaux mécanismes dans la LCR depuis début 2007 : cf. art. 16a, 16b, 17 LCR. Cette nouvelle législation est une codification de la nouvelle jurisprudence.

Avec la LAO (loi fédérale sur les amendes d'ordre), on est dans le droit pénal administratif. Pour éviter d'encombrer les tribunaux, on a inventé ce système qui est une délégation administrative à la police d'instruire (photos prises par radar) et de sanctionner (amendes). Comme on se trouve dans le droit pénal, on peut refuser, contester cette amende par la procédure pénale.

La jurisprudence a fait les différences entre les dépassements sur l'autoroute, hors localité ou dans une localité. La révocation va dépendre de la gravité de l'infraction (infraction grave – infraction moyennement grave, infraction légère).

En matière de circulation routière, si l'infraction est *grave*, l'administration est **liée** et la **révocation du permis est obligatoire** (pas d'appréciation selon les circonstances).

Si l'infraction est *moyennement grave*, l'administration est **libre** et elle peut faire usage de sa liberté d'appréciation. Elle peut ou non retirer le permis (on va regarder selon les circonstances. On peut ne pas retirer le permis et donner un avertissement)

Si l'infraction est *légère*, en principe, on donnera un avertissement mais l'administration peut aussi décider de retirer le permis suivant les circonstances.

Quelles sont ces *circonstances* ?

Ce sont *celles de l'infraction elle-même* (route sèche, pluie,...); on se demande si l'environnement était dangereux (lieu, heure de l'accident,...).

Ce sont *celles de l'administré lui-même* : est-ce la première fois ou la deuxième fois qu'il est sanctionné (au-delà de 5 à 10 ans, il n'y a plus les effets d'une première sanction)

On va aussi tenir compte : du besoin de permis (ex : chauffeur de taxi – mais en général, ça ne va pas fonctionner car la jurisprudence est plus sévère avec les chauffeurs de taxi); de l'urgence de la situation : était-ce un état de nécessité (même si c'est rarement un motif); du temps que prend la procédure : parce que si ça traîne trop, l'administration pourrait se montrer moins sévère.

La **révocation est doublement légale** :

- dans son principe (administration liée ou non)
- dans la durée (avec minima / maxima)

2) **en l'absence de législation** : on doit examiner les hypothèses que la jurisprudence a développées. Quand cela se passe-t-il ?

- il y a une application incorrecte du droit dès le départ
- des circonstances nouvelles apparaissent après l'adoption de l'acte
- on se trouve face à un changement de législation après la décision
- il existe un motif de révision

L'acte administratif est par principe révocable. Il y a une présomption de révocation lorsque l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt de l'administré à ce que rien ne change.

2.2. Les cas d'irrévocabilité

Il existe des cas d'irrévocabilité, ce qui revient à conclure que la sécurité juridique l'emporte. Il faut distinguer entre :

- a) **les circonstances déterminées** : l'acte administratif à révoquer a créé des droits subjectifs. Ces droits subjectifs sont toutes les décisions formatrices favorisantes opposables à l'Etat. Ce sont toutes les décisions qui créent des droits acquis et les décisions mettant en œuvre une promesse de l'Etat.

Ex : acquisition d'un diplôme qu'on ne devrait pas avoir car il y a eu une erreur dans notre moyenne. On découvre cette erreur seulement des années plus tard. C'est un cas de révocation mais on ne va pas dire : « restituez votre diplôme ». Il faut une procédure. La jurisprudence va dire que l'octroi d'un diplôme est une décision formatrice favorisante donc il ne peut pas y avoir de révocation. On va aussi faire la pondération des intérêts : l'intérêt privé de la personne à garder son diplôme est supérieur à l'intérêt public.

Dans le domaine des autorisations de police, il n'y a pas la constitution d'un avantage.

Ex : l'autorisation d'être avocat, d'exercer la coiffure. On considère que l'autorité ne fait que constater que les conditions mises à l'exercice d'une activité sont satisfaites. En l'espèce, on ne crée pas quelque chose. Il n'y donc *pas d'irrévocabilité en matière d'autorisation de police*.

- b) **les circonstances indéterminées** : il s'agit de l'acte adopté après une procédure d'examen complète.

