

„La nullité doit être constatée en tout temps et par toute autorité“

Pierre Moor

I. Une affaire récente: ATF 136 II 415

Le Ministère public du canton de Zurich et une association X. conclurent le 7 juillet 2009 une convention portant sur divers points relatifs à l'assistance au suicide. Il s'agissait en particulier de régler d'une part les conditions et le déroulement de l'assistance et la substance utilisée, de l'autre les démarches à suivre par l'autorité de poursuite pénale dans les situations où une telle assistance a été apportée et l'information à donner en cas de violation de la convention.

Divers particuliers attaquèrent la convention devant le Tribunal fédéral par recours en matière de droit public, déposé le 10 septembre 2009. Le recours fut déclaré irrecevable. Le dispositif est libellé comme suit (langue originale – il n'est pas publié dans ATF 136 II 415, 1C_438/2009, du 16 juin 2010):

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es wird festgestellt, dass die Vereinbarung vom 7. Juli 2009 zwischen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Verein X. nichtig ist.

L'irrecevabilité est en premier lieu motivée par la nature de l'acte attaqué (c. 1.1). Celui-ci n'est pas une décision, mais un contrat („Vereinbarung“), et la condition de recevabilité posée par l'article 82 lit. a de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) n'est par conséquent pas remplie. Ce n'est pas non plus un acte normatif au sens de l'article 82 lit. b LTF; la question est examinée sous l'angle d'une qualification de l'acte comme ordonnance administrative („Verwaltungsverordnung“). Cependant, pour le Tribunal fédéral, malgré de fortes analogies, l'acte n'en a pas la nature: en

effet, comme la „convention“ s’adresse à une seule organisation, elle est de nature individuelle, et non pas générale. De plus, l’une des clauses prévoit qu’elle ne peut être résiliée que pour des motifs importants, alors qu’une ordonnance administrative doit pouvoir être modifiée facilement, pour être adaptée à de nouvelles circonstances.

Mais l’irrecevabilité est aussi motivée d’un autre point de vue (c. 1.2). Selon le Tribunal fédéral, en présence d’un besoin de protection juridique, il y a lieu d’examiner si l’acte contesté n’est pas nul. La nullité peut en effet être constatée par toute autorité et en tout temps, même en instance de recours. Et si, effectivement, en l’espèce, l’acte est nul (et l’examen montrera dans les considérants suivants que tel est le cas), alors il n’y a pas d’objet à la procédure de recours („Anfechtungsobjekt“) et, par conséquent le recours est irrecevable de ce point de vue aussi.

D’où le dispositif qu’on vient de citer intégralement. Dispositif et motivation à première vue étrange: pour déclarer le recours irrecevable, le juge examine la validité de la décision, dont il constate la nullité (ce qui devrait être exclu pour un recours irrecevable, puisque c’est examiner le fond); et il constate cette nullité pour un acte qui, ne pouvant être porté devant lui, échappe donc à sa compétence de contrôle juridictionnel. Selon le Tribunal fédéral, cette „étrangeté“ est un élément spécifique de la nullité et lui est inhérente.

Cet arrêt fournit ainsi l’occasion de faire le point sur le statut procédural de la constatation de nullité: où, qui et comment peut-elle être prononcée? Le principe laconiquement énoncé („en tout temps et par toute autorité“) peut-il être pris à la lettre? Un préfet peut-il constater la nullité d’un jugement de divorce? Un juge de paix celle d’une taxation fiscale? A première vue, de telles conséquences du principe paraissent assez bizarres. C’est à ces questions qu’est consacrée la présente étude. Nous ne traiterons pas, en revanche, de l’aspect matériel que soulève l’arrêt, à savoir: y avait-il bien un cas de nullité?

II. L’examen de la nullité: les diverses configurations

Le principe, le Tribunal fédéral s’y est référé à maintes reprises. Sous l’angle de la place qu’occupent l’examen et la constatation de la nullité, cette jurisprudence peut être analysée en plusieurs configurations, que nous allons passer en revue. Les arrêts qui seront cités sont ceux qui l’ont été par le Tribunal fédéral lui-même dans la justification du statut procédural qu’il a donné à la constatation de la nullité; on constatera qu’ils concernent tous une

décision, alors même que, dans l'arrêt ATF 136 II 415 (qui a fourni l'occasion de notre étude), l'acte contesté a reçu la qualification d'un contrat.

1. Recours contre un acte prétendument nul

C'est une configuration ordinaire: l'acte prétendument nul est contesté par la voie du recours, devant l'autorité compétente et dans le délai de recours, toutes les conditions de recevabilité étant réunies. A notre connaissance, il n'y a dans la jurisprudence aucun cas où le juge saisi aurait constaté la nullité et déclaré le recours irrecevable faute d'objet, sur le modèle de raisonnement de l'ATF 136 II 415.

