



Le contrôle juridictionnel des actes matériels

Considérations à l'aune des développements récents de la jurisprudence

THIERRY LARGEY*

En droit suisse, la protection judiciaire des administrés à l'encontre des activités de l'État repose en principe sur l'existence d'une décision. Les actes matériels, contrairement aux décisions, n'ont pas pour vocation de régler la situation juridique des personnes. Ils peuvent néanmoins affecter leurs droits ou leurs obligations. L'adoption en 2007 des art. 29a Cst. et 25a PA étend la garantie de l'accès au juge à toutes les contestations juridiques. La jurisprudence fédérale récente s'est prononcée à ce propos dans plusieurs affaires mettant en cause aussi bien des actes des autorités fédérales que cantonales. La présente contribution procède à l'examen de l'évolution actuelle de la pratique relative au contrôle judiciaire des actes matériels. Elle établit en particulier que la notion d'actes est envisagée de manière large, alors que leur justiciabilité dépend avant tout de l'existence d'une atteinte minimale à la situation juridique digne de protection des administrés.

Im Schweizer Recht knüpft der Rechtsschutz grundsätzlich an das Vorliegen einer Verfügung an. Obwohl Realakte – im Gegensatz zu Verfügungen – nicht geeignet sind, die Rechtsstellung einer Person zu klären, können sie sich auf deren Rechte oder Pflichten auswirken. Mit der Einführung der Art. 29a BV und 25a VwVG am 1. Januar 2007 wurde die Rechtsweggarantie auf sämtliche Rechtsstreitigkeiten ausgedehnt. Die jüngste Rechtsprechung auf Bundesebene hat sich verschiedentlich dazu geäußert und dabei sowohl die Handlungen der Bundesbehörden wie auch der kantonalen Behörden in Frage gestellt. Dieser Beitrag zeigt auf, wie sich die Praxis in Bezug auf die gerichtliche Überprüfung von Realakten verändert hat. Er stellt insbesondere fest, dass der Begriff der Handlungen weit auszulegen ist, während deren Justiziabilität in erster Linie von einem minimalen Eingriff in die schützenswerte Rechtsposition der Bürgerinnen und Bürger abhängt.

Plan

- I. Introduction
- II. Éléments de jurisprudence fédérale récente
 - A. Les arrêts marquants
 - B. La protection judiciaire des actes matériels à portée juridique
- III. La garantie constitutionnelle de l'accès au juge
 - A. Portée et sphère de protection de l'art. 29a Cst.
 - B. La notion de *cause*
 1. Une situation juridique individuelle
 2. Une situation juridique touchée par l'acte matériel
 3. Une situation juridique digne de protection
 - C. L'application des règles de procédure habituelles
- IV. Le contrôle spécial des actes matériels de l'art. 25a PA
 - A. L'accès au juge fondé sur le droit à un acte attaquant
 1. La portée du droit à la décision
 2. Le champ d'application de l'art. 25a PA
 - B. L'atteinte à la sphère juridique personnelle digne de protection
 1. Toucher les droits et les obligations des administrés
 2. L'exigence d'un intérêt digne de protection
- V. Appréciations conclusives

I. Introduction

En droit suisse, la voie du recours est en principe absente à défaut d'une décision au sens matériel (*Verfügung*)¹. En

ce cas, il n'existe en principe pas de protection juridictionnelle pour les administrés dans leurs relations avec l'État.

Les décisions ne constituent pas les seuls actes de l'administration pouvant intervenir dans la sphère juridique des administrés. Bon nombre d'actes de l'autorité qui ne répondent pas à la définition de l'art. 5 PA peuvent créer des relations de droit entre l'administration et les administrés. Ils consistent notamment à assurer l'exécution concrète d'obligations légales, à adresser des ordres de service aux collaborateurs de la fonction publique, à fournir des renseignements aux citoyens ou encore à mettre à disposition du public des installations d'intérêt général. Ces actes qualifiés de matériels (*Realakte*) n'ont pour finalité que celle de tendre à un résultat de fait (*Taterfolg*)². Parmi les actes matériels, les actes internes ou d'organisation visent spécifiquement des situations à l'intérieur de l'administration, sans affecter les droits et les obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit³.

PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif Volume II – Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, 179 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., Zurich 2018, N 799 ss.

² ATF 144 II 233 c. 4.1 ; TF, 2C_1097/2014, 6.10.2015, c. 3.1 ; 8C_220/2011, 2.3.2012, c. 4.1.2 ; ATF 130 I 369 c. 6.1 = JdT 2007 I 662. DUBÉY/ZUFFEREY (n. 1), N 783 ; MOOR/POLTIER (n. 1), 179 ; ISABELLE HÄNER, art. 25a VwVG N 6, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (édit.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016.

³ TF, 8D_1/2016, 23.1.2017, c. 5.1 = RDAF 2017 I 609. Nous considérons ici que les actes internes et d'organisation constituent une

* THIERRY LARGEY, Docteur en droit, Chargé de cours à l'université de Lausanne et à l'université de Neuchâtel.

¹ La décision est définie à l'art. 5 PA (RS 172.021). À propos de la notion de décision, voir ATF 136 I 323 c. 4.4 ; ATAF 2016/28 c. 1.4.3 = JdT 2017 I 409. En doctrine JACQUES DUBÉY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014, N 876 ;

Bien que poursuivant un objectif strictement factuel, les actes matériels sont susceptibles d'avoir des conséquences sur la sphère juridique des administrés⁴ ; ils influencent parfois leurs droits ou leurs obligations, pour le moins par effet réflexe. Dans ces situations se pose la question de la protection juridictionnelle des personnes physiques et morales affectées par les actes en cause⁵. Cette question est d'autant plus vive compte tenu du *droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale* inscrit à l'art. 13 CEDH – et de la jurisprudence qui en découle. La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale de 2001 a été l'occasion de combler les lacunes en matière de protection juridictionnelle en permettant de généraliser l'accès au juge. Le droit est désormais consacré à l'art. 29a Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Dans son message lié à la réforme de la justice, le Conseil fédéral n'évoque pas expressément les actes matériels. Il indique néanmoins que la *garantie de l'accès au juge assure au justiciable le droit d'accès à un tribunal indépendant pour, en principe, tous les litiges*⁶. Au travers de la jurisprudence, le droit d'accès au juge s'étend alors à l'ensemble des causes touchant à la situation juridique individuelle des administrés. Ce nouveau regard sur l'objet du contentieux judiciaire n'est pas propre à la Suisse, mais se généralise dans l'Union européenne⁷.

L'art. 29a Cst. garantit le droit pour toute personne à ce que *sa cause soit jugée par une autorité judiciaire*, pour autant que la loi ne l'exclue pas dans des cas exceptionnels⁸. Il s'agit d'une garantie générale d'accès au juge

qui confère le droit à un jugement dans toute contestation qui se rapporte à une position juridique individuelle digne de protection. En cette situation, une voie de droit doit être impérativement ouverte à l'encontre des actes matériels litigieux. Ces derniers peuvent alors faire l'objet d'un recours direct. L'art. 29a Cst. ne l'impose toutefois pas⁹ ; la loi peut également instituer le droit à une décision attaquable – à l'image de l'art. 25a PA. Le Tribunal fédéral précise qu'il est loisible aux cantons d'adopter une conception de protection juridique qui soit différente de celle reposant sur cette dernière disposition¹⁰.

