

Pratique du droit administratif

Les grands principes de la procédure administrative

Edité par
Frédéric Bernard et François Bellanger

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Les grands principes de la procédure administrative

Les grands principes de la procédure administrative

Édité par
Frédéric Bernard et François Bellanger

Citation suggérée: FRÉDÉRIC BERNARD / FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les grands principes de la procédure administrative*, collection « Pratique du droit administratif », Schulthess Éditions Romandes 2023

ISBN 978-3-7255-8902-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2023
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

| | | |
|-----------------------------------|--|-----|
| ANNE-CHRISTINE FAVRE | Le droit à une décision | 9 |
| FRANÇOIS BELLANGER | Les aspects formels de la décision | 35 |
| FRÉDÉRIC BERNARD | Le droit d’être entendu | 59 |
| STÉPHANE GRODECKI | La pratique récente en matière d’impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives | 89 |
| EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER | Le pouvoir d’examen en fait, droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales | 105 |
| CLÉMENCE GRISEL RAPIN | L’obligation de collaborer et l’audition des parties et des témoins | 143 |
| THIERRY TANQUEREL | Lorsque le concept de partie montre ses limites : vers des droits de procédure sans qualité de partie ? | 173 |
| ETIENNE POLTIER | La procédure administrative : état des lieux et perspectives | 203 |

Le droit à une décision

ANNE-CHRISTINE FAVRE

Professeure de l'Université de Lausanne

I. Introduction

La décision, inhérente à la procédure administrative¹, est au cœur de notre système, en tant qu'acte introductif d'instance, mais également en tant qu'acte permettant le contrôle du droit matériel². Elle détermine non seulement les droits et obligations des personnes concernées, mais constitue en même temps l'acte charnière entre la phase non contentieuse et le début de la procédure contentieuse, pendant lesquelles les administrés concernés se voient reconnaître les droits de partie.

Lorsque l'administration ne répond pas à l'administré, sur requête de celui-ci, qu'elle tarde à agir ou qu'elle omet de rendre une décision d'office, ou encore qu'elle ouvre une enquête informelle, dans le cadre de l'exercice de tâches de surveillance, ces situations posent toutes des questions en lien avec le droit de faire ouvrir une procédure administrative ou d'obtenir une décision, avec pour finalité la perspective d'une garantie d'accès au juge. Le droit à une décision présente ainsi des contours différents, selon l'étape de la procédure, mais également selon la nature de la décision à rendre (constatatoire, formatrice, etc.) et la qualité du requérant. En particulier, lorsque le requérant est un tiers, non destinataire de la décision sollicitée (*Dritte contra adressat*), se poseront les mêmes conditions délicates de qualité pour agir que celles qui entrent en considération lors d'un recours contre une décision.

A ces situations s'ajoutent désormais toutes celles où l'objet du litige n'est pas une décision, mais un acte matériel, qui échappe en principe aux règles de la procédure administrative. En un tel cas, tant l'art. 29a

1 En droit fédéral, l'art. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.01) précise que les règles de procédure sont applicables aux décisions des autorités administratives fédérales, statuant en première instance ou sur recours.

2 MOOR/POLTIER (2011) p. 177 sur la double nature de la décision.

Cst., que l'art. 25a PA – en droit fédéral – prévoient que l'administré peut, à certaines conditions, solliciter une décision, qui lui donnera les mêmes garanties de procédure et d'accès au juge qu'une décision fondée sur l'art. 5 PA.

Mais au-delà des critères procéduraux, l'enjeu pour celui qui prétend convaincre l'autorité qu'elle doit rendre une décision, est celui de faire la démonstration que le contexte légal invite celle-ci à régler ou constater des droits et des obligations, cela, le cas échéant, par la voie d'une décision³. C'est la grande difficulté du sujet. Démontrer que des droits ou obligations dont un administré peut se prévaloir sont en cause peut ne pas être évident, spécialement dans l'administration liée à un service public ou dans les politiques de gestion du territoire et de l'environnement, où il arrive fréquemment que l'administration se voie attribuer des tâches, qui exercent des incidences plus ou moins directes sur les particuliers⁴, sans que celles-ci puissent toujours être corrélées à des droits des administrés. Le « droit à une décision » peut ainsi faire basculer le sujet sur la question épineuse des droits subjectifs.

II. Les garanties procédurales

La protection juridique qui découle du droit à une décision fait, dans une certaine mesure, appel aux garanties de procédure et d'accès au juge, qui découlent des art. 29 et 29a Cst.

A. Les garanties de procédure découlant de l'art. 29 Cst.

1. *Les garanties découlant de l'art. 29 al. 1 Cst.*

L'art. 29 al. 1 Cst. concerne toutes les procédures qui se déroulent devant l'autorité administrative ou judiciaire : il donne le droit à ce qu'une cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1). Cette disposition interdit le déni de justice formel, ce par quoi on entend le fait pour l'autorité de ne pas statuer ou de ne pas entrer en matière sur un

³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 28 N 676 ss.

⁴ On pense ici notamment à l'obligation pour les collectivités publiques d'équiper des zones à bâtir (art. 19 LAT), sans qu'un droit subjectif puisse lui être corrélié, ou à l'obligation d'aménager des pistes cyclables qui ne donne aucun droit aux cyclistes (Arrêt TF 1C_150/2020 du 24 septembre 2020, SJ 2021 I 173).

objet ou un grief de sa compétence, alors qu'elle y est tenue, ou le retard à statuer dans des délais convenables⁵. Elle ne confère pas à proprement parler un droit à une procédure administrative – et donc à une décision – cette question dépendant du droit matériel et procédural, mais donne le droit au respect des règles d'une procédure équitable, lorsque le contexte légal invite l'autorité à rendre une décision⁶.

L'art. 29 al. 1 Cst. permet ainsi de faire appliquer le droit de fond et d'éviter que l'autorité ne diffère sans motif légitime une décision qu'elle est tenue de prendre; il peut notamment être invoqué à l'encontre d'une procédure d'établissement ou de modification d'un plan d'affectation (qui a une portée mixte entre la décision et l'acte législatif) au cours de laquelle des retards sont pris⁷. Dans un tel contexte, une violation des garanties offertes par l'art. 29 al. 1 Cst. pourra être sanctionnée par l'obligation de rattraper le retard pris dans la procédure administrative, mais pourra aussi conduire à une obligation de réparer, dans une action en responsabilité⁸; l'art. 29 al. 1 Cst. jouit d'une portée autonome ici.

Il existe néanmoins quelques situations dans lesquelles la jurisprudence admet le principe du « droit à une décision », ou à l'adaptation d'une décision, indépendamment ou non de l'art. 29 al. 1 Cst., qui fait en ce domaine figure de garantie minimale; il s'agit des cas où l'autorité est tenue de procéder à un réexamen d'une précédente décision, lorsque les circonstances l'imposent, soit que les faits aient évolué de manière importante, soit que des éléments de preuves nouveaux apparaissent postérieurement⁹. La modification du droit peut également fonder, dans certaines circonstances, un droit à un réexamen de la décision¹⁰.

5 ATF 142 II 154, c. 4.1; ATF 135 I 265, c. 4.4; ATF 131 II 271, c. 11.7.1; ATF 131 V 407, c. 1.1; ATF 130 I 312, c. 5.1; TF 2C_636/2016, 31.01.2017 c. 2.1; DANG/NGUYEN (2021) N 99.