Il n'y a même, toujours à notre connaissance, aucun cas où le juge aurait délibérément constaté la nullité au lieu de prononcer simplement l'annulabilité. Rappelons à ce sujet que la nullité est une sanction tout à fait exceptionnelle, qui n'est prononcée que si le vice est particulièrement grave et manifeste et si elle ne lèse pas gravement la sécurité juridique; étant censée n'avoir juridiquement jamais existé, elle a un effet rétroactif. Les décisions sont donc, dans la règle, simplement annulables: elles acquièrent autorité formelle et matérielle de chose jugée dès qu'elles ne sont plus susceptibles de recours; de plus, l'annulation, sauf exception, n'a pas d'effet rétroactif¹.

Il n'y a intérêt, dans cette configuration, à distinguer entre nullité et annulabilité que si la décision viciée a déjà déployé des effets: de par sa rétroactivité, la nullité de la décision frappe également ses effets, particulièrement les mesures d'exécution qui auraient été prises. Toutefois, le développement du droit administratif, particulièrement celui de la procédure administrative ont rendu la distinction en pratique quasi inutile, elle n'a guère conservé qu'un intérêt théorique. Les décisions ne sont exécutoires, sauf exception, qu'une fois le délai de recours échu, et le dépôt d'un recours a un effet suspensif, de par la loi (en droit fédéral, pour la première instance de recours²) ou sur requête (pour les recours au Tribunal fédéral³).

¹ Sur tous ces points, cf. *Moor Pierre/Poltier Etienne*, Droit administratif II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, ch. 2.3.3; *Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^e éd., Zurich 2010, N. 955 ss.

² Art. 55 Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

³ Art. 103 al. 3 LTF.

2. Le contrôle préjudiciel de décisions prétendument nulles

La deuxième configuration est celle dans laquelle le recours est porté contre une décision dont la validité dépend de la validité d'une décision antérieure entrée en force : par exemple l'exécution forcée d'une décision nulle doit être elle-même déclarée nulle, vu l'effet rétroactif. Elle peut aussi se présenter, inversement, dans le cas où le recours est porté contre une décision qui serait valide si une décision antérieure est nulle: par exemple la décision ordonnant la démolition d'une construction édifiée sur la base d'une autorisation entrée en force, mais nulle. Dans cette configuration, la validité de la décision antérieure est censée être le fondement juridique de la décision contestée (la première des deux hypothèses ci-dessus) ou, inversement, son invalidité est le fondement juridique de la validité de la décision contestée.

L'exemple typique de cette configuration est celui d'une mesure qui exécute une décision – exécution à un titre ou à un autre (exécution par substitution, contrainte directe, poursuite, etc.). La décision est le fondement juridique de la mesure et, par conséquent, la validité de la seconde est subordonnée à celle de la première. Toutefois, dans l'hypothèse où la décision ne serait affectée que d'un vice conduisant à son annulabilité et qu'elle a acquis force de chose jugée (le délai de recours est échu, ou elle émane de la dernière instance), sa validité échappe par définition au contrôle. Il en va autrement si le vice prétendu est de nullité: comme elle ne peut déployer aucun effet juridique, une décision nulle ne peut fournir un fondement valable aux mesures qui l'exécutent, lesquels sont donc également invalides.

La compétence d'examen à titre préjudiciel est reconnue de longue date; c'est pourquoi nous pouvons nous abstenir d'en donner des illustrations. On relèvera le point qui est ici essentiel: cet examen ne repose pas sur une compétence relative à la décision prétendument nulle (la décision antérieure), mais sur celle qui a trait à la mesure objet du recours (la décision postérieure). La compétence préjudicielle est la conséquence de la compétence principale.

La particularité de cette configuration explique la formule „en tout temps et par toute autorité, même l'autorité de recours“. „En tout temps“, c'est-à-dire alors même que la décision est entrée en force, „en tout temps, même après l'échéance du délai de recours“. „Par toute autorité“, quelle que soit l'autorité qui prend la décision postérieure ou devant qui une telle décision peut être portée par recours: ce second élément est le plus important des deux, parce qu'une décision peut influencer sur la validité de décisions postérieures dans les situations les plus diverses, de telle sorte qu'il est

impossible de définir par avance lesquelles pourront se présenter, donc quelles sont les compétences principales à envisager⁴.

3. Constatation de la nullité par l'autorité matériellement compétente mais en dehors de l'objet du litige

Cette configuration particulière s'est présentée dans un cas d'espèce; la nullité d'une décision a été découverte et constatée à l'occasion d'un recours invoquant un autre grief. Ce cas est assez complexe pour devoir être exposé.

ATF 127 II 32, c. 3g – L'Institut suisse de météorologie (ci-après: ISM; aujourd'hui MétéoSuisse) recourt contre une décision de la Commission de la concurrence (Comco), l'obligeant, en application de la loi sur les cartels, à fournir à ses concurrents ses prestations aux mêmes conditions qu'à ses propres services commerciaux. Recourant devant la Commission de recours (CR), il y obtient gain de cause, au motif que l'évolution de la situation de fait et de droit rend la décision de la Comco dépassée. Le Département fédéral de l'économie dépose un recours de droit administratif, en invoquant que la CR aurait dû renvoyer l'affaire à la Comco pour que celle-ci examine la validité formelle et matérielle de la décision de la CR; il conclut à l'annulation de la décision et au renvoi de l'affaire à la CR. Le Tribunal fédéral a admis le recours dans le sens des considérants.