En tant qu'il doit la réaliser dans le domaine des actes matériels, l'art. 25a PA se rattache à la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. Il s'agit d'une disposition spéciale d'exécution de cette garantie qui s'applique aux actes fondés sur le droit public fédéral pris par les autorités fédérales¹¹. En raison de l'orientation de la procédure administrative centrée sur l'art. 5 PA, le législateur y consacre le droit pour toute personne disposant d'un intérêt digne de protection d'exiger de l'autorité compétente qu'elle rende une décision attaquable, s'agissant des actes matériels prétendument illicites¹².

Depuis l'entrée en vigueur des normes précitées en 2007, le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises sur la justiciabilité d'actes de l'administration qui ne peuvent être qualifiés de décisions au sens matériel. Quatre arrêts rendus récemment témoignent avec acuité de l'évolution en cours de ce domaine. Ceux-ci méritent à notre sens une attention particulière (II.), dès lors qu'ils cristallisent les critères cardinaux d'une pratique en matière d'accès au juge destinée à s'uniformiser dans le domaine des actes matériels. L'examen de ces critères porte en premier lieu sur la garantie générale de l'art. 29a Cst. (III.), puis sur l'art. 25a PA en tant que disposition de mise en œuvre (IV.). Il nous conduit à clore le propos sur une appréciation des enseignements clés qui y sont développés (V.).

catégorie spéciale d'actes matériels. Dans ce sens HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 7 ; BEATRICE WEBER-DÜRLER, art. 25a VwVG N 6 et 14, in : Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (édit.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008 ; ALEXANDRE FLÜCKIGER, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand*, Berne 1998, 37.

⁴ Voir à ce propos TF, 2C_1061/2017, 2.8.2018, c. 1.4 ; ATF 136 I 323 c. 4.4.

⁵ Voir MARKUS MÜLLER, *Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte*, in : Pierre Tschannen (édit.), *Neue Bundesrechtspflege : Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Berne 2015, 313–373, 325–327 ; MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, Zurich/Bâle/Genève 2009, 51 ss.

⁶ FF 2001 4000, 4014.

⁷ Voir à ce propos RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle 2016, § 28, N 2829 ; ROMAIN JORDAN/STÉPHANE GRODECKI, *Le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) : une voie redoutable souvent oubliée*, *Revue de l'avocat* 2018, 432 ss, 432.

⁸ ATF 140 II 315 c. 4.4 et 4.5 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg).

⁹ Pour une mention du recours direct, voir ATF 144 II 233 c. 9 (arrêt LOVE LIFE). Voir également MÜLLER (n. 5), 344.

¹⁰ ATF 143 I 336 c. 4.2 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis). En doctrine, voir WEBER-DÜRLER (n. 3), art. 25a VwVG N 18 ; JORDAN/GRODECKI (n. 7), 437. A l'art. 49 al. 3 *Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG – RS GR 370.100)*, le canton des Grisons prévoit un recours direct contre les actes matériels touchant aux droits et obligations en les assimilant à des décisions (*Entscheide*). En revanche, à Genève, l'art. 4a de la loi sur la procédure administrative (LPA – RS GE E 5 10) reprend la solution de l'art. 25a PA en consacrant le droit à un acte attaquant.

¹¹ Voir à ce propos *infra* IV.A.2.b.

¹² À propos des exceptions, voir notamment TF, 2C_327/2017, 12.9.2017, c. 5.1.

II. Éléments de jurisprudence fédérale récente

A. Les arrêts marquants

La portée effective du contrôle judiciaire des actes matériels prévu aux art. 29a Cst. et 25a PA repose largement sur une construction jurisprudentielle. À ce titre, les quatre arrêts rendus par le Tribunal fédéral que nous proposons d'examiner, s'ils ne constituent pas les seules affaires auxquelles nous nous référons¹³, assoient les critères fondamentaux justifiant l'intervention du juge dans un litige en l'absence de décision initiale.

L'arrêt de l'université de Berne concerne un candidat au poste de professeur qui n'est pas retenu. Son recours contre le courriel l'en informant, fondé sur l'art. 29a Cst., est rejeté. Le Tribunal fédéral considère que la nomination d'un autre candidat ne doit pas pouvoir être remise en cause par le biais d'un recours¹⁴. Dans l'arrêt de Cazis, des résidents du quartier de Portein contestent à raison la suppression d'un point de collecte des déchets ménagers en se fondant sur l'art. 29a Cst¹⁵. L'arrêt LOVE LIFE concerne une campagne officielle de prévention contre le virus VIH lancée par l'OFSP et la demande de décision formulée par des jeunes de 4 à 17 ans à ce propos¹⁶. L'arrêt de Mühleberg, enfin, porte sur la demande faite à l'IFSN qu'elle rende une décision conformément à l'art. 25a PA, à propos du concept de sécurité de la centrale nucléaire qui y est implantée¹⁷.

B. La protection judiciaire des actes matériels à portée juridique

Du point de vue systémique, l'analyse des arrêts précités permet d'emblée de distinguer les actes matériels à portée exclusivement factuelle des actes matériels à portée juridique, y compris les actes internes purement de fait

des actes internes juridiques¹⁸. Les actes matériels à portée juridique ont pour caractéristique de créer une relation de droit administratif (*Verwaltungsrechtsverhältnis*) entre l'autorité et l'administré. Celle-ci résulte d'une situation concrète fondée sur une règle de droit¹⁹. L'existence d'une telle relation constitue alors un critère déterminant, voire décisif, en faveur de l'admission du contrôle judiciaire de l'acte matériel litigieux²⁰.

Les situations envisagées dans les arrêts évoqués présentent une grande variabilité de circonstances génératrices de droit. Elles dénotent néanmoins une tendance du contrôle judiciaire à se focaliser davantage sur l'effet juridique de l'acte en cause que sur l'existence d'un acte classiquement attaquant. Dans ce contexte, on constate une uniformisation des conditions d'accès au juge. Qu'elles portent sur l'art. 29a Cst. ou l'art. 25a PA, l'accès au juge suppose que trois critères cumulatifs soient remplis : (1) l'acte administratif doit concerner la situation juridique *individuelle* du sujet de droit ; (2) celle-ci doit être touchée ou influencée par les activités étatiques (condition objective) ; (3) elle doit être au demeurant digne de protection (condition subjective). Nous proposons d'examiner plus avant la mise en œuvre concrète de ces critères, successivement dans le cadre général de l'art. 29a Cst. (III.) et dans le contexte spécial de l'art. 25a PA (IV.).

III. La garantie constitutionnelle de l'accès au juge

Les arrêts de l'université de Berne et de Cazis mettent en question la garantie procédurale de l'art. 29a Cst. Celle-ci prévoit un contrôle judiciaire élargi (III.A.), lorsqu'un acte matériel contesté satisfait aux trois critères évoqués au chapitre précédent, dissimulés derrière la notion de *cause* (III.B.).