6 WALDMANN (2022) p. 59; BACHMANN (2019) p. 173.

7 ATF 144 I 318, c. 7.

8 ATF 144 I 318, c. 7.

9 ATF 138 I 61, c. 4.3; ATF 136 II 177, c. 2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 1272 ss; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N 735 ss.

10 Arrêt TF 2C_170/2007 du 21 janvier 2008; ATF 109 Ib 246, c. 4.

2. *Les garanties découlant de l'art. 29 al. 2 Cst.*

Cette disposition garantit le droit d'être entendu, qui donne à la partie des droits lui permettant de participer et de faire valoir son point de vue¹¹. Ce droit n'assure pas un droit à une décision, mais lui est corrélé, chaque fois qu'une procédure administrative est ou doit être engagée. Un problème se pose dans le contexte des actes matériels où ce droit ne peut généralement s'exercer qu'a posteriori, au moment où l'administré fait valoir un droit à une décision en lien avec l'illicéité alléguée d'un acte matériel (voir l'art. 25a PA). Une partie de la doctrine est d'avis que le droit d'être entendu devrait être respecté déjà au moment de l'accomplissement de l'acte matériel, ou que l'art. 29 al. 2 Cst. devrait permettre de solliciter une décision préalable¹², du moins lorsque l'acte matériel est susceptible d'occasionner des atteintes graves ou qu'il doit être assimilé à une décision et qu'il est planifiable¹³. Un tel scénario s'est produit dans une affaire de coupure d'électricité en raison de retards de paiements; selon le Tribunal fédéral, au vu des conséquences graves qui découlent d'un tel acte matériel, une telle mesure ne peut être prise que par une décision, pour permettre aux locataires d'exercer leur droit d'être entendu et de faire valoir leurs objections¹⁴.

B. *La garantie d'accès au juge découlant de l'art. 29a Cst.*

L'art. 29a Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a pour but de concrétiser la garantie découlant de l'art. 13 CEDH, concernant le droit à un recours effectif et la jurisprudence qui en découle¹⁵. Il a fait l'objet de

11 DANG/NGUYEN (2021) N 107; BOVAY (2015) p. 249 ss; TANQUEREL (2018) N 1526 s.

12 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 1438; THURNHERR (2014) p. 241 ss; THURNHERR (2013) N 740 ss.

13 WALDMANN (2022) p. 61 s; BACHMANN (2019) p. 213 s. et p. 257.

14 ATF 137 I 120, c. 5.

15 Initialement, une protection judiciaire contre les actes matériels qui portent atteinte à des droits fondamentaux est assurée sur la base de l'art. 13 CEDH; l'un des premiers arrêts à fixer ce principe est l'ATF 130 I 369, c. 6.1, où le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler à une décision des ordres de police adressés à un journaliste durant le Forum économique mondial 2001 à Davos, tout en considérant qu'en égard au droit de recours effectif garanti par l'art. 13 CEDH, cet acte matériel aurait pu faire l'objet d'un recours « sui generis » auprès du département, en appliquant le droit de procédure par analogie et ponctuellement.

développements importants en droit prétorien, portant notamment sur la notion d'acte attaquant. Dans sa perception actuelle, cette disposition garantit un accès au juge à l'égard de toute cause individuelle et concrète dans laquelle une personne peut justifier d'un intérêt digne de protection¹⁶. Elle étend ainsi considérablement la notion d'acte attaquant, dans la mesure où la notion de « cause » peut viser une contestation portant sur un acte juridique mais aussi un acte matériel ou interne, pour autant que cet acte touche une personne dans sa situation juridique individuelle par une atteinte à ses droits ou ses obligations d'une certaine intensité¹⁷.

Si l'art. 29a Cst. ne remet pas en question le fait que les décisions rendues dans le cadre d'une procédure administrative formalisée ou l'omission de rendre une décision dans une situation qui le nécessitait sont couvertes par la garantie d'accès au juge¹⁸, il ne dit rien des actes matériels et de la procédure à suivre pour les rendre attaquant. Le droit à une décision découle de la législation sur la procédure administrative et du droit matériel, mais pas directement de l'art. 29a Cst., qui accorde uniquement un droit à un examen judiciaire de la question de savoir s'il existe un droit à un acte attaquant: celui-ci peut être une décision ou un acte matériel directement sujet à contestation devant le juge¹⁹.

Lorsque l'administration refuse de se prononcer sur un litige en lien avec un acte matériel (ou une omission d'exécuter un tel acte), l'art. 29a Cst. a pour effet de permettre de soumettre au juge une telle contestation, pour faire constater qu'il y a bien une « cause » au sens où l'entend cette disposition, c'est à dire un litige portant sur des atteintes – même potentielles – à des droits ou obligations, que l'autorité administrative compétente aurait dû examiner, pour autant que la personne concernée ait un

16 ATF 144 I 181, c. 5.3.2; ATF 143 I 336, c. 4.1; GRODECKI (2021) N 14 et 16 ss; BIAGGINI (2017) N 4.

17 ATF 146 I 145, c. 5.5 = JdT 2021 I 35 (intensité de l'atteinte niée); ATF 144 II 233, c. 4; ATF 144 I 181, c. 5.3.2.1; ATF 143 I 344, c. 8.2; ATF 143 I 336, c. 4.1; ATF 140 II 315, c. 4.4; ATF 137 II 409, c. 4.2; ATF 136 I 323, c. 4.3; Arrêt TF 1C_227/2018 du 25 janvier 2019, c. 3.3; Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 5.2; Arrêt TF 1C_517/2016 du 12 avril 2017, c. 4.1; GRODECKI (2021) N 26 s.; LARGEY (2019) p. 70.

18 BACHMANN (2019) p. 233 et 258.

19 WALDMANN (2022) p. 63; BACHMANN (2019) p. 233.

intérêt digne de protection à le requérir²⁰; l'art. 29a Cst. ne donne ainsi pas une garantie d'accès au juge contre tous les actes matériels mais uniquement contre ceux qui exercent des effets d'une certaine intensité sur des droits et obligation, cette question étant à apprécier en fonction du droit matériel (Constitution, législation)²¹. La reconnaissance par le juge d'une situation pouvant être qualifiée de « cause » aura le plus souvent pour effet de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative compétente, dans la perspective qu'elle statue sur le différend quant au fond²². Elle agit à la manière d'une décision en constatation de droit par l'autorité de recours; l'art. 29 Cst. – qui interdit le déni de justice formel – exerce en principe les mêmes effets²³, mais est plus général que l'art. 29a Cst. en ce sens qu'il impose à l'autorité appelée à statuer dans un délai raisonnable une obligation d'agir, qui l'expose à une responsabilité, en cas d'inaction²⁴.

La question de savoir si le litige doit permettre d'ouvrir une procédure de décision dépend de la législation administrative applicable, seule. Les cantons restent en effet libres d'organiser le contentieux comme ils le souhaitent. Ils peuvent notamment admettre qu'un acte matériel touchant des droits et obligations peut être assimilé à une décision, lui ouvrant la voie d'un recours direct devant le juge²⁵; ils peuvent aussi reprendre le régime du droit fédéral posé à l'art. 25a PA, en adoptant le système d'une décision préalable, en tant que seul acte attaquant²⁶ ou ne rien préciser, auquel cas, un recours direct contre un acte matériel devant le juge, fondé sur l'art. 29a Cst., n'est pas exclu.