Ex : avec une autorisation de construire, la procédure est longue et complexe. Dès lors, *en principe, quand une autorisation de construire est donnée, elle est irrévocable.*

Il y a une exception à l'exception : la révocation est possible mais dans des circonstances très spécifiques. On appelle cette exception à l'exception la *révocabilité qualifiée*. On va révoquer car on considère que *l'intérêt public est particulièrement prépondérant ou que le comportement de l'administré est particulièrement répréhensible*. *Ex* : une décision prise sur la base d'indications fausses, incomplètes. Mais on va devoir verser une *indemnité* si la *bonne foi et l'équité* l'exigent car on a fait une sorte d'expropriation en révoquant un droit. *Ex* : si un étudiant obtient le diplôme mais qu'il a triché (et non l'administration), il sera de mauvaise foi. Et en l'espèce, si on lui révoque son diplôme, il n'aura pas droit à une indemnité.

c) **Le destinataire a déjà fait usage de la faculté conférée par l'acte**

Ex : les décisions de vie, l'exercice durable d'un droit. L'administré a cru pouvoir user de son droit et a pris des dispositions en vertu de cette faculté (investissement). Dans ce cas, c'est en principe, irrévocable.

2.3. Les cas de révocabilité qualifiée

C'est l'exception de l'exception. La pondération des intérêts se justifie.

L'intérêt public est particulièrement prépondérant (// Matriochka)

Ex : atteinte à la propriété, à la BF : expropriation, indemnisation selon l'équité et la BF. Si la maison est déjà construite : il faut révoquer l'autorisation. On donnera des indemnités, il faut regarder les circonstances extérieures.

RVJ 1996, 48, p.215 -216

Révocation d'une autorisation de construire

« selon le prononcé du Conseil d'Etat, la révocation d'une autorisation dont le bénéficiaire a fait usage n'est en règle générale pas justifiée, à moins que des « intérêts publics importants et prépondérants » imposent cette mesure.

ATF 107 Ib 35 – JdT 1983 I 558 p.217 du polycopié

Révocation d'un permis de construire devenu définitif

consid. 2 : « Le permis de construire est une autorisation de police qui ne confère aucun droit nouveau à son titulaire et par laquelle l'autorité atteste qu'aucun empêchement de droit public ne s'oppose à l'exécution des travaux projetés.

3. Les droits acquis

3.1. La notion

En pratique, leur rôle et leur importance sont modestes. Ils ont des conditions très strictes. Ils se rencontrent quantitativement dans trois domaines :

- 1) dans des cas très spécifiques : les droits immémoriaux (très très rare)
- 2) dans le domaine de la fonction publique
- 3) avec la concession

Définition : droit par lequel le titulaire a la faculté d'exiger le maintien de sa substance. Le titulaire a donc une position juridique renforcée en vertu de cette position. Il peut exiger que le contenu (pas l'emballage donc la forme) **du droit soit respecté.**

Il n'y a pas de base légale sur les droits acquis. C'est un concept totalement jurisprudentiel.

Ce droit est au bénéfice d'une protection renforcée contre des décisions administratives subséquentes.

Il y a trois caractéristiques des droits acquis :

- 1) **l'application du droit public** : c'est exclusivement à cause du droit public que l'on a des droits acquis. Mais à l'origine ça vient du droit privé (théorie du fisc).
- 2) **le droit acquis protège le législateur**. Le droit acquis permet de s'opposer au changement de loi. La nouvelle loi ne peut pas supprimer les effets d'un droit acquis. Il faut toujours *bien distinguer entre droit acquis et respect des promesses*. Si on nous fait une promesse et qu'après on ne la respecte pas, c'est un problème qui concerne l'art. 9 Cst. On va invoquer dans les conditions le fait que la loi n'a pas changé. Tandis qu'avec un droit acquis, cette condition ne vaut plus. Même si la loi change, les droits acquis demeurent. On peut donc en déduire que les droits acquis sont plus forts que les promesses mais ils sont aussi plus rares.
- 3) **garantie d'une valeur** : ça protège le contenu économique du droit. Si on supprime un avantage, on doit le compenser. La protection des droits acquis garantit la propriété du droit. Si on veut y porter atteinte, on va devoir indemniser.