Examinant la validité de la décision de la Comco, le Tribunal fédéral constate que c'est à tort que celle-ci s'est déclarée compétente, la loi sur les cartels n'étant pas applicable en l'espèce (en tout cas à l'époque) aux entités de l'administration fédérale – sauf renvoi de la loi spéciale les régissant; en l'occurrence, poursuit le Tribunal, le vice d'incompétence conduit à la nullité de cette décision, dès lors privée de tout effet. Toutefois, cette décision n'étant pas en cause (elle n'est pas l'objet du recours), il conclut en remarquant qu'il ne peut pas formellement constater la nullité de la décision et, par conséquent, „admet le recours dans le sens des considérants“.

On remarquera, dans cette configuration, que le juge est matériellement compétent pour connaître du recours: dans le cas d'espèce, l'acte attaqué était bien une décision, et la matière ne relevait d'aucune des exceptions des articles 99 ss de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (Organisation judiciaire, OJ; aujourd'hui: art. 83 ss LTF).

La motivation que donne cet arrêt pour justifier que le juge n'est pas compétent pour prononcer formellement la nullité n'est cependant pas à

⁴ Pour une casuistique, voir ATF 104 Ia 172, c. 2c; 118 Ia 336, c. 2; 130 III 430, c. 3.3; 132 II 21, c. 3.1 et 2.

l'abri de la critique. Nous estimons pour notre part que, dans une telle configuration, une telle compétence est au contraire parfaitement donnée.

L'argumentation du Tribunal fédéral se fonde sur le fait que, ce faisant, il serait sorti des limites tracées par l'objet du litige („Streitobjekt“ ou „-gegenstand“)⁵, à savoir les limites que tracent les conclusions du recours. On peut objecter ceci: le recours du Département, contestant la validité de la décision de la CR, tendait à son annulation et à son renvoi. Limité par l'objet de cette conclusion, le Tribunal fédéral pouvait donc admettre le recours, annuler la décision – et cela pour quelque motif que ce soit, et particulièrement parce que l'instance précédente aurait dû constater la nullité – et constater lui-même cette nullité⁶. En effet, si la décision de la Comco était nulle, la CR aurait dû constater le vice d'office; ne l'ayant pas fait, sa décision était elle-même viciée. Ce faisant, il ne serait pas sorti de l'objet du litige – la validité de la décision contestée –, ni n'aurait changé la nature des conclusions – l'annulation de la décision – mais aurait substitué un autre motif au motif d'invalidité invoqué par le recourant.

En conclusion, il nous paraît donc que la compétence du juge, dans les attributions juridictionnelles duquel le litige se trouve matériellement, à raison de la nature de l'acte attaqué et du domaine juridique, s'étend à la constatation par lui-même de la nullité de l'acte décidé dans l'une ou l'autre des instances précédentes, alors même que ce motif d'invalidité n'est pas invoqué par le recourant. Ce cas d'espèce ne devrait donc pas constituer une configuration spéciale, mais se ranger dans la première de celle que nous avons examinées.

4. Nullité prononcée par un juge matériellement incompetent

Cette configuration est celle de l'arrêt qui a été exposé au début de notre étude; on la retrouve dans deux autres arrêts: bien que le recours porté devant le juge soit irrecevable, le juge examine si l'acte litigieux est nul – dans deux de ces trois cas⁷, il l'admet et formule un dispositif où l'irrecevabilité s'accompagne de la constatation de la nullité, tandis qu'il

⁵ Sur cette notion, *Moor/Poltier* (note 1), p. 807, 819, 824.

⁶ Le Tribunal fédéral a en effet la compétence de réformer la décision portée devant lui, lui substituant sa propre décision.

⁷ ATF 132 II 342 et 136 II 415.

considère que, dans le troisième, les conditions de la nullité ne sont pas réalisées et se borne donc à déclarer le recours irrecevable⁸.

ATF 132 II 342, **c. 2** – Une réfugiée politique requiert de l'Office fédéral de la justice d'être informée des données personnelles de son dossier; elle aimerait savoir en particulier si elle fait l'objet d'un mandat d'arrêt international. Elle conteste devant le Tribunal fédéral le refus qui lui est opposé.

Se référant à l'article 100 al. 1 lit. a aOJ (l'équivalent aujourd'hui de l'article 83 lit. a LTF), le juge examine en premier lieu si le recours est recevable. Il laisse la question ouverte. Il constate en effet l'incompétence des autorités suisses pour fournir les données demandées et dès lors la nullité du refus décidé par l'Office fédéral de la justice. Dès lors, la décision attaquée est privée de tout effet et ne peut en conséquence pas faire l'objet d'un recours. Celui-ci est donc irrecevable, faute d'objet. Mais, en conclusion de son arrêt, le Tribunal fédéral invite l'Office fédéral de la justice à faire parvenir le dossier à l'Office de la police (compétent pour transmettre la demande au pays qui a émis le mandat⁹) et, en outre, indique à la recourante quelles démarches elle peut entreprendre (auprès de la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol¹⁰).