A. Portée et sphère de protection de l'art. 29a Cst.

La garantie de l'accès au juge formulée à l'art. 29a 1^{ère} phrase Cst. vise à assurer une protection judiciaire générale des administrés contre les actes de l'administra-

¹³ Pour d'autres cas, TF, 8D_5/2017, 20.8.2018 (fonction publique cantonale) ; 8D_1/2016, 23.1.2017 = RDAF 2017 I 609 (fonction publique fédérale) ; ATF 136 I 323 = RDAF 2011 547. RENÉ WIEDERKEHR, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne 2018, N 326 ss.

¹⁴ TF, 8C_596/2017, 1.3.2018.

¹⁵ ATF 143 I 336 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 avec note de MARKUS MÜLLER = DEP 2018 41.

¹⁶ ATF 144 II 233.

¹⁷ ATF 140 II 315 = RDAF 2015 I 300 avec note d'ÉTIENNE POLTIER = ZBI 2014 487 avec note de MARKUS MÜLLER. Pour l'arrêt rendu en cette cause par le Tribunal administratif fédéral, voir TAF, A-5762-2012, 7.2.2013. Pour des développements dans cette affaire, voir TF, 2C_545/2018, 5.10.2018.

¹⁸ Dans ce sens, voir MOOR/POLTIER (n. 1), 190 ; DUBEY/ZUFFEREY (n. 1), N 784.

¹⁹ FLÜCKIGER (n. 3), 9.

²⁰ Voir à ce titre ATF 144 II 233 c. 4.4 (arrêt LOVE LIFE).

tion²¹ ; il s'agit d'un droit individuel²². Cette norme étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques, portant sur les droits et obligations des personnes physiques ou morales. Ces droits et obligations ne découlent pas de la garantie d'accès au juge elle-même, mais de ceux et celles que confère ou impose à l'intéressé la Constitution fédérale, la loi ou encore une ordonnance, notamment, au regard de l'état de fait visé²³. Pour que la garantie constitutionnelle puisse être invoquée, il suffit que le litige porte sur un différend qui met en jeu des intérêts individuels dignes de protection²⁴.

Il n'y a toutefois pas violation de la garantie de l'accès au juge si le plaignant a omis de recourir contre une décision dont découle l'acte matériel contesté²⁵. L'art. 29a Cst. n'a pas pour vocation d'ouvrir de nouvelles voies de droit à l'encontre des actes matériels d'exécution de décisions entrées en force, avec pour intention de contester ladite décision ou ses effets. Du point de vue de la justiciabilité de l'acte matériel d'exécution, il manque une atteinte à la situation juridique du plaignant puisqu'elle a été précisément réglée par la décision initiale.

B. La notion de *cause*

La garantie procédurale de l'art. 29a Cst. étend le contrôle judiciaire à toute *cause* (*Rechtsstreitigkeiten, controversie giuridiche*) impliquant une personne physique ou morale²⁶.

La doctrine est partagée sur la portée de la notion de *cause*, s'agissant de savoir si elle est autonome ou si elle peut être définie par les cantons dans le cadre fixé par l'art. 29a Cst. Se reposant sur l'arrêt de Cazis, MARKUS MÜLLER²⁷ mentionne à juste titre qu'il s'agit d'une notion constitutionnelle autonome en cela que les cantons ne disposent d'une marge de manœuvre que dans la mesure où elle va au-delà des exigences minimales de la garantie d'accès au juge déterminée par la Constitution fédérale²⁸. Le Tribunal fédéral indique que la protection juridique

doit être accessible *au moins* lorsqu'un acte matériel ou une mesure administrative interne *touche des positions juridiques individuelles dignes de protection*²⁹. Partant, il reconnaît une portée autonome minimale au contrôle judiciaire prévu dans la Constitution, l'ensemble des actes administratifs fédéraux et cantonaux y étant soumis. Le droit peut être ainsi invoqué seul, sans qu'une disposition d'exécution ne soit nécessaire³⁰.

Le Tribunal fédéral comprend largement la notion de *cause*, au-delà des seuls litiges fondés sur des décisions. L'existence d'une *cause* dépend ainsi de celle d'une situation juridique individuelle digne de protection ; elle suppose que soient remplis les trois critères formulés au chapitre II.B. plus haut, dont nous détaillons ici la teneur.

1. Une situation juridique individuelle

Une *cause* ne peut être reconnue qu'en présence d'un acte administratif qui concerne une situation juridique individuelle, définie comme la position d'un titulaire de droits ou d'obligations face à l'État³¹. Ces droits et obligations peuvent découler non seulement de la Constitution, mais également de la loi ou d'une ordonnance, ceci dans tous les domaines du droit³². Une contestation existe lorsqu'un fait est couvert par de telles dispositions – les plaignants doivent pour le moins rendre plausible que c'est le cas³³.

L'arrêt de Cazis s'appuie sur le constat que la suppression de l'écopoint concerne précisément la situation juridique individuelle des plaignants (c. 4.4). En vertu du droit communal et de l'art. 31b al. 3 la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE³⁴), les détenteurs de déchets urbains doivent *les remettre aux points de collectes définis* par les cantons. La suppression d'un écopoint affecte les obligations des recourants envers l'autorité ; elle concerne ainsi leur situation juridique individuelle. Dans le domaine de la fonction publique, la Cour fédérale a reconnu que la mutation d'un fonctionnaire concerne également sa situation juridique indivi-

²¹ Message du 20 novembre 1996 relatif à la nouvelle constitution fédérale FF 1997 I 1, 511–512. Voir également DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, § 51, N 20.

²² TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne). Voir en outre RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX (n. 7), § 28, N 2836.

²³ ATF 136 I 323 c. 4.3 ; JORDAN/GRODECKI (n. 7), 433.

²⁴ ATF 140 II 315 c. 4.4 ; TF, 2D_16/2018, 10.8.2018, c. 5.1.

²⁵ TF, 2D_16/2018, 10.8.2018, c. 5.2.

²⁶ Une collectivité publique peut également invoquer l'art. 29a Cst., lorsqu'elle fait valoir une violation de son autonomie. TF, 2C_327/2017, 12.9.2017, c. 5.1.

²⁷ Voir à ce propos MÜLLER dans ZBI 2017 437, 447.

²⁸ Dans ce sens MÜLLER dans ZBI 2017 437, 447.

²⁹ ATF 143 I 336 c. 4.2 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis) ; TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne).

³⁰ JORDAN/GRODECKI (n. 7), 435.

³¹ ATF 143 I 336 c. 4.2 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis) ; TF, 8C_596/2017, 1.8.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne) ; 2D_16/2018, 10.8.2018, c. 5.1.

³² TF, 2D_26/2018, 10.8.2018, c. 5.1 ; 8D_5/2017, 20.8.2018, c. 7.1 ; ATF 136 I 323 c. 4.3.

³³ ATF 143 I 336 c. 4.4 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis) ; TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne) ; ATF 136 I 323 c. 4.3.

³⁴ RS 814.01.

duelle³⁵. Dans l'arrêt de l'université de Berne, le Tribunal fédéral admet implicitement qu'écarter un candidat à un poste de la fonction publique concerne sa situation juridique individuelle (c. 6.6).