3.2. Les fondements

On a fait une analyse pour voir si on trouvait un fondement. Il y en a trois :

- 1) **la loi** (plus que rare, cf. *infra*) → **une disposition légale garantissant le maintien d'un droit même en cas de modification subséquente de la loi**. Zufferey n'a jamais vu un de ces cas car le législateur rechigne à lier le législateur suivant pour l'avenir. Mais parfois, il y a de nouvelles dispositions qui déclarent maintenir les avantages donnés par l'ancienne disposition. Mais dans ce cas, le fondement du droit acquis (création légale d'un droit acquis) c'est la nouvelle loi. D'ailleurs, on voit souvent dans des lois : « les droits acquis sont maintenus » mais il ne faut pas se fier aveuglément à cette mention car ça peut être trompeur. Il faut se baser encore sur un autre fondement.
- 2) **l'acte administratif** (peu fréquent) → **une décision contenant expressément une mention comme quoi les avantages accordés sont maintenus**.
- 3) **le contrat** (cas le plus fréquent) → **un contrat de droit administratif confère un droit à l'administré et en règle générale ce sont des droits acquis**. Car cela fait partie de la liberté de l'Etat. Ici, l'Etat s'engage donc il doit respecter ses promesses. Il faut faire attention car on applique aussi les instruments du droit des contrats (par exemple : la *clausula rebus sic stantibus*) selon les circonstances. Et dans ces cas, l'administré ne pourra plus dire que même si les circonstances ont changé, ça n'a aucune influence sur ses droits acquis.

3.3. Les catégories

- 1) **les droits immémoriaux** : droits qualifiés d'immémoriaux car on ne sait pas trop d'où ils viennent (peut-être une origine de droit coutumier). Il n'existe pas de liste exhaustive de ces droits. Mais la jurisprudence les a identifiés. En voici trois :
 - *Tavernenrecht* : c'est le droit reconnu dans certains cantons alémaniques à avoir le droit d'ouvrir une table d'hôte (même si on n'est pas dans une zone à bâtir une auberge) si on est propriétaire d'un immeuble.

- *Le droit de prélever de l'eau depuis un cours d'eau* : il s'agit donc du droit pour un voisin d'un cours d'eau de prélever cette eau pour arroser des cultures. Ça a posé parfois problème avec la LEaux.
 - *Le droit d'encranne* : c'est le droit (dans le Jura) qui reconnaît à tout propriétaire d'un bétail (chevaux, vaches,...) de pouvoir amener son troupeau à paître librement, l'été, dans les Franches Montagnes (n.b : les Franches Montagnes n'appartiennent à personne).
- 2) **le droit des fonctionnaires** : c'est une question qui revient fréquemment lorsque les fonctionnaires perdent des privilèges (par ex : suppression des allocations, diminution des congés,...). Pourquoi parle-t-on d'une suppression de privilège ? Il y a deux facteurs :
- L'invention du *new public management* : on considère l'Etat comme une entreprise devant faire plaisir à ses clients.
 - *Les difficultés financières des cantons* ont eu pour conséquence que ceux-ci ont dû *réduire leurs effectifs*.

Le résultat juridique de tout ceci est qu'il y a souvent une situation acquise pour ces fonctionnaires mais il y a rarement un droit acquis. *Avec une situation acquise, les privilèges vont donc tomber si on décide de les supprimer par une nouvelle loi par exemple. Tandis que les droits acquis, eux, vont rester.*

Il faut distinguer le mode d'engagement du fonctionnaire à savoir : *l'engagement est-il basé sur un acte administratif unilatéral* (= acte de nomination) *ou sur un contrat* ?

Si c'est un *acte administratif unilatéral*, il s'agit d'une décision administrative prise par une autorité supérieure (par exemple, le Conseil d'Etat pour les profs d'Uni). En l'espèce, une modification ultérieure des conditions d'engagement est possible seulement par une révocation partielle de l'acte administratif unilatéral (= acte de nomination). Un changement de législation est un motif de révocation sauf s'il y a un droit acquis là-dessous (en principe, il n'y en a pas car on ne trouve pas un des fondements des droits acquis). Ainsi, ici, il n'y a pas de droits acquis mais une situation acquise. Avec cette nouvelle loi, nous avons affaire à de la *rétroactivité au sens impropre* : la nouvelle loi n'est pas rétroactive mais elle agit sur l'effet actuel de la nomination.