ATF 136 II 489, **c. 3.3** – Un usager des Transports publics zurichois leur doit un supplément de prix pour avoir voyagé sans titre de transport valable. Faute d'être payé, le supplément se trouve augmenté, par décision de l'entreprise, d'un montant destiné à couvrir les frais administratifs. Après avoir parcouru diverses instances cantonales (toutes de droit public), il recourt au Tribunal fédéral.

Celui-ci constate que le rapport juridique en cause est de droit privé; le recours en matière de droit public est donc irrecevable. Le recours de droit privé l'est aussi, la valeur litigieuse minimale n'étant pas atteinte et le recourant n'ayant ni établi ni même prétendu qu'il s'agissait d'une question de principe (art. 74 al. 1 LTF). Le recours constitutionnel subsidiaire ne l'est pas davantage, faute pour le recourant d'avoir soulevé le motif (art. 106 al. 2 LTF). Malgré cela, observe le Tribunal fédéral, s'il y avait un cas de nullité, il aurait pu le constater d'office: mais tel n'est pas le cas. Il observe en particulier que la question de la compétence (juge de droit privé ou autorités de droit public) a été longtemps problématique et que les parties n'ont jamais songé à la soulever devant les instances précédentes.

Dans les deux arrêts où la nullité est prononcée, le recours est déclaré irrecevable parce que privé d'objet, l'acte attaqué étant nul. Face à cette jurisprudence, on se trouve donc face à deux paradoxes. Le premier consiste

⁸ ATF 136 II 489 – plus précisément, recours rejeté dans la mesure où il est recevable, le recourant ayant soulevé un autre grief, jugé infondé.

⁹ Tout en lui indiquant les précautions procédurales à prendre dans l'intérêt de la recourante.

¹⁰ Cf. Ordonnance Interpol (RS 351.21), ann. 3.

à déduire de la nullité d'un acte l'irrecevabilité du recours dont il est l'objet. Le second consiste à examiner la validité d'un acte qui n'est pas susceptible de recours. Ce sont ces deux paradoxes qu'il convient d'analyser.

III. Nullité et (ir)recevabilité

1. Premier paradoxe: le recours contre un acte jugé nul est irrecevable

Que le juge constate la nullité pour en faire découler l'irrecevabilité du recours dirigé contre l'acte nul a manifestement quelque chose de paradoxal. Car examiner la validité d'un acte frappé d'un recours implique que l'on ait compétence pour entrer en matière – donc que le recours soit recevable; et, avant d'entrer en matière, on ne peut pas savoir si l'acte en cause est valable ou non. Ce paradoxe est écarté grâce à une fiction: la constatation de la nullité a pour effet que l'acte nul est censé n'avoir juridiquement jamais existé et, en vertu d'une logique à effet rétroactif, ne peut donc pas être l'objet d'un recours (cet objet doit être un acte *juridique*). Le recours est alors irrecevable *parce que* l'acte examiné est déclaré nul. Ce paradoxe pourrait être évité si, plus simplement, on déclarait le recours recevable selon les conditions ordinaires et, entrant alors en matière, on admettait le recours en l'assortissant d'un effet rétroactif quant aux effets qu'il aurait produits *sur la situation qu'il avait pour objet de régler* – et non pas sur la saisine du juge auprès duquel l'acte est contesté. Le résultat serait en fait le même, mais le cheminement plus logique, pour autant qu'on tienne à une nette séparation entre ce qui a trait à la compétence de l'autorité (sa saisine) et ce qui concerne le fond.

Pourquoi plus logique? Un indice: s'il se conforme strictement à la jurisprudence, le recourant qui voudrait invoquer la nullité de l'acte qu'il conteste devrait prendre une conclusion en constatation et, en outre, en irrecevabilité de son recours (la conclusion est la formulation que le recourant souhaite que le juge prononce). En réalité, il y a confusion quant à la portée de la nullité: lorsqu'on dit que l'acte est rétroactivement inexistant, cela signifie que les effets qu'il a produits antérieurement doivent être de ce fait considérés comme non conformes à l'ordre juridique. Mais le statut procédural d'une décision, en particulier la recevabilité du recours porté contre elle, n'est pas un „effet“ de cette décision. La „décision“ comme objet de recours est une notion procédurale, qui n'a rien à voir avec la validité de l'acte: tout acte qui, au moment où il est pris, remplit les conditions de sa

définition procédurale (fixe des droits ou des obligations, etc.) est une „décision“ au sens de la procédure et ne perd pas cette qualité du fait que, entrant en matière sur le recours porté contre elle, le juge estime le vice qui l’affecte tellement grave qu’il en constate sa nullité.