Le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé sur le refus du Bureau du Grand Conseil du canton du Valais d'admettre le caractère urgent d'un postulat déposé par un député. À cette occasion, il nie de manière convaincante la qualité de décision de l'acte en question ; il s'agit d'un acte interne³⁶. Dans le cas d'espèce, la Cour relève qu'un parlementaire ne peut se prévaloir d'aucun droit à ce que l'une de ses interventions soit traitée en urgence ; il ne saurait ainsi prétendre que le refus du Bureau concerne sa situation juridique individuelle³⁷. Le refus opposé au recourant apparaît comme un pur acte matériel qui n'ouvre aucune voie de droit en vertu de l'art. 82 LTF – ni par ailleurs au sens de l'art. 29a Cst.

2. Une situation juridique touchée par l'acte matériel

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'art. 29a Cst. ne confère une garantie de procédure qu'aux contestations relatives aux actes administratifs aptes à influencer (*beeinflussen*) ou toucher (*berühren*) la situation juridique individuelle de la personne concernée. Dit autrement, l'acte considéré doit établir un rapport juridique entre l'autorité administrative qui l'a délivré et l'administré en tant que destinataire³⁸. Un tel rapport est admis dès lors que l'acte est susceptible de porter atteinte pour le moins indirectement³⁹ aux droits ou aux obligations de l'administré ; il doit ainsi exister une causalité adéquate entre l'acte contesté et l'atteinte à la situation juridique de ce dernier.

L'atteinte doit revêtir une intensité minimale pour justifier une protection judiciaire. Cette exigence ne doit pas être trop élevée ni insuffisamment élevée pour ne pas impliquer un afflux de recours. Il s'agit d'exclure du contrôle judiciaire les cas bagatelles et d'éviter que l'art. 29a Cst. – comme l'art. 25a PA – ne devienne l'in-

strument de l'action populaire⁴⁰. Il suffit alors, lorsque les droits et les obligations des personnes concernées sont touchés, qu'il existe un intérêt effectif qui présente une certaine proximité avec le droit⁴¹. La gravité d'une atteinte doit s'apprécier dans chaque cas particulier, au vu du contexte et de l'ensemble des circonstances ; elle peut notamment dépendre de la répétition des faits⁴². L'évaluation peut également reposer sur une approche globale au niveau d'un concept d'action plutôt que sur une mesure litigieuse isolée issue de ce concept⁴³.

Le critère relatif à l'atteinte aux droits ou aux obligations des administrés apparaît de manière déterminante dans l'arrêt de Cazis (c. 4.4). Les plaignants sont touchés dans leur obligation d'éliminer leurs déchets ménagers dans les écopoints communaux. Ils sont contraints de les déposer à l'avenir dans une déchetterie située à 1.6 km au lieu de 350 m, mais également de renoncer à le faire à pieds. Au demeurant, un de leurs droits est affecté, celui d'obtenir de la commune qu'elle mette à leur disposition un point de collecte approprié. Dans le domaine de la fonction publique, la Cour fédérale a reconnu que les actes d'organisation qui ne répondent pas aux besoins du service ou qui ne correspondent pas aux aptitudes ou au cahier des charges du fonctionnaire sont réputés toucher à leur situation juridique individuelle. Tel est le cas d'un employé de police muté à une fonction ne correspondant pas à son grade⁴⁴. En revanche, n'est pas justiciable un changement de lieu de travail dicté par les besoins du service, sans modification du cahier des charges⁴⁵.

3. Une situation juridique digne de protection

Le contrôle judiciaire ne peut être accordé que si la situation juridique affectée ou potentiellement affectée par l'acte matériel mérite d'être protégée, autrement dit si elle

³⁵ ATF 136 I 323 à propos de la mutation d'un fonctionnaire de police genevois.

³⁶ TF, 2C_1061/2017, 2.8.2018, c. 1.6.

³⁷ TF, 2C_1061/2017, 2.8.2018, c. 1.3 et 1.6.

³⁸ ATF 143 I 336 c. 4.1 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis) ; TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne), avec les références de doctrine citées.

³⁹ Sont également visés les effets réflexes des actes matériels, autrement dit leurs atteintes non intentionnelles mais considérées comme inévitables. Voir à ce propos MÜLLER (n. 5), 352 ; TSCHOPP-CHRISTEN (n. 5), 123–124.

⁴⁰ LORENZ KNEUBÜHLER, Beschwerdebefugnis vor Bundesgericht : Konkurrenten, Gemeinden, Pläne und Realakte, ZBI 2016 22 ss, 39. Les propos de l'auteur concernent l'art. 25a PA, mais peuvent être appliqués par analogie à l'art. 29a Cst.

⁴¹ ATF 143 I 336 c. 4.1 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis) ; TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne) ; TF, 8D_1/2016, 23.1.2017, c. 5.2 = RDAF 2017 I 609.

⁴² ATF 133 I 49 c. 3.2.

⁴³ ATF 140 II 315 c. 5.2.3 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg).

⁴⁴ ATF 136 I 323 c. 4.5–4.7.

⁴⁵ TF, 8D_1/2016, 23.1.2017, c. 5.4 = RDAF 2017 I 609. Dans un arrêt récent, la Cour de justice du canton de Genève a considéré qu'une augmentation du temps de travail de 0.016% ne touchait pas à la situation juridique du plaignant (TC GE, ATA/389/2018, 24.4.2018, c. 5).

est *digne de protection* (*schützenswerte Rechtsposition*). Deux situations sont à cet égard envisageables⁴⁶ :

- Celle où une personne allègue de manière plausible une obligation étatique de faire ou de s’abstenir, prétendument violée par l’acte matériel attaqué. Le Tribunal fédéral l’a admis dans le cas de la suppression d’heures de sport à l’école professionnelle⁴⁷. Une omission de l’État peut également être justiciable, pour autant qu’il existe une obligation spéciale d’agir de l’autorité – celle-ci se trouvant dans une position de garant⁴⁸.
- Celle où aucune véritable prétention n’est en cause, mais qu’un comportement particulier est exigé d’une personne ou que des contraintes spécifiques lui sont imposées. En ce cas, la position juridique digne de protection résulte des modalités d’application du droit.

La nouvelle organisation de la collecte des déchets de la commune de Cazis, ne tenait pas compte des besoins fondés des recourants (c. 4.4). Ces besoins reposaient sur une obligation légale découlant de l’art. 31b al. 3 LPE. Partant, la solution présentait pour le moins des inconvénients importants en rendant l’obligation d’éliminer les déchets notablement plus difficile. Dans un arrêt plus ancien consacré à la prise en charge des frais de transport d’un écolier de classe primaire, le Tribunal fédéral a rappelé que la distance de trajet entre l’école et le domicile ne doit pas mettre en péril l’objectif de formation de l’art. 19 Cst. Dès lors que le cheminement est trop long ou trop dangereux, il grève significativement la vie quotidienne de l’élève, de sorte qu’une voie de droit doit lui être ouverte⁴⁹.