20 BACHMANN (2019) p, 233; GRODECKI (2021) N 27.

21 GRODECKI (2021) N 27.

22 Pour un exemple, voir ATF 143 I 336, c. 4.4 = JdT 2017 I 197 (arrêt de renvoi) et arrêt TF 1C_405/2018 du 21 février 2019 (arrêt sur le fond dans la même affaire).

23 ATAF 2010/53, c. 1.2.3; ATAF 2009/1, c. 4.2 = JdT 2019 I 458; lorsque l'autorité inférieure s'est déclarée incompétente pour traiter d'une demande de décision, le Tribunal doit statuer sur cette question et ne peut se limiter à un renvoi.

24 Cf. *supra*, ch. II A 1; BACHMANN (2019) p. 181 ss et p. 233.

25 ATF 143 I 336 c. 4.2 = JdT 2017 I 197; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (2019) Art. 25a, N 18; GRODECKI (2021) N 49. Dans le canton des Grisons, voir les art. 28 al. 4 et 49 al. 3 des Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG – 370.100): « *als Entscheide gelten auch Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sowie Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen.* »

26 GRODECKI (2021) N 49.

En conclusion, les garanties constitutionnelles précitées ne confèrent pas à proprement parler un droit à une décision, sous réserve d'exceptions. C'est la législation qui précise les contours de ce droit, tant sur le plan du droit matériel que procédural.

III. Les conditions du droit à une décision dans la législation fédérale

A. Généralités

Le droit à une décision est le plus souvent implicite dans la loi. En droit fédéral, ses conditions d'exercice sont précisées à l'art. 25 PA, pour les décisions constatatoires, et par quelques dispositions de la législation spéciale, alors qu'en droit cantonal, à quelques exceptions près, aucune mention n'est faite quant aux conditions d'une telle prétention²⁷. La jurisprudence²⁸ et la doctrine²⁹ ont toutefois admis que le droit à une décision est lié à l'impératif de sécurité du droit et relève d'un principe général, qui existe même en l'absence de toute concrétisation légale³⁰; il est ouvert aux décisions formatrices ou constitutives de droits ou d'obligations au même titre qu'aux décisions constatatoires³¹, à des conditions que l'on exposera ci-dessous. Le droit à une décision présente deux composantes :

- le droit à une procédure administrative, corrélé à celui de recevoir la qualité de partie, qui relève des règles de procédure; dans ce contexte, il sera notamment essentiel de se demander si des per-

²⁷ WALDMANN (2022) p. 58, évoque l'exemple isolé de la loi sur la procédure administrative bernoise (art. 49 al. 1 VRPG/BE – RS 155.21) qui prévoit l'obligation pour l'autorité compétente de régler les rapports juridiques de droit public par une décision, d'office ou sur demande, à moins que la loi n'en dispose expressément autrement ou ne renvoie à la voie judiciaire pour le règlement des litiges. Voir également les autres exemples de dispositions cantonales cités par ce même auteur aux pages 73 ss.

²⁸ MOOR/POLTIER (2011) p. 186 ss et les références citées.

²⁹ WALDMANN (2022) p. 58; BACHMANN (2019) p. 60; CANDRIAN (2013) p. 18; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N 327.

³⁰ ATF 98 Ib 53, c. 3; ATF 120 Ib 351, c. 3a; Arrêt TF 2C_188/2010, 2C_194/2010 du 24 janvier 2011, c. 4.5; Arrêt TAF A-3804/2013 du 18 décembre 2014, c. 4.2.2, s'agissant des décisions constatatoires.

³¹ Arrêt TAF A-3804/2013 du 18 décembre 2014, c. 4.2.2.

sonnes peuvent être touchées dans leurs droits ou obligations par la décision à prendre, et si d'autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision sont touchées dans leurs intérêts (art. 6 PA). Cette question implique également de se demander si le requérant dispose d'un intérêt digne de protection ou protégé par la loi à faire valoir une atteinte (art. 48 al. 1 et 2 PA)³². Cette qualité de partie doit également être reconvenue au dénonciateur, lorsque les conditions des dispositions précitées sont remplies³³. A l'inverse, lorsqu'une personne n'a pas la qualité de partie, elle n'a pas droit à l'ouverture d'une procédure administrative et à une décision. Celui ou celle qui n'a pas qualité de partie ne peut exiger l'ouverture d'une procédure administrative ; l'autorité doit néanmoins se prononcer sur une telle demande et prononcer une décision d'irrecevabilité, le cas échéant³⁴.

- le droit d'être fixé sur des droits et obligations, dans un rapport de droit public, par une décision. Ce point relève du droit matériel, et invite plus fondamentalement à se demander si l'autorité a bel et bien l'obligation de régler les rapports de droit en question par une décision.

Les décisions peuvent être rendues sur requête ou d'office, de telle sorte que la question du « droit à une décision » se pose dans les deux cas, avec

³² S'agissant du droit des ONG ou des communes de solliciter une décision, on se référera au résumé fait par WALDMANN (2022) p. 70 ss et aux références citées. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral ne reconnaissait pas le droit des ONG de solliciter une décision en matière de protection de la nature, dès lors qu'elles n'ont pas la fonction d'une autorité de surveillance (ATF 110 Ib 160, c. 2a) ; cet arrêt a été critiqué à juste titre par TRÜEB (1990) p. 219. Depuis lors, dans l'arrêt TF 1C_555/2020 du 16 août 2021, c. 5.3, le Tribunal fédéral a reconsidéré ce point et admis qu'un acte ou une omission dans l'exécution d'une tâche fédérale de protection de la nature peut justifier des démarches d'une ONG en vue de solliciter une décision, cela notamment au vu de l'art. 9 § 3, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998 (Convention d'Aarhus ; RS 0.814.07) ; cette convention garantit non seulement aux particuliers, mais également aux organisations environnementales un accès aux procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques qui enfreignent les dispositions de leur droit national relatives à l'environnement.

³³ ATAF 2016/20, c. 4.2.

³⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 et 4 = JdT 2019 I 458.

pour conséquence l'ouverture d'une procédure administrative, cela même lorsque l'autorité a déjà agi, sans ouvrir de procédure (en considérant à tort, par exemple, se trouver dans un contexte permettant une procédure informelle), ou qu'elle a omis d'agir³⁵.

Plus généralement, il s'agira également de se demander si l'autorité sollicitée a bien une compétence décisionnelle, question qui pourra être délicate dans le contexte de tâches déléguées, lorsque la loi ne précise pas expressément ce point et que les rapports avec les usagers sont soumis au droit privé³⁶. Une décision pourra le cas échéant émaner de l'autorité de surveillance³⁷.

B. L'objet du droit à une décision

Seuls des droits et des obligations ayant un caractère individuel et concret peuvent faire l'objet d'une décision (art. 5 al. 1er PA). Un droit au prononcé d'une décision n'existe pas lorsque la revendication porte sur l'édiction d'une ordonnance ou la prise de mesures d'exécution générales, par exemple pour faire respecter les seuils d'immission en matière de pollution de l'air sur l'ensemble d'un territoire³⁸. Quant à la question des décisions générales³⁹ ou collectives⁴⁰, elle nécessite une approche particulière. Selon la jurisprudence et la doctrine, ces décisions empruntent à la fois au régime de la décision et à la fois à celui de la norme⁴¹. La jurisprudence a cependant étendu certains principes du régime de la décision individuelle à ces situations (exercice du droit d'être

³⁵ BACHMANN (2019) p. 26.