Si c'est un *contrat* (cas beaucoup plus fréquent), on doit encore se demander si le contrat, en vertu duquel le fonctionnaire a été engagé, est de droit public ou de droit privé ? A ce sujet, nous pouvons donner quelques indications : si on accomplit une tâche publique, que l'on est employé par l'Etat, c'est plutôt du droit public (ex : avec les assistants) ; c'est un abus de langage de dire que c'est du droit privé. Mais comme parfois, la distinction n'est pas facile à voir, il faut regarder les clauses dudit contrat :

- si les clauses sont *unilatérales*, il n'y a *pas de droits acquis possibles*.
Ex : une clause du contrat établit que : « les vacances sont réglées conformément par l'art.12 de la Directive 15 ». L'art. 12 de ladite Directive a donc été repris tel quel. Il n'y a pas eu de négociation sur les vacances possibles entre le fonctionnaire et l'Etat. L'Etat n'a ici pas de marge de manœuvre. Il ne fait aucune promesse et se contente d'appliquer la loi.
- si les clauses sont *bilatérales* c'est-à-dire, par exemple, lorsque l'Etat promet quelque chose qu'il n'est pas obligé de promettre, on a un *droit acquis*. Mais l'Etat doit être libre de faire cette promesse sinon ça ne marche pas.

Ex : on est pompier, on sait que pour être à temps à la caserne en cas d'urgence, on doit habiter à moins de 2km de celle-ci. Un pompier, excellent élément, a hérité de la maison de ses parents située à 3km de la caserne, il désire la conserver et y habiter. Il demande donc une dérogation à l'Etat. L'Etat lui accorde cette dérogation. En l'espèce, c'est un droit acquis car l'Etat a dérogé librement et il n'avait pas d'obligation à le faire.

Même lorsqu'il n'y a pas de droits acquis, c'est-à-dire dans 99% des cas on peut toujours plaider les garanties suivantes :

- l'interdiction de l'arbitraire
- l'égalité de traitement

cf : ATF p.223ss : Chapeau :

Les droits patrimoniaux des fonctionnaires ne constituent pas, en principe, des droits acquis. Toutefois, ils sont protégés par l'interdiction de l'arbitraire et le principe de l'égalité de traitement.

Le droit privé ne peut être mis en œuvre, dans le cadre du droit public, que si celui-ci contient une lacune qui ne peut pas être comblée par l'application analogique d'autres normes de droit public.

Lorsque l'exige la protection de la confiance légitime, les modifications du droit ne peuvent être mises en œuvre que moyennant le respect d'un délai transitoire

p. 224 : modification de l'ordonnance sur le traitement du personnel de l'administration : le conseil municipal est habilité à réduire temporairement les traitements, de manière limitée, pour des **motifs financiers pertinents**.

3) **les droits acquis des concessionnaires** : la *concession* est un acte mixte contenant des éléments de contrat et des éléments de décision (un ensemble donc de clauses unilatérales et bilatérales). On retrouve des concessions dans trois domaines :

- *utilisation du domaine public* : ex : concession pour pouvoir vendre des glaces sur la place Python
- *concessions d'attribution de droits exclusifs/monopolisés* : ex : les concessions pour les mines, pour l'usage des forces hydrauliques
- *concessions pour les services publics* : situations où lorsque l'Etat ne veut pas faire quelque chose, il peut donner une concession pour qu'une entreprise le fasse : ex : transports publics, taxis,... Pour ces services publics, il y a des règlements, donc des concessions pour régler le tout.

Si on a des *clauses bilatérales*, en principe les droits contenus dans ces clauses sont des *droits acquis*. Car l'Etat concédant fait une promesse au tiers concessionnaire.

Ex : avec les redevances, le droit de cession (pour céder sa concession). Même si la loi change, le droit reste.

Si on a des *clauses unilatérales*, il n'y a pas de droits acquis. Si la concession reprend une disposition contenue dans une autre loi c'est une *clause unilatérale*. Et donc en cas de changement de loi, on peut révoquer la clause en question, il n'y a donc *pas de droits acquis*.

Ex : art. 58 LFH (loi fédérale sur les forces hydrauliques) : dans cette loi, on dit qu'on donne une concession pour 80 ans maximum. Si maintenant, on décide de modifier la loi et de réduire la durée maximum de la concession à 60 ans maximum. Les concessionnaires, si elles reprennent cette clause, elles ne sont pas protégées car ce n'est pas un *droit acquis* (à cause de la clause unilatérale).

Il existe encore d'autres catégories de droits acquis :

- en matière de subvention
- en matière fiscale

Mais il n'y a **jamais** de droits acquis en matière d'*autorisation de police* ! Sauf dans le cas d'une exception c'est-à-dire si l'autorisation a été déjà utilisée ou si elle est octroyée seulement après longtemps (cf. *supra*).

3.4. L'exemple des concessions hydrauliques

Le droit d'utiliser les forces hydrauliques, redevance pr les kilowatts.