Le Tribunal fédéral n’exclut pas, dans l’arrêt de l’université de Berne, qu’un candidat évincé puisse se prévaloir d’une situation juridique digne de protection, quand bien même son recours serait devenu sans objet⁵⁰. Il considère toutefois que l’établissement de relations de travail ne doit pas pouvoir être remis en cause par le biais d’un recours (c. 6.2.2). Dans le cas d’espèce, la pesée des intérêts opérée par la Cour fédérale ne concerne pas la lé-

gitimité à recourir ; elle a trait au jugement de l’affaire sur le fond. Cela nous permet de rappeler que la garantie de l’art. 29a Cst. donne accès au juge, mais ne présage aucunement de la légalité effective de l’acte contesté.

C. L’application des règles de procédure habituelles

L’art. 29a Cst. ne confère pas le droit d’obtenir qu’un juge examine la légalité d’un acte étatique indépendamment des règles procédurales applicables⁵¹. Pour autant, sous peine de violer la garantie inscrite à l’art. 29a Cst. et à l’art. 6 CEDH, le droit de procédure applicable ne doit pas empêcher l’accès à la justice par des conditions préalables de légitimation injustifiées. Une telle situation pourrait fonder, dans certaines circonstances, un intérêt pratique et actuel justifiant la qualité pour recourir de la personne concernée⁵². Il faut à notre sens comprendre que les règles procédurales fédérales ou cantonales peuvent prévoir des conditions objectives et subjectives d’accès à la justice s’agissant des actes matériels, pour autant qu’elles soient justifiées par les besoins de mise en œuvre effective et efficace du droit individuel garanti à l’art. 29a Cst. A tout le moins, elles doivent éviter de restreindre la garantie d’accès au juge pour des motifs qui apparaîtraient arbitraires, disproportionnés, inégalitaires ou contraires à l’objectif même de la garantie.

Parmi les conditions habituelles de recevabilité de recours à l’encontre d’une décision figure en principe l’exigence de disposer d’un intérêt digne de protection à voir l’acte litigieux annulé. S’agissant des actes matériels, l’examen de l’intérêt digne de protection se confond avec celui des critères inhérents à la notion de *cause* de l’art. 29a Cst., notamment de l’existence d’une situation juridique digne de protection. Il en va *mutatis mutandis* comme pour le destinataire d’une décision. Cette solution se dégage de l’arrêt de Mühleberg à propos de l’art. 25a PA⁵³, mais nous paraît applicable selon les mêmes termes aux situations visées par l’art. 29a Cst.

Autre condition habituelle de recevabilité du recours, la fixation de délais est admissible à propos d’actes matériels pour autant qu’ils ne fassent pas obstacle, par une durée inadéquate, à une mise en œuvre effective de la garantie constitutionnelle d’accès au juge. Bien que le Tribunal fédéral n’ait pas eu à se prononcer sur ce point

⁴⁶ ATF 143 I 336 c. 4.3.1 = JdT 2017 I 197 = ZBI 2017 437 = DEP 2018 41 (arrêt de Cazis). Voir également FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, Le point sur le droit administratif, RSJ 2018 424 ss, 426.

⁴⁷ TF, 2C_272/2012, 9.7.2012, c. 4.4.7.

⁴⁸ ATF 140 II 315 c. 2.1 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487. MÜLLER (n. 5), 355.

⁴⁹ ATF 133 I 156 c. 3.1 = ZBI 2007 170 = RDAF 2008 I 594.

⁵⁰ Une plainte devenue sans objet peut néanmoins être justiciable lorsque la question qui se pose risque de se reproduire à l’avenir et pour autant que le grief ne peut pas être invoqué dans un autre cadre. TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.3.4.

⁵¹ TF, 8D_5/2017, 20.8.2018, c. 7.1 ; 2D_16/2018, 10.8.2018, c. 5.1 ; ATF 143 I 344 c. 8.2 ; 136 I 323 c. 4.3.

⁵² TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.3.1 et 5.3.3 (arrêt de l’université de Berne) ; 2C_780/2008, 15.6.2009, c. 2.3.

⁵³ *Infra* IV.B.2. *in fine*.

précis, le délai généralement reconnu de trente jours rempli, à notre sens, cette exigence. Il n'y a alors pas lieu de s'écarter des règles de calcul relatives à la computation des délais prévues dans le droit cantonal et à l'art. 20 PA. Lorsque l'acte matériel en cause fait l'objet d'une communication, les délais commencent à courir lorsqu'elle atteint la sphère d'influence de son destinataire⁵⁴. Nombre d'actes matériels peuvent néanmoins ne pas faire l'objet d'une communication aux intéressés. En ces situations, le point de départ du délai correspond au moment où ces derniers ont acquis une connaissance certaine de l'acte litigieux, en faisant preuve d'une attention raisonnable d'après le principe de la confiance⁵⁵.

IV. Le contrôle spécial des actes matériels de l'art. 25a PA

A. L'accès au juge fondé sur le droit à un acte attaquant

1. La portée du droit à la décision

L'art. 25a PA est une norme spéciale d'exécution de l'art. 29a Cst. L'accès au juge n'y est toutefois pas garanti directement, mais par le biais d'une procédure administrative indépendante, antérieure à la procédure contentieuse⁵⁶. En agissant à l'encontre d'un acte, le plaignant peut exiger de l'autorité compétente qu'elle lui rende une décision (*Verfügung*) relative à l'acte matériel⁵⁷; l'art. 25a PA permet ainsi de créer un acte attaquant devant la juridiction administrative ordinaire⁵⁸. Ce n'est alors pas l'acte matériel qui fait l'objet de la décision, mais la prétention juridique individuelle du plaignant. Celui-ci réclame de l'État un comportement concret et déterminé, au regard de l'acte matériel prétendument illicite⁵⁹. Dans les situations visées à l'art. 25a al. 1 PA, il s'agit de modifier les

futurs rapports avec l'autorité (let. a et b) ou constater le rapport illicite actuel (let. c).

2. Le champ d'application de l'art. 25a PA

a. L'existence d'un acte matériel

La note marginale de l'art. 25a PA évoque les actes matériels alors que le texte de cette disposition parle des actes (*Handlungen*) fondés sur le droit public fédéral. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer que la portée de la notion d'actes dans cette disposition est large; elle s'étend à une catégorie résiduelle regroupant tous les actes de l'administration hormis ceux pris en la forme de décisions, de contrats ou de plans⁶⁰. Elle vise tant les actes positifs de l'administration que les omissions d'effectuer de tels actes⁶¹.

L'appréciation large de la notion d'actes matériels à l'art. 25a PA ressort de l'arrêt LOVE LIFE. Le Tribunal fédéral y établit que la campagne menée par l'OFSP constitue un avertissement et une recommandation étatique qui peut être qualifiée d'acte matériel général et abstrait (c. 4.3). La protection judiciaire de cette catégorie d'actes ne va pas de soi. La Cour fédérale considère néanmoins que le législateur a assimilé la notion d'actes à celle d'actes matériels. Les avertissements et les recommandations, quand bien même seraient-ils généraux et abstraits, sont susceptibles de créer à tout moment une relation spéciale entre les citoyens et l'État. Ils constituent ainsi des actes matériels au sens de l'art. 25a PA.

b. Le droit public fédéral

L'art. 25a PA ne vise que les actes fondés sur le *droit public fédéral*. Il s'agit en premier lieu d'exclure les actes matériels fondés sur le droit privé, voire le droit pénal⁶². La doctrine n'est toutefois pas unanime à exclure de la protection juridique les activités étatiques relevant du droit privé. VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN est d'avis que l'art. 25a PA doit être interprété conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. Selon cette auteure, le contrôle judiciaire devrait

⁵⁴ A ce propos, voir BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2015, 523 et 526 ss.