³⁶ Arrêt TAF A-653/2019, du 3 juillet 2019, c. 2.1-2.9: le Tribunal administratif fédéral a laissée ouverte la question de savoir si le litige d'un voyageur relatif au refus de délivrance d'un passeport «Swisspass» par les CFF relevait du droit patrimonial, soumis au droit privé (art. 56 al. 2 LTV), ou du droit public, en lien avec la concession de transport. Il a en revanche considéré que dans tous les cas, la demande de décision sollicitée par le requérant nécessitait un positionnement des CFF sous la forme d'une décision (c. 2.9).

³⁷ ATF 136 II 457, c. 2.2 et 3 = JdT 2011 I 68; ATF 133 I 49, c. 3.1-3.2,

³⁸ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 5.1 = JdT 2019 I 458.

³⁹ TANQUEREL (2018) N 809 ss.

⁴⁰ MOOR/POLTIER (2011) p. 200 ss.

⁴¹ TANQUEREL (2018) N 811.

entendu, droit à un contrôle juridictionnel, à certaines conditions)⁴², de telle sorte que le droit d'obtenir le prononcé d'une décision est également ouvert dans de telles hypothèses; on pense notamment à la requête d'autorisation d'une manifestation, qui donne le droit aux requérants de se prévaloir d'un déni de justice, si l'autorité ne répond pas ou le fait tardivement, ce qui est cohérent, dans la mesure où un droit fondamental est en cause. Le droit à une décision collective posera plus de problèmes dans les matières où l'autorité dispose d'une grande marge de manœuvre pour réaliser ses tâches et choisir le moyen adéquat, telles que les mesures à prendre en matière de circulation routière pour réduire ses nuisances, améliorer la fluidité du trafic ou la sécurité; dans de tels cas, c'est l'obligation pour l'autorité de prendre une décision qui fera difficulté, autant d'ailleurs que l'intérêt digne de protection des administrés à exiger telle ou telle mesure.

C. Les sanctions d'une non-entrée en matière

Une décision par laquelle l'autorité se déclare incompétente ou refuse d'entrer en matière ouvre la voie à un recours ordinaire (art. 44 PA)⁴³. L'autorité qui s'estime incompétente tant matériellement que formellement pour rendre la décision sollicitée (formatrice ou constatatoire, ou sur acte matériel) doit l'exprimer par une décision⁴⁴; à défaut, son silence ou son inaction ouvrent la voie au déni de justice (art. 46a PA)⁴⁵.

D. Le droit à une décision constatatoire

L'art. 25 al. 2 PA indique que l'autorité donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. L'intérêt digne de protection s'apprécie selon les mêmes critères que ceux mentionnés à l'art. 48 al. 1 let. c PA, pour des questions d'unité de procédure⁴⁶. Il faut que l'intéressé dispose d'un intérêt de fait ou juri-

⁴² TANQUEREL (2018) N 811 à 813.

⁴³ ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c.1; ATAF 2008/15 du 21 avril 2008, c. 3.2; KLEY (2014) p. 238.

⁴⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 et 4 = JdT 2019 I 458.

⁴⁵ ATAF 2016/17 du 6 octobre 2016, c. 3.2; Arrêt TF 1B_139/2009 du 7 juillet 2009, c. 6; HÄNER (2016) art. 25a N 12.

⁴⁶ ATF 130 V 388, c. 2.4.

dique⁴⁷, personnel, actuel et pratique à solliciter une constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit et qu'aucun intérêt notable, public ou privé, ne s'y oppose⁴⁸.

L'autorité compétente doit donner suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection et que les autres conditions d'une telle demande sont remplies: la demande doit porter sur la clarification de droits et d'obligations et présenter un caractère de subsidiarité par rapport à une décision formatrice⁴⁹. Bien que cela ne ressorte pas du texte légal, il convient également que l'intéressé soit touché – au moins indirectement – dans ses droits et obligations, cela y compris lorsque le requérant est un tiers⁵⁰; il faut que celui-ci tire un avantage direct de la décision⁵¹. La qualité de tiers touché n'est d'ailleurs admise qu'avec circonspection par le Tribunal fédéral, spécialement en matière fiscale⁵²; dans le domaine environnemental, un tiers peut solliciter une décision de constatation de la part de l'autorité (en matière d'assainissement, par exemple) lorsqu'il se trouve dans une relation de proximité suffisante pour admettre qu'il est personnellement touché, et qu'il a un intérêt direct à la clarification d'une situation de droit dont il n'a pas la maîtrise⁵³. A notre sens, on ne doit pas se montrer trop rigoureux quant à l'intérêt personnel du requérant, dans les politiques qui tout en servant un large spectre de la population, conditionnent l'exercice des droits des particuliers, même indirectement, comme les équipe-

47 ATF 142 V 2, c. 1.1; ATF 132 V 257, c. 1.

48 ATF 137 II 199, c. 6.5 et les références citées; ATF 130 V 388, c. 2.4.

49 WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (2019) Art. 25, N 20; Tanquerel (2018) N 822.

50 TANQUEREL (2018) N 823.

51 BACHMANN (2019), p. 95 s; HÄNER (2016), N° 18.

52 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren*, N 343.

53 Arrêt TF 1C_455/2011 du 12 mars 2012, c. 4.5-4.6: qualité de tiers touchés à solliciter une décision constatatoire admise, dans le contexte de l'art. 25a PA, sans se référer à des droits ou des obligations, au motif que ces personnes sont « touchées » par les inconvénients invoqués (bruit et pollutions), par les vols d'un aéroport militaire (c. 4.4). Les mêmes faits auraient aussi pu fonder un droit à une décision constatatoire sur la base de l'art. 25 PA, dès lors que l'opération d'assainissement nécessite en principe une décision (art. 16 al. 3 LPE); dans une telle hypothèse, les propriétaires voisins peuvent avoir un intérêt direct à se voir préciser les intentions des autorités quant à leur programme d'assainissement, par exemple pour clarifier les possibilités futures de construire sur leurs biens-fonds affectés par des nuisances importantes.

ments en matière de transport, en services postaux⁵⁴ ou d'autres tâches de prestation ou de gestion (aménagement du territoire, protection de l'environnement).

E. Le droit à une décision formatrice

Comme pour une décision constatatoire, le requérant doit démontrer un intérêt digne de protection à exiger une décision. La jurisprudence applicable à la qualité pour agir des tiers touchés est pleinement transposable ici. Outre une proximité spécifique avec l'affaire litigieuse, le requérant doit tirer un avantage pratique d'une éventuelle décision sollicitée, en ce sens que sa situation doit pouvoir être influencée de manière pertinente par l'issue de la procédure. Le préjudice imminent à éviter ou l'avantage recherché par la requête de décision ne doit pas nécessairement être de nature économique ou matérielle, mais peut également être de nature idéale, pour autant qu'il existe un lien entre l'intérêt public défendu et la situation particulière du requérant⁵⁵; un propriétaire peut ainsi se voir reconnaître un intérêt digne de protection à solliciter une décision de reconstitution d'une haie défrichée illégalement en limite de son bien-fonds - indépendamment de tout projet de construction -, dès lors que le ménagement de la haie entraîne le respect d'un espace inconstructible plus important sur la parcelle voisine⁵⁶. Dans les situations d'atteintes à une partie importante de la population, se posent les mêmes critères de délimitation délicats, par rapport à l'action populaire, que dans le contexte de la qualité pour agir. Nous renvoyons à cet égard aux scénarios présentés à titre d'exemple à la fin de notre contribution.