Déclarer un recours irrecevable parce que l’acte dont le recourant demande le contrôle est nul revient en fait, pour le juge, à scier la branche sur laquelle il est assis (à savoir sa compétence à statuer en la matière); seule une fiction faussement interprétée peut le maintenir en l’air ! En d’autres mots : la nullité affecte la validité d’une décision et de ses effets, non pas son existence en tant que décision; une décision nulle ne disparaît pas dans le néant, mais *reste une décision*, dont la caractéristique juridique est qu’elle est ... nulle. La notion de „décision nulle“ ne s’oppose pas à celle de „décision“, mais à celle de „décision valable“ – „valable“ s’entendant comme „régulière“ et/ou „ayant acquis définitivement force exécutoire“.

2. Second paradoxe: la nullité peut être examinée par une autorité incompétente

Second paradoxe: le vice de nullité peut être examiné *alors même que* le recours est *irrecevable pour une autre cause* que celle qui est tirée de la nullité de l’acte. Tel est le cas dans les deux cas où la jurisprudence que nous analysons ici – dans la qualification que le Tribunal fédéral fait de la convention pour ATF 136 II 415, le recours est irrecevable parce qu’il ne s’agit pas d’une décision, et, pour ATF 132 II 342, il l’est parce que la loi exclut le recours dans le domaine en cause¹¹.

Ce second paradoxe est justifié par le principe selon lequel – le Tribunal fédéral le dit expressément – la nullité doit être constatée d’office en tout temps et par toute autorité. Mais on ne peut manifestement pas étendre la portée de ce principe aussi largement que cet énoncé, pris à la lettre, le permettrait. Cela conduirait à des résultats absurdes: n’importe quel tribunal, voire n’importe quelle autorité administrative pourrait, tout en déclarant que les conditions de sa saisine ne sont pas remplies, constater la nullité de l’acte qui serait porté devant elle. Pourquoi aussi le Tribunal fédéral, saisi d’un acte du Conseil fédéral, ne pourrait-il pas déclarer le recours irrecevable et constater néanmoins la nullité de l’acte gouvernemental? Certes, ce n’est en

¹¹ Plus précisément: même si l’art. 101 al. 1 lit. a OJ faisait obstacle à la recevabilité, le Tribunal peut néanmoins examiner l’hypothèse de la nullité de l’acte.

fait guère imaginable. Mais, comme la jurisprudence le montre, il a bien constaté la nullité d'une décision portant sur une matière que la loi faisait échapper à sa compétence: pourquoi pas, dans ces conditions, aussi celle d'un acte dont l'auteur échappe à son contrôle?

Et aussi celle d'un acte porté devant le juge par un recourant qui n'a pas qualité pour recourir? Ce cas de figure est intéressant, car on peut le comparer à une autre configuration: celle d'une autorité hiérarchique qui, saisie d'un recours, en prononce l'irrecevabilité – par exemple précisément pour défaut de la qualité pour agir –, mais examine néanmoins l'intervention à titre de dénonciation¹². La conclusion de cette comparaison serait que l'examen de la nullité en dehors de la sphère des attributions serait l'exercice d'un pouvoir de surveillance.

3. Les utilités de la théorie de la nullité

On voit que le second paradoxe présente des difficultés. Cependant, d'un autre côté, il est utile. Pourquoi? C'est qu'il permet à une autorité de recours d'„éliminer“ de l'ordre juridique des actes dont, sans référence à ce paradoxe, il ne pourrait pas connaître, et cela pour des raisons de procédure: délai de recours échu, par exemple.

Cette utilité, dans la plupart des cas, est à vrai dire superflue: chaque fois, par exemple, que l'acte en cause ne peut produire ses effets que moyennant un acte d'exécution forcée, le recours contre cet acte permet à l'administré d'invoquer à titre préjudiciel la nullité de l'acte exécuté (la nullité peut être invoquée „en tout temps“), ce qui rend ce dernier tout à fait inefficace. Mais on notera que le second paradoxe n'est pas en cause ici: en effet, l'autorité saisie est *entièrement compétente* en ce qui concerne l'acte d'exécution dont elle est saisie, le recours porté devant elle est *entièrement recevable*. La théorie n'est donc ici qu'une différenciation du régime du contrôle préjudiciel des actes administratifs et *n'implique par conséquent pas le second paradoxe*. „N'importe quelle autorité“ signifie alors plus précisément „statuant dans l'étendue de ses compétences“, et „en tout temps“ signifie que l'acte examiné préjudiciellement peut l'être „quelle que soit sa date“.

Qu'en est-il alors de cette autre hypothèse – celle précisément du second paradoxe – dans laquelle la théorie de la nullité est employée par une autorité qui, quoique incompétente quant à l'acte dont elle est saisie – recours

¹² Moor/Poltier (note 1), p. 616 ss.

irrecevable –, constate néanmoins son irrégularité? Elle est d'une tout autre nature que la précédente, puisqu'elle permet à l'autorité saisie de prononcer la nullité de l'acte pour le contrôle duquel, en vertu des conditions de recevabilité qui la régissent, elle est précisément *incompétente*.