⁵⁵ BOVAY (n. 54), 530.

⁵⁶ La requête de décision est subsidiaire. ATF 140 II 315 c. 3.1 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg); ATF 144 II 233 c. 6.2 (arrêt LOVE LIFE); TAF, B-2113/2018, 3.8.2018, c. 4.6.2; A-101/2011, 7.9.2011, c. 4.4.1.

⁵⁷ Voir à propos de l'autorité compétente WEBER-DÜRLER (n. 3), art. 25a VwVG N 38; HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 30 ss; TSCHOPP-CHRISTEN (n. 5), 99.

⁵⁸ MOOR/POLTIER (n. 1), 42 et 179.

⁵⁹ MÜLLER (n. 5), 344. La notion d'illicéité qui prévaut à l'art. 25a PA n'est pas celle de la responsabilité civile. Elle vise toute violation du droit, notamment toute forme d'illégalité. MOOR/POLTIER (n. 1), 47; DUBÉY/ZUFFEREY (n. 1), N 818; HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 13.

⁶⁰ MOOR/POLTIER (n. 1), 43; HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 6; WEBER-DÜRLER (n. 3), art. 25a VwVG N 6 ss et 143. TAF, A-101/2011, 7.9.2011, c. 4.1, à propos des mouvements d'avions militaires à Meiringen considérés comme des actes matériels.

⁶¹ ATF 140 II 315 c. 2.1 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg). Voir en doctrine MOOR/POLTIER (n. 1), 43.

⁶² MOOR/POLTIER (n. 1), 43; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich/St-Gall 2016, § 20, N 1434; HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 15; MÜLLER (n. 5), 349. Voir à ce propos TAF, B-2113/2018, 3.8.2018, c. 4.6.2.

s'étendre aux actes matériels fondés sur le droit privé⁶³. Le Tribunal fédéral n'a, jusqu'à présent, pas eu à se déterminer sur cette question. En second lieu, cette condition vise à écarter les actes matériels fondés exclusivement sur le droit cantonal.

La doctrine n'est pas unanime quant à savoir si l'art. 25a PA est applicable aux autorités cantonales dans l'accomplissement du droit public fédéral⁶⁴. Certains l'excluent compte tenu du champ d'application de l'art. 1 PA⁶⁵ ; d'autres l'admettent eu égard au principe de l'unité de la procédure⁶⁶. Dans l'arrêt de Cazis, sans expressément le dire, la Cour fédérale exclut implicitement l'application de l'art. 25a PA aux actes matériels des autorités cantonales rendus en vertu du droit fédéral. Elle ne considère pas illicite le refus de l'autorité communale de rendre une décision alors qu'une exigence ancrée dans la LPE est en cause, sachant que la législation grisonne prévoit un recours direct général contre les actes matériels⁶⁷. En pratique toutefois, le problème peut être résolu par le biais de l'art. 29a Cst., en l'absence de norme cantonale équivalant à l'art. 25a PA⁶⁸. Partant, le champ d'application de l'art. 29a Cst. couvre les actes des autorités fédérales fondées sur le droit privé et les actes des autorités cantonales ; celui de l'art. 25a PA vise les actes des autorités fédérales dans l'application du droit public fédéral. À cet égard, conformément à l'art. 190 Cst., le recours indépendant – direct – selon l'art. 29a Cst. n'est pas possible dans les situations couvertes par l'art. 25a PA⁶⁹.

B. L'atteinte à la sphère juridique personnelle digne de protection

Matériellement, le droit à un acte attaquant exige que soient remplis les trois critères cardinaux évoqués au chapitre II.B plus haut et mentionnés à propos l'art. 29a Cst⁷⁰. En substance, l'acte matériel litigieux doit objectivement toucher les droits ou les obligations de l'administré (IV.B.1.) ; subjectivement, ce dernier doit disposer

d'un intérêt digne de protection à l'octroi de la décision (IV.B.2.). La question de savoir si la justification avancée par le requérant est effective relève de l'examen au fond de l'affaire, dans le cadre de l'éventuel recours introduit à l'encontre de la décision délivrée⁷¹.

1. Toucher les droits et les obligations des administrés

L'art. 25a PA ouvre la voie du contrôle judiciaire aux actes étatiques qui ne visent pas à réglementer les droits et les obligations des administrés, mais affectent pour le moins indirectement leur situation juridique. Une relation juridique de droit administratif doit être ainsi établie par l'acte litigieux, entre les administrés et l'administration. Conséquemment, il doit exister une causalité adéquate entre l'acte contesté et la diminution du droit et/ou l'augmentation de l'obligation. Cela suppose que l'acte matériel s'ingère dans la sphère juridique personnelle (*persönliche Rechtssphäre*) de la personne concernée ; les droits et les obligations affectés peuvent ressortir non seulement des droits fondamentaux mais également d'autres intérêts protégés par une loi ou une ordonnance⁷².

Il suffit que les droits ou les obligations soient touchés par l'acte matériel en cause. L'influence doit néanmoins revêtir un certain niveau d'intensité pour justifier une protection judiciaire. Dans le contexte des droits fondamentaux, il suffit que le requérant rende plausible qu'un effet réflexe émanant de l'acte étatique concerne l'un d'entre eux, d'une manière telle que l'on puisse considérer qu'il existe une atteinte⁷³. Une telle atteinte a été reconnue en application de l'art. 10 al. 2 Cst., compte tenu des effets sur la santé et l'intégrité d'une personne exposée aux mouvements d'avions militaires⁷⁴. Elle n'a en revanche pas été retenue dans le cas d'un courrier de la FINMA signifiant à une organisation qu'elle était maintenue dans une certaine catégorie de surveillance⁷⁵.

Une atteinte à la situation juridique personnelle est déniée lorsque l'acte litigieux ne touche pas à la sphère de protection du droit fondamental invoqué. Le Tribunal fédéral l'a spécifié, dans l'arrêt LOVE LIFE, à propos de la protection de l'intégrité des enfants et des jeunes de l'art. 11 al. 1 Cst. Dans les situations où beaucoup de personnes sont touchées, il est d'autant plus difficile d'éva-

⁶³ VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, Quelle autonomie pour l'Etat, RDS 2018 II, 239–302, 297.

⁶⁴ HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 33.

⁶⁵ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Berne 2014, § 38, N 22 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (n. 62), § 20, N 1435 ; WIEDERKEHR (n. 13), 334 ; WEBER-DÜRLER (n. 3), art. 25a VwVG N 18.

⁶⁶ MOOR/POLTIER (n. 1), 44 et 48. Voir également TANQUEREL (n. 1), N 702.

⁶⁷ TF, 1C_517/2016, 12.4.2017, c. 2.1, publié aux ATF 143 I 336 sans le considérant 2.1.

⁶⁸ Dans ce sens, voir TANQUEREL (n. 1), N 703.