F. Le droit à une décision sur acte matériel

A la différence des actes juridiques, tels la décision ou le contrat, les actes matériels « *bloss tatsächliche Staatsakte* », « *Realakte* » sont des actes administratifs qui n'ont pas pour but de modifier une situation juridique (portée négative); ils n'exercent qu'une incidence sur la situation de fait

⁵⁴ Sur la qualité de partie reconnue à des habitants concernant la distribution du courrier à domicile dans le cadre d'une décision de suppression de ce service (Arrêt TAF A-6192/2015 du 11 janvier 2017).

⁵⁵ ATF 142 II 451, c. 3.4.1.

⁵⁶ Arrêt TF 1C_608/2018 du 2 mai 2019, c. 2.4 = DEP 2019 772 ss.

« *Taterfolg* »⁵⁷ (portée positive), bien que dans nombre de situations, ils puissent également produire des effets juridiques, à titre secondaire⁵⁸.

L'art. 25a al. 1 PA donne à la personne qui fait valoir qu'elle est touchée par un acte matériel⁵⁹ dans ses droits et obligations, le droit de faire ouvrir une procédure administrative pouvant potentiellement aboutir à une décision (art. 25a al. 2 PA) et créer ainsi une relation de droit administratif⁶⁰; on parle de protection juridique différée⁶¹.

Cette protection juridique est subordonnée à un double critère: relatif à l'acte, tout d'abord, « *aktbezogenes Kriterium* », en ce sens que l'acte matériel doit « (toucher) à des droits ou des obligations »⁶², de manière

⁵⁷ ATF 144 II 233, c. 4.1 = JdT 2019 I 58; ATF 130 I 369, c. 6.1; MOOR/POLTIER (2011) p. 28.

⁵⁸ ATF 130 I 369, c. 6.1; LARGEY (2019) p. 67; TANQUEREL (2018) N 800.

⁵⁹ Sur la notion d'acte matériel, voir notamment TANQUEREL (2018) N 663 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 27 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 27 N 8; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 847. Outre les nombreux exemples d'actes matériels de l'administration, on notera que les ordres internes, tels que les instructions de service « *Dienstbefehle* », tombent sous le coup de l'art. 25a PA lorsqu'ils ne sont pas qualifiés de décisions, mais également les différents rapports que l'administration rend, par exemple à la suite d'une enquête administrative ou dans le cadre de l'exercice de la surveillance d'activités privées. Des actes matériels en lien avec la conclusion d'un contrat peuvent également, dans des circonstances exceptionnelles, constituer des actes attaquables par des tiers. Tel est le cas dans le domaine des marchés publics, compte tenu de la théorie des deux niveaux « *Zweistufentheorie* » adoptée par le législateur (voir spécialement Arrêt TAF B-6737/2016 du 19 décembre 2016, c. 1.5.3 et 1.6.3 concernant la contestation d'un point du dispositif d'une décision de l'autorité de surveillance en matière de marchés publics, qui se limite à donner des précisions aux autorités qui lui sont subordonnées, sans fixer de droits et d'obligations et qui pourrait être attaquant en tant qu'acte matériel). Une telle possibilité ne nous paraît pas exclue dans d'autres domaines, notamment celui de la fonction publique, où le candidat qui s'estime victime de violation du principe de l'égalité de traitement ou du principe d'impartialité pendant une procédure d'engagement devrait pouvoir solliciter une décision fondée sur l'art. 25a al. 2 PA, le cas échéant par des mesures provisionnelles, pour tenter de rétablir un processus de nomination conforme au droit. Une telle situation est à distinguer de celle du droit à une décision constatant le non-engagement, fondée sur l'art. 25 PA, qui ne permet pas d'annuler le processus d'engagement (Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 6; ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8).

⁶⁰ ATF 136 V 156, c. 4.2.

⁶¹ CANDRIAN (2013) p. 38; TSCHOPP-CHRISTEN (2009) p. 88.

⁶² ATF 146 I 145, c. 5 = JdT 2021 I 35 (atteinte au droit à la vie ou à la vie privée niée); ATF 144 II 233, c. 7.3 = JdT 2019 I 58.

illicite, et lié au requérant, par ailleurs, qui doit établir un « intérêt digne de protection » à obtenir une décision sur un acte matériel.

La question de l'atteinte à des droits ou obligations relève du fond, de même que le caractère illicite de l'acte matériel. Au stade de la recevabilité d'une demande de décision fondée sur l'art. 25a al. 2 PA, il s'agit de se demander si un acte est apte à porter atteinte à des droits ou à des obligations, par ses effets⁶³. C'est ce critère qui permet de caractériser un acte matériel attaquant de ceux – nombreux – qui sont exclus d'une protection juridique; c'est également ce critère qui permet de distinguer la procédure applicable à un acte matériel de celle relative à une décision, qui a pour but de fixer ou constater des droits et obligations (art. 5 et 25 PA)⁶⁴.

Les concepts de l'« intérêt digne de protection » et celui d'« atteintes à des droits et obligations » peuvent paraître antinomiques lorsqu'il est question d'actes matériels touchant des tiers. En réalité, tant la doctrine que la jurisprudence ont pondéré cette apparente contradiction en se référant à la notion d'atteinte à la « sphère juridique individuelle » de la personne concernée, dans laquelle celle-ci doit être touchée au moins indirectement (*Rechtsreflex*) – dans des droits ou obligations qui lui sont propres⁶⁵. Cette atteinte peut résulter de la seule « relation de droit administratif » selon les modalités d'application de la loi, quand bien même celle-ci ne conférerait pas de droits directs aux administrés⁶⁶; cette approche, non nécessairement nouvelle⁶⁷, mais réaffirmée dans la jurispru-

⁶³ ATF 146 I 145, c. 4.4, JdT 2021 I 35; ATF 144 II 233, c. 7.3.2 = JdT 2019 I 58; HÄNER (2016) art. 25a N 29.

⁶⁴ ATF 144 II 233, c. 7.3.1 = JdT 2019 I 58; ATF 140 II 315, c. 4.3 et c. 4.5; MOOR/POLTIER (2011) p. 44 s.

⁶⁵ ATF 146 I 145, c. 4.4 = JdT 2021 I 35; ATF 144 II 233, c. 7.3.1 = JdT 2019 I 58; ATF 140 II 315, c. 4.3 et c. 4.5; MOOR/POLTIER (2011) p. 44 s.

⁶⁶ ATF 143 I 336, c. 4 = JdT 2017 I 197: bien qu'il n'existe aucun droit à l'aménagement d'un point d'enlèvement des déchets urbains proche du domicile, une nouvelle organisation de la collecte de déchets urbains peut rendre moins confortable l'exécution des obligations des administrés en la matière, de telle sorte que ceux-ci ont un intérêt de fait à défendre le maintien du *statu quo*.