Dans cette hypothèse, les cheminements logique et chronologique de l'argumentation ne coïncident pas. Car avant d'entrer en matière, le juge doit être en droit de déclarer le recours recevable: la recevabilité définit les conditions auxquelles est subordonnée la *saisine* du juge, c'est-à-dire sa compétence de dire le droit au sujet de l'affaire que le recourant a portée devant lui. Au moment où il examine si ces conditions sont remplies, il ne peut donc pas *être en droit* de savoir si l'acte porté devant lui est régulier ou non, *a fortiori* non plus si, en cas d'irrégularité, l'invalidité relève d'une simple annulabilité ou d'une nullité. C'est là le cheminement dans lequel logique et chronologie coïncident: le juge prononce la nullité s'il est compétent pour examiner la régularité de l'acte. S'il entre en matière sans que le recours soit recevable, il viole les règles de sa compétence.

Plus précisément, après être entré en matière, il procède à un retour en arrière, à savoir jusqu'au moment où il ne l'a pas encore fait, pour constater rétroactivement qu'il ne le pouvait pas (il déclare le recours irrecevable), même si, effectivement, il le fait (statuant sur le fond, il déclare l'acte nul). La chronologie est à l'inverse de la logique.

IV. Eviter les paradoxes

Il vaudrait mieux éviter ce genre de situations paradoxales. Dans les arrêts examinés ici, il aurait été parfaitement possible de déclarer le recours recevable (pour éviter le second paradoxe), puis, pouvant ainsi entrer en matière, constater la nullité de l'acte contesté (écartant ainsi le premier paradoxe).

1. ATF 132 II 342

On peut considérer ici que le Tribunal fédéral a été bien pusillanime en se refusant à admettre la recevabilité du recours; il a bien admis que l'article 100 al. 1 lit. a aOJ devait être interprétée restrictivement, mais, sous réserve de l'invocation d'un (seul) précédent, ne procède pas à un examen de la question. Une interprétation restrictive ne l'aurait pas empêché de statuer uniquement sur la compétence de l'Office de la justice (comme il l'a fait) sans se prononcer sur le fond.

Il est vrai que, s'il était entré en matière, puis avait constaté la nullité, il y aurait eu quelque difficulté à formuler le dispositif. Admettre le recours aurait certes signifié l'invalidation de la décision, mais sans pouvoir donner gain de cause à la recourante: configuration paradoxale. Rejeter le recours aurait aussi été paradoxal, puisque, sa décision étant déclarée nulle, l'autorité intimée n'aurait, elle pas non plus, obtenu gain de cause. Sans doute la solution aurait été simplement de constater la nullité et de renvoyer l'affaire à l'autorité compétente, l'Office fédéral de la police, avec des instructions procédurales (que le Tribunal fédéral a d'ailleurs données).

2. ATF 136 II 489

Ici, s'il y avait de sérieuses raisons de penser que l'acte était nul, on peut estimer qu'il se serait agi d'une question de principe, donc que le recours en matière de droit privé eût été recevable malgré la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 lit. a LTF¹³): il serait paradoxal que, dans un Etat de droit, la présence d'un acte nul ne constitue pas une question de principe. A vrai dire, le recourant n'avait pas allégué la présence d'un tel vice. Cela n'aurait cependant pas dû empêcher d'entrer en matière en tant que question de principe, si l'on suit la règle selon laquelle l'autorité peut constater d'office un vice de nullité. Toutefois, le Tribunal fédéral n'a examiné l'hypothèse d'un cas de nullité que dans le considérant relatif à la recevabilité du recours constitutionnel subsidiaire, cela aussi d'office (puisque le vice n'a pas été allégué). S'il avait admis la nullité, le résultat eût été le même dans les deux voies de droit. Et, pour les deux voies de droit également, il aurait statué dans l'étendue de ses compétences, la seule règle de recevabilité à laquelle il aurait été dérogé étant celle de l'obligation faite au recourant de motiver les griefs qu'il invoque¹⁴ – c'est-à-dire une règle qui ne concerne pas la compétence matérielle.

3. ATF 136 II 415

L'analyse de cet arrêt est intéressante, parce qu'elle soulève plusieurs questions relatives au droit administratif général, et des questions dont on

¹³ Dans ce sens, le c. 3.2 de l'arrêt ATF 136 II 480.

¹⁴ Cf. *Rudin Beat*, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle, 2011, Art. 74 N. 56: cet auteur, s'appuyant sur les travaux préparatoires, admet une telle possibilité. L'ATF 133 III 439, c. 2.2, qui a trait à l'obligation de motiver le recours, n'examine pas si — et à quelles conditions — il est possible de renoncer à cette exigence.

peut dire qu'elles sont d'actualité. Des questions dont la solution aurait pu mener à la recevabilité du recours et à son admission pour cause de nullité de l'acte attaqué, évitant ainsi les deux paradoxes. Arrêtons-nous donc aux motifs pour lesquels le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable à raison de la nature de l'acte attaqué.

a. Décision ou contrat de droit public?