⁶⁹ ATF 144 II 233 c. 9 (arrêt LOVE LIFE). Voir MÜLLER (n. 5), 344.

⁷⁰ *Supra* III.B.1. et III.B.2.

⁷¹ TF, 2C_272/2012, 9.7.2012, c. 4.4.6.

⁷² ATF 144 II 233 c. 7.3 (arrêt LOVE LIFE).

⁷³ ATF 144 II 233 c. 7.3 (arrêt LOVE LIFE) ; ATF 140 II 315 c. 4.8 = RDAF 2015 I 300 = ZBl 2014 487 (arrêt Mühleberg). MOOR/POLTIER (n. 1), 44.

⁷⁴ TAF, A-101/2011, 7.9.2011, c. 4.3.

⁷⁵ TF, 2C_1097/2014, 6.10.2015, c. 3.3.

luer l'existence d'une atteinte à des droits individuels dignes de protection. Plus il est douteux que les effets de l'acte litigieux s'étendent au-delà de ce qui est prescrit par la société et moins l'individu peut être affecté dans ses droits individuels. Dans une telle situation, il convient néanmoins d'examiner s'il existe une situation particulière dans laquelle la personne est touchée plus que quiconque⁷⁶, l'art. 25a PA n'ayant pas pour vocation d'ouvrir la voie à l'action populaire.

2. L'exigence d'un intérêt digne de protection

La recevabilité d'une demande de décision portant sur un acte matériel suppose que le requérant puisse établir qu'il dispose d'un intérêt digne de protection à l'obtenir. Cette notion, au sens de l'art. 25a PA, est à comprendre de la même manière qu'à l'art. 6 PA en matière de qualité de partie et aux art. 48 PA et 89 al. 1 LTF à propos de la légitimation à recourir. Les critères gouvernant les contentieux relatifs aux décisions sont ainsi applicables à la légitimation des requêtes de décision sur les actes matériels⁷⁷. Pour être digne de protection, l'intérêt doit être concret, direct et actuel, de nature juridique ou factuelle. Le requérant doit être touché dans une mesure et avec une plus grande intensité par l'acte matériel que l'ensemble des administrés – être touché plus que quiconque⁷⁸.

Dans l'affaire de Mühleberg, la législation fédérale sur l'énergie nucléaire crée une situation juridique digne de protection pour les personnes vivant dans une zone qui serait particulièrement touchée par les risques que présente la centrale nucléaire. Celles-ci disposent d'un intérêt digne de protection à que ce que des mesures appropriées, adaptées à la nature et l'ampleur du danger, soient prises⁷⁹. Il convient de relever que, dans ce cas, l'intérêt digne de protection à obtenir une décision sur l'acte matériel découle déjà du fait que les plaignants sont touchés dans leurs droits ou leurs obligations par l'acte litigieux⁸⁰. Les critères objectif et subjectif de la requête de décision coïncident dans une large mesure. À ce titre, la situation

ne diffère guère de celle du destinataire d'une décision qui peut recourir sans autre motif de légitimation.

V. Appréciations conclusives

Un peu plus de 10 ans après leur entrée en vigueur en 2007, les art. 29a Cst. et 25a PA commencent à produire leurs effets. La protection judiciaire des administrés s'étend à des domaines aussi variés que les actes de surveillance étatique ou les actes inhérents à la gestion concrète des affaires communales. La pratique récente du Tribunal fédéral laisse entrevoir un amoindrissement marqué des domaines d'activités de l'État soustraits de manière absolue à un éventuel contrôle par le juge. Cette (r)évolution⁸¹ répond, à notre sens, à une interprétation littérale et téléologique des art. 29a Cst. et 25a PA.

Les enseignements à tirer des quatre arrêts développés dans la présente contribution sont nombreux, et pour certains décisifs. On y constate une cristallisation des conditions du contrôle judiciaire des actes matériels au travers de l'art. 29a Cst. : en substance, l'accès au juge est ouvert lorsque l'acte litigieux touche à la situation juridique individuelle digne de protection d'un administré, avec un certain niveau d'intensité. La solution proposée par l'art. 25a PA s'inscrit également dans cette approche. Elle met en œuvre la garantie de l'accès au juge, en excluant néanmoins le recours direct contre les actes matériels. Partant, elle préserve l'objet du recours en créant des actes attaquables – MARKUS MÜLLER relève qu'elle sauve formellement la règle qui veut qu'il n'y ait pas de protection judiciaire sans décision au sens formel⁸². Pour autant, l'objectif consiste bel et bien à ouvrir la voie du contrôle judiciaire des actes étatiques en fonction de leurs effets sur les droits ou les obligations individuels des administrés, bien qu'ils ne soient pas en eux-mêmes des actes usuellement attaquables.

Autour des critères se répartissent les différentes situations en fonction du champ d'application respectif des art. 29a Cst. et 25a PA : les actes matériels des autorités fédérales dans l'application du droit public fédéral pour le second ; les actes des autorités fédérales fondées sur le droit privé et les actes des autorités cantonales pour le premier.

S'appuyant sur le texte de l'art. 29a Cst., le Tribunal fédéral opère un changement de paradigme s'agissant de la justiciabilité des actes étatiques. Il perce une brèche

⁷⁶ ATF 144 II 233 c. 8.4 (arrêt LOVE LIFE).

⁷⁷ Sur cette notion, voir ÉTIENNE POLTIER, Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in : François Bohnet/Denis Tappy (édit.), Dix ans de loi sur Tribunal fédéral, Neuchâtel 2017, 123 ss, N 85 ss.

⁷⁸ ATF 144 II 233 c. 4.4 (arrêt LOVE LIFE) ; ATF 140 II 315 c. 3.1 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg) ; TAF, B-2113/2018, 3.8.2018, c. 4.6.2 ; TAF, A-101/2011, 7.9.2011, c. 4.4.1. Voir en doctrine HÄNER (n. 2), art. 25a VwVG N 36.

⁷⁹ ATF 140 II 315 c. 4.6 et 5.2.3 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg).

⁸⁰ ATF 140 II 315 c. 4.3 = RDAF 2015 I 300 = ZBI 2014 487 (arrêt Mühleberg).

⁸¹ JORDAN/GRODECKI (n. 7), 439, parlent de *révolution*.

⁸² MÜLLER (n. 5), 344.

dans le système traditionnel helvétique fondé sur la théorie de l'acte attaquant. Ainsi, la garantie de l'accès au juge ne dépend plus exclusivement de la qualification juridique des actes étatiques, ni du point de vue matériel ni du point de vue formel ; elle découle de l'existence d'un litige à propos des actes en question. Plus généralement, la protection judiciaire contre les actes des autorités repose davantage sur leurs effets que sur leur qualification juridique. Une telle approche à propos des actes étatiques non décisionnels conduit à envisager leur protection judiciaire de manière pragmatique⁸³, à l'aune de circonstances objectives (la portée de l'acte) et subjectives (la situation juridique de l'administré) de l'affaire plutôt qu'à celle d'une conception dogmatique et abstraite donnée *a priori* (la qualification de l'acte). Ainsi, selon que la situation juridique individuelle de l'administré est ou non touchée, un même acte matériel peut voir admis ou dénié son caractère justiciable.