⁶⁷ Voir arrêt TF 2P.324/2001 du 28 mars 2002, c. 3.4 et arrêt TF 2C_272/2012 du 9 juillet 2012, c. 4.4.3: la distance à parcourir entre le domicile et l'école ne doit pas compromettre le droit à un enseignement de base gratuit (art. 19 Cst.), de telle sorte que lorsque le trajet grève de manière significative la vie quotidienne de l'élève, un droit à un contrôle juridique doit lui être ouvert.

dence récente, est sans doute celle qui favorise le mieux l'élargissement du champ du contentieux lié à un acte matériel, sans être toutefois totalement stabilisée quant à ses contours⁶⁸. Dans ce contexte, le critère de l'intérêt digne de protection permet de distinguer les requérants plus touchés que d'autres, par des actes susceptibles de perturber leurs droits ou obligations, même indirectement; il incombe au juge du fond de préciser jusqu'où l'atteinte nécessite une protection.

IV. Quelques scénarios

A. Procédure informelle et droit à l'ouverture d'une procédure administrative

La qualité de partie n'est reconnue que pour autant qu'une procédure administrative doive être ouverte. Dans la phase non contentieuse, la procédure peut débuter par des actes informels par exemple ensuite d'une dénonciation (enquêtes, fixation de l'état de fait, etc.), préliminaires à une décision. Une procédure administrative n'est pas ouverte au cours de cette période.

Il en va notamment ainsi de la procédure d'évaluation d'un médicament (« *Health Technology Assessment* », HTA) avant une décision concernant l'obligation de prise en charge par l'assurance-maladie, qui ne présente pas les caractéristiques d'une procédure administrative et ne donne donc pas droit à une décision de constatation de la qualité de partie⁶⁹. Dans cette affaire, la qualité de « partie prenante » a néanmoins été accordée à l'intéressée par l'OFSP, si bien que celle-ci a pu s'exprimer en cette qualité à différents stades de l'évaluation.

Les actes de l'autorité de surveillance posent les mêmes questions. Lorsque qu'une autorité telle la FINMA débute une enquête, il s'agira de déterminer le moment à compter duquel une procédure administrative doit être engagée, qui devrait être celui à compter duquel des droits ou obligations peuvent être touchés; ce point est crucial pour permettre aux personnes concernées d'exercer leurs droits⁷⁰.

⁶⁸ Cf. *infra* ch. IV E.

⁶⁹ ATF 146 V 38, c. 4, RDAF 2021 I 82.

⁷⁰ BACHMANN (2019) p. 26.

Pour parer aux doutes laissés par de telles situations, la législation spéciale peut régler expressément cette question⁷¹.

Qu'en est-il lorsque l'autorité clôt l'enquête avant l'ouverture d'une procédure formelle ? Le seul moyen pour la personne concernée (ou le tiers) de se déterminer sur le contenu des informations recueillies est celui de contester la non-entrée en matière, qui correspond à une décision négative. Il s'agira alors d'établir non seulement un intérêt digne de protection, mais également l'obligation pour l'autorité d'entrer en matière, ce qui pourra être difficile.

B. Les rapports de droit publics soumis à décision

L'une des difficultés du sujet est celle de savoir si les rapports de droit en question invitent l'autorité à rendre une décision, et le cas échéant, s'il existe un intérêt digne de protection à la solliciter.

Il faut que l'on se trouve dans un rapport de droit public. Ce point peut nécessiter une analyse des relations en question. L'exemple qui suit le montre :

X société qui offre des services de télécommunications à haut débit, liée par contrat aux SIG, leur demande de modifier, par décision, le contrat conclu en date des 28 et 29 novembre 2016, « en ce sens que les prix et prestations convenus soient diminués de 15 fr. par utilisateur et par mois, de sorte à ce que ledit prix ne soit pas arbitraire et ne discrimine pas [la Société] par rapport à ses concurrents ». Subsidiairement, elle demandait que les SIG constatent, par décision, « que le contrat conclu [...] était illicite, en ce sens que les prix des prestations convenues étaient arbitraires et discriminaient [la Société] par rapport à ses concurrents ». ⁷²

Le Tribunal fédéral a considéré que même s'il répond à un intérêt public de la population, le contrat de fourniture relatif à la fibre optique litigieux relève du droit privé, car il n'est pas lié à une tâche de l'Etat. Il n'existe ainsi pas de rapport de droit public entre les parties en question, de telle sorte que le droit à une décision tombe.

⁷¹ Voir notamment l'art. 26 al. 3 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart – RS 251) relatif aux enquêtes préalables, qui indique que cette procédure n'implique pas le droit de consulter les dossiers.

⁷² Arrêt TF 2C_727/2018 du 5 juin 2019 SJ 2020 I 73.

On notera qu'en l'espèce la société X. sollicitait une décision formatrice. Aurait-elle eu droit à une décision constatatoire pour inviter l'administration à interpréter la nature de la relation litigieuse ? A notre sens, cela n'est pas exclu ; le rôle d'une décision constatatoire est de mettre fin à une incertitude, spécialement lorsque les relations sont complexes, par exemple dans un contrat ou une concession⁷³. On entre bien dans un tel cas de figure.

Il faut également établir l'obligation pour l'autorité de rendre une décision, le cas échéant au moment où elle est requise. Ce point est particulièrement complexe, lorsque l'autorité a bien l'obligation de rendre une décision, mais qu'elle dispose d'une grande marge de manœuvre, notamment quant à la temporalité des mesures à prendre. Ainsi, en droit de l'environnement, la question du droit à une décision d'assainissement, fondé sur l'art. 16 LPE, pourra être délicate, lorsque ce n'est pas une installation, mais un ensemble d'installations qui engendrent des atteintes supérieures à celles autorisées (spécialement en matière de protection de l'air). Même lorsque le problème est lié à une installation déterminée (une route bruyante), l'obligation pour l'autorité de prononcer une obligation d'assainir dépend de plusieurs facteurs (mesures réalisables, planification prévue en lien avec les subventions, etc.), de telle sorte que même s'il ne fait pas de doute qu'il existe un droit pour les personnes touchées d'exiger que les normes environnementales soient respectées⁷⁴, un important pouvoir d'appréciation est accordé à l'autorité pour procéder à une telle mesure et décider par ailleurs de son ampleur, si bien qu'il pourra être difficile d'établir une obligation de rendre une décision au moment de la requête, cela même si les délais imposés par la loi pour réaliser la tâche sont échus.

D'autres exemples de cette difficulté se retrouvent dans les politiques de gestion ou de prestations publiques. Une affaire récente, concernant une demande relative à la délimitation d'une piste cyclable le montre. Nous la traiterons plus loin.

⁷³ Arrêt TAF A-4148/2020 du 8 octobre 2021, c. 4.2.

⁷⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 = JdT 2019 I 458 ; GOSSWEILER (2018) p. 603 ss et 606 ; TRÜEB (1990) p. 205 ss ; GÄCHTER (2005) p. 775 ss.

C. Renseignement et décision constatatoire

La difficulté essentielle dans ce contexte sera à nouveau celle d'établir une obligation pour l'autorité de rendre une décision. Cela spécialement dans les situations où l'autorité peut répondre à l'administré par un simple acte matériel. Ainsi, en matière fiscale, lorsque l'autorité répond à une question concernant le taux applicable à une opération, il ne sera pas facile de déterminer si le renseignement donné constitue un simple acte matériel ou une décision contraignante. L'art. 25a PA ne résout pas le problème car il ne permet de solliciter une décision constatatoire qu'en cas d'acte matériel illicite.