Droit de céder sa concession à un 1/3 dans des clauses négociées.

Même si la loi change : le droit acquis reste

3.5. La protection juridique et sa mise en œuvre

Elle est mise en œuvre lorsque : la décision est **arbitraire** lorsqu'elle supprime un droit acquis ou lorsqu'il y a violation du principe constitutionnel du respect des promesses (art. 9 Cst). Pendant longtemps, on a exigé un droit constitutionnel.

Avec le recours de droit public (OJ 84), on va invoquer le droit de propriété et/ou le respect de la bonne foi. Aujourd'hui, très vraisemblablement, on utiliserait pour ces cas le recours unifié en matière de droit public (LTF 82). Et il n'y aura plus d'obstacle pour les recours avec le passage obligé des droits constitutionnels. Ainsi, on n'aura plus besoin d'emballer une violation d'un droit par des droits constitutionnels.

Art. 83 LTF : il s'agit d'un cas d'irrecevabilité du recours ordinaire. Les concessions y étaient avant incluses. Mais il y a eu suppression des concessions (art. 99 OJ). Actuellement il est possible de faire un recours de droit ordinaire.

Art. 113 LTF : restriction en matière de droit acquis.

14) LE CONTRAT DE DROIT ADMINISTRATIF

I. Généralités

1. La définition

Définition : c'est un **accord** (a) de manifestation de volontés réciproques et concordantes (=contrat) portant sur une **tâche publique** (b) ayant force **obligatoire** (c) et **soumis au droit public** (d).

2. Les éléments

2.1. En général

a) **un accord** : ce sera un accord unilatéral ou multilatéral (bilatéral,...)

Quant à la qualité des parties, elles peuvent être *égales, autonomes* :

Egalité : les parties sont sur un *même niveau* ce qui est atypique pour le droit public. Ensuite, on parle d'égalité lors de la *conclusion du contrat* : l'administré a la possibilité de conclure ou non le contrat. Il y a aussi égalité dans l'aménagement (négociation) du *contenu du contrat* : on peut parfois ainsi mettre l'Etat sous pression. L'égalité se retrouve aussi dans l'*exécution du contrat* : les deux parties ont les mêmes droits et obligations.

S'il y a un litige, on va aller devant le juge et demander une **action de droit administratif**. Il n'y a pas de recours mais cette action pour violation du contrat. Un contrat ne permet pas à l'Etat de dire par une décision unilatérale : voilà j'ai décidé, c'est comme ça (application, interprétation du contrat) comme ça et pas autrement.

Autonomie : les parties jouissent d'une autonomie certaine, elles sont libres dans leur choix. L'Etat peut choisir son partenaire ; il est autonome. On est, ici, très proche du droit privé.

2.2. Une tâche d'intérêt public

b) **l'exécution d'une tâche publique** : le contrat porte sur **l'exécution d'une tâche publique**. L'élément prépondérant du contrat c'est son **objet**. Pour savoir si c'est du droit privé ou du droit public, il faut toujours utiliser le faisceau d'indices.

Les deux parties peuvent être des autorités et avoir un contrat de droit privé. Des particuliers peuvent également faire un contrat de droit public. Les parties ne sont pas un élément déterminant pour savoir si on a affaire à du droit privé ou du droit public.

C'est pareil pour le droit applicable, celui-ci n'est pas déterminant dans la distinction droit public / droit privé. Le droit applicable est une conséquence mais pas une condition. Idem pour la procédure d'approbation, cette dernière n'est pas déterminante. Par exemple, pour des contrats fonciers, la procédure d'approbation est requise par la LDFR. Mais c'est un contrôle car on reste dans un contrat de droit privé (bail à ferme)

Exemples :