La jurisprudence récente rendue à propos des art. 29a Cst et 25a PA révèle la volonté du Tribunal fédéral de reconnaître le droit à l'accès au juge de manière notablement large, s'agissant des actes matériels de l'État. Les droits et les obligations des personnes physiques ou morales occupent à ce titre une position centrale, pas seulement en tant qu'ils sont fixés par l'autorité mais également lorsque les actes de celle-ci se limitent à les influencer.

La Cour retient que les actes matériels sont susceptibles d'établir une relation de droit administratif entre l'autorité et l'administré. Une telle relation a précisément pour objet des droits et des obligations : à l'existence d'un droit de l'administré correspond une obligation de l'État que celui-ci est tenu de respecter ; à l'existence d'une obligation de l'administré correspond un intérêt public qui la justifie et la fonde⁸⁴. En nouant ou modifiant une relation administrative par ses activités non décisionnelles, l'État peut pour le moins indirectement affecter les droits ou les obligations des personnes qui en découlent. Au regard de la garantie de l'accès au juge, s'impose alors l'éventuelle contestation de l'action de l'autorité, en tant que la relation est formalisée par l'acte matériel litigieux⁸⁵. Dès lors que sont touchés des intérêts jugés dignes d'une protection légale (les droits)⁸⁶, il est nécessaire que les actes en cause puissent être soumis au contrôle juridique. Concrètement, la jurisprudence examinée marque une évolution majeure qui tend à une protection judiciaire généralisée des droits

constitutionnels. Quelle que soit l'activité de l'autorité, une atteinte à la sphère de protection de l'un d'entre eux doit pouvoir être soumise à l'appréciation d'un juge. Le Tribunal fédéral ne limite cependant pas la protection judiciaire aux droits constitutionnels, mais l'étend à l'ensemble des droits et des obligations qui découlent de la mise en œuvre d'une loi ou d'une ordonnance, dans tous les domaines du droit. Ceux-ci méritent également une protection judiciaire lorsqu'ils sont influencés par les activités étatiques.

La jurisprudence récente considère en outre que le contrôle judiciaire des actes matériels ne doit pas trouver sa limitation dans la légitimation à agir des administrés, au-delà de l'exclusion des cas bagatelles et de l'action populaire – ainsi que des exigences procédurales habituelles. En ce sens, l'exigence d'intensité de l'atteinte à la situation juridique individuelle des administrés ne saurait être trop élevée⁸⁷. Quand bien même le pouvoir d'appréciation du juge y est restreint, l'examen de la licéité de l'acte par le juge est d'abord une question de fond et pas de forme⁸⁸. Toute atteinte aux droits ou obligations des administrés ne justifie pour autant pas l'accès au juge. La légitimation à agir est limitée par l'exigence d'une situation juridique digne de protection ; elle est réservée aux personnes touchées plus que les autres dans leurs droits et obligations – soit qu'il existe une obligation d'agir ou de s'abstenir de l'État, soit que l'acte implique des contraintes spécifiques à l'administré.

Pour clore la réflexion, nous envisageons certaines perspectives de développement dans deux domaines d'action de l'État⁸⁹. Dans la fonction publique, la distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer particulièrement difficile ; elle relève avant tout de la casuistique⁹⁰. La voie offerte à l'art. 29a Cst. permet de contourner cette difficulté. Quelle que soit la qualification de l'acte en cause, une décision ou un acte interne, l'accès au juge est garanti dès lors qu'il touche de manière plausible aux droits ou aux obligations individuels du collaborateur. Tel n'est pas le cas d'une évaluation résultant d'un entretien personnel ou du changement du lieu d'activité d'une psychologue-conseillère sans changement de domicile ni déménagement⁹¹. En revanche, une nouvelle affectation qui ne répond pas aux aptitudes de la personne, qui s'écartere de son cahier des charges ou qui porte atteinte à

⁸³ KNEUBÜHLER (n. 40), 42, N 76.

⁸⁴ DUBEY/ZUFFEREY (n. 1), 1175 et 1177.

⁸⁵ À ce propos TANQUEREL (n. 1), N 699.

⁸⁶ DUBEY/ZUFFEREY (n. 1), 1172. Ces auteurs définissent les droits comme des *intérêts jugés dignes d'une protection légale*.

⁸⁷ Voir pour une critique MÜLLER dans ZBl 2017 437, 448 ss.

⁸⁸ Dans ce sens JORDAN/GRODECKI (n. 7), 434.

⁸⁹ Pour d'autres situations, voir JORDAN/GRODECKI (n. 7), 438.

⁹⁰ TF, 8D_5/2017, 20.8.2018, c. 7.1.

⁹¹ TF, 8D_5/2017, 20.8.2018, c. 7.2 ; 8D_1/2016, 23.1.2017, c. 5.4.

la considération à laquelle il pouvait prétendre est justiciable⁹².

Dans un autre contexte, GIOVANNI BIAGGINI estime que la suppression d'un office de poste n'est pas justiciable, car dépourvu de caractère individuel⁹³. La jurisprudence a, à raison, relevé que les actes d'organisation de la Poste ne constituent pas des décisions au sens matériel⁹⁴. À ce jour, elle n'a cependant pas tranché, dans un cas concret⁹⁵, si la fermeture d'un bureau postal peut être considérée comme un acte matériel à portée juridique susceptible d'un contrôle judiciaire (art. 25a PA). En la matière, à l'image du raisonnement entrepris dans l'arrêt de Mühleberg (mais aussi de Cazis), l'État est tenu d'agir pour que les administrés puissent faire valoir leurs droits – en l'espèce, le droit au service postal universel prévu aux articles 13 à 17 de la Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO⁹⁶). En particulier, l'article 14 al. 5 let. a garantit un réseau d'offices de poste et d'agences qui *doivent être accessibles à une distance raisonnable dans toutes les régions et à tous les groupes de la population*. À ce titre, la Commission fédérale de la poste PostCom est tenue de garantir le respect des dispositions relatives au mandat de service universel incombant à la Poste⁹⁷. En laissant la question ouverte, il est permis d'envisager, dans certaines circonstances, l'existence d'une situation juridique individuelle digne de protection touchée par la fermeture d'un bureau de poste – s'agissant des administrés devant subir des inconvénients pratiques majeurs et plus intenses que pour l'ensemble des personnes⁹⁸.

⁹² ATF 136 I 323 c. 4.5–4.6.

⁹³ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Art. 29a Rechtsweggarantie, 2^e éd., Zurich 2017, 357–366, N 6.

⁹⁴ ATF 109 Ib 253 c. 1b = JdT 1985 I 624 (rés.) ; JAAC 1975/39.102. Ces arrêts sont antérieurs à l'adoption des art. 29a Cst. et 25a PA.

⁹⁵ De manière abstraite, le Tribunal fédéral mentionne parfois la fermeture d'offices de poste en reprenant l'argumentation de BIAGGINI. Voir notamment TF, 8C_596/2017, 1.3.2018, c. 5.2 (arrêt de l'université de Berne).

⁹⁶ RS 783.0.

⁹⁷ TAF, A-6192/2015, 11.1.2017, c. 2.2.2.

⁹⁸ MÜLLER (n. 5), 448, l'envisage également.