Là à nouveau, la législation spéciale peut avoir résolu la question par des dispositions *sui generis*⁷⁵.

D. Le droit à une décision en cas de non-engagement dans la fonction publique

En ce domaine, il n'existe pas de droit à un engagement. Cependant, le droit prétorien a développé une jurisprudence spécifique, qui repose sur une application extensive de l'obligation de rendre une décision fondée sur l'art. 8 LEg. Le candidat évincé lors d'une procédure d'engagement d'un agent de la fonction publique, par contrat, a le droit de demander le prononcé d'une décision constatatoire de non-nomination et de recourir contre celle-ci⁷⁶. Le Tribunal fédéral fonde cette obligation sur l'art. 29a Cst. et l'application de la LEg à de telles procédures et sur le droit de la personne non engagée se prévalant d'une discrimination d'exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit (art. 8 LEg). La notion de discrimination est large et les obligations qui sont corrélées à l'interdiction de discrimination à l'embauche s'étendent également aux

⁷⁵ Voir notamment l'art. 69 de la Loi fédérale sur la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA – RS 641.20) concernant le droit d'obtenir des renseignements: l'administration fédérale des contributions (AFC) renseigne dans un délai raisonnable l'assujéti qui demande par écrit à être informé des conséquences, en matière de TVA, d'une situation concrète décrite avec précision. Le renseignement donné est contraignant pour l'assujéti qui a formulé la question et pour l'AFC; il ne peut se rapporter à aucune autre situation. L'art. 20 de la Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD – RS 631.0) qui prévoit un régime semblable en matière de droits de douane. De tels régimes ne valent pas décision, selon le Tribunal fédéral (ATF 141 I 161 c. 3.1; Arrêt TF 2C_296/2015 du 7 mars 2017; Arrêt TF 2C_529/2014 du 24 août 2015).

⁷⁶ ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8.

procédures cantonales, non soumises à la PA⁷⁷. On notera qu'en droit fédéral, l'art. 34 al. 3 LPers⁷⁸ prévoit que « les personnes dont la candidature à un poste a été rejetée ne peuvent exiger qu'une décision susceptible de recours soit rendue ». Adoptée par la novelle du 1^{er} juillet 2013, cette disposition a pour but de contrer la jurisprudence de principe précitée⁷⁹; cependant, la personne non engagée qui se prévaut d'une discrimination devrait pouvoir exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit, sur la base de l'art. 8 LEg⁸⁰, un droit de recours étant garanti en ce domaine par l'art. 83 let. g LTF⁸¹.

E. Acte matériel et atteinte à des droits ou obligations

On commencera par rappeler qu'il n'existe pas de droit à exiger un acte matériel, en tant que tel, sauf lorsque la loi spéciale le précise; on donnera pour exemple le droit d'accès en matière de protection des données (art. 8 LPD⁸²).

Les garanties offertes par l'art. 25a PA (ou l'art. 29a Cst.) sont limitées à la possibilité de faire constater ou cesser des actes (ou omissions liées à des actes) matériels illicites ou d'éliminer leurs conséquences; par conséquent, pour se prévaloir du droit à une prestation imposée par la loi, l'administré doit démontrer que l'omission de l'administration constitue un acte illicite (c'est-à-dire contraire au droit), qui le touche dans ses droits ou obligations.

Prenons l'exemple du déneigement, auquel la collectivité publique est tenue sur les infrastructures ouvertes au public, dans la mesure des besoins et de la proportionnalité des moyens. Un citoyen ne pourra se prévaloir des carences en ce domaine que si l'absence de déneigement contrevient aux principes précités et porte atteinte à ses droits et obligations (en l'empêchant de prendre son véhicule, d'accéder à son domicile,

77 Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 6; ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8.

78 Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1).

79 Arrêt TAF A-2235/2017 du 11 juillet 2017, c. 2.

80 ATF 145 II 153, c. 1.3.

81 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110).

82 Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD – RS 235.1).

etc.); il lui incombera alors de s'adresser à l'autorité et de l'inviter à prendre position, le cas échéant par la voie d'une décision, si les règles de la procédure administrative l'exigent. Dans un tel exemple, la question de l'atteinte à des droits et obligations sera appréciée avec une certaine circonspection, en fonction du niveau d'insécurité généré par la situation, des moyens de transports publics disponibles et de l'importance des atteintes aux droits touchés (quant à la fréquence ou la durée).

Une affaire qui illustre bien la difficulté de démontrer une atteinte à des droits ou obligations, ainsi que le caractère illicite de l'omission d'une prestation à caractère social et environnemental est celle de la requête présentée par une cycliste genevoise⁸³. Celle-ci demandait l'aménagement d'une piste cyclable dans son quartier, prévue par le plan directeur en matière de mobilité douce; il n'est pas contesté que cet aménagement doive être mise en place, mais il nécessite une coordination entre les mesures prises par le canton sur les routes cantonales et celles prises par la ville de Genève et, par ailleurs, n'entre pas dans le réseau à équiper prioritairement. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a confirmé la position des autorités cantonales selon laquelle la demande d'aménagement constitue une requête portant sur un acte matériel pour lequel, au demeurant, la collectivité publique dispose d'un large pouvoir d'appréciation même si le délai de 8 ans prévu pour la réalisation du réseau de mobilité douce est dépassé; il a également partagé l'analyse des autorités cantonales selon laquelle la requérante ne dispose d'aucun droit à exiger une telle mesure. Cette argumentation repose uniquement sur l'examen des droits accordés par la loi cantonale sur la mobilité douce⁸⁴; à aucun moment la liberté de mouvement qui découle de la liberté personnelle n'a été évoquée. La solution retenue nous paraît contestable en tant qu'elle retient qu'il n'existe pas d'atteinte à des droits individuels; en revanche, comme pour les actes de gestion précédemment évoqués (notamment les assainissements découlant de la législation environnementale), il est certain que le droit à une décision n'est pas une solution satisfaisante pour solliciter de l'administration des actes qui s'inscrivent dans la durée et qui nécessitent une planification complexe. On peut néanmoins se demander si la réponse donnée eût été la même si l'affaire s'était présentée dans la configuration inverse, avec une mesure projetant

⁸³ Arrêt TF 1C_150/2020 du 24 septembre 2020 = SJ 2021 I 173.

⁸⁴ Loi sur la mobilité douce du 15 mai 2011 (LMD – RS/GE H 1 80).

la suppression ou le déplacement d'une piste cyclable existante. On se serait trouvé vraisemblablement dans la même situation que celle de la suppression d'un point de collecte des déchets urbains, évoquée dans l'affaire *Cazis*⁸⁵, où le Tribunal fédéral a considéré que quelques vingt habitants étaient touchés dans leur sphère juridique par cette mesure (alors même qu'il n'existait aucun droit de par la législation cantonale ou fédérale à un point de collecte à l'endroit considéré⁸⁶ et que la garantie découlant de l'art. 29a Cst. invitait les autorités à se prononcer sur le bien-fondé de l'opposition des requérants à cette mesure, valant acte matériel.