Le premier motif tient à la qualification par le Tribunal fédéral de l'acte attaqué comme convention („Vereinbarung“). Cette qualification, il l'affirme simplement, sans argumentation; il faut relever à cet égard que la qualification d'un acte juridique par les parties ne lie pas le juge¹⁵: cela est évident, car elles auraient sinon – notamment – la faculté de déterminer elles-mêmes l'autorité compétente pour connaître du contentieux relatif à l'acte en cause, lorsque cette compétence dépend de sa nature. Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas consacré plus d'attention à cette qualification, car les réponses que la théorie et la pratique y fournissent ne sont pas encore clairement établies, et une jurisprudence de plus aurait pu être de quelque utilité.

En effet, à cet égard, *a priori*, on aurait pu envisager de construire, en l'espèce, l'acte juridique autrement: à savoir comme la renonciation – unilatérale – de l'autorité à l'exercice de ses compétences de poursuite pénale, renonciation assortie d'un certain nombre de conditions. Car on peut hésiter à considérer qu'il y a ici échange de prestations dont les parties sont en droit de disposer librement. L'argumentation, basée sur le critère de distinction usuel entre acte juridique unilatéral ou bilatéral¹⁶, serait alors la suivante: la compétence de poursuite pénale est l'exercice d'une compétence *prédéterminée* par la loi – elle obéit strictement au principe de la légalité –, par conséquent l'autorité ne peut pas *s'engager envers un tiers* à ne pas en faire usage. Si on suit cette argumentation, la soi-disant convention aurait pu être qualifiée de décision, et le recours aurait été de ce point de vue recevable.

¹⁵ *Abegg Andreas*, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zurich, 2009, p. 14 (avec des références à la doctrine privatiste). Cf. cependant ATF 134 II 297, c. 3.3, où le Tribunal fédéral a pris la qualification par les parties (en l'espèce contrat de droit privé) comme indice (sur cet arrêt, cf. *Moor/Poltier* [note 1], p. 431, notes 44 et 45).

¹⁶ *Moor/Poltier* (note 1), p. 424 ss (avec des références).

Contre cette argumentation, on pourrait objecter que l'acte prévoit qu'il ne peut être résilié avec effet immédiat seulement pour des motifs importants – une clause typique d'un acte bilatéral¹⁷. Mais l'objection pourrait être levée: la qualification d'un acte dépend de ce qui, dans cet acte, est essentiel, ce qui n'est pas le cas de cette clause.

b. Acte individuel ou acte général/abstrait?

Négligeant donc cette voie, le Tribunal fédéral examine en revanche si l'acte pourrait être qualifié d'ordonnance administrative: si oui, le recours eût pu être recevable parce que dirigé contre un „acte normatif“ (art. 82 lit. b LTF). Il admet que certains de ses éléments plaident pour une telle qualification: il contient des dispositions sur les démarches des autorités de poursuite pénale, et ses destinataires („die Adressaten der Vereinbarung“) peuvent compter que, s'ils respectent les conditions posées, aucune poursuite ne sera déclenchée à leur endroit. Toutefois, conclut le Tribunal fédéral, parce qu'elle ne vise qu'une seule organisation („richtet sich an eine einzige Organisation“), la „convention“ est de nature individuelle, et non pas générale (oubliant ce disant que, quelques lignes plus haut, il avait écrit qu'elle avait *des* destinataires – au pluriel !).

La question est délicate. Ici aussi, on peut hésiter. Si on qualifie l'acte d'ordonnance administrative, cela signifie que l'on considère que son objet est de déterminer, à l'intention des seules autorités de poursuite pénale et sans effet juridique sur les tiers, à quelles conditions celles-ci doivent (ne pas) agir. Mais, à supposer qu'elle soit appliquée à certains, un effet juridique va néanmoins se produire, par le biais du principe de l'égalité de traitement: d'autres pourront aussi s'en prévaloir¹⁸.

Qualifiée de contrat, son objet est le même, mais avec un effet juridique: les membres de l'organisation ont un droit à son application. Cependant, comme l'observe d'ailleurs le Tribunal fédéral, d'autres organisations pourraient invoquer le principe de l'égalité de traitement pour obtenir la conclusion d'une convention de même contenu. On ne voit pas ici pourquoi ce „droit“ ne vaudrait que pour d'„autres organisations“, et non pour tout tiers quelconque qui respecterait les conditions posées; et, dans cette configuration, on ne voit pas la nécessité de passer une convention avec de tels tiers, il suffirait de leur appliquer les dispositions telles qu'elles ont été

¹⁷ Ch. 11 de la „convention“.