- tout le *domaine de l'équipement* (LAT 19) : cela concerne par exemple les lignes d'électricité, les canalisations. Tout ceci est réglé par un contrat de droit administratif
- les *subventions* : elles sont souvent données sur la base d'une subvention mais elles peuvent aussi l'être par des contrats (ex : pour accorder une bourse FNRS, on fait un contrat)
- *l'expropriation (Enteignung)* : dans ce domaine, de nombreux contrats sont conclus.
Ex : prenons l'exemple du projet de troisième voie de chemin de fer entre Genève et Lausanne pour les pendulaires. Si on veut faire cette troisième voie, on risque, à chaque mètre, de devoir prendre un bout de terrain chez des propriétaires. Imaginons maintenant, qu'un propriétaire ne veut pas vendre son bout de terrain. Il y a un litige, une procédure. Pendant celle-ci, le propriétaire décède, ses héritiers décident de vendre la parcelle contre de l'argent pour ce faire, ils concluent un contrat
- *l'engagement des fonctionnaires par contrat* (cf. *supra*)
- *l'usage d'un établissement public*
Ex : avec les services industriels. Avant, si on voulait utiliser le téléphone, il fallait passer un contrat avec les services industriels.
- *l'approvisionnement du pays* : les importateurs de matières premières ont l'obligation (par des lois) d'avoir des stocks. Ces obligations sont compensées par des avantages. Ces obligations sont des contrats entre l'Etat et les importateurs.
- les *marchés publics* : le contrat consécutif au marché public n'est **pas un contrat de droit administratif mais un contrat de droit privé**

c) **le caractère obligatoire** : le contrat de droit administratif a force obligatoire pour les deux parties. Pour se défaire du contrat, il faut passer par celui-ci (reconduction, clauses de résolution, de résiliation,...) ou sinon passer par la loi.

d) **soumise au droit public** : ce sont les règles du droit public qui régissent les contrats. En réalité, le droit public, qui s'applique, est du droit public matériel.

3. L'admissibilité

3.1. Le principe

L'Etat peut-il passer des contrats ? Pendant longtemps, on a répondu que non, on voyait cela un peu comme une « prostitution » de l'Etat qui s'abaîsserait à traiter comme un particulier. On avait surtout la crainte qu'au travers des contrats, l'Etat obtienne des choses que la loi ne donnait pas et puisse ainsi la contourner. Aujourd'hui, ça a changé, c'est admissible mais il y a quand même des limitations.

3.2. La légalité

La vraie question reste celle de la légalité, avec la base légale. Faut-il une base légale pour faire ce contrat de droit administratif ? Cela dépend :

Les contrats de droit administratif **entre collectivités publiques** sont-ils possibles ? Par exemple, est-ce que les étudiants de Lavey (canton de Vaud) peuvent se rendre aux cours au collège de l'Abbaye de St-Maurice (canton du Valais) ? Au début, on l'a refusé car ça impliquait beaucoup de complication (coûts, salaires,...), puis on a accepté. Dans ce cas, on a passé un contrat de droit administratif entre deux cantons.

Concernant le contrat de droit administratif **entre les administrés**, qu'en est-il ? Il faut une base légale. On ne peut pas par contrat échapper à nos obligations légales. On ne peut pas transférer l'obligation de payer une amende à quelqu'un d'autre par exemple. (cf. exemple avec le déblayement de la neige p.5 de ce cours)

Concernant les contrats entre la collectivité publique et l'administré, on l'a d'abord interdit. Puis, ensuite, on a dit d'accord si la loi le permet. Aujourd'hui, c'est admis et cela même sans base légale expresse. Mais par un contrat de droit administratif, on ne peut pas contourner les exigences de la légalité. On ne peut pas limiter l'administré dans ses droits fondamentaux et le contrat ne peut pas avoir pour effet de contraindre un administré à une prestation.

4. Principe contractuel de la confiance et bonne foi

Cf. jurisprudence : ATF 122 p.235 : ici, des héritiers promettent de vendre des terrains à condition que les autres terrains qu'ils ont encore soient mis en zone à bâtir. Le contrat est conclu mais entre temps, il y a une initiative qui dit que cette zone ne peut pas être à bâtir car elle doit rester verte. L'initiative est acceptée et donc le contrat n'est plus exécutable. Ce contrat était un contrat de droit administratif car il avait clairement trait à la planification du territoire.

p.235ss consid. 1 bb) : le contrat de droit administratif est soumis aux règles du droit public et non aux règles du code civil et du code des obligations.

p.235ss consid. 4e et consid. 5 : la validité d'une promesse de classement (mettre le terrain dans telle zone) pose problème en l'espèce. Car un tel classement n'est pas mis à la livre disposition des collectivités c'est-à-dire que l'Etat ne peut pas s'engager à promettre cela car il ne peut pas en disposer. Donc cette promesse n'est pas valable. Le citoyen, lui, doit savoir que l'Etat ne peut pas faire ce classement. Ainsi, il ne peut pas invoquer la confiance puisqu'il

aurait dû savoir que ce n'était pas possible pour l'Etat. Donc il ne peut rien faire et le contrat n'est pas valable.

... bon travail et bonne chance :-)