On ajoutera une autre difficulté; en principe le droit à une décision sur acte matériel est subsidiaire au droit à une décision formatrice ou constatatoire au sens des art. 5 et 25 PA. On entre ici dans des distinctions parfois hasardeuses. L'exemple de l'assainissement de l'aéroport militaire de Meiringen le montre à plus d'un titre. Dans une première affaire, le Tribunal fédéral a admis que le voisinage de l'aéroport est fondé à se plaindre des atteintes sonores importantes que cette installation génère et qu'une requête en constat d'illicéité des atteintes reposant sur l'art. 25a PA peut entrer en considération, à tout le moins pour les atteintes ne faisant pas l'objet de la procédure d'assainissement en cours, soit pour les vols d'entraînement⁸⁷; à aucun moment n'est examinée la subsidiarité de ce moyen par rapport au droit à une décision d'assainissement qu'il aurait été possible de solliciter sur la base de l'art. 16 LPE⁸⁸. Dans un autre volet de cette procédure d'assainissement⁸⁹, très longue, s'est posée la question de la coordination entre ces deux procédures, compli-

⁸⁵ ATF 143 I 336, c. 4.2 à 4.4 = JdT 2017, 197.

⁸⁶ Sur le fond, le Tribunal fédéral a considéré que la mesure de suppression du point de collecte litigieux n'était pas contraire au droit fédéral; les vingt habitants de la zone de résidences secondaires concernés devaient déjà se déplacer pour les déchets autres que ceux disposés dans les sacs à ordures, et la mesure était justifiée par une gestion plus rationnelle de l'enlèvement des déchets (Arrêt TF 1C_405/2018 du 21 février 2019, c. 2).

⁸⁷ Arrêt TF 1C_455/2011 du 12 mars 2012, c. 2 et 4.4 à 4.7 = RDAF 2013, 433.

⁸⁸ On notera que dans l'ATF 140 II 315, le Tribunal fédéral a également passé outre le caractère subsidiaire de la demande fondée sur l'art. 25a PA, par rapport à la décision qui découle de l'art. 72 al. 2 de la Loi fédérale sur l'énergie nucléaire du 21 mars 2003 (LENu – RS 732.1), applicable en matière de tâches de surveillance nucléaire.

⁸⁹ Arrêt TF 1C_547/2017 du 16 mai 2018, c. 2.3.

quée ; ici, il a été retenu que l'examen de droit matériel auquel conduit une requête en constatation de l'illicéité, fondée sur l'art. 25a al. 1, let. c PA, peut constituer une première étape dans l'examen d'un ensemble de questions à coordonner.

F. Remarques conclusives

Ce bref panorama montre que le droit de solliciter le prononcé d'une décision présente encore d'importantes zones d'ombres, malgré l'extension des garanties procédurales découlant de la législation et du droit prétorien. Non réellement formalisé par le législateur, le droit à une décision présente des contours relativement clairs lorsqu'il est question de droits subjectifs touchés dans une certaine intensité. En revanche, il devient peu précis dès que l'on approche des politiques de prestation ou de gestion qui s'inscrivent dans la durée, visant le service à la population et non seulement celui de droits individuels bien caractérisés.

Ce problème se présente de la même manière sous l'angle du droit à une décision formatrice, constatatoire ou en lien avec un acte matériel, car il est inhérent à la perception que l'on a de la relation entre certaines tâches de l'Etat et les droits des administrés ou usagers. Même lorsqu'une tâche étatique conditionne certains droits des administrés, comme l'équipement au sens de l'art. 19 LAT, celui en voies cyclables ou l'assainissement d'installations qui génèrent des atteintes nuisibles ou incommodantes, ces obligations de la collectivité publique peuvent ne pas être corrélées à un droit d'obtenir une décision pour en accélérer l'exécution, compte tenu du pouvoir d'appréciation important laissé à l'administration, notamment quant aux délais de mise en œuvre. Le droit à une décision n'est probablement pas l'instrument de contrôle adéquat, dans un tel contexte ; il peut même être contreproductif en faisant courir le risque de figer une situation nécessairement évolutive ; mais il n'en existe pas d'autre, à part celui peut-être d'impliquer plus fortement la population dans un processus participatif lors des différentes étapes d'une planification ou d'une stratégie d'action.

La jurisprudence qui s'est construite sur la base de l'art. 29a Cst. l'a été essentiellement en lien avec des atteintes à des droits fondamentaux⁹⁰.

⁹⁰ Comme exception on peut citer l'affaire Cazis, qui porte sur des droits ou obligations découlant de la loi (ATF 143 I 336 = JdT 2017, 197).

Elle a permis des développements majeurs qui souffrent cependant encore d'incertitude lorsque les droits touchés présentent des contours très larges, comme celui de la liberté personnelle.

Bibliographie

- BACHMANN GREGOR (2019), « Anspruch auf Verfahren und Entscheidung: der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien », in: HÄNNI/BELSER/WALDMANN (éds), *Publikationen des Instituts für Föderalismus Universität Freiburg Schweiz*, Berne.
- BIAGGINI GIOVANNI (2017), « Art. 29a », in: BIAGGINI (édit.), *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich, p. 357 ss.
- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne.
- CANDRIAN JÉRÔME (2013), *Introduction à la procédure administrative fédérale: la procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral*, Bâle.
- DANG MARTINE/MINH SON NGUYEN (2021), « Art. 29 », in: MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle, p. 879 ss.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- GÄCHTER THOMAS (2005), « Durchsetzung von Sanierungspflichten mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde », *DEP* 2005 p. 775 ss.
- GOSSWEILER ADRIAN (2018), « Strassenlärmsanierung bei Kantons- und Gemeindestrassen nach Ablauf der lärmschutzrechtlichen Sanierungsfrist – Abschluss der (Erst-)Sanierungen und Konstellationen möglicher «Nachsanierungen» », *DEP* 2018 p. 600 ss.
- GRODECKI STÉPHANE (2021), « Art. 29a », in: MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle, p. 879 ss.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich.
- HÄNER ISABELLE (2016), « Art. 25 et 25a », in: WALDMANN/WEISENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich, p. 509 ss.
- KLEY ANDREAS (2014), « Art. 29a », in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, p. 677 ss.

- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich.
- LARGEY THIERRY (2019), Le contrôle juridictionnel des actes matériels, *PJA* 2019 p. 67 ss.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne.
- MÜLLER MARKUS (2019), « Art. 5 », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) Kommentar*, 2^e éd., Zurich, p. 63 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.
- THURNHERR DANIELA (2013), *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich/St-Gall.
- THURNHERR DANIELA (2014), « Geltung und Tragweite der Verfahrensgarantien bei Realakten – zum unausgeschöpften Potenzial von Art. 29 BV », *Recht* 32 p. 241 ss
- TRÜEB RUDOLF (1990), *Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm*, Zurich.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- TSCHOPPP-CHRISTEN MARIANNE (2009), *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, Zurich.
- WALDMANN BERNHARD (2022), « Anspruch auf den Erlass einer Verfügung », in: HÄNER/WALDMANN (éds), *8. Forum für Verwaltungsrecht: Brennpunkt « Verfügung »*, Berne, p. 55 ss.
- WEBER-DÜRLER BÉATRICE/KUNZ-NOTTER PANDORA (2019), « Art. 25 et 25a », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) Kommentar*, 2^e éd., Zurich, p. 374 ss.