¹⁸ Moor Pierre, Droit administratif I: Les fondements généraux, 2^e éd., Berne 1994, p. 269 *in fine*.

fixées dans la „Vereinbarung“: on ne voit pas où, alors, résiderait la différence d’avec une ordonnance administrative.

c. La théorie des deux niveaux

Une troisième possibilité n’a pas été examinée par le Tribunal fédéral, et c’est regrettable, car c’est la plus intéressante: celle de l’application de la théorie des deux niveaux. Celle-ci considère que la conclusion d’un contrat de droit public s’accompagne, explicitement ou implicitement, d’une décision dont l’objet est la faculté de conclure le contrat; et cette décision est susceptible de recours. Le Tribunal fédéral ne considère pas cette théorie avec une grande sympathie, et c’est même le moins qu’on puisse dire¹⁹. Il est vrai que son application n’est pas sans poser divers problèmes, et que le juge a sans doute quelques raisons de craindre que l’admettre dans un cas concret provoquerait un risque de généralisation malaisé à maîtriser. Néanmoins, on peut penser que le présent cas aurait été suffisamment spécifique pour que la référence à cette théorie eût pu être assortie d’autant de précisions et de cautèles pour éviter pour la suite le danger d’extrapolations trop audacieuses.

V. Les conditions de la constatation de la nullité en dehors des compétences de l’autorité saisie

Mais même si on peut admettre que les cas d’espèce examinés ici eussent pu être réglés conformément aux règles de recevabilité, il n’est pas exclu qu’un jour se présente une configuration où, quelles que soient les subtilités juridiques que l’on pourrait envisager, cela ne serait pas possible: nul ne peut prévoir toutes les situations que la réalité peut offrir. La question est alors de déterminer à quelles conditions le besoin de protection juridique justifierait la violation des règles de compétence. La théorie de la nullité à elle seule ne suffit pas: car elle permettrait à „n’importe quelle autorité“ et „en tout temps“ d’intervenir, quelles que soient les règles qui gouvernent sa saisine – et nous avons vu que cela conduirait à des résultats absurdes. Il faut donc y ajouter des conditions supplémentaires, qui précisent dans quel genre de configuration la violation du régime des compétences est *malgré tout* conforme à l’ordre juridique.

¹⁹ Voir *Moor/Poltier* (note 1), p. 445 ss.

Ces conditions doivent être liées à la fonction même de l'autorité, celle qui fait l'essence propre de l'ensemble de ses attributions et les justifie dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cela seul est de nature à légitimer qu'elle soit en droit de ne pas tenir compte des règles qui définissent sa compétence.

La première condition est celle que le Tribunal fédéral mentionne: le besoin de protection juridique. Mais il ne suffit pas pour autant que le recourant ait qualité pour agir au sens de l'article 89 LTF. Le besoin doit être *qualifié*. Sinon, cela signifierait que la réalisation de cette condition (ordinaire) de recevabilité pourrait se substituer au défaut de réalisation d'une autre, donc que l'application d'une disposition légale l'emporterait sur celle d'une autre sans que la loi ne le prévoie. Pour établir la qualité d'un tel besoin, il y aurait évidemment la gravité de l'atteinte (actuelle ou possible), ce qui ne pose aucun problème, puisque l'admission d'un cas de nullité la présuppose déjà. Un autre critère serait de nature procédurale: le recourant ne dispose d'aucun moyen raisonnable pour écarter les conséquences préjudiciables de l'acte en cause.

Le besoin de protection juridique peut aussi être objectif: la cohérence de l'ordre juridique exigerait que la nullité de l'acte soit constatée. Il en irait ainsi par exemple de violations graves de règles de compétence, entraînant un risque étendu de conflits positifs ou négatifs, au préjudice de la sécurité du droit.

Seconde condition: la compétence de l'autorité de constater la nullité en dehors de l'étendue de ses attributions devrait être réservée exclusivement à celle qui a la responsabilité *générale et suprême* d'assurer la conformité au droit des activités administratives: le juge supérieur de l'ordre juridique – et non pas „toute autorité“. Seul celui-ci a une légitimité suffisante pour outrepasser ses attributions, légitimité fondée sur sa compétence de principe (et de dernière instance) en matière de contrôle juridictionnel de la légalité de l'administration.

La réalisation de ces conditions n'enlèverait pas à cette compétence – exceptionnelle parce que dérogeant à la loi – son côté paradoxal, mais la définirait précisément *en tant qu'exception*. Nous considérerions volontiers qu'elle est fondée sur une clause générale – non écrite – garantissant que la nullité puisse être sanctionnée alors même que l'ordre légal des attributions du contrôle juridictionnel tel qu'il découle des règles de recevabilité ne confère pas au juge la compétence de connaître d'un recours. Par clause générale, nous entendons une norme qui, dans des circonstances particulières exceptionnelles, permettent de ne pas appliquer les règles légales: de telles

circonstances sont configurées de manière atypique par rapport au programme dessiné par les règles légales (ici les conditions ordinaires de recevabilité), de telle sorte que leur application conduirait à une contradiction avec des valeurs constitutives de l'ordre juridique²⁰.

²⁰ L'exemple le plus connu est celui du principe de la bonne foi. Cf. *Moor Pierre*, Dynamique du système juridique, Zurich/Paris/Bruxelles 2010, p. 120.